Unichristus
Centro Universitário Christus

ANAIS

XII ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA
X ENCONTRO DE PESQUISADORES
2015

DIREITO

Unichristus
Centro Universitário Christus

ANAIS

XII ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA
X ENCONTRO DE PESQUISADORES
2015

DIREITO

CENTRO UNIVERSITÁRIO CHRISTUS
ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Reitor
José Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Administração e Planejamento
Estêvão Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Graduação
Maurício Lima de Carvalho Rocha

Pró-Reitor de Pesquisa
Marcos Kubrusly

Pró-Reitor de Extensão
Rogério Frota Leitão dos Santos

CURSO DE DIREITO

Coordenadora Geral
Gabrielle Bezerra Sales

Coordenadora Adjunta
Andreia da Silva Costa

Coordenadora de Pesquisa
Ana Stela Vieira Mendes Câmara

XII ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA
E X ENCONTRO DE PESQUISADORES DO CENTRO
UNIVERSITÁRIO CHRISTUS – UNICHRISTUS

26 a 28 de maio de 2015

ANAIS 2015

DIREITO

Unichristus
Centro Universitário Christus

Fortaleza – Ceará
2016

ANAIS 2015

©2015 Copyright by Unichristus

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS
Unichristus

Organizadores
Gabrielle Bezerra Sales
Andréia da Silva Costa
Ana Stela Vieira Mendes Câmara

Revisão
Ana Stela Vieira Mendes Câmara

Coordenação de Design
Jon Barros

Programação Visual
Juscelino Guilherme

Ficha Catalográfica elaborada por Dayane Paula Ferreira Mota – Bibliotecária – CRB-3/1310

E56a Encontro de Iniciação à Pesquisa e à Docência (12.: 2015: Fortaleza, CE)
Encontro de Pesquisadores do Centro Universitário Christus - Unichristus (10.: 2015: Fortaleza, CE)

Anais 2015: Direito / XII Encontro de Iniciação à Pesquisa e à Docência; X Encontro de Pesquisadores do Centro Universitário Christus - Unichristus, 26 a 28 de maio de 2015, Fortaleza, Ceará; organizadoras: Gabrielle Bezerra Sales, Andréia da Silva Costa, Ana Stela Vieira Mendes Câmara. – Fortaleza: EdUnichristus, 2016.

310 p.
ISBN 978-85-99562-95-6

1. Pesquisa científica - Direito. 2. Iniciação à docência - Direito. 3. Pesquisadores - Direito. I. Sales, Gabrielle Bezerra, org. II. Costa, Andréia da Silva, org. III. Câmara, Ana Stela Vieira Mendes, org. IV. Título.

CDD 340

Impressão
Gráfica e Editora LCR Ltda.
Rua Israel Bezerra, 633 - Dionísio Torres - CEP 60.135-460 - Fortaleza – Ceará
Telefone: 85 3105.7900 - Fax: 85 3272.6069
Site: www.graficalcr.com.br – e-mail: atendimento01@graficalcr.com.br

APRESENTAÇÃO

Pesquisar é ir ao encontro do desconhecido. O pesquisador, como aquele que desbrava, se inquieta com o que está em seu entorno. Deseja ousar, ir além. E sonha com algo diferente. Do sonho, nasce um projeto, para o qual destina o que há de mais precioso em si: o seu tempo, o seu olhar, a sua atenção. Planeja e se lança à expedição. Estabelece o ritmo de suas passadas. Depara com imprevistos. Busca soluções. Falha, até. Mas persiste, persevera. Encontra abrigo nas tempestades. Ao se perder, sobe na copa das árvores mais altas. Dali avista veredas e clareiras. E enfim chega. Observa. Desfruta. Sente-se maravilhado, recompensado e fortalecido. Porém, desassossegar-se, descobre, faz parte de sua natureza. E logo se prepara para novos caminhares...

É com muita alegria que apresentamos à comunidade acadêmica uma fotografia dos percursos e aventuras de nossos pesquisadores. Alguns, ainda no início da jornada, participaram de nosso Encontro de Iniciação à Pesquisa e à Docência e nos surpreendem pela qualidade de suas impressões sobre o tão complexo e multifacetado fenômeno que é o Direito. Outros, mais experientes, tem no Encontro de Pesquisadores um espaço para realizar interlocuções e compartilhar suas vivências e os novos horizontes que vislumbram.

Ao proporcionar estes diálogos, o Centro Universitário Christus reafirma o seu compromisso em ser esteio para a produção de pesquisas científicas críticas e socialmente relevantes, também certos de que podemos avançar cada vez mais.

Ana Stela Vieira Mendes Câmara

Gabrielle Bezerra Sales

SUMÁRIO

ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA

RESUMOS

AS PECULIARIDADES DOS CONFLITOS FAMILIARES E A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL 12
Abell Lucas Chaves e Silva

O CORTEJO À MADAME JUSTIÇA E O ENIGMA DO VEREADOR 13
Caio Lucas Nicolau Policarpo

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES COM NECESSIDADES ESPECIAIS SOB A ÓTICA DA LEI 12.955/2014. 14
Camila Cristina Almeida de Freitas

O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL 15
Iago Rogério Martins Ribeiro

ANÁLISE DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO MENOR INFRATOR NO BRASIL 16
Janete da Silveira Wilke

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL 17
Leonardo Negreiros Conrado de Lima

BULLYING E A MEDIAÇÃO NAS ESCOLAS 18
Moisa Sales Martins

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E AS TÉCNICAS DE NEGOCIAÇÃO INTRODUZIDAS PELA UNIVERSIDADE DE HAVARD 19
Pedro Augusto Ximenes Vasconcelos Lopes

A EFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS DE SOBERANIA POPULAR 20
Pedro Lucas Rutemberg dos Santos das Neves

A AÇÃO DO DIREITO 21
Sandra C. R. Cunha

A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NO CENÁRIO JURÍDICO DO BRASIL 22
Victor Mourão de Moraes Ribeiro

ARTIGOS

UM DIÁLOGO ENTRE OS DIREITOS SOCIAIS À EDUCAÇÃO E À SEGURANÇA PÚBLICA 24
Amanda Lopes Torres, Mariane Rodrigues dos Santos e Ana Virgínia Porto de Freitas

A NOVA CONJUNTURA DO DESCASAMENTO SOB A ÓTICA DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL E DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 30
Ana Carolina Ramos Bandeira e Roberta Madeira Quaranta

DO CONFLITO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE 38
Ana Lívia Dantas Pinheiro, Diana Maria Fernandes Brilhante, Maria Cristina Rocha Cândido e Marcos José Nogueira de Souza Filho

PARA ALÉM DA PUNIÇÃO: JUSTIÇA RESTAURATIVA, UM NOVO PARADIGMA PARA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS PENAIS 44
Ana Lívia Dantas Pinheiro, Elyne Eulália Mendonça Lopes e Andréia da Silva Costa Castelo Branco Sales

O EXERCÍCIO DE DIREITOS SEXUAIS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UMA MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA OU UMA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS? 49
Ana Virgínia Ramos Cardoso e Andréia da Silva Costa Castelo Branco Sales

CRIANÇA: UM DIAMENTE BRUTO PARA O TRÁFICO DE PESSOAS 61
Anderson Santiago Moura, Acsa Ferreira Morais e Andreia da Silva Costa Castelo Branco Sales

DIREITOS TERRITORIAIS DOS POVOS INDÍGENAS E OS EMBARAÇOS HISTÓRICOS E ATUAIS À CONCRETIZAÇÃO DESSES DIREITOS 65
Andressa Borges Monteiro Pires e Jacqueline Alves Soares

ECONOMIA DO CONHECIMENTO DO SEC XXI: EDUCAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO 72
Andrezza Fernandes lima e José Lima Crisóstomo

DIVERSIDADE CULTURAL EDIREITOS HUMANOS: NOVOS APORTES TEÓRICOS A PARTIR DAS LEITURAS DESCOLONIAIS 76
Antonia Sabrina Braga Gonçalves, Mônica Oliveira da Silva e Jacqueline Alves Soares

A PROBLEMATIZAÇÃO DA (IM)POSSIBILIDADE DE CONTROLE PREVENTIVO DA PUBLICAÇÃO DE BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS 80
Antonio Avellaneda Santos Machado e Fayga Silveira Bedê

O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS 86
Bruna Silva Rodrigues e Alexander Perazo Nunes de Carvalho

A GESTÃO DO CONFLITO FAMILIAR NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO.....92
Caio Lucas Nicolau Policarpo e Mônica Carvalho Vasconcelos

MÉTODOS ALTERNATIVOS: CAMINHO EXTRAJUDICIAL PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS E EMPRESARIAIS 99
César Nostradamus Ribeiro Machado e Mara Lívia Moreira Damasceno

DIREITO À EDUCAÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL, SOB A ÓTICA DA JUSTIÇA SOCIAL.....105
Cíntia Cordeiro Nogueira dos Santos, Janete da Silveira Wilke e Antônio Torquilho Praxedes

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COMO DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS DA LESIVIDADE E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA 111
Daniel Ribeiro Garcia Filho e Rodolfo Franco

PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE PSÍQUICO DO TRABALHO 115
Diana Maria Fernandes Brilhante, Watila Teles do Nascimento e Ana Virgínia Porto de Freitas

A TITULARIDADE E A PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS NA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....121
Fernando Ferreira de Melo e Andréia Costa Castelo Branco

SOB UMA PERSPECTVA DA VERDADE: A ORDEM JURÍDICA, O PODER E O POVO 127
Francisca Bárbara Prado Antunes de Souza e Nicodemos Fabrício Maia

MARCO CIVIL DA INTERNET: AVANÇO OU RETROCESSO EM PLENO SÉCULO XXI? 132
Gabriel Ferreira Facundo e Gerardo Clésio Maia Arruda

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: ABORDAGEM TÉCNICA E PRINCIPIOLÓGICA.....136
Iana Lara Ferraz Olegário e Mara Lívia Moreira Damasceno

EFICÁCIA E COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DOS DIREITOS À PRIVACIDADE.....141
Iana Lara Ferraz Olegário, Elza Lethícia e Marcos José Nogueira

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: PERSPECTIVAS DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA 148
Igor Aguiar Andrade e Gustavo Fernandes Meireles

ADEQUAÇÃO DA MEDIAÇÃO AOS DIVÓRCIOS: DESATANDO NÓS E CRIANDO LAÇOS 153
Igor Aguiar Andrade e Mara Lívia Moreira Damasceno

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NO ABANDONO SOCIOAFETIVO.....160
Jéssica Lima Nunes e Alexander Perazo Nunes de Carvalho

A LITERATURA COMO FERRAMENTA METODOLÓGICA PARA O ENSINO DO DIREITO 165
Jéssica Lima Nunes e Fayga Silveira Bedê

OS DIREITOS HUMANOS NAS ESFERAS NACIONAL E INTERNACIONAL 170
Jordana Pinheiro Saraiva e Paulo Henrique Gonçalves Portela

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À EDUCAÇÃO. 177
Kerley Christine Fernandes Ribeiro e Gerardo Clésio Maia Arruda

O DIREITO A UMA DEFENSORIA PÚBLICA TRABALHISTA 183
Kerley Christine Fernandes Ribeiro, Vivianne Machado Bezerra e Ana Virgínia Porto

TRANSGENERISMO INFANTIL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CIVIL 189
Laura da Silva Reis e Gabrielle Bezerra Sales

A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO PARA A TAXA DE SOBREVIVÊNCIA EMPRESARIAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.....197
Renan Gomes de Mesquita, Lucas Ernesto Gomes Cavalcante e Abimael C. F. de Carvalho Neto

IMPENHORABILIDADE DOS GANHOS COM O TRABALHO 203
Marcela Menezes Santana Franco e Damião Soares Tenório

ACESSO À JUSTIÇA: A PROBLEMÁTICA DE SUA EFETIVAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 207
Marcus Jiwago Rodrigues Veloso e Alexsandro Machado Mourão

EDUCAÇÃO POPULAR: UMA CONTRIBUIÇÃO SIGNIFICATIVA NA FORMAÇÃO DE CIDADÃOS CONSCIENTES EM DIREITOS HUMANOS 212
Maria Cristina R. C. de Barros Leal, Leidiane Sousa Barros e Jacqueline Alves Soares

FUNÇÕES DA PENA COM APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL CONTRASTADO COM O CENSO PENITENCIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ – 2013/2014. 218
Maria Helenice Pereira Vasconcelos e Antônio Rodolfo Franco Mota Veloso

ELEMENTOS HISTÓRICOS DA ARBITRAGEM NO DIREITO E SUA CONTEMPORANEIDADE 222
Maurício Antonucci Araújo e Mara Lívia Moreira Damasceno

UMA BREVE ANÁLISE DA CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL E DE SEU EMBASAMENTO PRINCIPIOLÓGICO 228
Natalie Maria Sousa Santos e Mirna Maria Ramos Siebra

A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO PARA A TAXA DE SOBREVIVÊNCIA EMPRESARIAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE 241
Renan Gomes de Mesquita, Lucas Ernesto Gomes Cavalcante e Abimael C. F. de Carvalho Neto

NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES E VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO 247
Alexander Nunes Perazo e Renata de oliveira Siebra

O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA NOVA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (LEI NO 12.850/13) 254
Renata Maria de Siqueira Teixeira Alencar e Antônio Rodolfo Franco Mota Veloso

DO DIREITO COMO CIÊNCIA-DOGMÁTICA: GRILHÃO DO PENSAMENTO E MIRAGEM DA CIÊNCIA. EXISTE ALTERNATIVA? 259
Ricardo Henrique Silva de Sá Cavalcanti e Fayga Silveira Bedê

RACISMO NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NA FORMAÇÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA 266
Rodrigo Monteiro de Oliveira e Gustavo Fernandes Meireles

A CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL EM FACE DA INFLAÇÃO LEGISLATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 273
Rodrigo Pinheiro Sobreira Bedê e Bruno Queiroz Oliveira

O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 277
Samara Costa Barbosa e Francisco Davi Fernandes Peixoto

A TUTELA ANTECIPADA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS 284
Stephanie da Silva Holanda e Júlio de Assis Bezerra Leite

A PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA 291
Tainan Natércia da Piedade Andrade Monteiro e Alexander Perazo Nunes de Carvalho

A CRISE NA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O SOLIPSISMO JURÍDICO 295
Taís Correia Carlos e Antônio Torquilho Praxedes

ENCONTRO DE PESQUISADORES

ARTIGO

A TERCEIRIZAÇÃO COMO FORMA DE PRECARIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO 303
Francisco Ercílio Moura

ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO DE LUDWIG VON MISES - SOBRE O PAPEL DO ESTADO NO CONTEXTO DO FASCISMO 305
Antônio Torquilho Praxedes

Unichristus
Centro Universitário Christus

ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA

RESUMOS

2015

AS PECULIARIDADES DOS CONFLITOS FAMILIARES E A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

Abell Lucas Chaves e Silva, autor
Monica Carvalho Vasconcelos, professora orientadora

A mediação é um mecanismo adequado para resolver conflitos de natureza familiar e vem sendo implementada em diversas iniciativas públicas e privadas em todo território nacional. A família vem passando por um processo ininterrupto de transformações em sua essência, que culminaram na criação de modelos diversos de entidades familiares, que se caracterizam pela ausência de hierarquia entre seus membros, assim como pela evidente autonomia, fatores que, muitas vezes, geram conflitos e exigem a capacidade de dialogar. Nesse contexto, a mediação passa a ser um modelo ideal para resolver problemas como divórcio, definição de guarda, de regime de visitas pensão alimentícia e outros. Os conflitos familiares são complexos e envolvem um emaranhado de mágoas. Não são conflitos pontuais e apresentam peculiaridades, são denominados de conflitos de natureza continuada, apresentam uma grande carga emocional e são capazes de desestruturar completamente os seus envolvidos. Nesse caso, um dos principais pontos da mediação é dar oportunidade às próprias pessoas que construíram os seus conflitos de resolvê-los, de avaliar a sua parcela de responsabilidade para celebrar o melhor acordo, sem a necessidade de desgaste físico e emocional em um lento e burocrático processo no Poder Judiciário. Além disso, ninguém melhor do que as próprias partes envolvidas para saber exatamente qual a consequência real de cada decisão para a vida de cada um após a solução do conflito. A mediação também tem como objetivo instituir um diálogo saudável e estável entre as partes, um diálogo que perdure mesmo após o fim da sessão, em outras palavras, objetiva-se aperfeiçoar a comunicação entre elas, introduzindo um diálogo não competitivo, mas colaborativo, o que facilitará a relação futura entre essas pessoas. Afinal, como se trata de uma relação continuada, elas continuarão, de alguma forma, interagindo, e, desse modo, continuarão surgindo inúmeros conflitos, Portanto, capacitar essas pessoas para solucionar conflitos futuros é fundamental. Com a aprovação do Novo Código de Processo Civil, a mediação se torna uma etapa obrigatória no Poder Judiciário, sistema esse que auxiliará muito na agilidade dos processos civis e principalmente de família, evitando que se passe muito tempo parado por deficiência do atual sistema. Cumpre ressaltar a preocupação dos defensores da mediação com a qualidade das sessões que serão realizadas, com a capacitação adequada dos futuros mediadores e com a devida publicidade que será realizada em relação ao novo procedimento adotado. O objetivo é proteger a própria essência da mediação, para que esse genuíno instrumento de transformação social possa ser aproveitado da melhor maneira possível em nosso país, sobretudo na resolução de conflitos familiares. A presente pesquisa tem como metodologia básica a pesquisa bibliográfica, complementada pela atuação prática como mediador bolsista no Programa de Mediação da Unichristus.

Palavra chave: Familia. Mediação. Poder Judiciario.

O CORTEJO À MADAME JUSTIÇA E O ENIGMA DO VEREADOR

Caio Lucas Nicolau Policarpo, autor; Bruna Silva Rodrigues, co-autor
Bruno Queiroz de Oliveira, orientador.

O Tribunal Regional Eleitoral entendeu que o vereador Antônio Chagas de Oliveira, através do processo nº 2786-55.2014.6.06.0000, deveria perder automaticamente o seu mandato de vereador, em virtude de condenação criminal transitada em julgado. Nessa conjuntura, a suspensão de seus direitos políticos, com fulcro no artigo 15, III, da Constituição federal, teria aplicabilidade imediata, independente da gravidade do tipo penal. Entretanto, vislumbra-se notória inconsistência jurídica, visto que esse precedente contraria, substancialmente, os parâmetros Democráticos, em razão de negligenciar a soberania popular exercida pelo voto. Nesse acórdão, os efeitos da decisão rompem com a essência do Estado Democrático de Direito, pois, ao firmar o entendimento que a sentença penal condenatória acarretará automaticamente à perda do mandato eletivo do vereador condenado, sem realizar nenhum juízo de proporcionalidade entre a conduta delitiva e o exercício parlamentar municipal, esse Tribunal contraria o pilar democrático da Constituição Federal. A metodologia utilizada na presente pesquisa foi bibliográfica e documental, a partir da análise doutrinária e jurisprudencial, consubstanciada no estudo de caso. Nessa conjuntura, os adeptos desse entendimento, munidos pelo discurso da moralidade e da ética parlamentar atentam aos ideários de Justiça, pois negligenciam ao exercício parlamentar e à razoabilidade. Portanto, é fundamental que a sentença penal condenatória que determina a perda do mandato eletivo ao vereador tenha aplicabilidade mediata, decorrente do artigo 92, I, alíneas a e b, do Código Penal brasileiro, ou seja, preservando à congruência da Constituição Federal e do Código Penal, em razão da constituição do ideário de Justiça.

Palavras-chaves: Eleitoral. Vereador. Mandato. Democracia.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES COM NECESSIDADES ESPECIAIS SOB A ÓTICA DA LEI 12.955/2014

Camila Cristina Almeida de Freitas, autor; Caio Lucas Nicolau Policarpo, co-autor
Melissa Ourives Veiga, Prof.ª, orientadora.

A família pós-moderna é constituída, em razão do afeto, do amor, da solidariedade, do companheirismo e da confiança entre seus entes, rompendo com os vínculos sanguíneos. Logo, a legislação brasileira apresenta substancial alteração no tocante aos parâmetros da constituição das famílias adotivas. A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica doutrinária, além da análise do ordenamento jurídico. Nesse diapasão, o ordenamento jurídico brasileiro, com a legislação federal 12.955/2014, tem o intuito basilar de proporcionar aos jurisdicionados um procedimento célere de adoção de crianças e de adolescentes portadores de necessidades especiais. Na vigente dessa lei a prioridade é bastante controvertida, pois viola o respeito à ordem de cadastramento. Em outro prisma, busca assegurar tratamento isonômico aos portadores de necessidade especiais, visto que essas crianças e esses adolescentes não constituem o perfil de filho que essas famílias sonham. Ao analisar esses vetores, percebe que o Estado subverte a obrigação de apresentar uma resposta jurisdicional célere ao processo de adoção, visto que com essa medida visa instituir o que deveria ser uma obrigação, decisão jurisdicional eficaz ao direito de adoção, como vetor de troca e fomento as famílias para adotarem crianças e adolescentes com necessidades especiais. Nessa conjuntura, o Estado continua inoperante, inerte e ineficaz, enquanto as filas de adoção continuam repletas de futuros pais e filhos, aguardando uma resposta estatal. Nota-se que a medida instituída nessa lei apresenta nítido teor humanístico, ao garantir às crianças e aos adolescentes com necessidade especiais um procedimento de adoção mais célere. No entanto, indaga-se sobre o direito das demais crianças, também na fila de espera, devem ser menosprezados? Portanto, é fundamental que se possa refletir sobre o tema, analisando a viabilidade dessa norma, visto que os seus efeitos acarretarão inúmeros sociais e psicológicos as famílias que aguardam a formação de uma nova entidade familiar.

Palavras-Chave: Família. Adoção. Criança. Adolescente. Necessidades Especiais.

O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

Iago Rogério Martins Ribeiro, autor. Dominique Neves dos Santos, co-autora.
Antônio Torquilho Praxedes, professor orientador.

O objetivo deste estudo é expandir a visão do acesso à justiça, de modo que abramos mais os olhos para essa garantia constitucional. Por meio de pesquisas bibliográficas, a proposta é, não exaurir o tema, mas ambiciosamente "clarear" o assunto para o público jurídico discente, de modo que a informação possa ser propagada, e quem sabe, despertarmos curiosidade e um olhar mais atento para o estudo deste tema. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, manifesta que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Tal enunciado nos garante, formalmente, o acesso à justiça. Porém, definir esse acesso é algo deveras complexo, como formula Mauro Cappelletti, em seu livro Acesso à Justiça. Poder acessar tal mecanismo é o instrumento para realização de outros direitos tidos como fundamentais ou não. Vale dizer, não só poder, como ter meios para tal. Portanto, não basta que no plano jurídico se tenha tal direito, é preciso também transpor as barreiras que impedem essa consumação, desenvolvendo meios de sopesar tais obstáculos. Usa-se aqui sopesamento, pois é mister observar que essas barreiras estão todas interligadas e isso implica que, ao tentar superar uma, pode-se amplificar a outra. Destarte, hoje interpreta-se como o direito elementar de um sistema jurídico moderno e igualitário. Os problemas enfrentados na efetivação de tal direito identificados por Cappelletti foram as custas judiciais, que à *prima facie*, é o maior óbice, principalmente nos países que adotam o princípio da sucumbência; a capacidade das partes, que para este sucinto resumo pode-se sintetizar nos problemas atrelados aos recursos financeiros, aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa e o fator da litigância habitual e eventual. Voltando-se um pouco ao passado, percebemos que durante os séculos XVIII e XIX, no auge do Estado liberal burguês, exigir um direito era algo extremamente dispendioso, visto que somente se tinha um provimento de igualdade formal, e não material. Isso tornava o acesso ao judiciário, antes, um direito obsoleto.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Jurisdição. Direitos fundamentais.

ANÁLISE DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO MENOR INFRATOR NO BRASIL

Janete da Silveira Wilke, autora; Ingrid Juliany Raiol Nascimento, co-autora
Antônio Torquilho Praxedes, professor orientador

Diante de inúmeras discussões e debates acerca de propostas para deter o crescimento da delinquência juvenil, a redução da maioridade penal vem sendo um assunto bastante divergente, pois sociedade e legisladores clamam para que a maioridade penal seja aos 16 anos e que haja um controle repressivo sobre estes, embora exista resistência em sentido contrário. A impunidade reiterada no Brasil traz a falsa ideia de que ou tudo é permitido, ou que o Direito é ineficaz, gerando uma expectativa relacionada à banalidade do delito ocasionando um ciclo vicioso e autodestrutivo contrário à ordem pública. Isso levanta os seguintes questionamentos: Como diminuir a criminalidade e a delinquência juvenil? Como aliar os mecanismos de controle formal (do Estado) aos de controle informal (sociedade)? A estrutura familiar não tem mais a mesma constituição conservadora, de outrora. A estrutura familiar hoje não é mais composta por pai, mãe e filhos, nem estes permanecem adstritos ao controle hierárquico familiar. O lar não mais oferece a segurança como em tempos passados, levando a criança a buscá-la em outros lugares: nos parentes, na escola, nos amigos e na própria sociedade. Como tentativas de solucionar esses problemas a partir de ações do próprio Estado, pode-se elencar duas doutrinas: a do Direito Penal do Menor e a da Situação Irregular. A primeira trazia um pensamento limitado sobre os direitos do menor, porque ele era submetido às medidas correcionais, diante de ato ilícito consumado pela criança ou jovem; seria o momento em que a lei penal estaria ao seu dispor. Não havia distinções no tratamento desses inimputáveis naturais, pois eram tratados como criminosos adultos. A segunda doutrina contestou o pensamento da Doutrina Penal do Menor, pois recriminava que os menores fossem acolhidos nas mesmas situações e instituições que os adultos. Superando as teorias acima mencionadas, surgiram outras duas, que abordam o problema do menor a partir das ações combinadas entre o Estado e a Sociedade, visando o seu bem-estar e sua ressocialização. A primeira delas é chamada de Teoria Ecológica, que se constitui numa tentativa para reverter aquela situação de precariedade no tratamento dos menores, propondo ao Estado maior visibilidade nas grandes cidades, com o intuito de diminuir esse controle formal, replanejar a cidade visando ter mais espaços públicos, criar projetos sócios culturais para aumentar os laços sociais e, consequentemente, seu controle, diminuindo, portanto, o controle formal. A segunda é chamada de Doutrina da Proteção Integral, que reconheceu que as crianças e adolescentes são pessoas em fase de desenvolvimento, propondo que lhes sejam garantidos direitos correlatos ao seu grau de vulnerabilidade. Findava-se não só a prática da repressão desmedida e, também, o uso mascarado das intenções de punir como ato de educar. Essas novas perspectivas têm por fundamento a realização de uma justiça social inclusiva. A pesquisa foi organizada por meio de metodologia descritiva, analisando a situação sociojurídica do menor infrator, com base em bibliografia interdisciplinar específica sobre o tema.

Palavras-chave: Menor infrator. Criminalidade. Maioridade penal. Políticas públicas. Inclusão social.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL

Leonardo Negreiros Conrado de Lima, autor; Bruna Conceição Almeida Dantas, co-autora
Ana Cecília Bezerra de Aguiar, professora orientadora

Como forma de proteger as pessoas e suas interações, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 se adaptaram a evolução social existente. Assim, equiparou-se o tratamento conferido aos companheiros e aos cônjuges. Analisado na doutrina pátria que aborda o assunto e nos entendimentos jurisprudenciais hodiernos, sendo possível revelar a importância do reconhecimento dessa nova entidade familiar. O artigo 226 da Constituição Federal estabelece mais de um modo de organização familiar (união estável, família monoparental etc.), determinando que tenham todos os direitos e deveres iguais. Todavia, no que concerne especificamente à regulação do direito sucessório dos companheiros no Código Civil vigente (artigo 1.790), tem-se um grave desrespeito à proteção da entidade familiar formada a partir da união estável. Enquanto, os cônjuges com direitos sucessórios participam da sucessão de todo o patrimônio do *de cujus,* os companheiros apenas possuem a possibilidade de suceder nos bens que foram adquiridos onerosamente na constância da união. Ademais, ao cônjuge é assegurada uma parcela mínima de ¼ herança quando concorre com descendentes comuns, o mesmo direito não assiste aos companheiros. Em se tratando de concorrência com descentes que não são comuns, o companheiro herdará somente a metade do que aqueles tiverem direito, enquanto os cônjuges têm direito ao mesmo quinhão. Deve-se registrar ainda que quando os companheiros concorrem com qualquer parente sucessível do *de cujus*, fará jus à 1/3 do patrimônio adquirido onerosamente na constância da união, enquanto que o cônjuge herdará sozinho todo o patrimônio caso não haja descendentes ou ascendentes do autor da herança. Muitos doutrinadores defendem a inconstitucionalidade do artigo em análise, entre eles, citem-se Ingo Wolfgang Sarlet, Giselda Maria Fernandes Hironaka, Zeno Veloso, Luis Paulo Vieira de Carvalho. Seus argumentos fundamentam as decisões tomadas pelos de segunda instância brasileiros, que amplamente reconhecem a inconstitucionalidade incidentalmente do dispositivo legal citado e afastam sua aplicação dos casos concretos submetidos a eles. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, está pendente de julgamento o recurso extraordinário nº 646.721-RS, que discute a partilha entre mãe e companheira num julgado do TJRS que concedeu apenas 1/3 à companheira. Todavia, apesar de a repercussão geral da causa ter sido reconhecida em novembro de 2011, o mérito do recurso ainda não foi julgado, e os autos se encontram conclusos com o ministro relator Marco Aurélio, desde julho de 2013. Com base nas análises, percebe-se a premente necessidade de uma resolução constitucional para o tratamento dos direitos sucessórios dos companheiros, posto que não se deve tolerar tratamentos discriminatórios a situações semelhantes, tal como são o casamento e a união estável para a Constituição Federal. Assim, os sujeitos que compartilham do mesmo espaço, que têm uma relação afetiva e respeitosa, podendo ser tanto uma relação matrimonial como uma união estável, merecem o mesmo amparo legal.

Palavras-chave: Direitos sucessórios dos companheiros. Artigo 1.790, CC. Inconstitucionalidade.

BULLYING E A MEDIAÇÃO NAS ESCOLAS

Moisa Sales Martins, autor
Mônica Carvalho Vasconcelos, professor orientador

O bullying, ato de ameaçar, intimidar, repetir uma maldade à exaustão, tem se tornado, cada vez mais, motivo de preocupação dentro das escolas e das famílias. Crianças e adolescentes sofrem abusos físicos, morais e até mesmo sexuais, que acarretam graves consequências psicológicas para as vítimas agredidas, cujos efeitos podem ser manifestados desde o início das agressões, como quando começam a não querer mais frequentar o colégio, isolando-se, ou podem reverberar consequências negativas para esse indivíduo inclusive na vida adulta. O bullying, na maioria das vezes, é praticado dentro da própria escola, onde o agressor e o agredido têm certa proximidade física. As vítimas, na maioria, são crianças tímidas, com dificuldade de se relacionar, que se diferenciam pelo porte físico e até mesmo pela idade. Já o agressor é uma pessoa que se sente superior aos outros, que gosta de mandar em todos, até mesmo dentro da própria família. É por isso que algumas escolas estão adotando a mediação para solucionar conflitos relacionados com casos de bullying. A mediação é um método de resolução de conflitos que utiliza o diálogo para construir soluções pactuadas, com a participação ativa das partes envolvidas, por meio de um processo de mútua responsabilização. Na sessão, dentro da própria escola, o agressor e o agredido irão sentar-se em uma mesa redonda, para não haver lados opostos, com um mediador, o qual vai guiar a conversa entre eles, e, desse modo, tanto a vítima quanto o agressor irão explanar seus sentimentos mediante aquele conflito um para o outro. De acordo com pesquisas bibliográficas, esse método tem como finalidade estabelecer uma comunicação de qualidade entre as partes, nesse caso, tratando-se de crianças e adolescentes que terão a chance de se explicarem e entenderem o motivo daquela agressão a fim de tentarem chegar a um consenso entre eles para uma convivência mais agradável no dia a dia.

Palavras-chave: Bullying. Mediação. Escola. Conflito.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E AS TÉCNICAS DE NEGOCIAÇÃO INTRODUZIDAS PELA UNIVERSIDADE DE HAVARD

Pedro Augusto Ximenes Vasconcelos Lopes, autor
Mônica Carvalho Vasconcelos, professora orientadora

No Centro Universitário Christus, existe o Núcleo de Práticas Jurídicas, que desenvolve um Programa de Mediação conveniado com a Defensoria Pública do Estado do Ceará com a finalidade de oferecer serviço de mediação e conciliação para os seus assistidos e, ao mesmo tempo, fomentar a formação de seus alunos em relação aos mecanismos autocompositivos de solução de conflitos, tema que vem ganhando destaque no debate jurídico nacional. Durante as sessões de mediações realizadas, são utilizadas técnicas para a resolução de conflitos bastante eficazes, baseadas no modelo introduzido pela Universidade de Havard. O processo de mediação é informal, ou seja, não é pautado em uma série de procedimentos formais que necessariamente devem ser seguidos. Durante a sessão, tal modelo propõe que o mediador se apresente e conheça as partes, assim como explique o que é a mediação de conflitos e como procederá a sessão. É fundamental que, nesta etapa, o mediador apresente a mediação de forma a ressaltar seus princípios, sobretudo o poder de decisão das partes, a imparcialidade do mediador e a confidencialidade do processo. O objetivo central é construir o acordo de modo sensato, eficiente, justo e que vá melhorar a relação entre as partes, transformando a comunicação entre elas. Ury William e Bryant Garth enaltecem que, ao longo das sessões, discutir posições é ineficaz, ao invés disso, deve se focar nos interesses, pois as posições são inegociáveis. O modelo de Havard de alternativa de barganha, chamado de Negociação de méritos ou Negociação baseada em princípios se estrutura em quatro pontos: Pessoas: separar as pessoas dos problemas; Interesses: concentrar-se nos interesses, não nas posições; Opções: criar uma variedade de possibilidades para a resolução positiva do conflito, antes que as partes decidam o que fazer, e, por fim; Critérios: sempre que possível, auxiliar as partes para que elas tenham por base algum padrão objetivo de resolver os seus conflitos. Ao longo da minha experiência como aluno bolsista no Programa de Mediação e Conciliação da Unichristus, tenho percebido, na prática, a vantagem de se realizar as sessões de mediação de forma estruturada, baseada no modelo de Havard aqui apresentado.

Palavras-chave: Mediação de Conflitos. Técnicas. Modelo de Havard

A EFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS DE SOBERANIA POPULAR

Pedro Lucas Rutemberg dos Santos das Neves, autor; Lucas da Costa Guedes, co-autor
Leandro Sousa Bessa, professor orientador

O estudo aborda os institutos jurídicos que efetivam a democracia e a soberania popular na Constituição de 1988. Apresentando o grau de representatividade popular na condução das decisões políticas. Com objetivo de elucidar as falhas nesses instrumentos. O método utilizado foi qualitativo de caráter bibliográfico. No Brasil, há vários instrumentos para o exercício da democracia semidireta, como o plebiscito, o referendo, o voto, a iniciativa popular de lei e a ação popular. Vislumbra-se, em relação ao modo como estes se concretizam, as condições a que estão sujeitos, representando empecilhos para o seu efetivo exercício. Por exemplo, a falta de prioridade, em relação a outras proposituras de lei, dos projetos de iniciativa popular; e a falta de conhecimento relativo à ação popular. Um elemento basilar conferido ao povo como legítimo soberano é o Direito de Sufrágio, direito público subjetivo democrático ativo e passivo. A Iniciativa Popular de lei é um instrumento presente no art. 61, §2º, da CF, que pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído em pelo menos cinco Estados, com não menos de 0,3% em cada um deles. É dificultoso arregimentar esse contingente populacional, em um país extenso como o Brasil, para apresentar o projeto de lei. O Plebiscito, enunciado no art.14, I, CF, é uma consulta prévia aos eleitores sobre assuntos políticos ou institucionais, antes da lei ser elaborada. O Referendo, no art. 14, II, CF, trata de uma confirmação de assunto transformado em lei. É convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição. Ambos os institutos (plebiscito e referendo), em regra, dependem da autorização do Congresso Nacional. A Ação Popular, constitucionalizada no art. 5º, LXXII, é também um instrumento de participação político-democrático, típico da cidadania, sendo usado como meio de defesa do interesse geral, difuso, em que há a intenção de invalidar atos administrativos, ilegais, imorais ou lesivos ao patrimônio público estatal, à moralidade administrativa, patrimônio histórico e cultural e meio ambiente. Portanto, são poucos os instrumentos de democracia participativa, havendo outros como o recall, que não foram albergados pela CF. Além disso, é visível a sua ineficácia no plano real, que se dá por causa da necessidade de autorização e convocação de um plebiscito ou referendo, somente pelo Congresso Nacional. Dessa forma, o Congresso Nacional utiliza-os apenas quando bem entende, tornando-se instrumentos afastados da vontade popular. A existência dessa autorização demonstra um conflito existente entre a legitimidade do poder legislativo e a soberania popular, pois os parlamentares foram eleitos com o intuito de fazer a representação dos indivíduos, devido à impossibilidade do exercício contínuo de democracia direta. Assim, os instrumentos de soberania popular reduziriam a participação do poder legislativo na criação das normas, tornando o povo direto participante das decisões importantes.

Palavras-chave: Soberania Popular, Constituição, Democracia.

A AÇÃO DO DIREITO

Sandra C. R. Cunha, autor;
Antonio T. Praxedes, professor orientador

O ser humano é um ser social. É na sociedade que ele encontra o ambiente propício para seu desenvolvimento. A interação social, interindividuais e intergrupais, se apresentam sob a forma de cooperação, competição e conflito e dependem de instrumentos de controle social para que se mantenha a harmonia na sociedade. De que maneira o Direito interfere nesta relação? Paulo Nader em "Introdução ao Estudo do Direito" diz que a interação social encontra no Direito a sua garantia, o instrumento de apoio que protege a dinâmica das ações. Mas de que maneira se dá essa interferência? O autor limita esse campo de atuação do Direito quando define que o Direito só irá disciplinar as formas de cooperação e competição onde houver relação potencialmente conflituosa. Qual seria o papel do Direito nestas relações? Ainda sob a luz das definições de Paulo Nader, pode-se dizer que a ação do Direito está em função da vida social e busca o equilíbrio e a justiça nas relações. A característica fundamental da sociedade é a submissão a regras jurídicas comuns, a limitação do comportamento individual em prol do social. Os conflitos são imanentes à sociedade e sem o Direito ela não se sustenta, pois não existiria entendimento e convivência. Essa relação é de mútua dependência, assim como a sociedade não existiria sem o Direito, a sociedade é a fonte criadora e área de ação do Direito. A aplicação do Direito não está condicionada a aceitação de todos os indivíduos, ele é regra jurídica obrigatória. A imperatividade é o elemento que demonstra a obrigatoriedade da norma jurídica para os indivíduos, resultado do poder soberano da organização social. O não cumprimento do individuo de forma espontânea possibilita ao Direito o uso da coerção, a possibilidade da utilização da força, que constitui no temor da aplicação de uma sanção punitiva. Apesar destes elementos disponíveis para o Direito, sua mera aplicação não garante o controle efetivo. Dessa forma, pode-se dizer que o Direito dependente de outros instrumentos de controle social?

Palavras-chave: Interação Social. Ética. Direito.

A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NO CENÁRIO JURÍDICO DO BRASIL

Victor Mourão de Moraes Ribeiro, autor.
Mônica Carvalho Vasconcelos, professora orientadora

Em que pese os conflitos serem próprios da complexa psiquê humana, seja pelas suas visões de mundo seja pelas diferenças de temperamento, fazendo que os indivíduos tenham opiniões adversas, a intensificação da globalização e a, sempre em ascensão, facilidade na comunicação entre os seres humanos, certamente, corroboraram para o surgimento de novos conflitos, uma vez que ideias e opiniões conflitantes circulam com muita trivialidade na sociedade contemporânea, elevando, cada vez mais, o seu nível de complexidade. Vale ressaltar que, entre os métodos dialogais, encontra-se a mediação de conflitos. Esta remonta-se a tempos longínquos, que, posteriormente, começara a ser moldada nos parâmetros atuais pela Escola de Negociação de Harvard. Pode ser conceituada como um meio alternativo ou adequado para resolução de controvérsias que visa a facilitar o diálogo entre os envolvidos a fim de restabelecer os laços afetivos e/ou sociais. Caracteriza-se ainda por abordar a problemática casuística em sua dimensão mais profunda à luz da teoria do conflito, de modo que o profissional que conduz, mas não interfere, conhecido como mediador, realiza uma análise que transcende o conflito aparente, por meio de uma leitura em vários aspectos jurídicos, psicológicos e sociais. Nessa esteira, o conflito aparente seria a desavença apresentada pelos mediandos, enquanto que o conflito real (objeto da mediação) seria a motivação, ou seja, a gênese do conflito apresentado. Outro diferencial dessa medida é que pode ser compreendida em sua visão transformativa, estimulando a colaboração que, em termos técnicos, é concebida na titulação de não-competitividade entre os mediandos em detrimento da adversariedade, muito comum na Jurisdição Estatal. Colaciona-se ainda que a morosidade do Judiciário, de certa forma, atua como limitador do acesso à justiça, garantido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Assim, os meios alternativos muito podem contribuir para desobstruir o Poder Judiciário e prestar um efetivo acesso à justiça que seja célere, de baixo custo e eficaz. Destarte, tais características encontradas na mediação mostram-se, cada vez mais, essenciais para o devido tratamento das controvérsias, pois a resolução com base apenas nos pontos dissidentes pode não surtir o efeito esperado, a depender do tipo de conflito. Paulatinamente, a temática apresentada vem sendo, de fato, implementada na seara jurídica que, há um curto lapso temporal, carecia desse instrumento autocompositivo. A exemplo disso, cita-se a recente inclusão da obrigatoriedade de sessão de mediação no novo Código de Processo Civil. Ressalte-se que a presente pesquisa foi predominantemente bibliográfica, porém sem desconsiderar valiosas experiências adquiridas atuando como aluno bolsista no programa de mediação da UNICHRISTUS. Portanto, espera-se que os envolvidos possam ser devidamente atendidos no seu direito de acesso à justiça, bem como possam, com as recentes alterações legislativas, adquirir a capacidade de dialogar, colaborando para a pacificação social e para uma nova perspectiva de atuação dos advogados, magistrados e demais juristas.

Palavras-chave: Importância. Mediação. Brasil.

Unichristus
Centro Universitário Christus

ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA

ARTIGOS

2015

UM DIÁLOGO ENTRE OS DIREITOS SOCIAIS À EDUCAÇÃO E À SEGURANÇA PÚBLICA

Amanda Lopes Torres1[*]
Mariane Rodrigues dos Santos2[**]
Ana Virgínia Porto de Freitas3[***]

RESUMO

Os direitos sociais são internacionalmente reconhecidos e estão previstos constitucionalmente no artigo 6º da Constituição Federal. A educação e a segurança pública, objetos centrais desse trabalho, foram analisadas a partir de suas faces conceituais enquanto direitos sociais prestacionais que demandam políticas públicas. Dados extraídos de pesquisas institucionais e estatais remetem a realidades preocupantes do ponto de vista da efetivação desses direitos sociais. A partir de tais dados, foi possível verificar a correlação entre a implementação de políticas públicas e a (in)efetividade desses direitos, bem como a correlação entre educação e segurança pública.

Palavras-chave: Direitos sociais. Educação. SegurançaPública.

ABSTRACT

Social rights are internationally recognized and are constitutionally provided for in Article 6 of the Constitution. Education and public security, central objects of this study were analyzed from their conceptual faces while installment social rights that require public policies. Data from institutional and state surveys refer to worrying realities from the point of view of the effectiveness of these social rights. From these data, we found the correlation between the implementation of public policies and the (in) effectiveness of these rights as well as the correlation between education and public safety.

Keywords: Social rights. Education. Public security.

1 [*]Autor. Aluna do 4° semestre de Direito daUnichristus, aluna membro do EDH. amandaneo18@gmail.com.
2 [**]Coautor. Aluna do 4° semestre de Direito daUnichristus, aluna membro do EDH. mariane.rodrigues2011@yahoo.com.br.
3 [***]Orientador. Bacharel em Direito pela UFC, especialista em Processo Civil pela UECE, especialista em Direito do Trabalho pela UVA/AMATRACe, Advogada, Professora da UNICHRISTUS, Orientadora do Projeto Extensionista Comunidade e Direitos Sociais do EDH/UNICHISTUS. virginiaportoadv@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A educação é um fator essencial para a vida em sociedade, pois está ligada à conquista da cidadania, à consolidação das democracias, à participação social, à inserção do indivíduo no mundo do trabalho, à capacidade de inovar e produzir novos conhecimentos, à convivência pacífica, à qualidade de vida, por disciplinar o comportamento humano, sendo o precursor do desenvolvimento social.

A partir desse conceito, podemos entender que os fins educacionais relacionam-se com os papéis ou funções que os indivíduos desempenham dentro da sociedade. Logo, a educação e a sua prática estão dependentes do tempo histórico e de fatores políticos, sociais, econômicos e culturais.

A educação e a formação do homem acontecem tendo por referência a concepção da sua natureza e dos valores que o devem orientar.Além de ser uma forma de inclusão social visto que incide no combate àdesigualdade, fazendo que a sociedade em si consiga exercer a sua cidadania.

A inclusão social, por sua vez, apresenta-se como um dos fatores que influenciam diretamente na questão social da violência e, por consequência, na discussão de políticas que versam sobre a segurança pública.

O direito à educação está previsto na Constituição Federal, nos artigos 6º e do artigo 205 a 214 e importa responsabilidade às autoridades. O direito à segurança também se encontra previsto na Constituição, nos artigos 6º e o artigo 144, que fala sobre a segurança pública.

Esse artigo tem como objetivo mostrar a relação entre o direito à educação e o direitoà segurança pública, analisando como essa relação pode diminuir o índice de criminalidade entre os jovens e o aumento do nível de escolaridade e a inclusão da juventude pobre nas universidades.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Educação e segurança pública enquanto direitos sociais

Segundo o artigo 6º da Constituição Federal de 1988, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, artigo 6° da CF)

Os direitos sociais que se encontram previstos na Constituição Federal estão igualmente positivados no cenário internacional, sendo classificados como direitos de segunda dimensão. A educação e a segurança se encontram nesse rol, estando diretamente implicadas entre si.A educação serve para dar como base conhecimento para a formação, física, intelectual e moral da pessoa, incluindo e estruturando o indivíduo a meios sociais, para que dessa forma este possa conviver em harmonia com os demais.(MARMELSTEIN, 2014)

Já a segurança pública consiste em uma questão de organização e respeito mútuo dentro de uma sociedade, que é regulamentada por leis e outros instrumentos normativos criados pelo Estado, afim de assegurar o bem-estar social. (COMPARATO,2008)

Podemos, ainda, caracterizar os direitos sociais como direitos de prestação, visto que necessitam da atuação direta do Estado para sua efetivação. A intervenção estatal nessas áreas

depende de políticas públicas que demandam custos para a manutenção de toda uma estrutura voltada a tais fins. (MAIA, CASTRO, 2010)

Esses recursos estatais, porém, não são ilimitados, por isso, muitas vezes, o Estado utiliza o princípio da reserva do possível, que corresponde a limitação de recursos que estão disponíveis mediante as necessidades a serem supridas pelo poder público, em contrapartida há o mínimo existencial que é formado por condições materiais básicas, mas com dignidade, pois, não é suficiente apenas a estruturação física de uma escola com a colocação de alunos e profissionais. A manutenção e a avaliação contínua dessas estruturas é indispensável.(MAIA, CASTRO, 2010)

Tem que saber se estes profissionais estão fazendo seu trabalho direito, se esses alunos estão apreendendo, assim como não adianta só colocar policiais nas ruas e esperar que estes, por si só, garantam a segurança pública, tem de haver todo um conjunto operacional, toda uma base que garanta que estes profissionais trabalhem dignamente e que estes direitos sejam atendidos dignamente. (MAIA, CASTRO, 2010)

Como foi visto no início deste artigo, a educação é um processo de formação do ser humano, se é a educação que trata de formar o ser humano, fazendo que este tenha uma base de aprendizado igualitária, é esta que apresenta os direitos e deveres de cada um, desse modo, ela tem um valor fundamental que é inserir este indivíduo no campo da sociedade, no qual ele deverá aplicar estes direitos e deveres, fazendo, assim, que este se responsabilize pelos seus atos lícitos e ilícitos, nesse ponto entra a segurança pública, pois, se ela é embasada pelos atos dos indivíduos dentro da sociedade, esta necessita que estes tenham tido uma educação de base gerada pela família e pelo Estado e que esta educação tenha servido para gerar um comprometimento deste perante a sociedade, de não praticar atos ilícitos, criando, assim, um círculo vicioso no qual a educação é a base para que a segurança pública funcione.

2.2 Evolução normativa do direito à educação no Brasil

Os primeiros relatos sobre educação no Brasil datam de 1549, quando chegaram os primeiros padres jesuítas no país. Com o intuito de propagar a fé cristã e assim catequizar os índios, durante aproximadamente 200 anos, os jesuítas foram os únicos docentes no país. (SANGENIS, 2004)

Com a vinda da Família Real em 1808, a educação e a cultura brasileiras tomaram um novo rumo com o surgimento de instituições científicas, de ensino técnico e dos primeiros cursos superiores como os de Medicina nos Estados do Rio de Janeiro e da Bahia.(SANGENIS, 2004)

Em 1822, devido à Independência do país, novas mudanças sóciopolíticas e econômicas começaram a surgir. A Constituição de 1824 trouxe como compromisso do império instrução primária e gratuita a todos os cidadãos, tendo, assim, um direito de primeira geração ou dimensão, um direito individual.(SANGENIS, 2004)

Na primeira Constituição Republicana, encontram-se relatos sobre o direito à educação, como nos artigos 35 e 72, o qual comenta de um modo geral que é dever do congresso “animar no país o desenvolvimento das letras, artes e ciências”, já na Constituição de 1934, ou constituição social, tínhamos um capítulo que vai do artigo 148 ou 158 onde se encontrava as divisões de competência dos entes federados, garantindo também todo o desenvolvimento necessário para que se tenha o direito à educação, as demais constituições até a de 1988 mantiveram as leis.(SANGENIS, 2004)

A educação só veio a ser considerada como item indispensável e de base para o crescimento político, social e econômico a partir da Constituição Federal de 1988, na qual foi considerada direito fundamental e é inerte a pessoa humana, tendo como características universalidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade e a inalienabilidade.Podemos encontrar uma sessão do artigo 205 ao 214 que consta o direito à educação e que é moldado por meioda Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional Lei nº 9.394/96, que garante educação de base a todos. (SANGENIS, 2004)

As leis que constam na Constituição de 1988 nada mais são que um aprimoramento das leis das antigas constituições, porém mais completas e complexas, além do mais, trazem consigo a garantia de ser um direito de todos que pode e deve ser cobrado do Estado.

2.3O cenárioda educação no Brasil.

Por meioda Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 1996, organizou-se em níveis, etapas e modalidades educativas, o plano educacional brasileiro, como mostra o gráfico abaixo. (BRASIL, lein°9.394/96)

Tabela n1: Organização dos níveis e etapas da educação brasileira.

Organização dos níveis e etapas da educação brasileira

NÍVEIS	ETAPAS		DURAÇÃO	FAIXA ETÁRIA
Educação básica	Educação infantil	Creche	3 anos	De 0 a 3 anos
		Pré-escola	2 anos	De 4 a 5 anos
	Ensino fundamental		9 anos	De 6 a 14 anos
	Ensino médio		3 anos	De 15 a 17 anos
Educação superior	Cursos e programas (graduação, pós-graduação) por área		Variável	De 18 a 24 anos

Fonte:IBGE;2011. Educação brasileira: indicadores e desafios: FNE.<conae2014.mec.gov.br/imagens/pdf/educação_brasileira_indicadores_e_desafios.pdf>

Com isso, busca-se melhorar a qualidade da educação acarretando, assim, a redução da distorção e defasagem educacional e também a correção do fluxo escolar, como descrito naCF/88."Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria".

Segundo o IBGE, o número de crianças e jovens matriculados em 2010 foi bem inferior à quantidade populacional destes, isso mostra uma grande defasagem em toda a estrutura educacional.

Tabela 2: Número de crianças e jovens nas idades próprias educacionais.

Número de crianças e jovens nas idades próprias educacionais
Brasil - 2010

Faixa etária	Nível/etapa educacional correspondente	Nº. Populacional de crianças e/ou jovens	Número de pessoas matriculadas	Número de crianças e/ou jovens matriculados por faixa etária e nível/etapa educacional correspondente
0 a 3 anos	Educação infantil: Creche	8.212.648	2.298.707	6.980.052
4 e 5 anos	Educação infantil: Pré-escola	5.802.254	4.681345	
6 a 9 anos	Ensino fundamental: anos iniciais	12.037.387	16.360.770	23.406.511
10 a 14 anos	Ensino fundamental: anos finais	17.166.761	13.997.870	
15 a 17 anos	Ensino médio	10.357.874	8.400.689	5.645.263
18 a 24 anos	Educação superior	23.878.190	6.379.229	3.331.000
TOTAL		77.455.114	52.118.610	39.362.826

Fonte: IBGE, 2010; Inep, 2011a; 2011b.

Fonte: IBGE; 2011a; 2011b.Educação brasileira: indicadores e desafios: FNE..<conae2014.mec.gov.br/imagens/pdf/educação_brasileira_indicadores_e_desafios.pdf>

Por outro lado, levantamento do INEP expõe a grandeza do abandono nas instituições de ensino e o quanto é preocupante também, visto que esses alunos são intitulados como o futuro da nação, além dos gastos públicos utilizados com estes que largam os estudos, mas a questão aqui é: por qual motivo isso ocorre? Será que é apenas falta de interesse dos alunos, ou a estrutura física das escolas e os docentes também contam?

Entre 2001 e 2012, segundo o Anuário da Educação, o número de jovens que concluíram o Ensino Fundamental até os 16 anos de idade aumentou mais de 20 pontos percentuais. A média nacional, porém, embute diferenças regionais significativas, estando o Norte e Nordeste abaixo dos índices das regiões Sul, Sudeste e Centro-oeste. Destacam-se, ainda, diferenças de cor da pele, renda familiar e disparidades entre os centros urbanos e rurais. (ANUÁRIO, 2014 a)

Ainda segundo o Anuário de Educação,o crescimento do percentual de jovens que conseguem concluir o Ensino Médio até os 19 anos vem diminuindo desde 2009. A importância desse indicador reside no fato de que uma parcela significativa da população com idade entre 15 e 17 anos pode ter abandonado a escola precocemente ou pode ter permanecido na etapa anterior, no Ensino Fundamental.(ANUÁRIO, 2014 a)

2.4 O cenário da segurança pública no Brasil.

A segurança pública é um dever civil de todo cidadão e um dever público e político do Estado que tem dever de garanti-la ao cidadão, assim como consta no capítulo III da CF/88:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Esses cinco órgãos do poder público devem atuar perante a sociedade e com a ajuda da sociedade para garantir às pessoas uma vida digna. Mas a questão é: será mesmo que isso acontece?

Tabela 3: Homicídios dolosos por número de vítimas e ocorrências.

TABELA 2 · Homicídios dolosos, por número de vítimas e ocorrências
Brasil e Unidades da Federação – 2012-2013

Grupos de Estados segundo qualidade dos dados [1]		Nº de Vítimas					Nº de Ocorrências				
		Ns. Absolutos		Taxas [2]			Ns. Absolutos		Taxas [2]		
		2012	2013	2012	2013	Variação (%)	2012 [3]	2013	2012 [3]	2013	Variação (%)
	Brasil	50.241	50.806	25,9	25,2	-2,6	46.984	47.724	24,2	23,7	-2,2
Grupo 1	Acre	177	195	23,3	25,0	7,2	174	192	22,9	24,6	7,4
	Alagoas	2.040	2.140	64,4	64,7	0,4	1.843	1.934	58,2	58,5	0,5
	Amazonas	1.086	909	30,2	23,8	-21,4	1.010	891	28,1	23,3	-17,1
	Bahia	5.879	5.440	41,5	36,1	-12,9	5.638	5.183	39,8	34,4	-13,5
	Ceará	3.569	4.251	41,5	48,3	16,5	3.492	4.140	40,6	47,1	16,0
	Distrito Federal	819	720	30,9	25,7	-16,9	787	692	29,7	24,7	-16,9
	Espírito Santo	1.660	1.564	46,4	40,6	-12,4	1.660	1.564	46,4	40,6	-12,4
	Goiás	2.426	2.576	39,4	39,9	1,2	2.426	2.576	39,4	39,9	1,2
	Maranhão	1.498	1.577	22,3	23,2	3,9	1.458	1.554	21,7	22,8	5,2
	Mato Grosso	948	1.041	30,4	32,6	7,2	933	1.000	29,9	31,3	4,6
	Mato Grosso do Sul	568	521	22,7	20,1	-11,5	562	515	22,4	19,8	-11,5
	Minas Gerais (4)	3.924	4.275	19,8	20,7	4,9	3.924	4.163	19,8	20,2	2,1
	Pará (5)	3.051	3.187	39,0	39,9	2,3	3.051	3.187	39,0	39,9	2,3
	Paraíba (6)	1.515	1.514	39,7	38,6	-2,7	1.476	1.482	38,7	37,8	-2,3
	Paraná (7)	3.135	2.572	29,6	23,3	-21,3	1.455	1.229	13,8	11,2	-18,9
	Pernambuco	3.155	2.941	35,3	31,9	-9,7	3.063	2.854	34,3	30,9	-9,8
	Rio de Janeiro	4.081	4.745	25,1	28,9	15,1	3.862	4.421	23,8	27,0	13,3
	Rio Grande do Sul (8)(9)	2.076	2.028	19,3	18,1	-5,9	1.992	1.882	18,5	16,8	-9,0
	Rondônia	484	470	30,4	27,1	-10,9	471	456	29,6	26,3	-11,2
	São Paulo	5.209	4.739	12,4	10,8	-12,9	4.836	4.444	11,5	10,2	-12,0
Grupo 2	Amapá	164	159	23,5	21,5	-8,4	164	159	23,5	21,5	-8,4
	Piauí	491	508	15,5	15,9	2,6	479	501	15,2	15,7	3,7
	Rio Grande do Norte	369	747	11,4	22,1	93,2	369	747	11,4	22,1	93,2
	Roraima	64	101	13,6	20,6	50,8	62	101	13,2	20,6	55,7
	Santa Catarina	748	716	11,7	10,8	-8,2	698	690	10,9	10,4	-5,2
	Sergipe (10)	803	880	38,0	40,0	5,1	803	880	38,0	40,0	5,1
	Tocantins	302	290	21,3	19,6	-8,2	296	287	20,9	19,4	-7,3

Conclusão

Fonte: Anuário de Segurança Pública 2014. Fórum brasileiro de segurança pública.<http://www.forumseguranca.org.br/>

Como podemos analisar na tabela, o número de ocorrências na maioria dos Estados tem aumentado gradativamente, isso chega a ser alarmante, visto que estamos falando do número de ocorrências registradas, agora imaginemos as que não foram registradas, chega a ser mais do que preocupante.

O Brasil tem cerca de 550 mil presos, desde a década de noventa, o percentual dos presos, segundo o Ministério da Justiça (MJ), é de um crescimento de cerca de 403,5%, enquanto a população brasileira teve um aumento de 36% desde então.(ANUÁRIO, 2014 b)

Segundo o Anuário de Segurança Pública no Brasil, a população negra fora do ambiente escolar compõe o maior índice de encarceramento e de morte. A conclusão da análise dos dados desse Anuário afirma que "a situação de vulnerabilidade social ou de minoria, o status socioeconômico, a idade e a educação dos indivíduos afetam de forma decisiva o nível de confiança que declaram ter nas instituições e nas pessoas", como podemos analisar na tabela.(ANUÁRIO, 2014 b)

2.5A importância social e política da educação.

A educação é um fator essencial para a vida em sociedade, pois é ela que auxilia a disciplinar e a formar o comportamento humano, e, dessa forma ajuda no combate à desigualdade social, por meio da inclusão social, fazendo que a sociedade consiga efetivar a sua cidadania. (SARLET,2012)

Além disso, não há cidadania sem democracia, pois ambas andam juntas e, para isso, faz-se necessária uma educação

igualitária, na qual todos tenham direitos a ela, assim como se encontra previsto nos artigos 6, 205 ao 214 da Constituição Federal, a educação é um direito social e fundamental que foi prevista na CF pela primeira vez na em 1988. Caso não seja efetivado, importará responsabilidade às autoridades competentes.(SARLET,2012)

Porém, a educação não é apenas um dever do Estado, é um dever da família também, que influencia na formação do indivíduo, cabendo, assim, que a família e o Estado promovam juntos uma educação de base a esse indivíduo. (SARLET,2012)

Educar é tornar social o ser humano, transformar a sua vida, ampliar os horizontes. Por meio da educação, o aluno se torna uma pessoa melhor em todos os sentidos, mas principalmente no convívio com a sociedade. Por meio disso, podemos observar mudanças significativas na vida das crianças e dos adolescentes que estão em situação não muito favorável, morando nas periferias, sem acesso a uma educação familiar digna e que encontram na escola seu refúgio para não se envolver com as drogas nem com o crime.(SARLET,2009)

Já na seara política, a educação tem uma importância de dimensões catastróficas, pois, quando um cidadão tem educação, ele consegue exercer o seu maior direito que é o de ter um pensamento crítico sobre a organização do Estado e de como está a vida em sociedade, como pode fazer para melhorar as suas condições de vida e dos seus familiares, e essa mudança só é possível quando ele confia seu voto a um político que se compromete com a comunidade para resolver e implantar soluções que possam facilitar a vida do homem.(SARLET,2009)

A política abrange a coletividade, por meio dela, podemos unir desejos comuns das comunidades para orientar o Estado a partir da política como agir em determinada situação, como os representantes do povo são escolhidos pelo próprio povo, é importante que este saiba como e quem irá colocar no poder, por isso educação e política caminham juntas nesse processo de criação e evolução da sociedade.(SARLET,2009)

A política mostra sua importância quando o ser humano se torna um ser político e social, quando toma conhecimento dos seus direitos e deveres impostos pelo Estado, que foi escolhido por ele para governá-lo e representá-lo por meio das leis. (SARLET,2009)

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

A pesquisa se desenvolveu a partir de pesquisa bibliográfica e documentais, com consulta a pesquisas institucionais e anteriores que ofereceram dados para a análise da realidade envolvida. As consultas foram empreendidas em bibliotecas físicas e virtuais com o uso da rede mundial de computadores. A análise dos dados foi realizada a por meio do método dedutivo e comparativo, mas também foi colhido análise de pesquisas consultadas.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

A partir dos dados colhidos, observa-se o crescimento do número de jovens matriculados no Ensino Fundamental nos anos iniciais em relação aos outros níveis de etapas educacionais, entretanto, nos anos finais, o número volta a cair, além da defasagem, também há o abandono, que é uma situação crítica encontrada nas escolas públicas e particulares e nas unidades de Ensino Superior.

Sabemos que a maioria das instituições de ensino brasileiras se encontram em péssimo estado de funcionamento, a maioria destas deveriam ter pelo menos as chamadas infraestruturas elementares, são aquelas nas quais só há os recursos mais básicos e, quando há, como água, energia, cozinha, sanitários e esgoto, sendo que cerca de 13 mil escolas públicas sofrem com a falta de energia, além desses fatos, também, ocorrem problemas com os profissionais dessa área, que são mal remunerados, desvalorizados, e, muitas vezes, falta especialização da parte destes. Essa falta de especialização se dá pela ausência de investimento do Estado, que pouco se preocupa com tais profissionais e os deixam desamparados, prejudicando, assim, o andamento do processo educacional.

A falta de interesse dos alunos se dá muitas vezes pela forma como o ensino é passado, pois, pelos motivos já apontados anteriormente, os professores estão cada vez mais desestimulados com tamanha falta de consideração com seus serviços prestados, até por que hoje o professor não atua somente na área de ensino, ele também tem de atuar na área psicológica fazendo, muitas vezes, os serviços dos pais, o que acaba prejudicando o seu dever primordial, que é ensinar.

De outro lado, o cenário da segurança nos revela números que remetem a crescentes índices de violência e exclusão social. E o que o Estado tem feito para mudar esses números?

Por mais que o Governo contrate profissionais para essa área, a valorização destes ainda é precária e a falta de conscientização da população também, porém,do que adianta investir apenas em policiamento? Se o Governo não começar a suprir as necessidades da população, como educação, saúde, moradia, lazer e vida mais digna, nada irá mudar tão drasticamente como deve ser, além disso, a população, cada vez mais, tem desacreditado e confiado menos nos serviços dos órgãos de segurança pública, pois, muitas vezes, recorre a eles e nada adianta.

Sabemos que policiais bem remunerados e mais bem treinados também é muito importante, porém, antes disso, faz-se necessário investir na dignidade da pessoa humana, mais escolas, hospitais, moradias e trabalhos dignos são a base para uma sociedade desenvolvida economicamente e politicamente.

5 CONCLUSÃO

As Políticas públicas são criadas pelo Governo com o intuito de combater a exclusão social, fazendo que a sociedade se sobreponha a uma igualdade. Por isso, foram criadas para a educação alguns programas, como o Prouni e as cotas que são voltados para o Ensino Superior, o Pronatec voltado ao ensino técnico e o Programa de educação na idade certa que atinge a educação de base, voltado para o Ensino Fundamental. Essa série de programas ajudam bastante, abrindo portas para que as pessoas que se beneficiam possam vir a melhorar de vida, além disso auxilia no crescimento e desenvolvimento do país.

Política pública é uma expressão que visa a definir uma situação específica da política. A melhor forma de compreendermos essa definição é partirmos do ponto de que cada palavra, separadamente, significa. Política é uma palavra de origem grega, politikó, que exprime a condição de participação da pessoa que é livre nas decisões sobre os rumos da cidade, a pólis. Já a palavra pública é de origem latina, publica, e significa povo, do povo. (OLIVEIRA,2012)

Mas como funcionam esses programas? Segundo o portal eletrônico do Ministério da Educação (MEC) : o Prouni é um programa do Ministério da Educação, criado pelo Governo Federal em 2004, que concede bolsas de estudo integrais e parciais de 50% em instituições privadas de educação superior. Para participar, o aluno deve ter cursado o Ensino Médio completo em escola pública ou particular na condição de bolsista integral. Terá de ter feito o Enem e conseguido uma nota mínima de 450 e não pode ter zerado a redação.

As cotas começaram a vigorar no ano de 2012 com 12,5% das vagas e, até 2015, terá de ser de 50% das vagas em todas as universidades federais e institutos federais o que está previsto na Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012 e regulamentada pelo Decreto 7.824 de outubro de 2012.

O Pronatec é o programa nacional de acesso ao ensino técnico e emprego. Foi criado pelo Governo Federal, em 2011, com o objetivo de expandir, interiorizar e democratizar a oferta de cursos de educação profissional.

O Pacto nacional pela alfabetização na idade certa é um compromisso formal assumido pelos Governos Federal, do Distrito Federal, dos Estados e Municípios de assegurar que todos as crianças estejam alfabetizadas até os oito anos de idade.

Dessa forma, podemos dizer que o Governo está tendo iniciativa para melhorar as condições da educação no Brasil, no entanto não podemos dizer que esses programas são 100% eficientes e que cumprem o seu papel, pois, algumas vezes, podemos observar que existem pessoas que se beneficiam quando, na verdade, não deveriam, pois possuem uma condição financeira boa, mas conseguem por meio de ilícitos e acabam tirando a oportunidade de algum aluno que esteja tentando entrar na universidade.

É preciso que o governo melhore e amplie cada vez mais e mantenha em dia as fiscalizações para evitar qualquer tipo de desonestidade e crime que possa estar acontecendo. É claro que todos os alunos querem ser aprovados nas instituições de Ensino Superior públicas, pois, como todos sabem, são efetivamente as melhores e as que oferecem também as melhores condições, principalmente para os alunos de baixa renda, pois, apesar de serem ofertadas as vagas nas faculdades particulares, essa bolsa não é suficiente,já que, por se tratar de uma empresa particular, todo o resto é pago, e os alunos bolsistas não podem pagar. É importante ressaltar o fato da alimentação, que na instituição pública existem os restaurantes universitários, já nas particulares, os alunos tem que pagar muito mais caro para se alimentar.

O Governo deve pensar em alternativas melhores que deem estrutura para que os alunos possam se manter no Ensino Superior, porque muitos abandonam os cursos por falta de condições financeiras, o que acaba não cumprindo o objetivo dos programas sociais, e, sem estudo, o jovem não consegue um bom trabalho e consequentemente acaba tendo outras possibilidades que, no momento, se apresentam como mais fáceis e rentáveis, acabando, assim, se perdendo, muitas vezes, nas drogas e no roubo ou em situações piores.

Os dados mostram que nem todos os jovens migram para a criminalidade, mas a correlação entre essas realidades está numericamente implicada, especialmente, nas áreas de baixa renda, com maioria de população negra ou parda e em áreas rurais.

O Estado não pode negligenciar, então sempre é preciso pensar nas diversas possibilidades de alternativas que podem acontecer para que os programas sejam eficazes não \apenas no ponto de vista econômico do país, mas também do social da população brasileira

REFERÊNCIAS.

ANUÁRIO Brasileiro Da Educação Básica2014 a. **Fórum Brasileiro de Educação.** Disponível em<http://www.todospelaeducacao.org.br/1493/anuario-brasileiro-da-educacao-basica-2014/>. Acesso em 10 jan. 2015.

ANUÁRIO Brasileiro De Segurança Pública2014 b.**Fórum Brasileiro de Segurança Púbica.**8. ed.Disponível em:<http://www.forumseguranca.org.br/>. Acesso em: 10 jan. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humano. 7.** ed.São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Andréia da Silva(Org); LEITÃO, Cláudia Sousa(Org). **Direitos Humanos:** Uma reflexão plural e emancipatória. Fortaleza: Unichristus, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Buarque de Holanda Ferreira**. 8. ed. São Paulo: Positivo, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2014.

OLIVEIRA, Adão Francisco de. Políticas Públicas Educacionais: conceito e contextualização numa perspectiva didática**. Sinprodf.** Disponível em:<http://www.sinprodf.org.br/wp-content/uploads/2012/01/texto-4-pol%C3%8Dticas-p%C3%9Ablicas-educacionais.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2014.

O PROGRAMA. **MEC.** Disponível em: <http://siteprouni.mec.gov.br/>. Acesso em 12 nov. 2014.

O QUE É FIES?. **MEC**. Disponível em: <http://sisfiesportal.mec.gov.br/>. Acesso em 12 nov. 2014.

O QUE É O PRONATEC?.**MEC.** Disponível em: <http://pronatec.mec.gov.br/>. Acesso em 12 nov. 2014 .

SANGENIS,Luiz Fernando Conde. Gênese do Pensamento Único: em educação franciscanismo e jesuitismo na educação brasileira. **UFF.** Disponível em:<http://www.uff.br/pos_educacao/joomla/images/stories/Teses/luizfsangenis04.pdf> . Acesso em: 12 jan. 2015.

SARLET, Ingo Wolgang. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais**.10 . ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.**9. ed.Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2010.

SOUZA, LuisAntonio Francisco de(Org);MAGALHÃES, Bóris Ribeiro de(Org);SABATINE, Thiago Teixeira(Org). **Desafios à segurança pública:** Controle social, democracia e direito. Marília: Cultura Acadêmica,2012.

A NOVA CONJUNTURA DO DESCASAMENTO SOB A ÓTICA DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL E DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ana Carolina Ramos Bandeira[4*]
Roberta Madeira Quaranta[5**]

RESUMO

A Família evoluiu. O casamento antigamente era indissolúvel em razão da forte influência religiosa. O descasamento, após esse longo período de indissolubilidade, passou a ser permitido mediante preenchimento de requisitos e, atualmente, trata-se de um direito potestativo inerente à pessoa. A EC 66/2010 alterou a redação constitucional, abolindo o instituto da separação judicial, eliminando a perquirição de culpa e os prazos para concessão do divórcio. Apesar de ter prevalecido o entendimento de que apenas o divórcio extingue o casamento, o Novo Código de Processo Civil retornou com a separação. Este trabalho analisa evolução histórica do descasamento, efeitos jurídicos da referida emenda e problematização do retorno desse instituto. Pretende-se dar visibilidade ao tema e refletir se é uma situação de inconstitucionalidade devido à repristinação da separação. O estudo se deu por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental. Como resultado, constatou-se tratar de uma inconstitucionalidade, visto que existe um afronto a CF/88.

Palavras-chave: Descasamento. Separação judicial. Emenda Constitucional nº 66/2010. Novo Código de Processo Civil. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The family has changed. The marriage in the past was indissoluble due to the strong religious influence. The divorcement, after this long period of indissolubility, became legal upon fulfilling requirements and, nowadays, it is a unilateral right inherent to every citizen. The CA (Constitutional Amendment) 66/2010 altered the constitution, abolishing the institute of legal separation, eliminating the guilt inquiry and the deadlines for the divorce concession. Although the understanding that only the divorce extinguishes the marriage has prevailed, the New Civil Process Code brought back the institution of separation. This work analyzes the historical evolution of the divorcement, juridical effects caused by the aforementioned amendment and the problems that come along this legal institute. The purpose is to give visibility to the theme and reflect if it is an unconstitutional situation due to the re-establishment of the separation. The study was performed through means of bibliographical and documentary research. As result, it could be verified that it is indeed an unconstitutionality, once there's a disagreement with the Federal Constitution from 1988.

Keywords: Divorcement. Legal Separation. Constitutional Amendment n 66/2010. New Civil Process Code. Unconstitutionality.

4 *Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus). Integrante do Programa de Iniciação à Docência – Monitoria (PID) da Unichristus do período de 2014-2015, disciplina de Direito Civil – Família. Currículo lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4467659D7>

5 **Defensora Pública do Estado do Ceará (DPGE-CE). Doutoranda em Direito pela Universidade Nacional de Lomas de Zamorra. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora titular da disciplina de Direito Civil – Família. Currículo lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4175959A6>

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo foi motivado pela nova concepção do Direito das Famílias em face da própria evolução do instituto, que deixou de ser considerada uma instituição e passou a ter novos elementos valorativos, como o afeto, a ética, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, sendo, portanto, baseado em uma visão mais contemporânea de família instrumentalizada, ou seja, a família será analisada a partir de sua concepção eudemonista.

Os reflexos dessa evolução foram a ampliação da importância da autonomia privada e a consequente mitigação da intervenção estatal na família, de modo que o ente estatal apenas pode intervir nas relações familiares para garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse tocante, surge o Novo Código de Processo Civil (NCPC) com o retorno do instituto da separação judicial, que havia sido abolida com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010 (EC 66/2010). A partir daí surgiram vários questionamentos, dentre eles a discussão acerca da inconstitucionalidade ou não de alguns de seus artigos, devido à repristinação do instituto já abolido pela Lei Maior. Assim, a atual conjuntura do descasamento será analisada sob a ótica do novo diploma processual e do instituto em questão.

Após a escolha do tema, pesquisou-se sobre as razões históricas que levaram o Brasil a admitir o descasamento, visto que antes o matrimônio era indissolúvel e hoje o divórcio é considerado um direito potestativo inerente à pessoa, assim como também as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a EC 66/2010 e a nova problematização do retorno do instituto da separação judicial.

Para tanto, tal investigação se deu à luz da legislação vigente, principalmente das normas constitucionais, do Código Civil de 2002 e do Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor em março de 2015.

Pretende-se, ainda, por meio da pesquisa, dar uma maior visibilidade ao tema, uma vez que a família é o mecanismo de proteção das pessoas. Dessa forma, diante dessa problematização do retorno da separação, é preciso saber como deverá ser interpretada a permanência desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro e quais serão os efeitos para a sociedade.

2 REVISÃO DA LITERATURA

2.1 Antecedentes históricos da dissolução do casamento

O instituto do casamento durante a vigência do Código Civil

de 1916 era mantido pelo princípio da indissolubilidade do vínculo conjugal, em consonância com o disposto no Código de Direito Canônico, visto que a Igreja foi titular quase absoluta dos direitos sobre a instituição matrimonial.

A Igreja separou-se oficialmente do Estado, e este passou a ser considerado laico pelo Decreto 119-A de 7 de janeiro de 1890, que proibia a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagrando a plena liberdade de cultos, extinguindo o padroado e estabelecendo outras providências relevantes acerca do assunto.

Dessa forma, a laicização do Estado ocorreu desde a Constituição de 1891, contudo, ainda assim, continuava a existir uma grande influência católica e uma extrema moral religiosa que justificavam a forte resistência da introdução do divórcio no Brasil.

Reafirmando essa condição de Estado laico até os dias atuais, em que não é permitida a interferência da religião nos assuntos do Estado, pode-se observar o disposto no art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988 que prevê a liberdade de crença religiosa aos cidadãos, assim como também a proteção e o respeito às manifestações religiosas.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> **VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.** (grifo nosso)

Naquela época, no caso de não cumprimento das obrigações conjugais, o cônjuge recebia uma sanção e o outro tinha direito ao chamado desquite. Com o desquite, não havia dissolução do casamento, apenas os cônjuges possuíam um novo *status*, o de desquitados e, dessa forma, sem romper o vínculo existente entre o casal, não era possível contrair um novo casamento. A única forma de dissolução do casamento nessa época era a morte de um dos cônjuges.

Como consequência dessa indissolubilidade, dava-se ensejo ao aparecimento e ao desenvolvimento do concubinato que, conforme descrito expressamente no art. 1.727 do Código Civil, correspondia a "relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar", e, naquela época, não merecia proteção jurídica alguma.

O segundo momento histórico a ser analisado é o surgimento da Emenda Constitucional nº 09/77, cujo projeto foi de autoria do então senador Nelson Carneiro. Referida reforma constitucional recebeu regulamentação posterior através da Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, a chamada Lei do Divórcio. Essa lei regulava os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, tratando de seus efeitos e seus respectivos processos.

Sobre essa evolução histórica, social e política, o doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 210) comenta:

> O divórcio foi introduzido no Brasil em um contexto histórico-politico-social em que a liberdade dos sujeitos é a expressão que deve dar o comando, já que a família se despatrimonializou, perdeu sua hierarquia e deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução. Na verdade, ela ganhou vida, autenticidade, desprendeu-se mais do Estado, e as suas essências reguladoras passaram a ser, principalmente, o amor e o afeto.

Após muitas resistências das forças religiosas, essa emenda introduziu de modo excepcional o divórcio no Brasil, onde o cônjuge interessado poderia requerer um único divórcio, após um período de 5 (cinco) longos anos de separação judicial. A questão temporal representava uma consequência dessas influências religiosas que continuavam sendo exercidas sobre o sistema jurídico. Dava-se início ao sistema dual de descasamento.

Destaca-se, também, a eliminação do desquite, que passou a ser substituído pelo instituto da separação judicial, a ser abordado com mais ênfase no decorrer do estudo.

O terceiro grande momento histórico ocorreu com a facilitação do divórcio, em que a Constituição Federal de 1988, fundada no princípio da facilitação relativa do divórcio, trazia em seu art. 226, §6º, a seguinte redação:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> [...]
>
> **§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.** (grifo nosso)

Assim, a regra do divórcio único foi eliminada. As pessoas poderiam divorciar-se quantas vezes quisessem e pudessem casar. O prazo para obtenção do divórcio por conversão, que anteriormente era precedido de uma separação de 5 (cinco) anos, passou a ser de apenas 1 (um) ano. Contudo, o descasamento continuava a ser subordinado às regras do sistema dualista de dissolução do casamento.

Paralelamente, houve, também, a criação do divórcio direto, em que não era mais necessária a prévia separação em juízo, bastava que o casal já estivesse separado de fato há mais de 2 (dois) anos para que o descasamento fosse obtido sem a necessidade de prévia separação judicial. Nesse sentido, trazemos à colação a redação do art. 1.580, caput, § 2º, do Código Civil de 2002:

> Art. 1.580. Decorrido 1 (um) ao do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.
>
> [...]
>
> § 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Destaca-se, outrossim, o advento da Lei nº 11.441/07, que autorizou a dissolução consensual do casamento em via administrativa. Essa forma de descasamento promoveu a racionalização das atividades processuais e a simplificação

do divórcio, que consiste na lavratura de escritura pública em cartório, quando não existe interesse de incapaz. A mencionada lei acrescentou ao Código de Processo Civil o seguinte artigo:

> Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

No quarto momento histórico, a facilitação do divórcio passou a ser absoluta, uma vez que a promulgação da EC 66/2010, mais conhecida como a Emenda Divorcista, promoveu uma verdadeira revolução para o Direito de Família brasileiro. Assim, as amarras do divórcio foram tiradas, demostrando o amadurecimento da sociedade brasileira e a reafirmação da opção republicana laica (PEREIRA, 2013, p. 46).

O supracitado art. 266, §6º, da CF/88 sofreu alteração, estabelecendo o divórcio como o único mecanismo de dissolução. A referida emenda constitucional suprimiu os requisitos do lapso temporal para se requerer o divórcio, bem como também extirpou a necessidade de separação judicial, eliminando a possibilidade de toda e qualquer discussão concernente à culpa pela falência do vínculo matrimonial. A doutrinadora Maria Berenice Dias (2012, p. 27) identifica também um efeito simbólico, no sentido de que "deixa o Estado de imiscui-se na vida das pessoas, tentando impor a mantença de vínculos jurídicos, quando não mais existem vínculos afetivos".

Com isso, a dissolução matrimonial é vista, hoje, de maneira deveras simplificada pela EC 66/2010, que serviu de instrumento efetivo e eficaz de promoção da integridade e da dignidade da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 349). A família deixou de ser meramente institucional, onde, o Estado preservava o núcleo familiar em detrimento da dignidade das pessoas que constituíam esses núcleos, passando a assumir compreensão instrumental. A dignidade da pessoa humana prevalece sobre os formalismos legais impostos pelo Estado.

É nesse novo panorama que será analisada a EC 66/2010, os seus efeitos jurídicos e as controvérsias da supressão do instituto da separação.

2.2 A Emenda Constitucional nº 66/10 e a extinção da separação jurídica

A EC 66/2010 é resultado da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 413/05 (renumerada posteriormente de PEC 33/07), cuja autoria foi inicialmente do Deputado Antônio Carlos Biscaia e, por fim, do seu relator, o Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro.

A nova redação efetivamente aprovada do art. 266, §6º, da CF/88 passou a ser a seguinte: "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] **§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio**".

Pela leitura da norma constitucional, é evidente a supressão da prévia separação judicial como requisito de obtenção do divórcio, pois o texto da redação anterior era o seguinte: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio *consensual ou litigioso, na forma da* lei". Outrossim, também foram eliminados os prazos para propositura do divórcio, bem como a perquirição acerca da culpa.

Sobre a alteração constitucional, Walsir Edson Rodrigues Júnior (2014, p. 791) afirma "tratar-se de uma inovação que privilegia o exercício da autonomia privada e, ao mesmo tempo, restringe a intervenção estatal nas relações privadas".

A EC 66/2010 entrou em vigor no país em 13 de julho de 2010, e sobre a sua eficácia e aplicabilidade, o doutrinador Uadi Lammêdo Bulos (2014, p. 1.623) comenta:

> A análise eficacial do referido parágrafo transmite-nos as seguintes conclusões: (i) o divórcio é a via adequada para dissolver-se, ao mesmo tempo, o vínculo e a sociedade conjugal, permitindo novo casamento; (ii) a classificação do divórcio em direto e indireto perdeu sentido, face ao disposto no § 6º, do art. 226. O que há, agora, é, apenas, o divórcio, verdadeiro direito potestativo, que não se condiciona a causas externas para o liame matrimonial extinguir-se; (iii) a EC 66/20 1 0 evitou excessos processuais, pois, agora, o casal pode partir, diretamente, para o divórcio, eliminando-se despesas pelo fim da duplicidade de procedimentos; (iv) uma vez decretado o divórcio, os ex-consones, caso resolvam se reconciliar, terão de se casar novamente; (v) como a EC 66/2 0 1 O extirpou o instituto da separação j udicial, toda a legislação que se lhe aplicava sucumbiu, automaticamente, por força da supremacia do § 6º do art. 226 da Carta Maior.

Nesse mesmo sentido, o doutrinador Flavio Tartuce (2013, p. 46) dispõe que "A inovação tem aplicação imediata, como norma constitucional executável. Assim, não há a necessidade de qualquer *ponte infraconstitucional* para a sua eficiência, o que está de acordo com a doutrina que reconhece a *força normativa da Constituição*".

Em consonância com essa ideia, os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 349) entendem que:

> Suprimida a expressão *na forma da lei,* infere-se com tranquilidade, que a Emenda Constitucional n. 66/10 tem *eficácia imediata e direta*, não reclamando a edição de qualquer norma infraconstitucional. É dizer: A Emenda Constitucional n. 66/10 entrou imediatamente em vigor, produzindo efeitos e vinculando todo o tecido normativo infraconstitucional que passou a ser interpretado conforme os seus preceitos e opções legislativas. *Por isso, estão revogadas todas as disposições contidas em normas infraconstitucionais alusivas à separação* (judicial ou em cartório) *e às causas de separação*, como por exemplo, os arts. 1.572 e 1.573 do Código Civil.

Sendo assim, é nítido perceber que, com o advento da EC 66/2010 houve a facilitação da obtenção do divórcio e a sua aplicação imediata, isto é, a referida emenda constitucional entrou imediatamente em vigor. Esse entendimento é doutrinariamente majoritário, bem como também reflete o

entendimento de diversos Tribunais de Justiças do país, cujas jurisprudências vêm se consolidando nesse mesmo sentido, a saber:

> APELAÇÃO CÍVEL. LEGITIMIDADE RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIVÓRCIO APÓS EC N.º 66/10. MUDANÇA DE PARADIGMA. ART. 226, § 6º, CR/88. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE DIRETA, IMEDIATA E INTEGRAL (AUTOAPLICÁVEL OU "SELF-EXECUTING"). **FIM DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NA VIDA PRIVADA**. I - Independentemente das deliberações existentes sobre a desnecessidade de atuação do Ministério Público (a exemplo da Rec. Conjunta PGJ/CGMP n.º 03/2007 e Rec. CNMP n.º 16/2010), entendendo o representante do "Parquet" que, no caso concreto, deva intervir e até mesmo recorrer, não há vedação legal para que o faça, até porque recomendações são atos desprovidos de caráter vinculativo**. II - Diante da alteração do art. 226, § 6º, CR/88, não mais subsistem o instituto da separação judicial e as normas infraconstitucionais incompatíveis com o novel texto constitucional, devendo o divórcio ser reconhecido como direito potestativo dos cônjuges.** III - Em observância à nova redação do art. 226, § 6º, da CR/88 (dada pela EC n.º 66/2010), considerando-se a extinção do instituto da separação judicial, a não conversão do feito em divórcio gera a sua inexorável extinção sem resolução do mérito (art. 267, VI, CPC). (TJ-MG, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 05/03/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 7ª CÂMARA CÍVEL). (grifo nosso)
>
> APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. EC 66. CERCEAMENTO DE DEFESA. PARTILHA. **1. A separação judicial não é mais contemplada pelo ordenamento jurídico nacional, desde o advento da EC 66/10, promulgada após a sentença. A extinção do instituto repercute sobre a possibilidade jurídica da demanda, alcançando as causas em andamento.** 2. No entanto, inexistindo prejuízo, admite-se, mesmo na fase de apelação, pedido para que seja decretado o divórcio. 3. Inexiste cerceamento de defesa, se a testemunha deixou de ser inquirida por omissão da parte em indicar o endereço para intimação ou de apresentá-la espontaneamente em audiência. 4. Benfeitoria realizada pelo varão em imóvel de propriedade de terceiro, onde residia o casal, não comporta partilha, que se restringe ao patrimônio comum. (TJ-DF, Relator: FERNANDO HABIBE, Data de Julgamento: 08/06/2011, 4ª Turma Cível). (grifo nosso)

A grande divergência está presente na questão de o instituto da separação judicial ter se extinguido ou não com o advento da EC 66/2010, contudo a sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro afronta o princípio da liberdade e restringe a autonomia da vontade, visto que o divórcio nada mais é do que um mero exercício do direito potestativo.

Nesse sentido, seguem diversos entendimentos doutrinários majoritários que corroboram com o fim da separação judicial:

> Atualmente o sistema jurídico conta com uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio. O instituto da separação judicial desapareceu. (DIAS, Maria Berenice, 2012, p. 27).
>
> A partir da promulgação da Emenda, desapareceu de nosso sistema o instituto da separação judicial, e toda legislação que o regulava, por consequência, sucumbiu, sem eficácia, por conta de uma não recepção. (GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, 2010, p. 56).

Em contundente raciocínio, seguem mais entendimentos doutrinários que promovem a abolição do instituto da separação judicial:

> Com o primeiro e fulcral impacto da *Emenda do Divórcio* a ser apontado, verifica-se que não é mais viável juridicamente a separação de direito, a englobar a separação judicial e a separação extrajudicial, banidas totalmente do sistema jurídico. (TARTUCE, Flávio, 2014, p. 193).
>
> A Emenda Constitucional nº 66/10 extirpou do sistema jurídico brasileiro a separação, judicial ou em cartório, unificando as causas dissolutórias do matrimônio (que passaram a ser, tão somente, a morte e o divórcio). (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, 2015, p. 352).

Com idêntica argumentação, Paulo Lôbo (2011, p.152) e Rodrigo da Cunha Pereira (2013, p.50-51), respectivamente, aduzem que a separação judicial foi extirpada do sistema jurídico brasileiro:

> [...] A Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção da separação judicial é que concomitantemente desapareceu a dissolução da sociedade conjugal que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal.
>
> O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referencia que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da previa separação judicial ao divórcio por conversão. Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há mais nenhuma razão prática e lógica para sua manutenção.

Dessa forma, em observâncias aos entendimentos acima expostos, não restam dúvidas de que a separação judicial foi extirpada de nosso ordenamento jurídico, visto que, em função da EC 66/2010, não existem mais motivos que justifiquem a sua permanência em nossa legislação e, por conseguinte, nas relações pessoais, já que tal instituto se tornou desnecessário.

Objetivando desfazer o medo ocasionado com a abolição da separação judicial, a doutrinadora Maria Berenice Dias (2012, p. 149) apresenta duas alternativas possíveis que têm os mesmos efeitos da antiga separação judicial: a separação de fato e a separação de corpos. Ambas rompem a sociedade conjugal, fazem cessar os deveres do casamento e a fidelidade recíproca. Vale ressaltar que a separação de fato, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), igualmente, põe fim ao regime de bens convolado entre os cônjuges por ocasião das núpcias, ensejando – doravante – a incomunicabilidade patrimonial.

Desse modo, quando o casal ainda tiver dúvidas se realmente quer romper definitivamente o vínculo conjugal, existem

essas duas possibilidades que possuem os mesmos efeitos da extinta separação judicial.

Destarte, as formas terminativas de vínculo do matrimônio dispostas no Código Civil, à luz da EC 66/10 e em consonância com as normas constitucionais, ocorrem mediante a morte de um dos cônjuges e pelo divórcio, nas formas consensuais e litigiosas. Veja-se a redação do art. 1.571 do Código Civil: "Art. 1.571: A sociedade conjugal termina: **I - pela morte de um dos cônjuges;** II- pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; **IV - pelo divórcio**".

Ressalta-se que, apesar da presença ainda em lei dos incisos II e III do dispositivo supracitado, que correspondem à nulidade ou anulação do casamento e à separação judicial, o primeiro refere-se à uma hipótese desconstitutiva do casamento e não dissolutiva, enquanto que o segundo item, conforme já analisado, sofreu revogação em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, no tocante ao interesse do presente artigo, será discutido o retorno do instituto da separação judicial, visto que foi resgatado no novel Código do Processo Civil, aprovado recentemente e regulamentado pela Lei nº 13.105 do presente ano.

2.3 A separação judicial e o Novo Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil, aprovado e regulamentado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que entrará em vigor um ano após a data de sua publicação (haja vista a *vacatio legis* ali prevista), trará importantes novidades na seara do Direito de Família, inovando em muitos pontos o vigente Código de Processo Civil, datado do ano de 1973.

Conforme visto no decorrer do artigo, a família mudou bastante, e suas respectivas normas regulamentadoras tiveram a necessidade de acompanhar essas mudanças. No que tange ao novel Código de Processo Civil, mostra-se claro que a maioria das inovações trazidas foram necessárias, em razão da evolução da sociedade brasileira e da necessidade de correspondência na legislação instrumental, todas baseadas em inúmeros corolários e pautadas nestes princípios primordiais elencados por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e pelo Henrique Ávila (2015, edição eletrônica):

> (a) as simplificação procedimental, (b) o prestígio ao contraditório, (c) o estímulo à uniformização da jurisprudência e à obediência aos precedentes, (d) a consagração e positivação das orientações doutrinárias e jurisprudenciais majoritárias e (e) a sistematização dos institutos.

Dentre as novidades trazidas pelo NCPC pode-se dizer que, no âmbito do Direito de Família, a maior está relacionada à introdução e à harmonização das ações de família, a saber: ações de divórcio, de separação, de união estável, de guarda, de visitação e de filiação. Atente-se para o artigo expressa essas ações: "Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, **separação**, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação".

Após leitura do dispositivo legal transcrito logo acima, percebe-se que o quê existe de novo efetivamente no procedimento especial das ações de família introduzidas pelo NCPC é o retorno do instituto da separação, tanto a consensual, como a litigiosa. Além do artigo supracitado, a matéria em questão faz-se presente nos seguintes dispositivos do referido código: art. 23, III; art. 53, I; art. 189, II e seu parágrafo segundo; art. 731; art. 732 e art. 733.

Assim, passa-se a analisar a problematização do retorno desse instituto, visto que se trata de uma situação bastante complexa e perturbadora, já que o Código de Processo Civil não encampou as mudanças anteriormente havidas, desprezando a reforma constitucional empreendida no ano de 2010 e tratando do instituto da separação judicial como se esse ainda permanecesse no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme dito anteriormente, com o advento da EC 66/2010, prevaleceu o entendimento jurisprudencial e doutrinário que a separação foi abolida do nosso ordenamento jurídico, bem como aquele que reputa não mais existirem prazos nem discussão sobre a culpa na ruptura da relação conjugal.

No NCPC a separação litigiosa segue o procedimento especial das ações de família, conforme o art. 693, acima exposto. Não se exige prazo para essa demanda, porém exige-se a imputação de descumprimento dos deveres conjugais, requisito já em desuso desde a promulgação da Emenda Divorcista. Vejamos as normas expressas nos arts 1.572 e 1.573 do Código Civil.

> Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.
>
> §1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.
>
> §2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.
>
> §3º No caso do parágrafo 2o, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.
>
> Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:
>
> I - adultério;
>
> II - tentativa de morte;
>
> III - sevícia ou injúria grave;
>
> IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;
>
> V - condenação por crime infamante;
>
> VI - conduta desonrosa.
>
> Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Assim, a grande controvérsia do retorno da separação, no caso da separação litigiosa, é a questão da discussão da culpa. Surgem, então, as seguintes indagações: A culpa realmente irá voltar? Qual será o efeito do reconhecimento dessa culpa? Qual será a responsabilidade civil de se achar um culpado e um inocente? O legislador retornou com a separação, porém, não trouxe as respostas desses questionamentos.

Enquanto a separação litigiosa segue o procedimento especial das ações de família, a separação consensual encontra-se no NCPC na seção dos procedimentos de jurisdição voluntária, conforme os arts.731, 732 e 733 do referido código:

> Art. 731. A homologação do divórcio ou da **separação consensuais**, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão: (grifo nosso)
>
> I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;
>
> II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;
>
> III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e
>
> IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos.
>
> Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts. 647 a 658.
>
> Art. 732. As disposições relativas ao processo de homologação judicial de divórcio ou de **separação consensuais** aplicam-se, no que couber, ao processo de homologação da extinção consensual de união estável. (grifo nosso)
>
> Art. 733. O divórcio consensual, a **separação consensual** e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731. (grifo nosso)

No caso da separação consensual, exige-se que as partes estejam casadas pelo período mínimo de 1 (um) ano. A consequência dessa observação temporal é a presença de uma subversão lógica, uma vez que, para o divórcio, que é medida judicial mais complexa (vez que rompe o vínculo matrimonial, enquanto a separação põe fim somente à sociedade conjugal) não se exige prazo. Há, no caso em comento, uma nefasta presunção absoluta de litigiosidade para todos os casamentos cuja duração não tenha superado o período de um ano. Assim, ainda que os cônjuges não possuam litígio algum, não poderão se valer da via consensual, o que não nos parece medida apropriada e já havia sido superada com a EC n. 66/2010.

Vale ressaltar, ainda, que no Novo Código de Processo Civil, o instituto da separação apresenta-se ainda no art. 23, que trata da jurisdição nacional; no art. 53 que se refere às disposições gerais sobre a competência e no art. 189, que dispõe sobre os atos gerais processuais. Veja-se:

> Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:
>
> [...]
>
> III - em divórcio, **separação judicial** ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional. (grifo nosso)
>
> Art. 53. É competente o foro:
>
> I - para a ação de divórcio, **separação**, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável. (grifo nosso)
>
> Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:
>
> [...]
>
> II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, **separação**, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; (grifo nosso)
>
> [...]
>
> § 2o O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou **separação**. (grifo nosso)

Devido a essa grande problematização do retorno da separação judicial, existem juristas que, mesmo diante do pouco tempo decorrido desde a aprovação do NCPC, já sustentam a inconstitucionalidade da repristinação da separação judicial. A principal defesa é que o retorno da separação afronta o paragrafo 6º do art. 226 da Constituição Federal, que preleciona a indissolubilidade do casamento pelo divórcio e não pela separação.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias aduz ser lamentável a repristinação do instituto da separação judicial no NCPC, malgrado o avanço considerável implementado pelo advento da EC 66/2010.

Também Lênio Luiz Streck assevera ter sido a separação varrida do mapa jurídico, reforçando seu posicionamento de ter havido uma espécie de repristinação da separação judicial, um dispositivo "tipo-Lázaro", um curioso retorno ao mundo dos vivos. Para o autor, o legislador do NCPC ignorou a historicidade e todo o caminho doutrinário e jurisprudencial percorrido pelo advento da EC 66/2010, como se pode notar na leitura da exposição dos motivos da referida emenda (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2007):

> Como corolário do sistema jurídico vigente, constata-se que o instituto da separação judicial perdeu muito da sua relevância, pois deixou de ser a antecâmara e o prelúdio necessário para a sua conversão em divórcio; a opção pelo divórcio direto possível revela-se natural para os cônjuges desavindos, inclusive sob o aspecto econômico, na medida em que lhes resolve em definitivo a sociedade e o vínculo conjugal.

Em continuidade ao entendimento do doutrinador, ele afirma que a separação deve ficar de fora do NCPC, em nome da Constituição e por dois motivos, citados a seguir:

> A um, por ela mesma, porque sacramenta a secularização do direito, impedindo o Estado de "moralizar" as relações conjugais; A dois, pelo fato de o legislador

> constituinte derivado já ter resolvido esse assunto. [...] Portanto, sem chance de o novo CPC repristinar a separação judicial (nem por escritura pública, como consta no Projeto do CPC). É inconstitucional. Sob pena de, como disse Marshall em 1803, a Constituição não ser mais rígida, transformando-se em flexível. E isso seria o fim do constitucionalismo. Esta é, pois, a resposta adequada a Constituição. (2013, edição eletrônica).

Em oposição a esses entendimentos, Regina Beatriz Tavares da Silva (2013, edição eletrônica) defende que a supressão do procedimento da separação seria inconstitucional, por desrespeitar diversos direitos fundamentais, como o da liberdade e o da dignidade da pessoa humana, fundamentados pela liberdade de religião e na violação constitucional, devido à eliminação das espécies *remédio* e *sanção*, que são regulamentados somente na separação judicial.

Com similar ideia, Lauane Andrekowisk Volp Camargo (2014, p. 174) alega, também, que a supressão do instituto da separação judicial não representa um avanço, mas sim, um inadmissível retrocesso, consoante transcreve-se abaixo:

> A supressão do instituto da separação não dignifica avanço, como alardeiam afoitos juristas, mas inadmissível retrocesso, porquanto acaba por restringir o espaço de movimentação dos cônjuges, o que malfere, o princípio da dignidade da pessoa humana, em sua conformação infraconstitucional. Despida da análise de culpa e da averiguação de qualquer lapso temporal, resta a separação como procedimento plenamente compatível com os valores fundamentais da República, constituindo, como temos afirmado, direito material que pode ser vindicado pelos cônjuges, via procedimento previstos no Código de Processo Civil.

Nesses posicionamentos que defendem a regulamentação da separação como forma de dissolução conjugal no NCPC, admite-se que o instituto continua vivo, tendo substituído o sistema dual obrigatório pelo sistema dual facultativo, não incorrendo em inconstitucionalidade ao ser regulamentado no novel diploma processual.

Importante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro adotou como regra geral a impossibilidade do fenômeno da repristinação, salvo se a nova ordem jurídica expressamente assim se pronunciar, conforme dispõe o §3º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) que diz: "Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência."

Nesse sentido, segue o posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça sobre o assunto:

> EMENTA: Agravo regimental. - Não tem razão o agravante. A recepção de lei ordinária como lei complementar pela Constituição posterior a ela só ocorre com relação aos seus dispositivos em vigor quando da promulgação desta, **não havendo que pretender-se a ocorrência de efeito repristinatório, porque o nosso sistema jurídico, salvo disposição em contrário, não admite a repristinação** (artigo 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Agravo a que se nega provimento. (AI 235800 AgR, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 25/05/1999, DJ 25-06-1999 PP-00016 EMENT VOL-01956-13 PP-02660) (grifo nosso)

Dessa maneira, diante tais disposições divergentes, completa-se o raciocínio de que retornar com o instituto da separação judicial, contemporaneamente, representa uma enorme problematização e um verdadeiro retrocesso no que tange aos direitos e garantias individuais, visto que a promulgação da EC 66/2010 teria ocasionado a extinção definitiva do instituto da separação judicial e o seu consequente retorno no NCPC ocasionaria a repristinação de tal instituto, tratando-se, pois, de inconstitucionalidade.

Para finalizar, corroboramos o entendimento de Pablo Stolze Gagliano (2010, p. 56), no sentido de que as benesses do término da separação judicial superam, em muito, seus inconvenientes, promovendo uma rápida solução judicial das demandas de descasamento, evitando o estresse causado pelos litígios em duplicidade, isso sem falar nas custas processuais, honorários advocatícios e todas as despesas com o funcionamento da máquina judiciária, bem como evitando a violação da vida privada e intimidade do casal, muito comum em ações nas quais permite-se a discussão acerca da culpa pelo fim do enlace afetivo.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

O presente estudo teve como objetivo principal a análise da problematização da repristinação do instituto da separação judicial, verificando tratar-se de uma espécie de inconstitucionalidade, visto que, com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, tal instituto teve fim.

O trabalho é de cunho científico, realizado por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental, em que foi realizada uma revisão da literatura e do entendimento jurisprudencial acerca do tema, bem como também foi feita uma análise da legislação pertinente ao assunto, principalmente na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor em março de 2015.

Ademais, o método científico utilizado na busca pelo conhecimento científico foi o método dedutivo.

4 RESULTADOS

Indubitavelmente, é possível constatar que a Emenda Constitucional nº 66/2010 eliminou a separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, bem como extinguiu a exigência de lapso temporal de separação fática para a dissolução do vínculo matrimonial. O sistema dual de dissolução do casamento foi superado pelo sistema unificado, caracterizado, principalmente, como um direito potestativo inerente à pessoa.

Não existem mais motivos que justifiquem a permanência da separação judicial em nossa legislação e, por conseguinte, nas relações pessoais, já que tal instituto se tornou completamente desnecessário, sendo o divórcio infinitamente mais vantajoso do que a simples medida da separação judicial, quando analisado sob o prisma jurídico, psicológico e econômico.

Outrossim, o Novo Código de Processo Civil trará importantes novidades na seara do Direito das Famílias, já que a família evoluiu e tornou-se bastante necessário, também, a correspondência na legislação instrumental.

Entretanto, com relação ao retorno do instituto da separação judicial no novel Código de Processo Civil, pode-se dizer que surpreendeu de forma negativa. Trata-se de uma enorme problematização e um verdadeiro retrocesso no que tange aos direitos e garantias individuais, visto que a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010 teria ocasionado a extinção definitiva do instituto da separação judicial e o seu consequente retorno no novo diploma processual ocasionaria uma repristinação de tal instituto e, portanto, uma hipótese de inconstitucionalidade, já que não havia sido permitido em lei.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que, apesar de o novo diploma processual pretender acompanhar as modificações ocorridas na sociedade brasileira, no âmbito do Direito das Famílias, ele foi completamente infeliz ao retornar com o instituto da separação judicial, uma vez que a divergência sobre a sua permanência ou não no ordenamento jurídico já havia sido superada e prevaleceu o entendimento doutrinário e jurisprudencial que visava ao seu fim.

Portanto, a regulação do procedimento do instituto da separação judicial, quer seja consensual, quer seja litigiosa, não foi uma medida acertada no campo do Novo Código de Processo Civil, na medida em que foi constatado que o instituto foi abolido pelo advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, bem como a eliminação da perquirição de culpa e de qualquer lapso temporal, sendo, portanto, inadmissível o questionamento acerca de tais aspectos.

Assim, a repristinação da separação judicial decorre em uma espécie de inconstitucionalidade, e o posicionamento pela sua não regulamentação é a decisão mais adequada ao constitucionalismo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer da Comissão Especial quando da análise da PEC 413/05 e 33/07, ministrado na Câmara dos Deputados, **Diário da Câmara dos Deputados**, quinta-feira, 29.11.07.

CAMARGO, Lauane Andrekowisk Volp. O projeto do Código de Processo Civil e o instituto da separação judicial consensual, in DIDIER JR, Fredie (coord). **Novas Tendências do Processo Civil** - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. Bahia: Juspodivm, 2014, v.3.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já!** 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Direito das Famílias. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; e ÁVILA, Henrique. Nova lei – Algumas das principais alterações do Novo Código de Processo Civil. **Conjur.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/algumas-principais-alteracoes-codigo-processo-civil> Acesso em: 24 mar. 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: Teoria e Prática. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. O sistema dual facultativo de dissolução do casamento no projeto do novo Código de Processo Civil, in DIDIER JR, Fredie (coord). **Novas Tendências do Processo Civil** - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. Bahia: Juspodivm, 2014, v.3.

STRECK, Lênio, Luiz. Direito de Família - Por que é inconstitucional "repristinar" a separação judicial no Brasil. **Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial> Acesso em: 5 abr. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família. 9. ed., São Paulo: Método, 2014.

DO CONFLITO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE

Ana Lívia Dantas Pinheiro[6]
Diana Maria Fernandes Brilhante[7**]
Maria Cristina Rocha Cândido[8***]
Marcos José Nogueira de Souza Filho[9****]

RESUMO

O presente artigo aborda o problema da colisão de direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro vigente e as possíveis formas encontradas, amparadas pela Nova Hermenêutica Constitucional, para uma exequível resolução, em específico nos conflitos entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade. Ademais, são apresentados, de forma sucinta, os métodos adotados para solucionar os casos que versam sobre colisão entre os direitos fundamentais, com foco nos direitos de liberdade de expressão e privacidade. Para tal desiderato, são explanadas as peculiaridades acerca dos direitos ora abordadas, bem como a relação conflituosa que se constitui como óbice a sua plena consagração. A solução desse conflito não é posta de forma fixa e imutável, considerando-se a variação e a particularidade do caso concreto. Esse artigo é uma pesquisa qualitativa, sendo usado o método dedutivo na conclusão, a partir de reflexões feitas pelo estudo da temática.

Palavras-chaves: Liberdade de expressão. Direito à privacidade. Colisão de direitos.

ABSTRACT

This paper addresses the problem of the collision between fundamental rights within current brazilian legal system and possible ways found, supported by the New Constitutional Hermeneutics, for a potential resolution, in particular in the conflicts between the right to freedom of expression and the right to privacy. Furthermore, it is briefly presented the methods adopted to solve the cases that cover collision between fundamental rights, focusing on freedom of expression and privacy right. To this purpose, peculiarities about the addressed rights and the conflicting relationship between them, that is an obstacle to their full consecration, are explained. The solution of this conflict is not fixed and immutable, considering the variation and the particularity of the case. This article is a qualitative research, being used the deductive method in the conclusion, based on reflections made by the thematic study.

Key-words: Freedom of expression. Right to privacy. Collision of rights.

6 *Aluna do 4º semestre do Curso de Direito da UNICHRISTUS, participante do grupo de estudos e pesquisa '' A mídia jornalística e o direito ao esquecimento'', analiviadp@hotmail.com.

7 **Aluna do 4º semestre do Curso de Direito da UNICHRISTUS, participante do grupo de estudos e pesquisa '' A mídia jornalística e o direito ao esquecimento'', cristinabarrosleal@hotmail.com.

8 ***Aluna do 4º semestre do Curso de Direito da UNICHRISTUS, participante do grupo de estudos e pesquisa '' A mídia jornalística e o direito ao esquecimento'', dianabrilhante@hotmail.com.

9 ****Professor orientador. Professor de Direito Administrativo do Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC, marcosjnsfilho@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais encerrados no bojo da Constituição Cidadã são verdadeiros corolários do Estado Democrático de Direito e têm como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana. Em uma análise histórica, acerca da evolução dos direitos de liberdade, sobretudo no que tange à liberdade de expressão, bem como aos direitos concernentes à privacidade, depreende-se uma gradativa dilatação normativa, evidenciando uma ascendente salvaguarda no que tange a esses direitos. Notadamente, pode-se inferir que os direitos correlatos à liberdade de expressão e à privacidade são fundamentos de um Estado de Direito, sendo, por isso, essenciais a uma sociedade livre e democrática.

A liberdade de expressão é um direito multifacetário que compreende uma série de direitos que têm como cerne a livre manifestação do pensamento, de crença, de opinião, de comunicação e publicidade, de expressão artística e intelectual, sempre que respeitem os limites e princípios da Federação e do Estado. Já o direito à privacidade, diretamente ligado à vida íntima, também tem suas singularidades, encontrando, na atual Constituição, arrimo normativo para sua concretização. Diante disso, torna-se necessária uma abordagem mais meticulosa acerca das peculiaridades de tais direitos, salientando, além das particularidades, a importância desses direitos em uma sociedade calcada na democracia e na liberdade.

Não obstante, os direitos fundamentais, em *latu sensu,* são direitos irrenunciáveis, imprescritíveis, inalienáveis, indisponíveis, porém são limitados. Essa assertiva encontra respaldo na ausência de hierarquia constitucional dos direitos fundamentais, como de resto, entre quaisquer normas constitucionais, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal. De outra forma, os Direitos Fundamentais não são constituídos de caráter absoluto, sendo alvo de limitações sempre que colidirem com outros valores de ordem constitucional, sobretudo quando houver antinomia entre os direitos consagrados como fundamentais. É necessariamente nessa limitação, observada na presença de colisão entre os direitos relativos à liberdade de expressão e à vida privada, que se trata o presente artigo, com o desiderato de abordar as possíveis soluções apresentadas pela Nova Hermenêutica Constitucional acerca dos conflitos existentes entre os direitos analisados.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Direitos de Liberdade

Os direitos que versam sobre a liberdade individual são direitos de primeira geração consagrados a partir das Revoluções Burguesas que marcaram a gênese da constitucionalização

dos anseios sociais. Como preleciona Ingo Sarlet, "o direito fundamental de liberdade tem origem na ideia de liberdade geral contida no art. 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudica o outro" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 447).

De acordo com a remota vertente que se ocupa dos direitos da liberdade, "todo ser humanos possui uma área ou esfera de liberdade pessoal que não pode ser de qualquer modo violada, e na qual pode desenvolver suas faculdades e vontades naturais livres de qualquer interferência externa" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 447). Esse mandamento evidencia os valores liberais presentes no pensamento de autores que impulsionaram a luta por consagração das liberdades. É pertinente frisar que, por algum tempo, a liberdade individual auferiu status proeminente em relação aos demais direitos, sobretudo em detrimento da igualdade material.

Hodiernamente, o conceito de uma liberdade ilimitada, a despeito de quaisquer outros direitos, de modo hierarquicamente superior, não é bem quisto no plano constitucional brasileiro. A Constituição Federal, como fundamento do Estado Democrático de Direito, lança luz à uniformidade dos Direitos Fundamentais nela contidos, constituindo-os com poderes limitadores entre si. De acordo com a Nova Hermenêutica Constitucional, é o princípio da dignidade da pessoa humana, embutido nos Direitos Fundamentais, que age como baliza às liberdades, antes entendidas como absolutas. Desse modo, o direito geral de liberdade passa a ter um viés de direito-dever, com uma visível conotação de respeito aos limites e às restrições de cada um, sendo composto por dimensões positivas e negativas (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014).

O direito geral de liberdade, como cláusula aberta, que abrange de forma explícita e implícita as liberdades individuais e coletivas, está fortemente sedimentado no Estado Democrático de Direito por meio da força normativa constitucional. Segundo Gustavo Branco,

> As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam guarnecidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais (MENDES; BRANCO, 2014, p.263).

Dessa forma, os direitos de liberdade, formalmente e materialmente consagrados no bojo constitucional, têm como sujeito o indivíduo que, perante o Estado de Direito, encontra nessas liberdades subsídios para uma efetiva oposição a eventuais violações e ingerência estatais. Os direitos de liberdade são, portanto, direitos "oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico" (BONAVIDES, 2004, p.563).

2.1.1 Liberdade de Expressão

O homem é um ser intrinsecamente social e encontra na livre comunicação de ideias e pensamentos meios de expandir sua existência, interagindo e se socializando com seus iguais. É na liberdade de expressão que o indivíduo constrói sua identidade em face da sociedade e firma sua participação política e democrática perante o Estado. Diante dessa perspectiva, torna-se fundamental ao homem a possibilidade de expor, de modo a não extrapolar os limites do Direito, de forma livre, opiniões, debates, expressões artísticas e intelectuais, pensamentos, críticas e informações acerca do meio em que vive. Nesse desiderato, é possível afirmar que essa liberdade é um direito que permite a formação individual do ser humano no contexto social, revestindo-se **como corolário da dignidade humana** (MENDES; BRANCO, 2014).

A liberdade de expressão é um direito fundamental em espécie, autônoma, inserida no vasto campo das liberdades individuais oriundas da cláusula geral do direito à liberdade, garantida constitucionalmente pela Lei Maior à sociedade. Assim como os demais direitos oriundos de processo histórico, a liberdade de expressão perpassou múltiplos graus de contemplação nas diversas Constituições brasileiras em um curso progressivo, porém nem sempre ascendente como verificado na ditadura do Estado Novo, até sua ampla consagração no âmbito constitucional vigente (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014).

Não há dúvidas de que, a partir da Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão granjeou proporções notadamente significativas na composição de uma sociedade democrática fortemente assentada no Estado de Direito. "As liberdades de expressão foram não apenas objeto de mais detalhada positivação, mas também passaram a corresponder [...] ao patamar de reconhecimento e proteção compatível com o autêntico Estado Democrático de Direito" (SARLET, 2014, p.453-454).

É válido ressaltar que essas liberdades são direitos inerentes ao homem, de caráter multifacetário, que encerram valores diversos consagrados pela Constituição como fundamentais à dignidade humana.

> A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não. [...]No direito de expressão cabe, segundo a visão generalizada, toda mensagem, tudo o que se pode comunicar – juízos, propaganda de ideias e notícias sobre fatos (MENDES; BRANCO, 2014, p. 264).

Os direitos que se ocupam das liberdades hora em estudo se encontram selados no âmbito dos Direitos Fundamentais e pulverizados em outros campos do texto constitucional, como os dispostos nos artigos 206, II, 220, dentre outros, da Carta Maior, demonstrando, assim, a posição ideológica do legislador sobre a importância e a proteção desses direitos. A título de ilustração, podem-se elencar os direitos embutidos no artigo 5º da Constituição Federal que têm íntima ligação com a liberdade de expressão. A começar pelo inciso IV, em que está literalmente declarado que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato".

Esse dispositivo traz notoriamente a preocupação em garantir a livre exposição do pensamento sem que, no entanto, essa liberdade possa trasladar-se em um instrumento de violação a outros direitos. Como bem aduz Uadi Bulos, "a Constituição brasileira proíbe o anonimato, [...], pois quem exercita a liberdade de pensamento deve assumir a identidade das posições emitidas, sob pena de responder por eventuais danos a terceiros" (BULOS, 2014, p. 568).

Outro atributo da liberdade de expressão encontra respaldado no inciso V em que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". Esse direito tem uma estreita relação com valores éticos e morais incutidos na sociedade, garantindo ao cidadão o direito de se defender frente à violação de direitos personalíssimos de honra e imagem, e "constituem exigências deontológicas norteadoras da atividade dos meios de comunicação e de todos quantos dela participem" (BULOS, 2014, p. 569).

Já no inciso VI do mencionado artigo, a Constituição assevera ser "inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias". Segundo Uadi Bulos, "a liberdade de consciência é o pressuposto para o exercício das demais liberdades de pensamento" (BULOS, 2014, p. 576).

É cediço, no contexto das liberdades de expressão, a relevante importância do inciso IX, no qual "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". A natureza jurídica da censura e da licença encontra sua validade no Estado Democrático de Direito que não admite um "expediente contrário ao regime das liberdades públicas" (BULOS, 2014, p. 579). Nesse sentido, a partir das experiências do Estado de Exceção, a Constituição de 88 assegura que a liberdade de expressão não terá nenhum limite que esteja de encontro às liberdades já conquistadas e consagradas na sociedade.

A liberdade de expressão, em seus mais variados matizes, encontra no arcabouço constitucional licença para sua mais ampla satisfação, desde que respeite, como pressuposto para sua legitimidade, os limites assegurados a outros direitos fundamentais. Essa liberdade, como todas as demais, não pode ser omnímoda, muito menos absoluta, encontrando limites, como dito, em direitos outros, igualmente consagrados no bojo constitucional.

É necessário salientar que a liberdade de expressão, como presente objeto de estudo, encerra, desde que pacífica e cordialmente, toda manifestação de pensamento, de crença, de ideia e ideologia, de ponto de vista e convicções, toda expressão artística, cultural e intelectual, toda forma de comunicação e de publicidade comercial, contanto que não violem a ordem constitucional democrática. "Neste sentido, em princípio, todas as formas de manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pela liberdade de expressão". Esse caráter elástico da liberdade de expressão se justifica "para assegurar a sua máxima proteção e sua posição de destaque no âmbito das liberdades fundamentais" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 458).

2.2 Direito à intimidade e a vida privada

O dispositivo constitucional consagrado no inciso X do art.5º da Constituição Federal de 1988 aduz que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". O referido anteparo é subsídio normativo tanto para as pessoas físicas quanto para as pessoas jurídicas, projetando seu alcance à essencial proteção à imagem, sobretudo quando em face dos meios de comunicação em massa, a exemplo de televisão, rádio, jornais, revistas e outros mais (MORAIS, 2014).

A **vida privada** e a **intimidade** fazem referência ao âmbito de reserva do ser humano, insuscetível de intromissões externas, e são conhecidos como o **direito de estar só**. De forma muito tênue, há diferenças entre a **privacidade** e a **intimidade**, mesmo que quase imperceptíveis. Muitos doutrinadores enfrentam a tarefa de deslindar essa distinção. A vida privada envolve as relações comerciais, de trabalho, de estudo, ou seja, as relações concernentes ao convívio diário, ao passo que a intimidade diz respeito às relações pessoais do indivíduo, como as relações com amigos e familiares, que participam da vida íntima da pessoa (BULOS, 2014).

Nesse contexto, percebe-se que muitos direitos estão cada vez mais sendo mitigados e ameaçados, no caso concreto, devido à falta de respeito com que os meios de comunicação se relacionam com tais direitos. Transformar em objeto de entretenimento assuntos de natureza íntima encontra-se em clara contradição ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, em face da falta de finalidade pública e do caráter jornalístico de tal divulgação. Essa conduta, por acarretar injustificado dano à dignidade humana, autoriza, além do direito à resposta, a indenização por danos materiais e morais (MORAIS, 2014).

Adentrando na esfera pública, quando se fala da proteção constitucional do direito à vida privada e à intimidade relacionadas às pessoas que têm uma notável publicidade, estas devem ser compreendidas de maneira mais restrita, pois há a necessidade de maior transigência no momento de interpretar a ofensa das inviolabilidades à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de pessoas que estão sujeitas, em razão do próprio exercício da atividade profissional, a constante fiscalização da mídia e da sociedade. Entretanto, essa interpretação restrita não descarta a proteção constitucional contra ofensas incoerentes, ou seja, sem qualquer relação com a atividade profissional exercida (MORAIS, 2014).

Nessa perspectiva, é correto afirmar que o direito à intimidade concede maior proteção aos cidadãos comuns do que às pessoas públicas, pois estas, de forma voluntária, expõem-se ao público, renunciando parte de sua intimidade como consequência da fama ou do prestígio alcançado. Todavia, é importante lembrar que o caso em questão se trata de uma limitação e não de uma supressão desse direito, pois este persiste nas situações em que determinada divulgação adentra o âmbito íntimo da pessoa envolvida na publicação (RAMOS, 2008).

2.2.1 Honra e imagem

Protegida pela Constituição Cidadã de 1988, a honra consiste

em um bem imaterial de pessoas físicas e jurídicas. Como ensina Uadi Bulos, "a tutela constitucional à honra tem como pressuposto a reputação, o comportamento zeloso e o cumprimento de deveres socialmente úteis pelas pessoas físicas e jurídicas decentes" (BULOS, 2014, P.572). A honra é o conjunto de qualidades que descrevem o bom nome e, portanto, a dignidade da pessoa. Por esse motivo, afirma-se que é direito fundamental preservar a própria dignidade (SILVA, 2005).

Segundo Uadi Bulos, a Constituição protegeu três tipos de imagem: imagem social, imagem-retrato e imagem autoral. A imagem social é baseada naquilo que a própria pessoa transmite na vida em sociedade. Trata-se, portanto, de atributos exteriores ou imagem publicitária. Geralmente, os causadores de danos a essa imagem são os meios de comunicação em massa. A imagem-retrato se trata da imagem física do indivíduo, ou seja, da sua fisionomia, captada por meio dos recursos tecnológicos (fotografia, filmagem etc). A imagem autoral é a imagem do autor que participa de obras coletivas de forma direta. Tais imagens devem ser indenizadas quando objetos de violação (BULOS, 2014).

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

O artigo apresenta a explanação dos liames acerca dos direitos de liberdade de expressão e o direito à privacidade e intimidade, e como é lidado em nosso ordenamento quando direitos colidem, em específico esses dois direitos. Este é um artigo de revisão, que foi feito com a metodologia qualitativa, por meio de análise de doutrinas e artigos científicos. As conclusões surgiram a partir do método dedutivo, por meio de reflexões feitas após o estudo da temática.

4 ANÁLISE DE DADOS: COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INTIMIDADE

Antes de adentrar na temática da colisão entre direitos, vale ressalvar aqui a diferença terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais, sendo estes últimos os direitos escolhidos pelo constituinte originário de um país como basilares e essenciais à determinada cultura, ou seja, são direitos vistos por um prisma de ordem nacional. Já os direitos humanos são aqueles vistos por uma perspectiva internacional, não estão positivados em nenhum ordenamento jurídico específico, mas, como são supranacionais, regem e guiam as relações internacionais, protegendo a pessoa humana, sendo encontrados em documentos de direito internacional (MENDES; BRANCO, 2014).

Dessa forma, ao analisar uma colisão de direitos, é imprescindível verificar se os direitos envolvidos são fundamentais ou não, se encontram sua base legal dentro do ordenamento jurídico pátrio, se estão presentes (explícitos) na CF, ou se são considerados direitos fundamentais implícitos, ou seja, apesar de não estarem elencados na CF, por causa da ideia e do bem jurídico defendido e a sua compatibilização à identidade básica da Lei Maior , são considerados direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2014).

Essa identificação é necessária, uma vez que, ao procurar a solução para esse embate de direitos, há uma série de critérios cronológicos, hierárquicos e especializadores (método clássico de resolução de conflitos) que devem ser observados, com o fito de resolver o conflito da forma mais lógica e coerente possível. Outra questão importante diz respeito à competência para resolver esse conflito.

Nesse aspecto, ao buscar a solução, é necessário fazer uma interpretação dos direitos envolvidos e saber onde eles se encontram no ordenamento jurídico. Assim, por ser uma atividade de hermenêutica, o responsável para fazê-la seria o intérprete competente da matéria discutida. No caso do Brasil, o STF (Supremo Tribunal Federal) é competente a discutir e resolver essas crises jusfundamentais, pois é encarregado de interpretar e defender os valores da CF/88 em última instância e, em alguns casos, é instância única, como na ADC (ação direta de constitucionalidade) e ADI (ação indireta de inconstitucionalidade). Entretanto, isso não quer dizer que há uma monopolização da interpretação constitucional, pois, como já dito, o STF é competente em última instância, na perspectiva de que a decisão final é sua, porém a interpretação é legítima de ser feita por todos aqueles que vivem sob a égide da CF, porém, como já dito, a interpretação jurisdicional sempre prevalecerá (BULOS, 2014).

Após observada a fundamentalidade dos direitos em questão, como no caso do direito à liberdade de expressão e o direito à intimidade, há de se delimitar o âmbito ou núcleo de proteção dos direitos em questão. Nas palavras de Gilmar Mendes, âmbito de proteção

> [...] abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica [...] e a consequência comum, a proteção fundamental. Descrevem-se os bens ou objetos protegidos ou garantidos pelos direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais de proteção ou defesa cuida-se de normas sobre elementos básicos de determinadas ações ou condutas explicitadas de forma lapidar: propriedade, liberdade de imprensa[...] (MENDES; BRANCO, 2014, p.192).

Essa delimitação é importante, pois se verifica que quanto maior o âmbito de proteção de determinado direito, maiores serão as chances de qualificar um ato estatal como restrição, ou um ato do particular como ofensa. O pensamento reverso também se aplica, ou seja, quanto menor um âmbito de proteção, menor será a qualificação como restrição ou ofensa. A delimitação surge por meio de uma interpretação sistemática, porém, muitas vezes, ela só há de ser conseguida quando houver um confronto com alguma eventual restrição imposta ao direito em análise. Há ainda a necessidade de identificar o bem jurídico protegido, para que, assim, verifique-se a amplitude da proteção desse bem (MENDES; BRANCO, 2014).

Percebe-se que a atividade da interpretação é encontrada logo no início da resolução da colisão, uma vez que ela já é usada para delimitar o raio de proteção dos direitos abordados. Contudo, ao falar-se de interpretação na solução de conflitos jusfundamentais hodiernamente, é necessário também lidar com a questão no neoconstitucionalismo (que é pôr a Constituição no topo da pirâmide normativa, fazendo todas as outras normas do ordenamento jurídico buscar seu fundamento de validade na Constituição que as rege), que tem como derivação a nova hermenêutica constitucional.

Todavia, na busca de uma solução, os métodos clássicos de interpretação são ainda utilizados, é como se inicia a

interpretação. São eles: gramatical, que procura o sentido literal da palavra; lógico, que procura a coerência/harmonia das palavras em conjunto; histórico, que procura a origem dos fatores de criação normativa; sistemático, por intermédio do qual se examina o texto em análise dentro do sistema/contexto que está inserido; teleológico, em que se busca a sua finalidade; popular, realizado por meio de plebiscito; doutrinário, como o nome já diz, há o exame de doutrinas e o evolutivo, em que se verifica a mutação do texto (BULOS, 2014).

Já os métodos modernos são os seguintes: tópico-problemático, o qual sugere a descoberta mais razoável para resolver a lide, partindo do caso concreto para a norma; hermenêutico-concretizador, no qual há a contribuição subjetiva, uma valoração/compreensão do intérprete, partindo da norma para o caso concreto; científico-espiritual, no qual a interpretação deve seguir o dinamismo da sociedade, ou seja, reconhece a importância dos corolários sociais da decisão do problema; normativo-estruturante, quando não pode haver a ruptura da norma com a realidade social; e o da comparação-constitucional, em que se lida com o Direito Comparado, procurando em ordenamentos jurídicos de outros países, ordenamentos alienígenas estes sendo similares ao ordenamento jurídico que está sendo comparado, como que foi solucionado nesses sistemas legais tal problemática parecida (BULOS, 2014).

Para guiar os métodos e as técnicas de interpretação (estas sendo explanadas mais adiante), há os princípios de interpretação que, nas palavras de Uadi Bulos

> [...]são enunciados científicos, elaborados pela doutrina, para ajudar o exegeta a entender a mensagem inserida nas constituições. [...]permitem ao intérprete p*ré-compreender* o discurso constitucional. [...] não tem caráter normativo, não sendo, pois, obrigatórios. Funcionam, apenas, como elementos persuasivos[...] (BULOS, 2014, p. 459, grifo do autor).

Os princípios interpretativos são unidade da Constituição, correção funcional, concordância prática (ou a harmonização), eficácia integrador (ou efeito integrador), força normativa da Constituição, máxima efetividade, razoabilidade (ou proporcionalidade) e conformidade (ou justeza constitucional) (BULOS, 2014).

O princípio da unidade da Constituição defende que as normas dentro da Constituição não possuem hierarquia, reforçando, assim, o caráter uno das Constituições. Contudo, dependendo das circunstâncias fáticas, pode diminuir ou aumentar o alcance de preceitos constitucionais, que possuem valores imprescindíveis, por exemplo, as liberdades públicas, a vida, princípios fundamentais etc. O princípio da correção funcional está mais relacionado com o controle de constitucionalidade, quando há conflito institucional, pois tem como fito defender e reforçar a supremacia das Constituições.

O princípio da concordância prática, também conhecido como o princípio da harmonização, como o próprio nome já diz, tem como fito harmonizar e conciliar os direitos e bens jurídicos em conflito para que, assim, não haja o sacrifício total de só um bem jurídico em relação ao outro direito, ou seja, procura mediar ao máximo os interesses conflitantes. Além disso, o exegeta deve conciliar o comando jurídico com a realidade social. Esse princípio é imprescindível à resolução de conflitos de direitos e garantias fundamentais. O princípio da eficácia integradora põe em ênfase a ordem política e social do Estado ao interpretar a Constituição, está relacionado com o método sistemático (BULOS, 2014).

O princípio da força normativa da Constituição serve para resolver um conflito de entendimentos, quando se opta pelo entendimento que prestigia a eficácia, aplicabilidade e estabilidade das normas constitucionais. O princípio da máxima efetividade defende que a interpretação deve ser aquela que proporciona uma maior concretização das normas constitucionais, buscando-se a eficácia social. O princípio da razoabilidade, também conhecido como o da proporcionalidade, defende o uso do bom senso, prudência e moderação na momento de interpretar. O princípio da conformidade, ou da justeza constitucional, defende que a exegese deve ser feita de acordo com a Constituição, ou seja, respeitando-a.

Além dos princípios, há as técnicas hermenêuticas, que auxiliam o exegeta no momento de descobrir o sentido das normas constitucionais. São usadas nos *hard cases* (casos difíceis), nos quais há muito desgaste psíquico do intérprete, pois envolve uma grande quantidade de discricionariedade subjetiva deste no caso concreto. São três tipos de técnicas: da ponderação de valores (ou interesses), da optimização de princípios e da filtragem constitucional (BULOS, 2014).

A técnica de ponderação de valores é a mais interessante e pertinente à problemática em questão, pois é ela que avalia, no caso concreto, qual bem jurídico pesará/prevalecerá mais em detrimento de outro bem. Aqui há o entendimento de que os bens jurídicos, de forma genérica, não possuem hierarquia; contudo, de forma específica e concreta, havendo concessões recíprocas, deve-se prevalecer o bem jurídico que for mais apropriado às ideias e aos valores da Constituição, preterindo o interesse mais lógico e racional do caso concreto. Essa ponderação é muito complexa e demorada.

Já a técnica da optimização de princípios faz que o exegeta retire o melhor do conteúdo e da substância das disposições supremas do Estado. A técnica da filtragem constitucional defende a noção de que as ordens jurídicas devem ser vistas pelo prisma da Constituição.

Todavia, vale ressaltar que a utilização de tudo que foi explanado sempre leva a uma possível solução, ou seja, há diversas estradas e vieses a serem tomados, que vão variando de acordo com a subjetividade de cada circunstância posta (BULOS, 2014). Não pode haver uma generalização absoluta de certa decisão; entretanto, é aconselhado ao intérprete se guiar e tomar como base na fundamentação de decisões pretéritas, com o fito de harmonizar, na medida do possível, um entendimento de determinada temática.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, os direitos correlatos à liberdade e à privacidade, como fundamentos de um Estado de Direito e, por esse motivo, essenciais a uma sociedade livre e democrática, devem ser entendidos como direitos relativos, ou seja, que não gozam de valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outra garantia de valor equivalente, pois uma vez em conflito

encontram seus limites, já que tratam-se de direitos igualmente fundamentais, embutidos no bojo da Constituição.

Diante da colisão entre o direito à liberdade de expressão e o direito à vida privada, são elencados diferentes métodos e técnicas de soluções, fundamentadas na nova hermenêutica constitucional, entretanto, a mais pertinente à problemática estudada é, sem dúvidas, a técnica da ponderação ou critério da proporcionalidade, visto que, por meio desse método, na análise do caso concreto, um desses direitos será relativizado em virtude do outro.

Em análise final, tem-se que, entre direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade ganha papel de destaque, concedendo ao caso concreto aplicação coerente e segura das garantias constitucionalmente consagradas, portanto indispensável para a preponderância de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS, Alexandre**. Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

RAMOS, Cristina de Mello. O direito fundamental à intimidade e à vida privada. **Revista de Direito da Unigranrio,** Duque de Caxias, vol. 1, no.1, 5 dez. 2008. Disponível em: < http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/195/194>. Acesso em: 27 abr. 2015.

SARLET, Ingo Wolfang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PARA ALÉM DA PUNIÇÃO: JUSTIÇA RESTAURATIVA, UM NOVO PARADIGMA PARA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS PENAIS

Ana Lívia Dantas Pinheiro[10]
Elyne Eulália Mendonça Lopes[11**]
Andréia da Silva Costa Castelo Branco Sales[12***]

RESUMO

Em face da ineficiência do sistema tradicional de justiça criminal, o presente artigo tem o intento de mostrar a utilização da justiça restaurativa como resposta positiva à solução dos conflitos sociais, principalmente aqueles de ordem penal, além de asseverar a importância desse novo paradigma para a garantia da dignidade da pessoa humana. Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental, fazendo-se uso do método dedutivo de investigação. A partir da leitura dos fatos históricos, do arrolamento das características e da análise dos efeitos do sistema penal clássico retributivo, depreende-se a insuficiência do mesmo e admite-se a indispensabilidade de um novo modelo de justiça, apto a conceber soluções satisfatórias, de caráter restaurador e não meramente repressor. Referido modelo deve observar prioritariamente o princípio da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, a fim de escolher a melhor maneira de resolver os conflitos de natureza criminal.

Palavras-chaves: Justiça Criminal. Justiça Restaurativa. Novo paradigma na solução dos conflitos sociais. Dignidade humana.

ABSTRACT

Facing the inefficiency of the traditional criminal justice system, the article intends to show the utilization of the restorative justice system as a positive answer to the solution of social conflicts, mainly those of penal order, besides exposing the importance of this new paradigm for the guarantee of the dignity of the human person. Therefore, bibliographical and documental research were made, using the deductive method of investigation. From the reading of historical facts, the listing of characteristics and the effects of the classical retributive penal system, its inefficiency is deductible and the indispensability of a new model of justice is admitted able to conceive satisfactory solutions of restorative and not merely, fundamental to the Brazilian, in order to choose the best way to settle conflicts of criminal nature.

Key-words: Criminal Justice. Restorative Justice. New paradigm in solving social conflicts. Human dignity.

10 *Aluna do 4º semestre do Curso de Direito da UNICHRISTUS, aluna-membro do Escritório de Direitos Humanos(EDH), analiviadp@hotmail.com.
11 **Aluna do 3º semestre do Curso de Direito da UNICHRISTUS, aluna-membro do Escritório de Direitos Humanos(EDH), elyne_eulalya@yahoo.com.br.
12 ***Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professora de Direitos humanos e fundamentais do Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS. Pesquisadora. E-mail: aandreiacosta@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Diante da ineficiência do modelo de justiça criminal vigente, o presente artigo tem como escopo apresentar a justiça restaurativa como um novo paradigma na solução dos conflitos de natureza penal. Com o fito de mostrar, historicamente, a evolução da justiça penal até os dias atuais, o trabalho apresenta, em um primeiro momento, como funcionou o sistema punitivo desde a Antiguidade até a chegada da Idade Moderna, dando destaque às penas utilizadas e suas formas de execução.

Depois de estudar a história das penas e seus respectivos sistemas punitivos, o presente artigo explica o problema da ineficiência do modelo atual de justiça penal, que não consegue alcançar seus principais objetivos, o efeito intimidador e ressocializador das penas. Nessa perspectiva, compreende-se a necessidade de um novo paradigma para a solução dos conflitos de origem penal, que já não se satisfazem com o modelo hodierno.

O estudo analisa a Justiça Restaurativa como esse meio alternativo na busca da melhor resolução de contendas penais, visto seu caráter restaurador e não meramente retributivo, como acontece no sistema vigente. A opção por esta saída se justifica pelo fato de ser possível estabelecer o nexo entre os valores que norteiam esse novo sistema e aqueles inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro, que deve nortear todas as ações e medidas a serem adotadas em solo pátrio.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Pena privativa de liberdade: breve histórico da justiça criminal

Ainda que seja inquestionável o fato de o encarceramento existir desde tempos imemoráveis, no período da Antiguidade, a privação de liberdade considerada, estritamente, como sanção penal era totalmente desconhecida, pois esta não possuía a natureza de pena, logo, sustentava-se em outras razões. No decorrer desse longo período da história, utilizava-se, essencialmente, a pena de morte, as penas corporais (mutilações e açoites) e as infamantes. A prisão era utilizada somente para fins de guarda dos réus até o momento de serem executados, funcionava como uma espécie de sala de espera até a hora do suplício do condenado. (Bitencourt, 2011)

Além da prisão como lugar de custódia, utilizava-se a tortura como meio para se descobrir a verdade dos fatos. Essa prática acarretava, até mesmo, a confissão dos inocentes, que não resistindo às dores confessavam fatos como se os houvesse praticado. Nas palavras de Cesare Beccaria (BECCARIA, 2003, p. 43)

> É monstruoso e absurdo exigir que um homem acuse-se a si mesmo, e procurar que a verdade nasça através de tormentos, como se essa verdade estivesse nos músculos e nas fibras do infeliz! A lei que autoriza a tortura é a que afirma: Homens, resisti à dor. A natureza dotou-vos com um amor imbatível ao vosso ser, e o direito indeclinável de vos defenderdes; porém, eu desejo criar em vós um sentimento totalmente diverso; quero inspirar-vos um ódio a vós mesmos; ordeno-vos

> que sejais vossos próprios acusadores e finalmente digais a verdade em meio a torturas que vos partirão os ossos e dilacerarão os vossos músculos.

Durante o tempo medieval, a ideia de pena privativa de liberdade ainda não existia. Nesse período, a lei penal objetivava ocasionar o medo coletivo e a prisão continuava a ter finalidade custodial. As sanções criminais eram submetidas à vontade dos governantes, que, na maior parte das vezes, submetia os réus a mutilações diversas, por exemplo, amputação de braços, pernas, olhos, queima de carne a fogo etc. Portanto, afirma-se que o sistema punitivo de toda a Idade Média caracterizou-se por uma essência desumana e, principalmente, ineficaz**.** (Bitencourt, 2011)

Diante das mudanças socioeconômicas que se deram na passagem da Idade média para a Idade Moderna, um grande número de pessoas entrou em uma situação de pobreza extrema, e em razão da miséria passaram a praticar cada vez mais atos delituosos. Dessa maneira, há um crescimento excessivo de delinquentes, e, na segunda metade do século XVIII, a pena de morte passa a ser entendida como uma medida ineficaz, pois já não era capaz de conter os delitos. As penas corporais apenas tinham contribuído para o crescimento do banditismo, e já chegava o momento de pensar uma alternativa para a Idade Moderna.

Nessa perspectiva, toda essa crise acaba por originar uma nova espécie de sanção penal, a pena privativa de liberdade, na esperança de um meio mais eficiente de controle social. Fica evidente o fato de que a pena de prisão não foi fruto de escolhas com objetivos humanitaristas, mas de uma razão político econômica. É no século XIX que a pena privativa de liberdade se impõe definitivamente, e até hoje é considerada como aquilo que sustenta o sistema penal contemporâneo (Bitencourt, 2011).

2.1.1 Sistema penitenciário brasileiro: a falência das prisões

O ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema penitenciário progressivo para o cumprimente de pena. Especialmente na Europa, a utilização desse regime generalizou-se após a Segunda Guerra Mundial, embora o sistema tenha sido adotado pela Espanha desde princípios do século XX. As características desse regime são perfeitamente esclarecidas com as palavras de Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2011, p.97)

> A essência desse regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que esse regime, em razão de boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.

Diferentemente das penas severas dos séculos passados, é indiscutível que o sistema progressivo significou um avanço penitenciário significativo, pois, além de ter dado relevância à própria vontade do penitenciário, diminuiu o rigor na aplicação da pena. (Bitencourt, 2011). Entretanto, apesar de esse sistema ser significativo, quando comparado a formas de penalidade em séculos antigos, afirma-se que, mais uma vez, a justiça penal experimenta seu fracasso. As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta. (Foucault, 1999).

Acreditou-se que a prisão seria o meio mais adequado para alcançar a ressocialização do delinquente, porém esse otimismo, principalmente, quanto às finalidades da pena, não durou muito tempo. Diante da prisão tradicional, o que predomina são pensamentos pessimistas e grandes críticas, das mais variadas que se possa imaginar, o que vem afirmar a atual crise enfrentada atualmente pelo sistema criminal. Grande parte dos julgamentos e questionamentos à prisão refere-se, principalmente, à impossibilidade de alcançar a ressocialização do apenado, pois não há dúvidas de que, em termos de medidas preventivas, o sistema criminal vigente é ineficaz.

No Brasil, o que acontece é o embrutecimento do apenado, pois o ambiente carcerário apresenta-se como um meio antinatural, por isso incapaz de promover a reabilitação. As condições materiais e humanas desse lugar tornam impossível a reabilitação. Como aduz Cezar Roberto Bitencourt "não se trata de uma objeção que se origina na natureza ou na essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade". (BITENCOURT, 2010).

2.2 O surgimento da justiça restaurativa

Embora de análise muito recente, o tema da justiça restaurativa encontra suas raízes em séculos longínquos na história da humanidade. Entretanto, foram nas últimas décadas que esse novo paradigma de justiça criminal ganhou destaque, tendo os seus ideais sistematizados com algumas experiências práticas instauradas**.** (OLIVEIRA; SANTIAGO, 2012).

Em um texto de 1977, chamado *Beyond Restitution: Creative Restitution,* o pesquisador Albert Eglash é apontado como o primeiro a utilizar a expressão "justiça restaurativa", conforme noticia Marcos Rolim. No entanto, as práticas oriundas desse tipo de justiça são bastante antigas, alicerçadas nas tradições de povos do Oriente e do Ocidente. Por muito tempo, os procedimentos de justiça comunitária caracterizavam-se pela utilização de princípios restaurativos, mas é a partir dos séculos XI e XII, na Europa Ocidental, que a justiça comunitária passa a utilizar um sistema público fundamentado na justiça retributiva. Nesse contexto, as tradições passam a ser sobrepujadas pelo modelo de justiça criminal assentado no senso comum como sinônimo de "punição". (ROLIM, 2006).

Diante desse relato histórico, percebe-se que antes mesmo da "justiça pública", além de uma "justiça privada", existiam também, e mais largamente, práticas de justiça consensualmente estabelecidas por meio de processos de mediação entre os membros da comunidade, evitando, assim, a utilização de regras abstratas. Essas antigas práticas,

que envolviam uma participação social na resolução de conflitos, perduraram em muitos países até meados do século XIX, quando cederam lugar ao padrão contemporâneo que se impôs como a única regra aceitável e que trouxe um modelo de justiça penal apto a lidar com os conflitos tidos como criminais, por meio de punições normativas. (ROLIM, 2006)

Portanto, infere-se que o paradigma restaurativo foi utilizado em grande parte da história da humanidade e que sua superação se deu para satisfazer pretensas necessidades de modernização do modo de fazer justiça, mas que, na realidade, tinham o velado intuito de tornar tal atividade monopólio estatal. (OLIVEIRA; SANTIAGO, 2012).

2.2.1 Conceito e Características

Construir um novo paradigma de justiça penal não é uma tarefa fácil. Exige condutas cuidadosas, em especial, quando se está diante da desconstrução de um modelo já enraizado na cultura jurídica de tantos povos por meio de uma práxis reiterada. Entretanto, torna-se uma medida necessária para que se deem novos rumos à solução dos conflitos sociais de origem criminal. É evidente a ineficiência do sistema criminal fomentado unicamente pelo escopo retributivo, sobretudo quanto aos métodos utilizados, que, em sua maioria, são falhos e desumanos. É nessa perspectiva que surge, nas últimas décadas, uma nova alternativa de solução de conflitos, uma nova proposta, denominada de Justiça Restaurativa. (OLIVEIRA; SANTIAGO, 2012).

A tarefa de conceituar a justiça restaurativa é bastante complexa, pois, como menciona Raffaella Palamolla (PALAMOLLA, 2009, p. 54), "a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas." Nas palavras de Damásio de Jesus (*on line*) pode-se conceituar a justiça restaurativa da seguinte forma:

> Dá-se o nome de justiça Restaurativa ao sistema no qual, em face da prática de uma infração penal, crime ou contravenção, autor, vítima e, em alguns casos, outras pessoas da comunidade envolvidas no fato atuam na solução das questões dele oriundas, com o auxílio de moradores (professores, assistentes sociais, psicólogos, etc.), sem a participação direta de juízes de Direito e promotores de Justiça. Diante da prática de um crime, reúnem-se autor, vítima, familiares e representantes da comunidade, com o objetivo de encontrar uma forma de solucionar o conflito, de modo a satisfazer pessoal e socialmente a vítima e impedir que o infrator vá para o cárcere.

O paradigma da justiça restaurativa em contraposição ao atual modelo de justiça penal aplica seus procedimentos tanto nos casos criminais quanto em outros de natureza civil. Sua aplicação está voltada para o ato danoso e para as possíveis consequências resultantes da violação do Direito. Sua orientação, diferentemente do modelo vigente, não é unidirecionada, pois está voltada também para a situação da vítima, sustentando a importância dos eventuais prejuízos e do sofrimento diretamente impostos a ela**.** (ROLIM, 2006).

Diferente da justiça criminal, em que o Estado, detentor do *jus puniendi***,** inicia a ação contra o acusado, a abordagem restaurativa parte do pressuposto de que a iniciativa deve ser feita em nome da vítima e não em favor da sociedade. Nessa concepção restaurativa, familiares e amigos de ambas as partes em conflito são convidados a se encontrarem, pois, acredita-se que a vergonha vivenciada pelo infrator diante de pessoas consideradas importantes para ele é um dos passos positivos durante todo o processo. Desse modo, o objetivo dessa união é a superação da vergonha por meio de uma integração legitimada entre o infrator e a comunidade. (ROLIM, 2006).

Assim, por meio desse novo modelo os reais autores do delito são reconhecidos, sendo chamados ao cerne do problema afim de que se resolvam conflitos reais e não apenas aqueles exteriorizados pela atitude delitiva. Mostra-se ao infrator que ele está comportando-se fora dos padrões exigidos pela sociedade e garante à vítima o ressarcimento pelo dano sofrido. Nota-se que o principal objetivo dessa integração vítima-réu é a restauração de todas as relações abaladas pela conduta criminosa e não somente a punição do infrator. O modelo restaurador mantém o foco no futuro, empoderando os envolvidos no conflito para que estes, com o poder e a responsabilidade de solucionar a lide, possam de perto vivenciar a justiça. (OLIVEIRA; SANTIAGO, 2012).

2.2.2 Manifestações na prática

Apesar de não representar a integral implantação da justiça restaurativa, com efeito, a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) já nos traz elementos importantes concernentes a esse método de solução de conflitos criminais, fazendo que o sistema brasileiro, tradicionalmente retributivo, aos poucos vá, cedendo lugar para a forte influência de um novo método em que as contendas encontram solução de maneira pacífica.

A Lei 9.099/95 dos Juizados Especiais alberga vários princípios que fazem referência ao método restaurativo, por exemplo, o estímulo à solução pacífica dos conflitos e a convivência harmônica na comunidade, o diálogo entre as partes, a busca de inclusão social, o desencorajamento à violência e ao sentimento de vingança e o respeito às opiniões da vítima.

A base principiológica exposta no art. 62 da Lei 9.099/95 destaca elementos fundamentais a esse método de resolução de conflitos criminais, a citar a oralidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade. Afastando-se do formalismo típico do sistema criminal retributivo, essa lei objetiva atuar na resolução do conflito real, buscando depreender-se das formas. (OLIVEIRA; SANTIAGO 2012). Embora haja diferenças diversas entre as duas propostas, é possível relacionar o intento da justiça restaurativa com os mecanismos informais de resolução de conflitos penais utilizados pelos juizados criminais. (PALLAMOLLA, 2009).

A respeito dos benefícios da utilização dos métodos restaurativos em nosso ordenamento, é importante ressaltar que, por meio da Justiça Restaurativa, ao contrário, para o réu – ao reparar os danos que causou e, se necessário, prestar serviços à comunidade – é dada a oportunidade de não ser visto mais como tal, mas ser reintegrado ao convívio com a sua comunidade. Àqueles que sofreram um dano causado por um incidente, é oferecida a chance de expressar seus sentimentos, descrever como foram afetados e pensar/propor

um plano de reparação de danos. Aos demais familiares, vizinhos, membros da comunidade, (conhecidos como partes secundárias), cabe apoiar e facilitar a realização do plano de restauração de danos. (MARQUES, 2005)

2.2.3 Justiça restaurativa e a dignidade da pessoa humana

No cenário constitucional, a nova hermenêutica, imbuída de critérios ancorados no princípio da dignidade da pessoa humana, prioriza os princípios fundamentais, fazendo valer a força normativa da Carta Maior. No contexto Constitucional de 1988, dentre os seus princípios fundamentais, está o princípio da dignidade da pessoa humana, com força deontológica predominante, passando a ser tutelada como valor absoluto, na forma de princípio fundamental e de fundamento do Estado democrático de Direito brasileiro.

A dignidade humana, como característica inerente ao ser humano e sua racionalidade, impõe ao poder estatal uma obrigação de respeito e de proteção, pois esse princípio simboliza a norma maior a orientar e nutrir todo o ordenamento jurídico**.** (PIOVESAN, 2014)

Nessa perspectiva, vale dizer que os avanços que funcionam como instrumentos de valorização da condição humana devem ser "abraçados" pelo direito, em virtude daquilo que impera dentro da ordem constitucional, a dignidade humana**.**

A partir disso, pode-se afirmar que a justiça restaurativa deve ser acolhida, pois esse novo paradigma devolve à vítima, na medida do possível, o sentimento de dignidade anteriormente violado, assim como também busca respeitar a dignidade do autor do ato ilícito, pois este, como é cediço, ao ser submetido ao encarceramento no modelo atual de justiça criminal, experimenta quase que por completo, a perda da sua dignidade como ser humano. (GARCIA JÚNIOR, 2014)

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

O presente trabalho desenvolveu um estudo bibliográfico, com consulta a livros de doutrina, artigos de periódicos e dissertações de mestrado sobre Justiça restaurativa, direitos humanos e direitos fundamentais, mediação de conflitos, acesso à justiça e demais temas correlatos. Realizou-se ainda uma pesquisa documental, na medida em que se estudou a legislação brasileira, em especial, a Constituição Federal de 1988, o Código Penal e a Lei dos Juizados Especiais.

Pretende-se continuar desenvolvendo referida pesquisa, com um possível estudo de campo, haja vista a necessidade de uma maior contribuição da comunidade acadêmica do Direito para essa discussão.

4 ANÁLISE DE DADOS

Não há dúvidas quanto à falência enfrentada hodiernamente pelo sistema carcerário, assim como não há hesitação quando se fala da crescente ineficácia do modelo retributivo de justiça penal, incapaz de intimidar aqueles que nunca experimentaram o crime e mais ainda inapto a proporcionar ao criminoso o efeito ressocializador da pena.

Diante desse inconveniente, o incômodo social aumenta cada vez mais, em face das consequências desastrosas do mundo do crime. É evidente que o modelo de justiça criminal há muito tempo não é mais a resposta eficiente para os conflitos penais, além de nunca ter alcançado a restauração dos laços sociais que envolvem vítima e criminoso. O resultado de toda essa problemática vem sendo a busca por novas alternativas, a procura de paradigmas eficientes para lidar diretamente com esses conflitos.

A justiça restaurativa é colocada nesse contexto como uma dessas respostas, capaz de oferecer à vítima e ao réu a restauração das eventuais relações interrompidas pelo efeito resultante da conduta delitiva. Além disso, busca-se por meio desse novo paradigma mostrar ao condenado que a ressocialização no seio da sociedade em que ele vive é possível.

Nessa perspectiva, destaca-se a humanização das relações entre a vítima, o réu e a sociedade, como característica marcante entre os objetivos desse novo modelo, além de significar a relação valiosa entre os princípios da justiça restaurativa e os valores balizados pelo princípio da dignidade humana.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, não restam dúvidas quanto à relevância da problemática que envolve a ineficiência do modelo hodierno de justiça criminal e que, diante disso, faz-se necessário pensar em novas alternativas para o sistema de justiça penal. É nesse contexto que se coloca a proposta da justiça restaurativa, imbuída de intentos diversos do paradigma criminal retribucionista tão polêmico, incapaz de intimidar e ressocializar o condenado na maior parte dos casos.

A proposta restauradora não representa somente um novo modelo de justiça penal, ou seja, uma nova forma de lidar com conflitos criminais, mas significa, sobretudo, um paradigma inspirado nos valores que circundam o princípio da dignidade humana. Portanto, a utilização dos métodos restaurativos vai muito além de uma simples mudança na maneira de solucionar conflitos, pois denota a valorização do ser humano como pessoa digna de tratamentos diversos dos impostos pelo sistema criminal em voga.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Rideel, 2003.

FOUCALT, Michel. **Vigiar e Punir**. 20. ed. Pretrópoles: Vozes, 1999.

GARCIA JUNIOR, Iran Chaves. A Justiça restaurativa como instrumento para garantir a dignidade humana), **Justiça do Direito**, v. 28, n. 1, p. 133-148, jan./jun. 2014.

JESUS, Damásio de. Organização das Nações Unidas (ONU) recomenda a adoção da Justiça Restaurativa. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/organiza%C3%A7%C3%A3o-das-na%C3%A7%C3%B5es-unidas-onu-recomenda-ado%C3%A7%C3%A3o-da-justi%C3%A7-restaurativa>. Acesso em: 10 maio 2015.

MARQUES, Luís Henrique. **Não basta punir, é preciso restaurar**. *Revista Cidade Nova,* São Paulo: Cidade Nova, ano XLVVII, n. 08, ago. 2005.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz; SANTIAGO, Nestor Araruna (org.). **Direito Penal no século XXI:** desafios e perspectivas. Florianópolis: Conceito, 2012.

PALLAMOLLA, Raffaella. **Justiça Restaurativa:** da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha:** policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang**. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 2. ed. Recife: *Jus*PODIVM, 2014.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

XAVIER, Lídia de Oliveira (org.); AVILA, Carlos F. Domínguez (org.); FONSECA, Vicente. **Direitos Humanos, Cidadania e Violência no Brasil**. Curitiba: CRV, 2013, v. I.

O EXERCÍCIO DE DIREITOS SEXUAIS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UMA MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA OU UMA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Ana Virgínia Ramos Cardoso[1]*
Andréia da Silva Costa Castelo Branco Sales[2]**

SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. Revisão da literatura; 2.1 Breve histórico a respeito da sexualidade humana; 2.2 O surgimento dos direitos sexuais e reprodutivos; 2.3 O direito à liberdade e à autonomia privada; 3. Metodologia; 4. Resultados; 5. Conclusão; Referências

RESUMO

Os direitos sexuais surgiram recentemente enquanto prolongamento dos direitos reprodutivos, visando uma tutela mais ampla da sexualidade humana e não somente da reprodução. Esses direitos ainda encontram dificuldades no seu reconhecimento enquanto direitos fundamentais, diante do preconceito e da intolerância atrelada à sexualidade. Os obstáculos aumentam quando se pretende trabalhar o exercício dos direitos sexuais por crianças e adolescentes. A pesquisa pretende realizar um estudo sobre esse exercício, analisando-se se seria uma manifestação da autonomia privada ou uma violação dos demais direitos fundamentais assegurados aos infantes. Faz-se para tanto um breve histórico sobre a sexualidade, analisa-se o surgimento dos direitos sexuais e reprodutivos, bem como o tratamento da liberdade e da autonomia pelo ordenamento brasileiro. Realiza-se uma pesquisa bibliográfica e documental, constatando-se a possibilidade de exercício dos direitos sexuais, a partir de uma tutela diferenciada das situações existenciais pelo direito civil, pautada na cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos sexuais. Sexualidade. Criança e Adolescente. Autonomia. Dignidade Humana.

ABSTRACT

The sexual rights emerged recently, aiming custody of the human's sexuality, overcome than the offered by the reproductive rights. Although, the sexual rights still find difficulties on their recognition while fundamental rights, ahead of the prejudice and the intolerance connected it. The obstructions grow increasingly when the pretension is the entitlement by the children and adolescents. The research intends to elaborate a review about this exercise; analyzing if was a liberty and autonomy's expression or a violation of the infant's rights. To final results a brief sexuality's historic has been done; the sexual and reproductive right's appearance has been analyzed, as well as the liberty ands autonomy's treatment by the legal order. Has proceeded with a bibliographic and documental research, verifying the possibility of sexual right's exercise, as from of the different custody of the essential's questions by the civil law, ruled by the general clause protection of the person.

Keywords: Sexual Rights. Sexuality. Child and Adolescent. Autonomy. Human Dignity.

1 *Aluna e bolsista do Programa de Iniciação Científica 2014/2015 do curso de Direito do Centro Universitário Christus. Currículo lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4852574Z5>.

2 **Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Professora titular da disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais do curso de Direito do Centro Universitário Christus. Professora orientadora. Presidente do Instituto Mirá. Currículo lattes: <https://wwws.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=8C6776EDA7C1B203A1723DF44FA2E9B2>.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos sexuais são espécies de direitos fundamentais que visam igualmente a proteção da sexualidade humana, conceito mais amplo do que aquele amparado pelos direitos reprodutivos. Receberam tutela pela primeira vez na Declaração e Plano de Ação da II Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos em 1993, apesar do texto legal não ter mencionado o termo "direitos sexuais", a qual pretendia chamar a atenção dos estados para a discriminação de gênero e a violação sexual sofrida por mulheres e meninas.

Entretanto, o reconhecimento de tais direitos ainda enfrenta obstáculos, pois envolvem assuntos como orientação sexual, educação sexual, intersexualidade, tratados com bastante pudor pela sociedade contemporânea que prefere, constantemente, silenciar a sexualidade. Essas dificuldades aumentam quando se almeja o exercício de direitos sexuais por crianças e adolescentes, sendo a impossibilidade de titularizar esses direitos justificada, muitas vezes, em razão dos infantes ainda não possuírem maturidade e capacidade reprodutiva desenvolvidas, bem como o condicionamento à autorização dos pais ou outro responsável para a realização dos atos da vida civil.

O presente trabalho pretende se ater à análise do exercício dos direitos sexuais por crianças e adolescentes, utilizando-se a pesquisa bibliográfica e documental como metodologia. Importa ressaltar, ainda, que a investigação reger-se-á pela égide da Constituição Federal de 1988, a qual possui como um dos seus fundamentos – se não o mais importante -, a dignidade da pessoa humana, consubstanciada na cláusula expressa geral de tutela da pessoa, consoante previsão do art. 1º, III, da CF.

Desse modo, averiguar-se-á a titularidade dos direitos sexuais pelos infantes como manifestação da liberdade e da autonomia privada ou como violação dos demais direitos fundamentais assegurados, enquanto sujeitos de direitos merecedores de especial atenção em virtude da condição peculiar de desenvolvimento que lhe é inerente.

2. REVISÃO DA LITERATURA

2.1 Breve histórico a respeito da sexualidade humana

A sexualidade é, ainda nos dias atuais, um tema de difícil discussão em meio à sociedade pela carga de preconceito e de intolerância atrelada ao termo. Esse cenário piora quando a sexualidade humana resta relacionada a outros assuntos

como gênero, liberdade, autonomia da vontade e orientação sexual.

> Apesar dos escritos e apontamentos de Freud, bem como da revolução sexual, questões relacionadas à sexualidade ainda nos surpreendem, embaraçam e envergonham. Seja diante da criança, do adolescente ou do adulto, as manifestações da sexualidade mexem com todo mundo. SILVA, Maria Cecília Pereira da. Características da sexualidade infantil de zero a seis. (SILVA, 2010, p. 51)

É perceptível o preconceito atrelado ao tema, bem como o silêncio com que é tratada a sexualidade pela sociedade, estando a luta contra essa repressão fortemente vinculada ao surgimento dos direitos reprodutivos e sexuais. Justifica-se, dessa forma, a necessidade de traçar-se um breve histórico, abordando o tratamento conferido à sexualidade humana antes de adentrar o tema do exercício de direitos sexuais por crianças e adolescentes, valendo esclarecer a forte relação existente com a histórica discriminação de gênero sofrida pelas mulheres.

É verdade que referida incomplacência não é característica do século XXI, mas vem sendo promovida desde o período da Idade Média, com a disseminação do Cristianismo, responsável por relacionar o prazer sexual ao pecado, restringindo o ato sexual exclusivamente à procriação.

> Diz-se que no início do século XVII ainda vigorava uma certa franqueza. As práticas não procuravam o segredo; as palavras eram ditas sem reticência excessiva e, as coisas, sem demasiado disfarce; tinha-se com o ilícito uma tolerante familiaridade. Eram frouxos os códigos de grosseria, da obscenidade, da decência, se comparados com os do século XIX. Gestos diretos, discursos sem vergonha, transgressões visíveis, anatomias mostradas e facilmente misturadas, crianças astutas vagando, sem incômodo nem escândalo, entre os risos dos adultos: os corpos "pavoneavam". Um rápido crepúsculo se teria seguido à luz meridiana, até as noites monótonas da burguesia vitoriana. A sexualidade é, então, cuidadosamente encerrada. Muda-se para dentro de casa. A família conjugal a confisca. E absorve-a, inteiramente, na seriedade da função de reproduzir. (FOUCAULT, 1988, p. 9)

Assim, deve ser mencionado que a repressão, como denomina Foucault, aplicava-se tanto aos homens como às mulheres; aqueles não deveriam praticar atividades que desperdiçassem o sémen. Um exemplo era a masturbação, considerada um pecado para o Cristianismo e uma representação do desperdício da virilidade masculina para a Medicina do século XVIII.

> A luta antimasturbatória provém de uma terrível fantasia de perda. Ela traduz ao mesmo tempo um fascínio pelo corpo e um medo dele, uma curiosidade mórbida pelo que se encontra por trás da superfície da pele. São muitos os que descobrem então, apavorados, o espetáculo da corrupção e da morte. Sexualidade rima com decadência moral e declínio físico. (MUCHEMBELD, 2007, p. 234)

Por sua vez, as mulheres deveriam ser sempre recatadas, agindo sem explicitar sua sexualidade, voltadas para as atividades do lar e os cuidados com os filhos. Suas roupas deveriam cobrir a maior parte do seu corpo. Dificilmente, saiam às ruas, e, quando saiam, era sob a vigilância dos familiares, apenas para atos e manifestações de cunho religioso, como a missa. "Repetia-se como algo ideal, nos tempos coloniais, que havia apenas três ocasiões em que a mulher poderia sair do lar durante toda a sua vida: para se batizar, para se casar e para ser enterrada. (ARAÚJO, 2007, p. 49)

Deve ser ressaltado que as mulheres às quais se faz referencia incluem tanto crianças e adolescentes quanto adultas, pois no século XVIII não se fazia diferença entre esses indivíduos. Somente mais tarde há o surgimento de um conceito de infância, diferenciando-os dos seres humanos adultos e conferindo-lhes proteção especial.

> A noção de infância é tardia [...] A relação entre sexualidade-criança-jovem-adulto teve várias construções. A prevalência da moralidade cristã na constituição e aplicação das leis, favoreceu a ilegalidade de várias atividades sexuais, tais como o adultério, a bigamia, o incesto, a sodomia. A prática legal de algumas atividades sexuais somente se tornou possível no casamento ou mediante a prostituição. Mas é importante observar que as atividades sexuais entre adultos e crianças nem sempre foram consideradas especialmente ilegais. (MELLO, 2006, p. 45)

Se a sexualidade no contexto trabalhado até aqui resta sempre atrelada ao cunho religioso e moral, em relação à criança e ao adolescente não poderia ser diferente, se não pior, constatando-se mesmo a negação de uma sexualidade atribuída à criança, a partir do Cristianismo e a ideia de inocência da infância criada com a imagem do Menino Jesus. A inocência ligada à infância surgida a partir do Cristianismo "resultou [...] numa dupla atitude moral com relação à infância: preservá-la da sujeira da vida, e especialmente da sexualidade tolerada - quando não aprovada - entre os adultos." (ÁRIES, 1981, p. 125)

Assim como observado em relação às mulheres, em um contexto de negação da sexualidade em relação às crianças e aos adolescentes, não é estranha a constatação de comportamentos e condutas que desrespeitam a dignidade humana desses indivíduos. Partindo dessa noção, Foucault utiliza a realidade das crianças como exemplo ao comentar o silêncio relacionado à sexualidade:

> O que não é regulado para a geração ou por ela transfigurado não possui eira, nem beira, nem lei. Nem verbo também. É ao mesmo tempo expulso, negado e reduzido ao silêncio. Não somente não existe, como não deve existir e à menor manifestação fá-lo-ão desaparecer – sejam atos ou palavras. As crianças, por exemplo, sabe-se muito bem que não têm sexo: boa razão para interditá-lo, razão para proibi-las de falarem dele, razão para fechar os olhos e tapar os ouvidos onde quer que venham a manifestá-lo, razão para impor um silêncio geral e aplicado. (FOUCAULT, 1988, p. 10)

No entanto, ainda nessa conjuntura de constante opressão à mostra da sexualidade, comumente ocorria a sua 'transgressão', ou seja "o questionamento das obrigações religiosas e morais" traçadas. (MUCHEMBELD, 2007, p. 20) A não submissão às regras traduz a hipocrisia caracterizadora da sociedade, tendo em vista a vasta literatura encontrada, relatando os casos de adultério e acusando a existência de

ambientes destinados ao prazer sexual, como aludido no seguinte excerto.

> Se for mesmo preciso dar lugar às sexualidades ilegítimas, que vão incomodar noutro lugar: que incomodem lá onde possam ser reinscritas, senão nos circuitos da produção, pelo menos nos do lucro. O *rendez-vous* e a casa de saúde serão tais lugares de tolerância: a prostituta, o cliente, o rufião, o psiquiatra e sua histérica – estes 'outros vitorianos', [...] parecem ter feito passar, de maneira sub-repitícia, o prazer a que não se alude para a ordem das coisas que se contam; as palavras, os gestos, então autorizados em surdina, trocam-se nesses lugares a preço alto. Somente aí o sexo selvagem teria direito a algumas das formas do real, mas bem insalurizadas, e a tipos de discurso clandestinos, circunscritos, codificados. Fora desses lugares, o puritanismo moderno teria imposto seu tríplice decreto de interdição, inexistência e mutismo. (FOUCAULT, 1988, p. 10-11)

Interessante como a realidade retratada se assemelha à atual. São comuns no cotidiano cenas de mulheres, homens, adolescentes e crianças oferecendo o próprio corpo em troca de dinheiro na rua, bem como casas de massagem luxuosas, onde homens e mulheres são vendidos para satisfazer as necessidades sexuais de outrem.

É possível perquirir que, assim como o silêncio relacionado à sexualidade, as formas de desobediência às regras morais impostas também se propagaram no tempo. Muito se escuta a respeito da transgressão masculina, sendo incomum se relacionar a violação das regras da sexualidade ao gênero feminino, construindo a falsa ideia de que somente à medida que as mulheres adquiriram liberdade e outros direitos, tornaram-se transgressoras. Contudo, no Brasil, referidas práticas puderam ser observadas desde o período pré-colonial, como assevera Emanuel Araújo:

> Historiadores contam com o fundo documental da primeira visita do Santo Ofício da Inquisição no Brasil, na primeira metade da década de 1590, em que são assinaladas 29 mulheres que ou praticavam atos homossexuais esporádicos, ou assumiam a transgressão de modo permanente e sem escondê-la. (ARAÚJO, 2007, p. 65)

Considerando o contexto ocidental, também na Idade Média, as mulheres se utilizavam de meios e formas alternativas ao sexo marital para a satisfação sexual, contrariando a imagem de seres frágeis e indefesos, constantemente retratadas como de rosto "[...] levemente sorridentes, não deformados pela impertinência do riso barulhento e viril. Bocas fechadas, lábios cerrados, pálpebras baixas, as mulheres só podem chorar, deixar as lágrimas correrem como água de uma inesgotável dor [...]." (PERROT, 2005, p. 9)

Diante desse cenário, o que vai diferenciar a transgressão masculina da feminina é a aceitação social no que concerne à primeira. Em relação aos homens, "Nessa existência estressante, frequentar mulheres públicas constitui o exutório por excelência. Isso é feito sem nenhuma culpa pessoal nem reprovação social, tanto que as mulheres de pouca virtude são abertamente procuradas por todos [...]."[3] (MUCHEMBELD, 2007, p. 185)

Em desconformidade, a mulher e a menina que transgrediam as regras impostas eram rechaçadas pela comunidade na qual se encontravam inseridas. Ao contrário dos homens, ao praticar a homossexualidade, o adultério e a prostituição, por exemplo, podiam sofrer desde a discriminação até a execução.

> Na legislação lusa e na sociedade colonial, a punição do assassínio do cônjuge por adultério era desigual. Enquanto para as mulheres não se colocava sequer a possibilidade de serem desculpadas por matarem maridos adúlteros, aos homens a defesa da honra perante o adultério feminino comprovado encontrava apoio nas leis. O marido traído que matasse a adúltera não sofria nenhuma punição. Diziam as Ordenações Filipinas: "Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela, como o adúltero, salvo se o marido for peão, e o adúltero, fidalgo, desembargador, ou pessoa de maior qualidade". Assim, enquanto a condição social do parceiro do adultério era levada em conta, a condição social da adúltera não se revestia da menor importância; tanto podia ser morta pelo marido a plebeia como a nobre. Outra punição para as adúlteras era o confinamento em um convento. (PRIORE, 2013)

Ademais, do mesmo modo da repressão à sexualidade, esse desequilíbrio no tratamento conferido ao homem e à mulher decorria, principalmente, dos ensinamentos proferidos pela fé religiosa, atrelando a imagem da mulher ao pecado e à transgressão.

> Neste período, essencialmente teleológico, a "maldição bíblica de Eva" acompanharia mais que nunca a mulher. Se bem que exista uma contradição interna no pensamento da Igreja medieval no que concerne à posição da mulher, oscilando entre as figuras de Maria, exaltada, e Eva, denegrida, o que prevalece na mentalidade eclesiástica da época é a formação e o triunfo do tabu sexual. Eva é responsável pela queda do homem, e é considerada, portanto, a instigadora do mal. Esse estigma, que se propaga por todo o sexo feminino, vem a se traduzir na perseguição implacável ao corpo da mulher, tido como fonte de malefícios. (ALVES; PITANGUY, 2003, p. 20)

A aludida perseguição produziu reflexos em outras áreas, sendo objeto de discursos dos intelectuais da época, e dos tratados médicos, responsáveis por relacionar o caráter desprezível da mulher à sua própria natureza. "Porque o que o homem tem externamente a mulher o tem internamente, tanto por sua natureza, quanto por sua imbecilidade que não pode expelir e pôr para fora estas partes." (WINTER, 2007, p. 37)

Nessa conjuntura de opressão à sexualidade e de discriminação entre os sexos, as mulheres começam a se insurgir, objetivando o reconhecimento de direitos também à elas enquanto pessoas. Esse movimento se fortificou em razão do sentimento de indignação com a proclamação da Declaração de Direitos da Virgínia (Bill of Rights) em 1776 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789

3 Vale esclarecer que o objetivo de citar o excerto é ilustrar o trabalho, a fim de melhor demonstrar a realidade da época, de tal modo que as pesquisadoras não corroboram com os termos utilizados ou com o pensamento reproduzido de caráter pejorativo e/ou preconceituoso.

(DDHC). (NÓBREGA, 2012, p. 25)

Referidos documentos são resultantes da eclosão da Guerra de Independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, respectivamente, as quais marcam o surgimento dos direitos humanos e fundamentais.(SARLET, 2012, p. 41-42) No entanto, os direitos estabelecidos nesse momento não eram aplicáveis a todas as pessoas - excluindo as crianças, os adolescentes e as mulheres, por exemplo -, como é possível depreender, conferindo uma interpretação restritiva ao texto do art. 1º da DDHC: "Os homens nascem e são livres e iguais em direitos". Motivo que levou a formação do movimento feminista como instrumento para a busca e a conquista de direitos das mulheres. Essa exclusão levou a formação do movimento feminista como instrumento para a busca e a conquista de direitos das mulheres, incluindo os direitos reprodutivos e sexuais.

Sendo o século XIX marcado por um contexto de guerras e revoluções, ocasionando a ida dos homens para as trincheiras e a necessidade de realização das demais atividades pelas mulheres, crianças e adolescentes, coube a esse grupo desempenhar um papel direto na economia, inclusive, assegurando o financiamento das guerras pelo estado, à medida que davam continuidade às atividades manufatureiras, trabalhavam fora de casa, auferiam renda e, paulatinamente, emancipavam-se ao obter maior força política, refletindo-se no movimento. (NÓBREGA, 2012, p. 28)

Referida emancipação consistia tanto na conquista de direitos civis e políticos como na liberdade de a mulher decidir quando, como, com que freqüência e com quem exercer sua sexualidade. As mulheres modernas têm, hoje, assegurado por lei, o direito de gozar livremente sua sexualidade na dimensão biológica, psicológica, social e cultural, construindo o seu EU, a sua identidade, obedecendo ou não aos padrões de feminino e masculino estabelecidos pelo corpo social.

No entanto, considerando a realidade contemporânea, constata-se a perpetuação dessas condutas de repressão e discriminação. Em relação às crianças e aos adolescentes, mais difícil do que falar sobre a sexualidade do adulto, é admitir que aqueles também possuem uma sexualidade a ser desenvolvida. No entanto, se os adultos, enquanto pais, tios, irmãos, por exemplo, não são capazes de discutir e de conhecer sua própria sexualidade, como educar uma criança a fim de que ela possa compreendê-la? Ressalta-se que essa dificuldade se torna ainda maior quando o infabre é do sexo feminino, em decorrência da discriminação de gênero sofrida pela mulher.

Assim, um estudo sobre a temática é relevante, com o intuito de que referida dificuldade possa gradualmente ser superada, seja pela importância do tema diante do desconhecimento dos indivíduos acerca da sua própria sexualidade, seja pelos relatos de preconceito, e/ou pelas constantes violações de direitos fundamentais relacionados ao exercício da sexualidade, ilustradas constantemente pelos casos de exploração[4] (exploração tradicional, tráfico para fins sexuais, turismo sexual[5] e pornografia), violência[6];[7] e abuso sexual[8];[9]. Deve ser ressaltado que, normalmente, as referidas violações vitimizam pessoas de todas as idades, mas tem a sua gravidade acentuada quando envolvem pessoas ainda em desenvolvimento, indivíduos desprovidos de maturidade física e psicológica para o exercício do ato sexual e outras atividades próprias de adulto, ratificando novamente a relevância da pesquisa.

Um estudo que tem como cerne a sexualidade humana se justifica ainda pela importância de se trabalhar referida temática de modo científico, afastando fundamentações de cunho religioso e/ou moral. "As formas de viver a sexualidade, de experimentar prazeres e desejos, mais do que problemas ou questões de indivíduos, precisam ser compreendidas como problemas ou questões da sociedade e da cultura." (LOURO, 2007, p. 204)

Desse modo, faz-se imprescindível o reconhecimento de direitos que afirmem o respeito à igualdade de gênero e à reprodução feminina, por exemplo, mas que tutelem também a sexualidade humana de todas as pessoas, incluindo as

4 As mulheres, as crianças e os adolescentes são as principais vítimas da exploração sexual. CECRIA. Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual no Brasil. **Childhood.** Disponível em: <http://www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Pestraf_2002.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2015.

5 A CPI da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes da Câmara Federal identificou Fortaleza como a segunda capital na rota de turismo sexual no Brasil. NOTA técnica sobre as políticas públicas de enfrentamento à violência sexual contra crianças e adolescentes em Fortaleza. **Centro de Defesa da Criança e do Adolescente.** Fortaleza, p. 1 Jun. 2014.

6 A pesquisa realizada pelo IPEA constatou que 70% das vítimas de estupro no Brasil são crianças e adolescentes. IPEA. Nota técnica nº 11. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da saúde (versão preliminar). **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf>. Acesso em: 1 mai. 2015.

7 Fortaleza é a segunda capital do Brasil no ranking de denúncias de casos de violência sexual de crianças e adolescentes, sendo 81% contra meninas e 17% contra meninos. CAMINHA, Suelem. Fortaleza é a 2ª capital em índice de denúncias. **Diário do Nordeste**, Fortaleza, 14 fev. 2009. Disponível em: < http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/fortaleza-e-a-2-capital-em-indice-de-denuncias-1.671976>. Acesso em: 1 mai. 2015.

8 Ceará ocupa o 10º lugar no ranking nacional de denúncias de abuso sexual contra crianças e adolescentes e o 9º lugar nacional no índice de casos de exploração sexual de crianças e adolescentes. G1. Serviço registra 405 denúncias de abuso sexual no Ceará em 4 meses. **G1 Ceará,** Ceará, 17 mai. 2013. Disponível em: < http://g1.globo.com/ceara/noticia/2013/05/servico-registra-405-denuncias-de-abuso-sexual-no-ceara-em-4-meses.html>. Acesso em: 1 mai. 2015.

9 Durante o período de realização da Copa do Mundo de Futebol no Brasil em 2014, os índices de abuso sexual infantil aumentaram 41,2%, consoante notícia divulgada pelo Observatório de Turismo Sexual. CHAIB, Julia. Denúncias de abuso sexual contra crianças aumentaram 41,2% na copa. **Correio Brasiliense,** Brasília, 2014. Disponível em: <http://observatoriodoturi.wix.com/turismosexual#!Denúncias-de-abusos-sexuais-contra-crianças-aumentaram-412-na-Copa/c1229/hxxvapho22>. Acesso em: 5 set. 2014.

crianças e adolescentes, enquanto sujeitos de direitos[10]. Tais direitos se encontram em construção e passar-se-á a análise a seguir.

2.2 Surgimento dos direitos reprodutivos e sexuais

Os direitos reprodutivos e sexuais surgiram recentemente *"y su finalidad es que todas las personas puedan vivir libres de discriminación, riesgos, amenazas, coerciones y violencia en el campo de la sexualidad y la reproducción."*[11] (TORRES, 2007, p. 1)

No âmbito das lutas das mulheres, foram assegurados os primeiros direitos relacionados a reprodução, por ocasião da Conferência de Washington realizada em 1919, com a aprovação da Convenção Relativa ao Emprego das Mulheres Antes e Depois do Parto (Proteção à Maternidade)[12], abordando a proteção ao trabalho das mulheres grávidas no ambiente de trabalho.

Impende salientar que tais direitos ainda não eram denominados como 'direitos reprodutivos' e integraram primeiramente os direitos trabalhistas. O termo se tornou público apenas no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher em 1984.

> O termo 'direitos reprodutivos' é de origem recente, provavelmente norte-americana, mas suas raízes com relação às ideias de integridade corporal e autodeterminação sexual têm uma genealogia bem mais antiga e culturalmente mais ampla. A ideia de que as mulheres devem ser particularmente capazes de 'decidir se, quando e como querem ter seus filhos' teve origem nos movimentos feministas de controle de natalidade que se desenvolveram principalmente entre os socialistas ingleses por volta de 1830, e se espalhou por várias partes do mundo ao longo do último século. (CORREA; PETCHENSKY, 1996, p.151)

Após a consagração como 'direitos reprodutivos', apesar da proteção da saúde reprodutiva assegurada às mulheres, não havia sido conferido a eles a qualidade de direitos humanos. Apenas em 1968 isso veio acontecer, na Conferência Internacional de Direitos Humanos (CIDH), a qual incidiu na Proclamação de Teerã, que prevê em seu art. 16: "A comunidade internacional deve continuar velando pela família e pelas crianças. **Os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e seus intervalos de nascimento."** (*grifou-se,* ONU, 1968).

> O reconhecimento da natureza dos Direitos Reprodutivos como direitos humanos é fundamental para a reconstrução dos direitos e obrigações, que envolvem o exercício das funções reprodutivas e da sexualidade. Com esse reconhecimento, diferenças de gênero, geração, classe, cultura e outras passam a ser consideradas, ao mesmo tempo em que são reconhecidas necessidades sociais específicas. (VENTURA, 2009, p. 30)

No Brasil, os primeiros direitos reprodutivos surgiram no âmbito do direito civil com a aprovação do Código Civil em 1916. Em 1940, ocorreu a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, com a proteção à maternidade e ao trabalho da mulher. No mesmo ano, entrou em vigor o Código Penal Brasileiro, contendo normas de proteção contra o aborto voluntário[13], ainda em vigor, apesar das diversas discussões objetivando a sua revogação, bem como a tipificação de novas condutas, como a do estupro (art. 213, CP) e a do estupro de vulnerável, como tipo especial relacionado à crianças e adolescentes menores de 14 (quatorze) anos[14].

Importa mencionar que essas legislações possuíam teor patriarcalista e desigual, atribuindo condição de inferioridade à mulher, se comparada ao homem, tratando-a como propriedade do marido, após o casamento, e, antes disso, do pai. Essas legislações apenas foram abrandadas nesse aspecto, após a Constituição Federal de 1988, estabelecedora de normas e princípios que visam a preservação da dignidade da pessoa humana, base-axiológica do sistema jurídico brasileiro (art. 1º, inciso III, CF).

> A Constituição Federal Brasileira de 1988 é o marco político- institucional e jurídico que impôs o re-ordenamento democrático das instituições e adequação de todas as normas legais aos parâmetros dos direitos humanos. Nos anos 1990, procedeu-se uma extensa produção normativa nacional voltada à regulamentação e à promoção de direitos constitucionais, com avanços significativos para o segmento feminino nas esferas pública e privada, e também para os Direitos Reprodutivos. Todo esse processo ao longo dos anos de 1985 a 1994 permitiu que o Brasil levasse para as conferências do Cairo, em 1994, e de Pequim, em 1995, uma linguagem avançada e bem construída dos Direitos Reprodutivos. (VENTURA, 2009, p. 30)

A conferência mencionada no excerto é a Conferência

10 A condição de sujeitos de direitos implica a atribuição de prestações exigíveis em relação ao Estado, cuja responsabilidade pela efetivação dos direitos assegurados às crianças e aos adolescentes, também incidirá sobre a família e a sociedade, considerando que esses indivíduos têm suas primeiras experiências de vida dentro do ambiente familiar e da comunidade na qual estão inseridos. Com a promulgação da CF/88 e do ECA, foi superada a condição de meros objetos com a introdução do novo paradigma da proteção integral, passando as crianças e os adolescentes a merecerem especial proteção, em razão da sua condição peculiar de desenvolvimento.

11 "e sua finalidade é que todas as pessoas possam viver livres de discriminação, riscos, ameaças, coações e violência no campo da sexualidade e da reprodução". *(traduziu-se)* TORRES, Carmen. 28 de mayo*:* derechos sexuales e reproductivos. **Mujeres hoy**. Disponível em: <http://www.mujereshoy.com/secciones/2032.shtml>. Acesso em: 12 abr. 2015.

12 Cf. Organização Internacional do Trabalho – OIT. Convenção relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto (proteção à maternidade). **Organização Internacional do Trabalho:** escritório no Brasil**.** Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/convenção-relativa-ao-emprego-das-mulheres-antes-e-depois-do-parto-proteção-à-maternidade>. Acesso em: 15 abr. 2015.

13 O Código Penal Brasileiro prevê o aborto voluntário como conduta ilícita, cominando pena para quem a pratica ou consente, nos termos dos arts. 124 a 128. Referidos dispositivos apenas admitem o aborto necessário (em caso de gravidez de risco para a vida da gestante ou do feto) e o aborto humanitário (casos de gravidez resultante de estupro), tendo recentemente o STF permitido a possibilidade de aborto nos casos de anencefalia do feto, conforme a ADPF nº 54/DF.

14 A Lei 12.015/2009 é responsável por alterar parte do Código Penal promulgado em 1940, introduzindo um título exclusivo aos **crimes contra a dignidade sexual,** criando um tipo penal que prevê a presunção de estupro quando cometido contra crianças e adolescentes menores de quatorze anos e determinando pena mais grave, se comparado ao estupro cometido contra os demais seres humanos, bem como caracterizando os dois últimos crimes comentados como hediondos. Cf. Lei 12.015/2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

Internacional sobre População e Desenvolvimento realizada no Cairo em 1994, cujo Plano de Ação é responsável por trazer ao ordenamento internacional a conceituação dos direitos reprodutivos. *In verbis:*

> §7.3. [...] *los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho basico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el numero de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel mas elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos deben ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva,incluida la planificación de la familia. Como parte de este compromiso, se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable..*[15]

Dessa forma, os direitos reprodutivos passaram a abranger de forma expressa, também as mulheres, os adolescentes e os idosos, tendo em vista as diversas violações que sofrem constantemente, em parte atribuída à vulnerabilidade inerente a esses sujeitos, como é possível depreender a partir do texto do documento.

> Até então, as pessoas que estivessem fora da estrutura de casal eram negligenciadas pelas políticas públicas relacionadas à sexualidade e à reprodução, resultando, por vezes, na restrição aos meios para exercer amplamente esses direitos, por exemplo, não permitindo a realização de esterilização cirúrgica reprodutiva ou o uso das novas técnicas de reprodução humana assistida às pessoas solteiras. (VENTURA, 2009, p. 36-37)

Constata-se, assim, que os direitos reprodutivos não possuem alcance suficiente frente as dificuldades enfrentadas pelos seres humanos no exercício da sexualidade, fazendo-se necessária a tutela dos indivíduos além do preconceito e da opressão à mulher ou ao controle reprodutivo, atingindo uma esfera mais ampla que perpassa pela questão da orientação e da liberdade atinente às formas de viver a sexualidade, por exemplo. Consoante afirmado no tópico anterior, a sexualidade não se esgota na atividade reprodutiva, possuindo ligação com o prazer e a felicidade buscada pelo indivíduo, devendo-se compreendê-la levando em consideração suas dimensões biológica, psicológica, social e cultural. (PNEVSCA, 2008, p. 25.)

Nesse diapasão, os direitos reprodutivos não podem ser confundidos com os direitos sexuais, sendo perigoso limitar a sexualidade ao ato sexual e à reprodução, e, por essa razão, a dimensão psicológica precisa ser ponderada. Sob esse aspecto, a sexualidade transpõe os fatores físicos, agregando uma dimensão maior relacionada ao prazer, ao bem estar psicofísico, à troca, à comunicação e ao afeto. (PNEVSCA, 2008, p. 25.)

O conceito de direitos sexuais:

> [...] tem uma história distinta e, sobretudo, mais breve. Sua formulação inicial se dá, já nos anos 1990, no âmbito dos movimentos gay e lésbico europeus e norte-americano, produzindo-se, em seguida, uma sinergia difusa com os segmentos do movimento feminista que consideram a sexualidade como domínio crucial para compreender e transformar a desigualdade entre os gêneros. Nas negociações da CIPD, em 1994, algumas delegações introduziram o termo direitos sexuais como estratégia de barganha para que os "direitos reprodutivos" estivessem garantidos no texto final. E, de fato, o termo seria eliminado do documento final. (CÔRREA; ÁVILA, 2003, p. 20-21)

Durante a pesquisa, a dificuldade no delineamente desses direitos se traduziu na procura de material a respeito do tema, sendo raros artigos e livros que tratem os direitos sexuais de forma autônoma. Pelo contrário, é comum a utilização do termo "direitos reprodutivos e sexuais", como se os direitos sexuais fossem absorvidos ou incorporados pelos direitos reprodutivos, resultando na exclusão de direitos e na falta de proteção a outros grupos de pessoas, como os homossexuais, em razão da maior amplitude de direitos assegurados. (MILLER, 2000, p. 86-87)

Percebendo-se a insuficiência da proteção auferida pelos direitos reprodutivos, a Declaração e o Plano de Ação da II Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos em 1993 chamaram atenção para a responsabilidade dos estados no enfrentamento a violência de gênero sofrida pela mulher e pelas meninas, seja no âmbito cultural ou econômico, prevenindo e repreendendo todas as formas de abuso e exploração sexual, constituindo o primeiro documento a

15 [...] os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos que já estão reconhecidos nas leis nacionais, nos documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos pertencentes às Nações Unidas aprovados por consenso. Esses direitos se baseiam no reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos a decidir de forma livre e responsável o número de filhos, o tempo entre os nascimentos e o intervalo entre estes e a dispor de informação e de meios para isso e o direito de alcançar o nível mais elevado de saúde sexual e reprodutiva. Também inclui o direito de tomar decisões sobre a reprodução sem sofrer discriminação, coação nem violência, em conformidade com o estabelecido nos documentos de direitos humanos. No exercício desse direito, os casais e os indivíduos devem ter em conta as necessidades dos filhos nascidos e futuros e suas obrigações com a comunidade. A promoção do exercício responsável desses direitos por todos devem ser a base primordial das políticas e programas estatais e comunitários na esfera de saúde reprodutiva, incluindo o planejamento familiar. Como parte desse compromisso, se deve prestar plena atenção, à promoção das relações de respeito mutuo e da igualdade entre homens e mulheres, e particularmente às necessidades dos adolescentes em matéria de aulas e de serviços com o objetivo de puderem assumir sua sexualidade de modo positivo e responsável. (*traduziu-se*) ONU. Programa de acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarollo de 1994. **United Nations Population Information Network.** Disponível em: <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>. Acesso em: 02 abr. 2015.

tratar de questões relacionadas à sexualidade e não somente à reprodução.[16]

Posteriormente, coube a Declaração de Valência, em 1997, realizar uma conceituação breve sobre os direitos sexuais, concebendo-os como direitos humanos, baseando-se no fato de "*La sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su desarollo pleno depende de la satisfacción de necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, placer, ternura y amor.*"(WAS, 1997)

Todavia, persiste a ausência de um conceito normativo de direitos sexuais, pois a referida declaração constitui documento aprovado pela *Associación Mundial de Sexología*. Dessa forma, não possui conteúdo obrigacional legal, mas somente serve de orientação para a sociedade e os Estados, no que tange ao conhecimento e respeito aos direitos sexuais.

Importa ressaltar que as autoras não desmerecem a importância do referido documento, no entanto, deve ser mencionada a relevância de um conceito legal, a fim de conferir maior efetividade aos direitos, com a utilização de mecanismos de coerção, seja no âmbito internacional, criando-se convenções capazes de vincular os Estados-parte, seja no âmbito interno, criando-se políticas públicas com o objetivo de conferir maior visibilidade e respeito.

Em relação aos sujeitos de direitos sexuais, tanto a Declaração e o Plano de Ação da II Conferência como a Declaração de Valência, também denominada como *Declaración de Los Derechos Sexuales* (Declaração dos Direitos Sexuais), incluem as crianças. No entanto, o segundo documento não se restringe às violências de gênero contra meninas, como o primeiro, e abrange entre os sujeitos tutelados todos os indivíduos, baseando-se na dignidade da pessoa humana, consoante consagra ao final "*LOS DERECHOS SEXUALES SON DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES Y UNIVERSALES*"[17].

Deve ser lembrado que a sexualidade vem sendo silenciada desde a ascensão do Cristianismo, na Idade Média, até os dias atuais e que "[...] a experiência subjetiva da vida sexual é compreendida, literalmente, como um produto dos símbolos e significados intersubjetivos associados com a sexualidade, em diferentes espaços sociais e culturais." (PARKER, 2000, p. 131) Dessa forma, o reconhecimento dos direitos que visam o respeito e a promoção da sexualidade não poderia se dar de forma simples e fácil em um contexto de repressão e preconceito. Nessa perspectiva, assevera Alice Miller:

> O preconceito existente contra esses direitos decorre da possibilidade de englobar práticas sexuais não reprodutivas e homossexuais que as sociedades patriarcalistas, paternalistas e machistas acostumam condenar. Desse modo, além de ser um tema pouco desenvolvido doutrinaria e legislativamente, tem se preferido retirá-lo da proteção direta dos direitos humanos, para deixá-lo no campo da moral, da religião ou do Direito Penal. (MILLER *apud* LOPES, 2001, p. 155-156)

Em relação às crianças e, em parte, aos adolescentes, da mesma forma ou ainda de forma mais grave, há uma dificuldade da sociedade em admitir a condição de sujeitos de direitos sexuais, justificando-se a ausência da sexualidade nessa fase de desenvolvimento, pois não estariam amadurecidos sexualmente e, consequentemente, a capacidade de reprodução seria latente, consoante afirmado anteriormente. Esse motivo, inclusive, levou a produção da presente pesquisa, com a finalidade de estudar o exercício dos direitos sexuais por crianças e adolescentes. Tal deve ser visto como uma violação dos demais direitos fundamentais vigentes no ordenamento, ou como uma manifestação da autonomia da vontade e da liberdade sexual inerente a todos os indivíduos?

Faz-se necessário, desse modo, uma análise acerca do tratamento conferido à autonomia e à liberdade pelo ordenamento jurídico brasileiro no que atine às crianças e aos adolescentes, perquirindo sobre o exercício de direitos fundamentais, bem como possíveis limitações impostas, dando um enfoque em relação à autonomia e à liberdade, enquanto objetos de análise do presente estudo.

2.3 O direito à liberdade e à autonomia privada

Uma análise da titularidade e do exercício dos direitos sexuais por crianças e adolescentes torna necessário discutir o direito à liberdade e suas limitações, bem como sobre a autonomia privada desses sujeitos em meio ao contexto apresentado.

A liberdade é um direito fundamental, ou seja, uma das condições inerentes à realização da pessoa humana, encontrando fundamento na Constituição Federal de 1988, *caput,* art. 5º, *in verbis: "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes." *(grifou-se)*

Segundo Dirley da Cunha Júnior, o direito à liberdade consiste "na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência. [...] num poder de atuação em busca de sua realização pessoal e de sua felicidade." (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 702)

Por sua vez, a autonomia privada seria um pressuposto do direito à liberdade, visando a tutela das condições existenciais da pessoa humana, levando em consideração que o direito à liberdade estaria dividido em duas esferas, a patrimonial (subjetiva) e a extrapatrimonial (objetiva).

> No aspecto subjetivo, a liberdade manifesta-se, no campo do direito privado, no poder da pessoa estabelecer, pelo exercício de sua vontade, o nascimento, a modificação e a extinção de suas relações jurídicas. No aspecto objetivo, significa o poder de criar juridicamente essas relações, estabelecendo-lhes o respectivo conteúdo e disciplina. No aspecto subjetivo, autonomia da vontade, e no aspecto objetivo, como poder jurídico normativo, denomina-se autonomia privada. (AMARAL, 2003, p. 347-348)

Essa divisão do direito à liberdade se deve em razão da

16 Cf. Declaração e programa de ação de Viena. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>. Acesso em: 13 abr. 2015.

17 "OS DIREITOS SEXUAIS SÃO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E UNIVERSAIS." (*traduziu-se*) WAS. **Declaración de los derechos sexuales.** Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, Espanha. Disponível em: <http://www.fess.org.es/derechos-sexuales.php>. Acesso em: 21 abr. 2015.

própria evolução histórica dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Quando do surgimento do direito à liberdade, seu conteúdo estava fortemente atrelado ao patrimônio, visando a segurança jurídica relacionada à ingerência do estado nas questões relacionadas à propriedade das pessoas, resultante numa obrigação negativa ou de *non facere,* amparada por diversos documentos internacionais, dentre os primeiros a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[18]. "Na concepção mais tradicional que perdurou por muito tempo, a liberdade foi direcionada à ampla possibilidade de participar de relações jurídicas patrimoniais sem interferência do Estado, configurando-se uma tutela negativa." (TEIXEIRA, 2010, p. 127)

No âmbito do ordenamento brasileiro, a perspectiva patrimonialista perdurou até a proclamação da Constituição Federal de 1988, responsável pela revogação de diversos preceitos e dispositivos impostos pelo Código Civil de 1916, ao determinar a 'dignidade da pessoa humana' como fundamento axiológico do Estado Democrático de Direito, consoante o art. 1º, III, da CF/88. Nesse sentido, assevera Tepedino:

> A noção de autonomia da vontade, como concebida nas codificações do século XIX, dá lugar à autonomia privada, alterada substancialmente nos aspectos subjetivo, objetivo e formal. No que se refere ao subjetivo, observa-se a passagem do sujeito abstrato à pessoa concretamente considerada. [...] Por outro lado, a mudança no aspecto objetivo da autonomia privada revela-se no sentido de que novos interesses existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os bens jurídicos do passado. [...] Por fim, a forma dos atos jurídicos que se voltava no passado exclusivamente para a segurança patrimonial, no sentido de proteger as transferências patrimoniais *inter vivos* e *causa mortis,* especialmente no que tange aos bens imóveis, passa a exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situações de vulnerabilidade. (TEPEDINO, 2009, p. 14-15)

Apesar da noção de autonomia relacionada a dignidade da pessoa humana sob a égide da Constituição Federal de 1988 parecer substancialmente recente, anteriormente Kant já teria feito a correlação entre os conceitos, constatando que a autonomia privada (por ele citada como autonomia da vontade) consiste no conteúdo da dignidade. Vale mencionar Ingo Sarlet comentando à respeito:

> Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. [...] autonomia e dignidade estão, notadamente no pensamento de Kant, intrinsecamente relacionados e mutuamente imbrincados, visto que a dignidade pode ser considerada como o próprio limite do exercício sem o mínimo de competência ética. (KANT *apud* SARLET, 2011, p. 54)

18 Cf. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. **Biblioteca virtual de direitos humanos.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 2 mai. 2015.

Assim, a pessoa humana dotada de dignidade deve ter resguardada a sua capacidade de determinação e a possibilidade de traçar o caminho da sua vida de forma livre, de acordo com o que pensa ser o melhor para si, considerando "o ser autônomo como aquele que é capaz de fazer suas próprias escolhas, de formular objetivos pessoais respaldados em convicções e de definir as estratégias mais adequadas para atingi-los" (GUSTIN, 1999, p. 31)

Urge então um novo paradigma no direito civil denominado de direito civil-constitucional, tendo em vista que, ao adotar a dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional, a tutela da pessoa se tornou o objetivo precípuo do sistema, ao invés da propriedade, sem no entanto retirar a proteção patrimonial, apenas o direito à propriedade deve ser aplicado de tal forma que priorize a pessoa e não a simples obtenção de lucro.

> Com o termo, certamente não elegante, 'despatrimonialização', individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim da si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a 'redução' quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial – [se referindo ao Código Civil] - ; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência da tutela do homem, um aspecto idôneo, não a 'humilhar' a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento – pela qual não pode ser 'radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado'. Estes são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são, sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos 'valores', na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais. Estes não podem mais ser confinados aprioristicamente no papel de limites ou finalidades exteriores, como se não fossem idôneos a incidir sobre a função do instituto e portanto sobre sua natureza. (PERLINGIERI, 1999, p. 33)

Ocorre que, apesar da intenção de se promover um indivíduo livre e capaz de tomar decisões de forma independente, a autonomia também sofre limitações, enquanto elemento complementar à noção de dignidade humana e pressuposto de um direito fundamental. Tais decorrem da própria sociabilidade do ser humano, considerado como um ser que vive em sociedade e que "só pode apreender o seu significado a partir da interação social com os demais" (GUSTIN, 1999, p. 32), bem como do ordenamento jurídico, levando em consideração a solidariedade, enquanto objetivo da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CF), tendo em vista que se a escolha a ser tomada produzir reflexos na vida

de outras pessoas, a sua autonomia de decisão deve sofrer limitações, ainda que se trate de situações existenciais e que, normalmente, dizem respeito apenas ao indivíduo.

> [...] se a situação for extrapatrimonial, o limite é estabelecido pelos aspectos existenciais da solidariedade, como a alteridade, ou seja, se a circunstância, por qualquer hipótese, interferir em espaços de intersubjetividade, ali está a barreira para sua eficácia. Se houver apenas referências subjetivas individuais, o espaço é pleno para uma decisão autônoma. Contudo, é imperativo que o 'o outro' consubstanciado pelo Estado ou pelos particulares, em razão da ampla efetividade da solidariedade social, não deve apenas respeitar as escolhas pessoais, deve promovê-las e salvaguardá-las. Trata-se de se assegurar a mais abrangente liberdade de decisão pessoal no espaço da individualidade. (TEIXEIRA, 2010, p. 185)

Fica acertada, portanto, a adoção da autonomia privada pelo ordenamento jurídico brasileiro. No que tange às crianças e aos adolescentes, especificamente, enquanto seres humanos absolutamente e relativamente incapazes, respectivamente, segundo a plataforma das capacidades adotada pelo Código Civil Brasileiro (art. 3º, I, art. 4º, I e art. 5º, *caput,* CC), os atos da vida civil que lhe são pertinentes devem ser realizados pelo seu representante ou assistente legais, em regra os pais, salvo as hipóteses de suspensão e extinção do poder familiar.

Contudo, a doutrina[19] tem se firmado no sentido de que nas situações existenciais, o referido instituto deve ser afastado, levando em consideração a condição da criança e do adolescente, não somente como sujeitos de direitos (princípio I, Declaração dos Direitos da Criança, art. 227, CF e art. 4º, Estatuto da Criança e do Adolescente), mas de todos os direitos atinentes à pessoa humana (art. 3º, *caput,* ECA), inclusive o direito à liberdade e, consequentemente, à autonomia privada.

> O esquema do Pátrio Poder, visto como poder-sujeição, está em crise, porque não há dúvidas de que, em uma concepção de igualdade, participativa e democrática da comunidade familiar, a sujeição, entendida tradicionalmente, não pode continuar a realizar o mesmo papel. A relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro. [...] É necessário superar a rígida separação, que se traduz em uma fórmula alternativa jurídica, entre menoridade e maioridade, entre incapacidade e capacidade [...]. A contraposição entre capacidade e incapacidade de entender e de querer, principalmente nas relações não-patrimoniais, não corresponder à realidade: as capacidades de entender, de escolher, de querer são expressões da gradual evolução da pessoa que, como titular de direitos fundamentais, por definição não-transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem o seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a um progressivo cumprimento a programática inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais. (PERLINGIERI, 1999, p. 258-260)

Esse afastamento visa justamente o respeito à dignidade da pessoa humana, enquanto qualidade atribuída a todo e qualquer ser humano[20]. (SARLET, 2011, p. 54) Encontra-se ainda em consonância com o novo paradigma da proteção integral[21] adotado, segundo o qual os direitos da criança e do adolescentes devem ser amplamente assegurados e efetivados, "com absoluta prioridade" e visando sempre o "melhor interesse" desses sujeitos.

No âmbito internacional, a autonomia da criança e do adolescente se encontra prevista no art. 12 da Convenção dos Direitos da Criança, enquanto, no âmbito interno, no art. 5º, *caput,* CF, art. 15 (direito à liberdade) e art. 17, ECA. *In verbis:*

> Art. 12. 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança; 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.
>
> Art. 15. A criança e o adolescente têm direito **à liberdade**, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. *(grifou-se)*
>
> Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, **da autonomia**, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (grifou-se)

É possível constatar assim, a possibilidade de manifestação da autonomia privada por crianças e adolescentes, diante, inclusive, da previsão pela convenção *retro* transcrita a

19 Pietro Perlingieri, Ana Carolina Brochado Teixeira, Taysa Schiocchet e Joyceane Bezerra de Menezes são exemplos de alguns desses doutrinadores.

20 Ingo Sarlet preceitua que a dignidade da pessoa humana consiste na "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 a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida." SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. Ed. Edição eletrônica: Livraria do Advogado, 2011. Disponível em: <https://itunes.apple.com/br/book/dignidade-da-pessoa-humana/id738982260?mt=11>. Acesso em: 3 set. 2014.

21 A partir da doutrina da proteção integral "[...] superou-se o direito tradicional, que não percebia a criança como indivíduo e o direito moderno do menor incapaz, objeto de manipulação dos adultos. Na era pós-moderna, a criança, o adolescente e o jovem são tratados como sujeitos de direitos, em sua integralidade." Maria Dinair Acosta Gonçalves, 2002 *apud* AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 6. ed. Edição eletrônica: Saraiva, 2014. Disponível em: < http://www.saraiva.com.br/curso-de-direito-da-crianca-e-do-adolescente-aspectos-praticos-e-teoricos-8099598.html>. Acesso em: 18 abr. 2014.

possibilidade de escuta direta da criança e do adolescente pelo Poder Judiciário. O próprio ECA determina a oitiva do infante e a consideração da vontade dele emanada em vários de seus dispositivos, como no caso de modificação de guarda (art. 161, §4º), modificação do prenome em virtude de adoção (art. 47, §6º), aplicação de medida protetiva (art. 100, XII), por exemplo.

Nesse diapasão, nada impede que nos demais casos que visem a tutela de situações existenciais a criança e o adolescente possa ter respeitada a sua autonomia enquanto pessoa em condição peculiar de desenvolvimento em relação a família e à sociedade em geral, realizando-se a tutela jurisdicional dos casos que se apresentem, diante da impossibilidade do Código Civil e do ECA preverem todas as situações passíveis de acontecimento frente a complexidade do indivíduo. Caberia, então, ao juiz suprimir as necessidades apontadas pelo infante, importando salientar que, como nos diplomas mencionados acima, deve-se atentar ao grau de discernimento e a capacidade de compreensão da criança ou do adolescente.

> O primeiro elemento essencial do negócio jurídico é a capacidade do agente, referindo-se à capacidade de fato ou de agir, essencial para se conferir segurança jurídica aos atos patrimoniais praticados. Contudo, para as situações existenciais, o importante é que o sujeito tenha discernimento [...] ou seja, capacidade de querer e de entender, **o que se apura casuisticamente.** Por se tratar de ato afeto à realização da dignidade da pessoa humana, a subjetividade do agente deve ser valorizada o quanto for possível, isto é, de forma proporcional ao discernimento, que se torna uma condição material imprescindível para a validade da manifestação de vontade em situações jurídicas existenciais, pois demonstra independência da vontade, sem atuação de forças externas ou vícios de consentimento. (*grifou-se,* TEIXEIRA, 2010, p. 160-161)

Desse modo, tendo-se analisado o desenvolvimento do conceito de autonomia privada como seguimento do direito à liberdade e sua abordagem pelo ordenamento jurídico, constata-se a possibilidade de resolução das questões existenciais da criança e do adolescente, por intermédio do Poder Judiciário, baseando-se no novo paradigma da proteção integral que tem como princípios a prioridade absoluta e o melhor interesse desses sujeitos, bem como a cláusula expressa de tutela da pessoa humana enquanto ser dotado de dignidade, capaz de tomar decisões sobre a sua vida, atentando-se para o grau de discernimento e capacidade de compreensão apresentada.

3. METODOLOGIA

Realizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental, mediante o levantamento de fontes de pesquisa, que resultou em uma série de livros, artigos e periódicos relacionados aos temas da sexualidade, dos direitos à autonomia privada, à liberdade, reprodutivos e sexuais, e sobre a tutela da pessoa humana pelo ordenamento brasileiro, por exemplo. Como técnica de estudo, foram produzidos fichamentos e resumos atinentes às obras estudadas. Fez ainda um estudo da legislação vigente, no âmbito nacional e internacional.

O método utilizado foi o dedutivo, tendo em vista que as pesquisadoras partiram de noções gerais para noções particulares, fazendo uma análise do tratamento conferido à sexualidade ao longo do desenvolvimento da sociedade, perpassando pelo surgimento dos direitos reprodutivos e sexuais até chegar à análise do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos por crianças e adolescentes, sob o enfoque da liberdade e da autonomia da vontade, investigando-se, por fim, os resultados obtidos.

4. RESULTADOS

Como é possível constatar, o preconceito relacionado à sexualidade se perpetuou à medida do desenvolvimento da sociedade, apesar dos avanços obtidos com o reconhecimento de direitos reprodutivos e sexuais, relacionado em parte ao movimento feminista da Idade Moderna que pretendeu combater a discriminação de gênero e o respeito à vontade da mulher no que tange à reprodução, por exemplo.

Esse movimento se expandiu, passando a considerar também as questões relacionadas à sexualidade em geral, considerando-a em seu aspecto biológico, psíquico, social e cultural, como a orientação e a educação sexual, a intersexualidade e mesmo o prazer do indivíduo. No entanto, a busca pela efetividade desses direitos ainda exige o esforço dos pesquisadores e dos demais juristas, a fim de oferecer proteção à pessoa humana no que tange à sua sexualidade, abrangendo todas as pessoas, inclusive crianças e adolescentes.

Esses sujeitos, mesmo não possuindo maturidade reprodutiva, devem ter assegurada a possibilidade de titularizar direitos sexuais, visto que são sujeitos de todos os direitos amparados pelo sistema jurídico, inclusive o direito à educação sexual, ao conhecimento sobre o funcionamento e a formação do seu corpo e o direito ao respeito de suas escolhas sexuais, à título exemplificativo. Assim, tornar-se-á possível o seu desenvolvimento saudável, enquanto ser humano apto a administrar a sua vida de forma responsável, detentor de dignidade e de uma condição peculiar de desenvolvimento que exige maior zelo, seja da sociedade, da família e/ou do Estado.

Nesse contexto, a presente pesquisa realizou uma análise sobre o exercício de direitos sexuais por crianças e adolescentes, sob o enfoque da manifestação do direito à liberdade e da autonomia privada. Inicialmente, identificou-se a existência de limites a essa manifestação, pois a solidariedade social requer o respeito às demais pessoas, quando suas escolhas puderem exorbitar a esfera da individualidade e atingir os demais integrantes da sociedade, como limite imposto a todas as pessoas e cabível no exercício de todos os direitos fundamentais.

Especificamente em relação à manifestação da liberdade e da autonomia da vontade por crianças e adolescentes, além do limite já mencionado, deve ser considerado o seu grau de discernimento e entendimento frente às situações enfrentadas, a qual deverá ser tratada casuisticamente. Levou-se em consideração, para tanto, o novo paradigma do Direito Civil na tutela das situações existenciais, tendo em vista a previsão do ordenamento jurídico da cláusula expressa de tutela da pessoa consubstanciada na determinação da dignidade humana como fundamento da República Federativa

do Brasil (art. 1º, III, CF).

Assim, nas questões que atinem às escolhas de vida e que dizem respeito unicamente ao indivíduo, como é o caso dos direitos sexuais, a plataforma das capacidades prevista pelo Código Civil de 2002 deve ser afastada, substituindo o poder familiar pelo suprimento judicial, com o objetivo de preservar o poder de decisão da criança e/ou do adolescente, independente de atitudes paternalistas da família, de dogmas religiosos ou de questões morais às quais os sujeitos trabalhados são muitas vezes submetidos, desconsiderando a sua própria concepção da vida ainda que minimamente desenvolvida.

Ademais, importa atentar ao fato de que o juiz no momento da escuta ou oitiva da criança e do adolescente deve observar o seu grau de discernimento como aptidão para compreender as questões que estarão sendo tuteladas, por intermédio da prestação jurisdicional do Estado. Os casos serão analisados, considerando-se todas as peculiaridades, de acordo com a idade do titular do direito e não por meio de uma determinação prévia da capacidade de compreensão do individuo imposta por leis infraconstitucionais, como acontece na adoção da plataforma das capacidades, já que pessoas da mesma idade podem apresentar níveis de maturidade distintos, assim como, do mesmo modo, podem existir crianças e adolescentes capazes de compreender a vida de modo mais responsável do que muitos adultos.

Cabe esclarecer, ainda, que não se pretende respaldar o exercício de direitos sexuais de forma irrestrita por crianças e adolescentes, tendo em vista que existem direitos que, mesmo garantidos, devem ser colocados em estado de latência, sendo-lhe assegurado o seu exercício, paulatinamente, à medida do seu desenvolvimento, constituindo exemplos o direito ao sexo e à escolha dos parceiros sexuais.

Apesar desse posicionamento poder ser considerado moralista por outros pesquisadores, as autoras entendem ser o mais adequado, por conceberem que crianças e adolescentes, a princípio, não podem ser considerados aptos ao ato sexual e outros comportamentos relacionados, desde o momento de seu nascimento. Além disso, o exercício ilimitado desses direitos se torna perigoso, frente ao grave problema da violência, do abuso e da exploração sexual dos quais esses seres humanos são vítimas constantes, tanto na seara pública quanto na privada, como ocorre com os abusos promovidos por membros da própria família, ambiente que deveria, ao menos em tese, ser sinônimo de proteção e afeto.

5. CONCLUSÕES

A repressão à sexualidade humana mediante a discriminação de gênero contra mulheres, o preconceito aos homossexuais e a violência sexual praticada contra crianças e adolescentes se tornam exemplos do desrespeito e da intolerância praticada em relação a escolha e vontade das pessoas, as quais deveriam ser tratadas com solidariedade e afeto, colocando-se questões morais e religiosas acima do principal objetivo do indivíduo que é o alcance da sua felicidade.

No que atine às questões existenciais, como é o caso dos direitos sexuais, percebe-se a imprescindibilidade de uma tutela diferenciada pelo ordenamento, apta a permitir ao ser humano explicitar sua individualidade sobre todos os aspectos. Quando os sujeitos amparados são crianças e adolescentes, se exige do juiz e dos demais atores envolvidos na solução dos problemas apresentados, uma maior sensibilidade, analisando a possibilidade de discernimento dos assuntos tratados caso a caso, considerando todas as peculiaridades inerentes, devido ao fato desses sujeitos ainda se encontrarem em desenvolvimento e estarem mais vulneráveis ao condicionamento da sua vontade.

Desse modo, conclui-se chamando atenção para a necessidade da academia sempre estar se voltando aos estudos relacionados às crianças e aos adolescentes, detentores de uma condição peculiar de desenvolvimento. Justamente em virtude dessa característica, são merecedores de "prioridade absoluta" na solução dos problemas que lhes afligem e na efetivação dos direitos fundamentais que lhes são assegurados pelo ordenamento, dando visibilidade à temática, embora em um ambiente de pequeno alcance, como se sucede na pesquisa realizada.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo?** São Paulo: Brasiliense, 2003.

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 6. ed. Edição eletrônica: Saraiva, 2014. Disponível em: <http://www.saraiva.com.br/curso-de-direito-da-crianca-e-do-adolescente-aspectos-praticos-e-teoricos-8099598.html>. Acesso em: 18 abr. 2014.

ARAÚJO, Emanuel. A arte da sedução: sexualidade feminina na Colônia. In: PRIORE, Mary del (org.). **História das mulheres no Brasil.** 9.ed. São Paulo: Contexto, 2007.

ÀRIES, Philippe. **História social da criança e da família.** Tradução de Dora Flasksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

CÔRREA, Sonia; ÁVILA, Maria Betânea. Direitos sexuais e reprodutivos: pauta global e percursos brasileiros. In: BERQUÓ, Elza (org.). **Sexo e vida**: panorama da saúde reprodutiva no Brasil. Campinas: UNICAMP, 2003.

CÔRREA, Sônia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **PHYSIS:** Revista saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 6, p. 147-177, 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v6n1-2/08.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 6. Ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1:** a vontade de saber**;** tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque; revisão técnica de José Augusto Guilhon Albuquerque. 19. ed. São Paulo: Graal, 1988.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos:** ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero, sexualidade e educação:

das afinidades políticas às tensões teórico-metodológicas. **Educação em revista,** Belo Horizonte, n. 46, p. 201-218, 2007. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/edur/n46/a08n46>. Acesso em: 18 fev. 2015.

MÉLLO, Ricardo Pimentel. A construção de abuso sexual infantil. Belém: EDUFPA, 2006.

MILLER, Alice M. Sexual but not reproductive: exploring the junction and disjunction of sexual and reproductive rights. **Health and human rights,** USA: v. 4, n. 2, p. 68-109, 2000. Disponível em: <http://www.eldis.org/fulltext/Miller_sexual-but-not-reproductive.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2015.

LOPES, Ana Maria D'ávila. Os direitos sexuais e reprodutivos em documentos internacionais. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila (org.); JUCÁ, Roberta Laena Costa (org.); COSTA, Andréia da Silva (org.). **Gênero e tráfico de mulheres.** Florianópolis: Conceito, 2012.

MUCHEMBELD, Robert. **O orgasmo e o ocidente:** uma história do prazer do século XVI a nossos dias. Tradução de Monica Stahel; apresentação Mary del Priore. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. As mulheres e sua história: as contribuições do feminismo. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila (org.); JUCÁ, Roberta Laena Costa (org.); COSTA, Andréia da Silva (org.). **Gênero e tráfico de mulheres.** Florianópolis: Conceito, 2012.

ONU. Proclamação de Teerã. Teerã, 1968. **Dhnet.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/teera.htm>. Acesso em: 17 abr. 2015.

PARKER, Richard. Cultura, economia política e construção social da sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes. (org.). **O corpo educado**: pedagogias da sexualidade. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, p. 125-150, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional; tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERROT, Michelle. **As mulheres ou os silêncios da história?**; tradução de Viviane Ribeiro. Bauru: EDUSC, 2005.

PNEVSCA. **18 de maio** – Caderno temático: Direitos Sexuais são direitos humanos. Coletânea de textos. Brasília: Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, 2008.

PRIORE, Mary del. **Conversas e histórias de mulher.** Edição eletrônica: Planeta, 2013. Disponível em: <https://itunes.apple.com/br/book/historias-e-conversas-mulher/id773150897?mt=11>. Acesso em: 20 jan. 2015. *(E-book)*

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Edição eletrônica: Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012. Disponível em: <http://www.livrariacultura.com.br/p/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-84171316>. Acesso em: 14 abr. 2015. *(E-book)*

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. Ed. Edição eletrônica: Livraria do Advogado, 2011. Disponível em: <https://itunes.apple.com/br/book/dignidade-da-pessoa-humana/id738982260?mt=11>. Acesso em: 3 set. 2014.

SILVA, Maria Cecília Pereira da. Características da sexualidade infantil de zero a seis. In: SILVA, Maria Cecília Pereira da (org.). **Sexualidade começa na infância**. Edição eletrônica: São Paulo, Casa do Psicólogo, 2010. Disponível em: <http://unifor.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788573965162/pages/50>. Acesso em: 17 fev. 2015. (*E-book)*

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil:** tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Carmen. 28 de mayo*:* derechos sexuales e reproductivos. **Mujeres hoy**. Disponível em: <http://www.mujereshoy.com/secciones/2032.shtml>. Acesso em: 12 abr. 2015.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil.** 3. ed. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas, 2009.

WAS. **Declaración de los derechos sexuales.** Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, Espanha. Disponível em: <http://www.fess.org.es/derechos-sexuales.php>. Acesso em: 21 abr. 2015.

WINTER, Rachel. **Mensageiras da ressurreição.** Curitiba: Biblioteca 24 horas, 2010.

CRIANÇA: UM DIAMENTE BRUTO PARA O TRÁFICO DE PESSOAS

Anderson Santiago Moura[22]
Acsa Ferreira Morais[23]
Andreia da Silva Costa Castelo Branco Sales[24]

RESUMO

As crianças são vítimas das redes de tráfico de pessoas no mundo inteiro. O presente artigo visa a trazer elementos que buscam explanar contornos, causas e consequências do tráfico de crianças no mundo com prioritária atenção ao Brasil. Para isso, objetiva-se traduzir, com o auxílio da doutrina jurídica e dos demais saberes, uma abordagem clara que denuncie e tangencie a problemática, propondo-se a identificar, apresentar e relacionar dados que permitam mensurar a dimensão desse crime.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico internacional. Criança. Exploração.

ABSTRACT

Children are victims of trafficking networks of people worldwide. This article aims to bring elements that seek to explain contours, causes and consequences of child trafficking in the world with priority attention to Brazil. For this, our objetictive is to translate, with the assistance of legal doctrine and other knowledge, a clear approach that withdraws and tangentially to the problem, proposing to identify, present and relate data to explore to measure the dimension of this crime.

KEYWORDS: International Trafficking. Child. Exploration

22 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus) e extensionista no Escritório de Direitos Humanos (EDH).
23 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus) e extensionista no Escritório de Direitos Humanos (EDH).
24 Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora titular da disciplina Direitos Humanos e Fundamentais. Pesquisadora. E-mail: aandreiacosta@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que o problema do tráfico de pessoas assola a humanidade. O tráfico negreiro, aliado a uma interpretação dogmático-religiosa[25] e à necessidade de povoar e de produzir nas colônias, propiciou um intenso processo de abastecimento de grandes e pequenas cidades com mão de obra farta e a baixo custo. Uma estrutura muito utilizada na América Latina que não considerava os negros oriundos da África como sujeitos de direito, mas como "res".[26] Ao todo, estima-se que desembarcou aproximadamente 4 milhões de negros no Brasil e, destes, a maioria do sexo masculino. (DUARTE, 2015)

Com o advento do processo de industrialização, (CAMPOS, 2005) países como o Reino Unido possibilitou o combate ao tráfico negreiro que, mais tarde, beneficiou e intensificou o escoamento e produção da Revolução Industrial que eclodiu na própria Inglaterra. Mesmo obtendo significativa redução do fluxo de negros da África para a América, outras modalidades de tráfico foram eclodindo dentro e fora da Europa, o que a levou a um olhar meticuloso do problema. Tal necessidade surgiu após tornarem-se evidentes casos de mulheres brancas europeias traficadas por *cáftens* para a prática do lenocínio. (CASTILHO, *on line*)

Em 1904, foi formalizado, em Paris, o Pacto para Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas Europeias para prostituição convolado no ano seguinte em convenção. A proteção internacional se fixou especialmente em mulheres do leste europeu para reprimir a prostituição destas no mundo afora já que, consideradas pela demanda, referência no quesito estética. (CASTILHO, *on line*)

25 A interpretação religiosa do território africano corroborou na legitimação do processo de coisificação dos negros.
26 Res é um tratamento dado aquilo que não é tutelado pelo direito e, nesse caso, trata-se de uma coisa, um objeto que pode ser transacionado ou mesmo vendido.

Atualmente, não só o lenocínio tem preocupado o mundo. Com o amadurecer das convenções, dos estudos e com o envolvimento dos Estados, muito se construiu na tentativa de exaurir o que circunda o tema e tornar visível tanto a densidade deste, sua dimensão e raízes, quanto uma solução eficaz para sua erradicação. Uma das primeiras dificuldades, por exemplo, foi tentar, "a priori", definir o que vem a ser tráfico de pessoas. O referido conceito ficou expresso pelo Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças (Protocolo de Palermo-2000). Segundo o referido documento internacional, tráfico humano é:

> **O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. (ONU, 2000)**

Outro aspecto que causa furor está ligado ao consentimento livre e voluntário das pessoas, maiores de idade, traficadas para prostíbulos. Isso ocorre por causa das condições, muitas vezes degradantes, que envolvem a pessoa que se submete à atividade e também por ainda não estar previsto no Direito Penal de alguns países (como no caso do Brasil), desse modo, ferindo as normas do ordenamento jurídico interno.

Depreende-se, a partir da Convenção de Palermo, que, para que não haja configuração do tráfico, o indivíduo, maior de idade, não pode estar sob coerção, ameaça, fraude, abuso de autoridade, em situação de vulnerabilidade ou diante de uma oferta de vantagens para quem tenha autoridade sobre outrem.

No hodierno, mobilizações entre nações buscam, no

enfretamento, dirimir as ações dos grupos de traficantes. Governos de países que estão nas rotas de tráfico humano se reúnem para estabelecer ações administrativas, políticas e civis de enfrentamento, e, no Brasil, o governo vem acompanhando as convenções e internalizando alguns de seus tratados.

2 CONTORNOS, ALICERCES E COADJUVANTES

O tráfico de pessoas se configura hoje como um crime de grave violação dos direitos humanos. Ao tratar pessoas como mercadorias, objetos descartáveis, os criminosos ignoram a condição fundamental que caracteriza as vítimas como seres humanos: a sua dignidade como pessoa.

É certo que as vítimas mais atingidas por esse crime são as mulheres e as crianças, isto ocorre porque ainda existe uma grande barreira quanto à ascensão feminina na sociedade atual, ainda há uma resistência em reconhecer os direitos e a cidadania de mulheres e crianças. Muitas das vítimas são atraídas por ofertas de emprego no exterior, melhores condições de vida, promessas de alta remuneração, entre outras vantagens. Porém, ao chegarem ao destino, deparam-se com a realidade a que serão submetidas. Os traficantes confiscam seus documentos para que elas não possam sair do país e se utilizam de todo tipo de ameaça para fragilizar a vítima e forçá-la a se submeter à exploração sexual, principalmente no caso das mulheres.

Em relação às crianças, principal destaque e objeto trabalhado neste artigo, o interesse de tê-las como vítimas por parte dos traficantes é significativo, e decorre do fato de a criança ser mais frágil e vulnerável à ação desses criminosos, por não possuir total discernimento e maturidade para lidar com as situações que lhe são apresentadas, facilitando, assim, o processo de aliciamento. Assim, observa Bruno Digiovanni Lins Cajazeira de Macedo Campos:

> São numerosas as funcionalidades da criança no universo de possibilidades do tráfico de pessoas: adoção, agricultura, casamento forçado, conflitos armados, trabalho forçado na agricultura, construção civil e em fábricas, mendicância, pornografia, prostituição, trabalho doméstico, tráfico de drogas, tráfico de órgãos, turismo sexual. (CAMPOS, 2014, p. 6-7)

O Protocolo de Palermo define que o tráfico de pessoas deve englobar, pelo menos, três finalidades: exploração sexual, do trabalho e para remoção de órgãos. Desse modo, o negócio do tráfico se torna altamente lucrativo para quem pratica, movimentando cerca de 150 bilhões de dólares. Desse total estimado, dois terços (99 bilhões) são oriundos da exploração sexual e 51 bilhões têm origem na exploração econômica, advindas do trabalho doméstico, da agricultura e de outras atividades que se destinam a esse mesmo fim. (OIT, 2014, *on line*)

Os traficantes de crianças geralmente seguem uma ordem no processo de capturar as suas vítimas: aliciamento, transporte e exploração. O aliciamento consiste na identificação e na sedução da vítima mais vulnerável e fácil de persuadir por meio da coerção, da ameaça, da pressão psicológica, do sequestro e até da compra de crianças vendidas pela própria família.

Os contextos de risco no qual se encontram crianças e adolescentes no Brasil são situações que podem facilitar a captura pelos traficantes. O descaso com seus direitos elementares põe em cheque a ausência do Estado na prestação de serviços básicos garantidos pela Constituição de 1988. Poderão também evidenciar-se casos em que os tutores possuem significativa parcela de culpa pelo não fornecimento de especial atenção, orientação, assistência e limitação quando dos desejos que possam enviesar na segurança, como no uso corrente e indisciplinado de ferramentas eletrônicas com acesso à internet.

O aliciamento se dá, no contexto atual de globalização, muitas vezes, pela facilidade de comunicação oferecida pelas redes sociais, pelas trocas constantes de vídeos e imagens em tempo real, fomentando, no aliciado, desejos e iludindo-o com falsas promessas. Nesse caso, a tecnologia pode ser usufruída como instrumento malicioso oferecendo suporte, comodidade e certo sentimento de segurança para os criminosos do mundo pós-contemporâneo.

Dando-se o aliciamento, a próxima etapa é o transporte. Os traficantes de pessoas geralmente se têm utilizado de rotas que são usadas para as migrações, tanto nacionais quanto internacionais. Contudo, o uso por contrabandista das rotas de migrações pode camuflar a prática do tráfico de pessoas e causar certa confusão entre os dois fenômenos.

Na migração, para fins de esclarecimento, pode haver o contrabando de migrantes, que, segundo o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, no seu artigo 3°, consiste na entrada ilegal de pessoas em um país do qual elas não sejam nacionais ou residentes permanentes com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material.

Assim, a migração não necessariamente está associada diretamente ao tráfico de pessoas. Contudo, pode ocorrer de o migrante ser enganado pelo criminoso e passar à condição de mercadoria para o tráfico de pessoas sendo explorado e compelido à prática de outros fins diversos daquele que planejou fazer ao chegar ao país de destino. Por fim, efetivados o aliciamento e o transporte, tem-se início à exploração de humana.

Segundo o mais recente relatório divulgado pelo Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC), o tráfico de crianças aumentou no mundo. De cada três pessoas traficadas, uma é criança (o que corresponde a um aumento de 5% em relação ao período de 2007 a 2010). Ainda de acordo com o relatório, as meninas são duas em cada três crianças vítimas do tráfico e representam, com as mulheres, 70% das pessoas traficadas no mundo. (UNODC, *on line*)

Isso evidencia o quanto precisam ser melhoradas as políticas públicas de prevenção, controle e repressão do tráfico não somente pelos países-membros dos tratados internacionais, mas por todo o mundo, pois esse assunto se trata de uma política de Estado que deve ser pensada internacionalmente e, portanto, discutida com racionalidade e planejamento.

O Brasil, que ratificou diversos tratados e convenções sobre direitos humanos, elaborou sua Política Nacional e dois Planos Nacionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP),

instituindo:

> [...] um tríplice enfoque norteador de seus fins: a prevenção ao tráfico, com ênfase nos grupos vulneráveis e na inibição de ações dos aliciadores; a repressão, consistente no combate direto aos traficantes, com aplicação de sanções cabíveis e desarticulação das redes criminosas; e ainda a atenção às vítimas, com amparo psicológico, jurídico e assistencial, de forma geral, aos que se livram da exploração e encontram dificuldades para regressar à sua origem e reinserir-se na sociedade [...]. (SECRETARIA NACIONAL DA JUSTIÇA, 2013, p. 17).

2.1 Dos danos físicos e psíquicos

Quando uma criança é traficada sofre várias violações de direitos. Tais violações impactam em diversos aspectos da vida dessa vítima, como na saúde, na sexualidade, na segurança e em sua própria vida. Tais agressões acarretam graves consequências no desenvolvimento físico, psíquico e social.

Um dos primeiros abalos vem a ser na estrutura física e psíquica. Nas mãos dos traficantes, a infância e outros direitos basilares lhes são extraídos, sem esquecer os outros absurdos cometidos por aqueles que os apreendem. Essas crianças podem vivenciar constantes ameaças à integridade física pela prestação ou não das atividades a qual são reiteradamente obrigados a desempenhar – trabalhos forçados, pesados, insalubres, sexuais ou não.

Outra grande preocupação está no quadro psíquico ruim que a criança poderá desencadear. Primeiro porque não se encontram em perfeito estado de maturação e discernimento, pois é justamente na adolescência que há "uma decorrência de processos orgânicos característicos da puberdade" (MATHEUS, 2008, p. 620) que os fazem adolescer, desse modo, persistindo um estado de turbulência em sua interioridade durante seu desenvolvimento e formação.

3 METODOLOGIA

A presente pesquisa se faz bibliográfica e documental. Foram feitas consultas a artigos na internet e livros especializados no tema. Analisaram-se ainda os tratados internacionais sobre tráfico e contrabando humanos, bem como a legislação infraconstitucional brasileira.

4 RESULTADOS OBTIDOS - DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA O CONTROLE E ERRADICAÇÃO DO TRÁFICO DE CRIANÇAS

De acordo com o UNODC, o tráfico de pessoas é composto por ato, meio e objetivo (UNODC, *on line*). Esses três critérios, do modo como foram sintetizados, servem de análise inicial para entender o problema do tráfico de pessoas e, quem sabe, a partir daí, vislumbrar possíveis falhas que possam permitir a inserção de ferramentas que desmantelem o tráfico de crianças. Contudo, a primeira dificuldade enfrentada faz-se no modo pelo qual o Código Penal Brasileiro disciplina o tema.

A legislação atual carece de maior aprofundamento e abrangência. Isso ocorre devido à deficiência do tipo penal específico que não delimita com clareza o contorno do tema nos artigos 231 e 231-A, (CPB, 1940) propondo-se a direcionar, de modo equivocado, ao combate à prostituição que não é crime, mas também não é legalizada. Nesse diapasão, alguns operadores do Direito, quando necessário, fazem uso da aplicação de outros tipos do Código Penal que possuam semelhanças com o caso concreto já que as normas jurídicas não existem isoladas.

Assim, para poder enquadrar os infratores, costuma utilizar-se, em via de regra, dos artigos 149 (redução à condição análoga à de escravo), 206 (Aliciamento para o fim de emigração) e 207 (aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional). A partir daí, novas problemáticas se desdobram, pois os artigos supracitados possuem penas exclusivas de seus tipos, desse modo, enfraquecendo a gravidade do tráfico de pessoas dentro da ordem normativa.

A estratégia da prevenção, repressão e punição (PALERMO 2000), proferida no protocolo de palermo, além de atualmente empregada em outras problemáticas sociais, como no caso do trabalho escravo, é, sobretudo, a melhor solução para o tráfico humano. Isso porque o Direito, além de ser uma tentativa, só se efetiva e intervém na realidade por meio da letra da lei e da ação. Portanto, o Estado tem de ser o principal precursor nesse processo por representar a sociedade civil, seu principal interessado.

Cabe também à sociedade o estímulo aos órgãos de defesa (Polícias, Ministério Público e Poder Judiciário) para coibir e repelir o crime. Com a denúncia, as polícias poderão preparar-se melhor para estudar e constatar novos casos e, diante da abstenção do Estado, exigir, perante o Poder Judiciário, quando necessário, o cumprimento dos direitos humanos e das garantias do respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais positivados na Carta Maior de 1988, fornecendo prioritária atenção aos casos em que houver situação de risco e vulnerabilidade a crianças e adolescentes por ser uma das agravantes desse contexto atualmente vivido no Brasil. Assim, é necessário promover os direitos da criança e do adolescente para salvaguardar sua dignidade.

Nesse ínterim, faz-se fundamental a participação de todos os agentes sociais no resgate, acolhimento e reincorporação ao ambiente social. O auxílio e envolvimento da sociedade e do Estado é fundamental para que se possa lograr êxito no combate a práticas, como o tráfico de crianças, que envolve os direitos humanos.

5 CONCLUSÃO

O tráfico de crianças é uma realidade nos dias atuais, fazendo vítimas no mundo inteiro. Pensar sobre referida problemática se apresenta no cenário como uma medida urgente e, por essa razão, é possível verificar que referido tema está na pauta das reuniões de diversos Estados que aderiram ao Protocolo de Palermo.

O Brasil vem fazendo a sua parte de modo muito tímido. Todavia, é relevante pontuar que ter uma política nacional e dois planos com ações voltadas para a prevenção, o combate e a assistência à vítima é um passo importante e merece ser registrado. Mas mais importante ainda é verificar se vem sendo, de fato, empreendidas ações de maneira eficaz.

As crianças traficadas apresentam um quadro peculiar de vitimização que precisa ser levado em consideração pelos agentes públicos que trabalham no enfrentamento ao tráfico de pessoa. Os danos devem ser cuidadosamente trabalhados,

visto que as vítimas são pessoas ainda em desenvolvimento e que, por esse motivo, tem mais chances de serem resgatadas física-psiquica e socialmente.

REFERÊNCIAS

ABREU, Susane Rocha de. Crianças e adolescentes em situações de risco no Brasil. **Rev. Bras. Psiquiatr,** 2002, v. 24, n. 1, p. 5-6.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **A legislação penal brasileira sobre tráfico de pessoas e imigração ilegal/irregular frente aos Protocolos Adicionais à Convenção de Palermo**.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Tráfico de Pessoas**: da Convenção de Genebra ao protocolo de Palermo. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015.

COSTA, Andréia da Silva. **O tráfico de mulheres: o caso do tráfico interno de mulheres para fins de exploração sexual no Estado do Ceará**. Dissertação de mestrado 2008.

FONSECA, Franciele Fagundes et al. The vulnerabilities in childhood and adolescence and the Brazilian public policy intervention. **Rev. paul. pediatr***.,* 2013, v. 31, n. 2, p. 258-264.

GUTIÉRREZ, Horácio. O tráfico de crianças escravas para o Brasil durante o século XVIII. **Revista de história**, São Paulo, n. 120, 1989, p. 59-72.

MATHEUS, Tiago Corbisier. Quando a adolescência não depende da puberdade. **Rev. latinoam. psicopatol. Fundam.,**2008, v. 11, n. 4, p. 616-625.

OIT. Ganancias y Pobreza: Aspectos económicos del Trabajo Forzoso. **OIT Brasil**. Genebra, 2014. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/trabalho-forcado-gera-150-bilhoes-de-dolares-de-lucro-anualmente>. Acesso em: 01 mar. 2015.

OLIVEIRA, Marina Pereira Pires de. Sobre armadilhas e cascas de banana: uma análise crítica da administração de justiça em temas associados ao Direitos Humanos. **Cadernos Pagu**, n. 31, jul./dez.2008, p. 125-149.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF**.

SOARES, Ana Sofia; MARQUES, Maria Emília. **Crescer por dentro**: A barreira de contacto no processo adolescente através do Rorschach. *Aná. Psicológica*, 2009, v. 27, n. 3, p. 259-267.

VIOLA, Daniela Teixeira Dutra; VORCARO, Angela Maria Resende. **O problema do saber na adolescência e o real da puberdade**. *Psicol. USP* [online]. 2015, v. 26, n. 1, p. 62-70.

WEINMANN, Amadeu de Oliveira. **Juventude transgressiva**: **sobre o advento da adolescência**. *Psicol. Soc.* [online]. 2012, vol.24, n.2, pp. 382-390. ISSN 0102-7182.

DIREITOS TERRITORIAIS DOS POVOS INDÍGENAS E OS EMBARAÇOS HISTÓRICOS E ATUAIS À CONCRETIZAÇÃO DESSES DIREITOS

Andressa Borges Monteiro Pires, Autora[27*]
Jacqueline Alves Soares, Professora Orientadora[28**]

RESUMO

Desde o início da colonização até hoje, os povos indígenas, no Brasil, sofrem violentas e sistemáticas violações de seus territórios, sendo evidente o descaso com que foram tratados os seus direitos e os atuais embates à efetivação destes, inclusive com propostas que tramitam no Congresso e em outras esferas governamentais. Lastreado em pesquisa bibliográfica e utilizando o método qualitativo de pesquisa, o presente artigo objetiva refletir acerca da dificuldade na demora da demarcação das terras indígenas, a importância da constitucionalização dos direitos humanos para que novas (re)considerações fossem feitas acerca desse tema e a necessidade de o País desprender-se do histórico da colonização a fim de afirmar o seu Estado Democrático de Direito. Isso demonstra que é necessário que os povos indígenas tenham assegurados os seus direitos para que possam se desenvolver dignamente e que a omissão nessa determinação constitucional acarreta uma constante insegurança jurídica.

Palavras-chave: Povos Indígenas. Direito Territorial. Direitos Humanos.

ABSTRACT

Since the Brazilian colonization, indigenous people has been suffering violent and systematic violations of their territories, showing the indifference with which their rights and current debates for their territory effetivation, including some proposals in the National Congress and other governmental spheres, have been treated. Based on literature and adopting qualitative research methods, the present paper reflects on the relevance of the constitutionalisation of human rights, especially the importance of putting aside the Brazilian colonization history in order to affirm the Democratic State of Law. This demonstrates the need to ensure indigenous rights so that they can develop with dignity. It also shows that the omission of the constitutional rights leads to a continuous legal insecurity.

Key-words: Indigenous People. Territorial rights. Human Rights.

27 *Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus), terceiro semestre. E-mail: andressabpires@hotmail.com

28 **Professora do curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus). Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Ceará (2011). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2004). E-mail: jacsoares81@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A história do Brasil, desde a colonização, é repleta de exemplos que evidenciam a repressão e homogeneização que reprimem com vigor as diferenças e culturas nativas. Os indígenas são um exemplo disso, ao passo que é possível verificar a drástica diminuição na quantidade dos que habitavam essas terras e os indígenas que aqui habitam. Estima-se que aqui viviam cerca de três milhões de indígenas – entre a população litoral e a população interior – e hoje, de acordo com os dados de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a atual população indígena é de 817.963 indígenas[29].

Em vista do histórico da colonização e objetivando assegurar as diferenças culturais, o Brasil vem, ao longo dos anos, tentando minimizar o preconceito existente e assegurar o modo de vida desses povos no território nacional, assinando diversos pactos e convenções internacionais e propondo medidas alternativas para garantir aos índios que tenham sua própria organização social, preservem seus costumes, crenças e tradições[30]. Nesse sentido, assegurar o direito a terra aos povos indígenas é de extrema importância, significando valorizar o índio como índio, de acordo com suas próprias convicções e diferenças, enaltecendo a diversidade brasileira e assegurando o desenvolvimento do patrimônio histórico e cultural desse povo[31].

Estudar os direitos dos povos indígenas, em especial de suas terras, por mais que possa parecer uma discussão antiga requer diversas (re) considerações. Muito ainda deve ser feito, pois, apesar de as terras indígenas serem garantidas constitucionalmente, passados mais de 25 anos da promulgação da Magna Carta de 1988, a determinação contida naquela Lei ainda não foi efetivada[32].

Com efeito, hodiernamente, no Brasil, existem diversos instrumentos, internacionais e nacionais, que têm como principal objetivo assegurar direitos de povos indígenas às terras, que lhes pertencem por direito. Além disso, o advento da internacionalização dos direitos humanos trouxe esses temas para uma discussão mais intensa com o intuito de fazer que esses instrumentos sejam mais eficazes.

Na esteira desse tema, lastreado em pesquisa bibliográfica, o presente artigo objetiva analisar o direito às terras dos povos indígenas, traçando um paralelo histórico de evolução da legislação nacional, somado com o advento da internacionalização dos direitos humanos como fato que traz esse tema para uma discussão mais intensa – a fim de torná-los mais eficazes – e as dificuldades que ainda hoje

29 Distribuídos entre zona urbana e rural, além de serem encontrados nas cinco regiões do país.

30 De acordo com o que foi disposto no artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil.

31 Além disso, a terra, como ensina Ana Maria D'Ávila Lopes "... é um elemento fundamental para toda e qualquer sociedade indígena sobreviva, visto tratar-se do espaço físico vital para a satisfação de suas diferentes necessidades.". (LOPES; MATTOS, 2005, p.222)

32 A constituição, em seu artigo 231, afirma ser da competência da União demarcar, proteger e fazer respeitar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estipulou um prazo de cindo anos depois da promulgação da constituição para que essa demarcação fosse concluída.

são encontradas dentre as comunidades indígenas, fator que dificulta a concretização do atual Estado Democrático de Direito.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Breve análise histórica sobre a questão territorial indígena no Brasil

A história da colonização brasileira foi, sem dúvida, avassaladora. Os índios que aqui viviam — aproximadamente 3.000.000 (QUEM, 2015, edição eletrônica) — utilizavam as terras como fonte e meio para seu sustento e para a garantia de sobrevivência da sua tribo. Entretanto, a chegada dos europeus, principalmente dos portugueses, mudou esse cenário, pois os costumes desses povos eram completamente diferentes (LIMA, 2009). Os europeus viam aquelas terras como fonte de riqueza e lucro para levarem às suas metrópoles.

Destarte, a vida dos povos indígenas nativos mudou completamente desde então. Após a chegada dos estrangeiros, iniciou-se um intenso processo de despovoamento e desapropriação de terras, alicerçado pelo poderio bélico dos europeus. Assim, os indígenas pouco puderam fazer para defender suas terras efetivamente.

Em 1680, o Estado Português, com o Alvará Régio, seguindo pela Lei de 1755, editada pelo Marques de Pombal, foram reconhecidos direitos aos povos indígenas, tratando-os como verdadeiros senhores das terras nativas, formalizando o instituto do indigenato[33] no Brasil.

Com a Lei de 601, também conhecida como Lei de Terras, promulgada em 18/9/1850, tem-se a iniciativa para regular a propriedade privada no Estado Brasileiro, uma vez que essa nova norma começa a disciplinar o regime fundiário no País. A referida Lei trouxe exigências para os proprietários de terras, como documentos e o pagamento de impostos. Essa Legislação, inclusive, assegurava aos índios o direito ao território, reafirmando o antigo indigenato e indicando que não seriam devolutas as terras tradicionalmente ocupadas por populações indígenas, seja porque elas têm um uso público, seja porque são consideradas posse ou domínio particular dos índios (VILLARES, 2013), de acordo com o artigo 3º da Lei de Terras. Ainda assim, as terras continuaram sendo expropriadas com o consentimento ou incentivo da Coroa.

Ainda no período do império, foram criadas regras no intuito de desviar os direitos que a Lei de Terras pretendia garantir aos índios, tendo sido expedidas resoluções que consideravam aldeias abandonadas por índios terras devolutas. Assim, era comum a falsificação de documentos exigidos para comprovar a propriedade das terras, o que fazia com que muitos se apropriassem, indevidamente, de terras já ocupadas, por exemplo, por povos indígenas[34]. Assim, práticas nocivas e desvios de realidade foram implementados, baseados somente em declarações falsas em que se facilitava o processo de titulação de terras a terceiros, agravando, ainda mais, a questão, já completamente desfavorável aos índios quanto à posse de terras.

Temos que, no início do período republicano, praticamente todas as terras existentes estavam vinculadas ao poder central (ARAÚJO, 2006). A primeira Constituição Republicana (1891), nesse ambiente, abstém-se de tratar da questão indígena, além disso, em seu artigo 64, transfere aos estados as terras devolutas incorporadas pela União, agravando a invasão de terras indígenas e concedendo boa parte destas a particulares. Esse foi um período de extrema insegurança para os indígenas. O Governo Federal somente demarcava terras indígenas que fossem aprovadas pelos governos dos estados e dos municípios, o que foi praticamente inexistente.

Em 1910, foi criado o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) com o objetivo de instaurar uma política mais amigável para as populações indígenas, tendo como meta principal as ações pacificadoras. No entanto a situação de extrema insegurança permaneceu, com pouquíssimas modificações, até a década de 60, quando, apesar de as Constituições de 1934, 1937 e 1946 trazerem dispositivos que reconheciam a posse dos índios sobre as terras por eles ocupadas (ARAÚJO, 2006), os direitos que estas asseguravam recaiam mais sobre as terras do que sobre os recursos existentes nelas (NAUE, 2009, edição eletrônica) e, apesar de esforços, as políticas do SPI foram vistas de forma contraditória, uma vez que ao invés de proteger os territórios indígenas e suas raízes, muitas vezes, agia de forma dominadora e autoritária, liberando terras indígenas para colonização, remanejando seus antigos ocupantes para outras áreas.

Em 1967, o SPI foi extinto e substituído pela atual Fundação Nacional do Índio, a FUNAI, que é Órgão Indigenista do Estado Brasileiro e responsável pelo estabelecimento e pela execução das políticas indigenistas, em cumprimento do disposto na Constituição de 1988, e visa, por meio de mecanismos efetivos, à promoção dos diretos indígenas.

2.2 Proteção internacional dos Direitos Humanos de povos indígenas

Os indígenas, apesar dos mecanismos de proteção existentes em cenário internacional, carecem de um tratamento singular, devido ao fato de, pela quantidade e pela variedade, além do histórico de repressão, serem classificados como **minorias étnicas**[35], por suas especiais características. Seus direitos são

33 O indigenato se configura como um título legal que fora primeiro reconhecido no alvará régio e, em seguida fora confrimando pela Lei Pombalina de 1975. Na definição de Ana Valéria Araújo (2006), indigenato é um instituto do período colonial que reconhecia os índios como os primeiros e naturais senhores sa terra.

34 Essa apropriação irregular, cuja comprovação de propriedade das terras era conseguida com documentos falsos, ocasionou diversos problemas que até hoje podem ser vistos. Destacam-se, nesse contexto, os conflitos entre latinfundiários e indígenas, pois estes tiveram suas terras tomadas, a impossibilidade de se demarcar as terras com precisao e a manutencao de uma já consolidada estrutura latinfundiária. Devido a isso, passou a ser bastante difucultosa a demarcação de terras que pertenciam e já eram ocupadas por povos indígenas, problema e consequencia que é ainda comum nos tempos atuais.

35 Luciano Mariz Maia (2015, edição eletrônica), em texto sobre as minorias étnicas, ensina que são minorias étnicas: "grupos que apresentam fatores distinguíveis em termos de experiências históricas compartilhadas e sua adesão a certas tradições e significantes tratos culturais, que são diferentes dos apresentados pela maioria da população".

de interesse internacional e têm, por consequência, suma importância perante os Estados Nacionais.

Sendo assim, as questões que envolvem direitos dos povos indígenas, ou de suas comunidades, devem ser analisadas sob o ponto de vista dos sistemas geral e regional dos direitos humanos, componentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O Brasil, ao ratificar os instrumentos componentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, obriga-se a cumprir os preceitos por este especificados. Dessa forma, no intuito de ilustrar todas essas novidades de tratamento dos povos indígenas advindas, no Brasil, com a Constituição de 1988, é necessário que se faça um paralelo com os acontecimentos no cenário mundial.

No século XX, precisamente durante os regimes totalitários de Hitler e Stalin, foram cometidas atrocidades contra a dignidade da pessoa humana e contra a paz mundial. Esse mesmo cenário foi palco das malfadadas **grandes guerras**, que repercutiram e aterrorizaram o mundo inteiro. Nesse terrível e aterrorizante âmbito, a soberania nacional era primazia, e o Estado, não o indivíduo, estava no comando. Diante desse quadro, a comunidade internacional logo percebeu que seria necessária uma universalização dos direitos humanos, em que certos direitos fossem inerentes e inalienáveis a todos os indivíduos. Se houvesse, naquela época, um efetivo Sistema Internacional que protegesse os indivíduos contra regimes autoritários, como o nazista e o fascista, parte das graves violações de direitos humanos poderiam ter sido evitadas.

Inicialmente, como afirma Samia Roges Jordy Barbieri (2007), esses mecanismos visavam tão somente à proteção de indivíduos, mas, com o tempo, passaram a reconhecer também que novos sujeitos de direitos são aceitos, a exemplo de certos grupos de indivíduos ou populações minoritárias[36], dentre as quais os povos indígenas (VILLARES, 2013). De fato, o alicerce de um Estado é o indivíduo, e não o Estado em si, como leciona Flavia Piovesan (2013), ao tratar dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional Internacional, é sob a perspectiva dos direitos que se afirma o Estado, e não sob a perspectiva do Estado que se afirmam os direitos, ou seja, os direitos e os indivíduos, ou mesmo os direitos dos indivíduos, são os verdadeiros beneficiários de um Estado.

Sobre a perspectiva indígena e as questões territoriais desses povos – para falar da proteção internacional aos Direitos Humanos – faz-se necessário citar as convenções 107 e 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), as quais elevaram o caráter de diversidade dos povos indígenas, anteriormente individualista, e a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, que representa a conquista de muitas das últimas reivindicações desses povos em todo o mundo. Os novos instrumentos internacionais, importa considerar com Manuela Carneiro da Cunha (2012, p.129), "baseiam-se em uma revisão, operada nos anos de 1970 e sobretudo 1980, das noções de progresso, desenvolvimento integração e discriminação ou racismo"

O primeiro instrumento de proteção aos índios como direitos humanos, ligado ao sistema especial de proteção dos Direitos Humanos, veio em 1957, com a convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), concernente à proteção e à integração das populações indígenas e de outras populações tribais e semitribais de países independentes, adotadas pelo Brasil em 1966.

A Convenção 107/OIT foi publicada com o objetivo de buscar o progresso material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, com segurança econômica e oportunidades iguais (OIT, Convenção nº 107). Aquele documento previa programas que serviam para o desenvolvimento de populações tribais e semitribais no que tange ao desenvolvimento de seus padrões de vida, além da necessidade de que fosse evitada a desigualdade entre os trabalhadores tribais e outros trabalhadores (SANTOS FILHO, 2005). Quanto às terras, aquela Convenção previa o direito territorial aos povos indígenas sobre terras tradicionalmente ocupadas por estes, dando início a uma compreensão coletiva da propriedade privada quando, em seu Art. 11, menciona "o direito de propriedade coletivo ou individual"[37].

Essa legislação sofreu forte resistência devido a seu caráter integracionista das populações indígenas à vida dos países. A sociedade conservadorista não via "com bons olhos" essa evolução sobre a causa indígena e sobre a efetivação de seus direitos, causando um empecilho à sua plena efetivação.

Em 1989, foi publicada a Convenção 169/OIT, que viria para fazer revisão à Convenção 107/OIT. Esse documento foi aprovado pelo Brasil somente em 2002 e assegura os direitos dos povos indígenas, principalmente no que tange aos seus padrões, desenvolvendo-se como povos diferenciados, a partir de seus conhecimentos. Isso não era possível na Convenção 107/OIT, haja vista que ali se preconizava um caráter integracionista desses povos. A Convenção 169/OIT foi a primeira a abordar dignamente os direitos coletivos dos povos indígenas, afastando o princípio de assimilação tratado na convenção 107/OIT.

Especificamente sobre a questão territorial, a Convenção 169/OIT representa um grande avanço para os povos indígenas, pois, além de (re)afirmar direitos a eles, sobre terras tradicionalmente ocupadas, propriedade privada coletiva[38], direito de decidirem – sobre o desenvolvimento – suas prioridades e direito de serem beneficiados pela distribuição adicional de terras, se as que dispuserem forem insuficientes para lhes garantir o essencial a uma vida digna (ARAÚJO, 2006), a convenção inova ao prever um mecanismo que dá aos índios o direito de consulta sobre medidas que possam afetar os seus direitos, sejam estas medidas legislativas sejam administrativas, mecanismo mais conhecido como Consulta

36 Como ensina Ana Maria D´Ávila Lopes (2008, p. 21), é preciso mais do que um critério objetivo para definir o que seriam grupos minoritários, dessa forma, um grupo minoritário seria "[…] todo grupo humano, cujos membros tenham direitos limitados ou negados apenas pelo fato de pertencerem a esse grupo […]".

37 Art. 11. O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente (OIT, Convenção nº 107, Art. 11).

38 A convenção 169/OIT "exige o reconhecimento dos direito coletivos dos povos indígenas a terras e territórios... A Corte Interamericana de Direitos Humanos adotou, em Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicaragua (2001), uma "interpretação evolutiva" do art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (que protege o direito de propriedade). (JUBILUT; BAHIA; MAGALHÃES, 2013).

Livre, Prévia e Informada[39].

Além dessas Convenções da Organização Internacional do Trabalho, que contribuíram para que a causa indígena fosse alvo de maiores discussões e reconheceram direitos a esses povos, principalmente quanto ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, outros meios são necessários para auxiliar o cumprimento das determinações trazidas pela Constituição de 1988 que, no caso da demarcação e homologação das terras indígenas, ainda não foram cumpridas.

Outro instrumento internacional de extrema importância aos povos indígenas é a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, que recentemente – no ano de 2007 – foi aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em Nova Iorque.

Essa declaração, extremamente avançada, faz referência às reivindicações últimas dos povos indígenas e as reflete em todo o mundo. Ao tratar das terras dos povos indígenas, aquele diploma o faz de forma preocupada com as injustiças cometidas contra essas minorias, que, de certa forma, foram impedidas de exercer o livre arbítrio ao desenvolvimento e de usar a propriedade como melhor lhes cabia (ONU, Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas). Reafirma aquele documento, em diversas oportunidades, questões referentes à Convenção 169/OIT, dentre elas, o mecanismo inovador adotado pela convenção, qual seja, a Consulta Livre, Prévia e Informada[40].

2.3 A proteção das terras indígenas na Constituição Federal de 1988 e problemáticas atuais.

No Brasil, o marco jurídico para que houvesse a transição democrática e a Constitucionalização dos Direitos Humanos foi a Constituição de 1988, que instaurou um novo regime democrático e reinseriu o Brasil no cenário mundial, adotando a dignidade da pessoa humana como valor essencial às bases do novo Estado.

Essas mudanças podem ser percebidas no começo da Magna Carta, logo em seu artigo 4º, que dita as obrigações com as quais o Brasil se compromete perante a comunidade internacional, a fim de que seja mantida a paz. Em seu artigo 5º, mas precisamente no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, aquela Lei Essencial assegura os direitos que foram ditados por seu povo como os fundamentais para a Nação Brasileira.

Direitos Humanos são direitos históricos que quase sempre emergem de lutas e são comumente efetivados com tempo e persistência. Não são um direito dado, mas um direito construído. Nessa perspectiva, não se pode firmar direitos humanos como inatos[41], nem sob a perspectiva internacional, nem sob a perspectiva nacional.

No Brasil, na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º), abre-se uma margem para que, de forma organizada, os novos direitos sejam incorporados ao Ordenamento Jurídico, mormente por meio de seus parágrafos segundo e terceiro, os quais, respectivamente, determinam que sejam incorporados outros direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais e que tratados internacionais que versem sobre direitos humanos sejam, caso aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros – mesmo procedimento de Emenda Constitucional – serão equivalentes às Emendas Constitucionais, já que estes, diferentemente de outros direitos emergentes de tratados internacionais, merecem, segundo a própria Carta Magna, aplicação imediata. Assim a Constitucionalização dos Direitos Humanos foi o marco que avançou e consolidou os Direitos Fundamentais e protegeu diversos direitos dos setores vulneráveis de nossa sociedade, como os índios.

A Constituição Federal de 1988, além de ser um marco, sob o aspecto da Constitucionalização dos Direitos Humanos, inseridos no Ordenamento Jurídico nacional, avançou muito ao tratar das questões indígenas, quando trouxe em seu corpo um capítulo versando somente sobre índios, e reconhece sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, garantindo, ainda, direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, estabelecendo o dever da União de demarcá-las, protegê-las e fazer que sejam respeitados, com todos os seus bens.

Com relação à demarcação das terras indígenas, o processo objetiva garantir o direito indígena a suas terras. Entretanto, a demarcação das terras indígenas é um ato meramente declaratório e não constitutivo de direitos – pois os direitos indígenas à terra, como explicita a constituição no caput do artigo 231, são direitos originários sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas – sendo, por esta razão, um ato administrativo do poder executivo – não podendo, dessa forma, ser objeto de ações do poder legislativo ou do poder judiciário. Trata-se de um dever da União, conforme o artigo 231 da Constituição Federal de 1988[42]. Dessa forma, para demarcar e proteger, fazendo respeitar todos os bens, o processo de identificação e delimitação, demarcação física, homologação e registro das terras devem seguir fases e critérios específicos conforme o que foi disposto no Decreto 1.775/96. O processo demarcatório possui diversas fases, as quais são determinadas, também, pelo Decreto 1.775/96.

Na primeira fase, realiza-se a identificação e delimitação da terra indígena requerente e órgão federal de assistência ao índio, no caso, a FUNAI, que designa um grupo técnico especializado, coordenado por um antropólogo de seu quadro funcional, para que, por meio de laudos antropológicos, sejam

39 Consiste em um direito garantido aos povos indígenas, que primariamente foi previsto pela convenção 169/OIT, na qual os povos indígenas e tribais devem ser consultados – de forma livre e informada – antes de serem adotadas providências – legislativas ou administrativas – a fim de afetar seus bens ou seus direitos.

40 Art. 10. Os povos indígenas não serão desprezados pela força de suas terras ou territórios. Não se procederá a nenhuma mudança de local sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados, nem sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que seja possível, a opção de regresso (ONU, Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, Art. 10).

41 O momento histórico em muito influi sobre o que deve ser valorizado e/ou protegido e como leciona Norberto Bobbio (2004) em "A era dos direitos", algo que parece fundamental em uma época pode não parecer fundamental em outras épocas.

42 Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

realizados relatórios sobre a natureza étnico-cultural do grupo, ocupação de terras, origem, senso, taxa de mortalidade e de natalidade, atividades econômicas desenvolvidas, dentre outras. Nesse processo, é fundamental a participação da comunidade indígena.

Com a aprovação do relatório apresentado pela equipe especializada, seguem-se 15 dias para publicação do seu resumo no Diário Oficial da União (DOU) e no Diário Oficial da Unidade Federada em questão, devendo, ainda, de acordo com o Art. 2, § 7º, do Decreto 1.775/96 as publicações serem afixadas na prefeitura municipal onde se situam as terras requeridas.

O início do processo demarcatório se dá com a aprovação do estudo de identificação e delimitação das terras e é dado o prazo de até 90 dias para governos de Estados e Municípios, bem como eventuais interessados, contestarem o processo demarcatório, apresentando à FUNAI provas a fim de pleitear o fim desse processo. A FUNAI tem até 60 dias para emitir um parecer técnico e encaminhar tal processo ao Ministério da Justiça.

O Ministério da Justiça analisará os dados fornecidos pela FUNAI para a demarcação de terras indígenas e as razões apresentadas por aqueles reclamantes. Em até 30 dias, o Ministério da Justiça pode: aprovar estudos da FUNAI, expedindo portaria, declarando os limites da terra indígena, determinando sua demarcação ; prescrever mais 90 dias para que mais estudos sejam realizados ; e, ainda, desaprovar a identificação e delimitação de terra caso não seja atendido o disposto no art. 231, parágrafo 1, da CF.

Segundo a portaria expedida pelo Ministério da Justiça aprovando a identificação e delimitação das terras indígenas, segue-se a demarcação física, fase que concretiza os limites das terras indígenas.

Após a demarcação propriamente dita, a homologação é realizada por meio de decreto pelo Presidente da República conforme o artigo 5º do Decreto 1.775/96 . No que tange, somente, à natureza administrativa da regularização de uma terra indígena, esta encerra 30 dias após a homologação sendo realizado o registro da terra no cartório imobiliário da unidade federada em questão, bem como na Secretaria de Patrimônio da União. E, no que concerne à natureza jurídica, trata-se, esta demarcação, meramente, de um ato declaratório.

Foi com a promulgação da Constituição de 1988 que, do ponto de vista histórico, os índios, finalmente, conquistaram o direito de ser índio e o direito indígena à terra foi garantido como um direito originário. Entretanto, apesar da determinação da Constituinte de que a demarcação das terras indígenas de acordo com o critério de terras tradicionalmente ocupadas[43] ocorreria cinco anos após a promulgação da Constituição — Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), Art. 67 — a demarcação está longe de ser cumprida.

Importa, ainda, considerar com Ana Maria D´Ávila Lopes e com Karine Rodrigues Mattos (2005, p. 233) em texto sobre O Direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil colônia ao Estado Democrático de Direito que:

> A omissão estatal na sua tarefa de demarcação das terras indígenas constitui uma grave afronta aos direitos dessas comunidades, pois, além de gerar insegurança jurídica sobre quais são as terras que devem ser protegidas, coloca em risco a sobrevivência da própria cultura indígena brasileira, que depende diretamente da terra para sua existência.

Até hoje o povo indígena sofre sistemáticas violações de seus direitos, e não apenas da época da colonização europeia. Apesar dos entraves histórico-culturais terem contribuído para a ocorrência dessas violações[44], em muito, são evidenciados problemas atuais que dificultam as comunidades indígenas de se desenvolverem como minorias étnicas. Como pode ser percebido pela proporção de indígenas que aqui habitavam na época da colonização e a atual população indígena no Brasil, além dos atuais problemas, como a falta de terras para se desenvolverem de acordo com suas diferenças e culturas tradicionais, falta de incentivos governamentais para se desenvolverem como minorias étnicas e violentos ataques planejados pelos parlamentares que atuam para garantir os interesses de proprietários rurais.

Hodiernamente, a exemplo dos atuais entraves à demarcação das terras indígenas, tramitam, no congresso e em outras esferas governamentais, Projetos de Emendas Constitucionais — Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 215/2000[45], Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 237/2013[46] —, Projeto de Lei complementar — Projeto de Lei Complementar (PLP)

43 Art. 231 § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

44 De forma que "Os principais problemas que as comunidades indígenas enfrentam hoje são a consequência daqueles que surgiram há anos". (LIMA, 2009, edição eletrônica).

45 A PEC 215/2000 é uma proposta no sentido de ataque ao direito dos indígenas à terra. Essa proposta retira do Poder Executivo a atribuição prevista no Artigo 231 da Constituição Federal de demarcar a terra indígena e a inclui entre as competências do Congresso Nacional. Ademais, o Congresso teria o poder de rever e reverter antigas terras já demarcadas, gerando grande insegurança ao povo indígena e configurando um retrocesso ao direito à terra.

46 A PEC 237/2013 tem o intuito de inserir, no texto constitucional 176-A, artigo que permitiria indiretamente a posse, por produtores rurais, de terras indígenas por meio de concessão.

227/2012[47] —, Projeto de Lei — PL 1610/1996[48] —, Portarias — Portaria 419/2011[49] e Portaria 303/2012[50] — e Decreto — Decreto 7957/2013[51] — cuja principal reivindicação do movimento indígena e de ativistas é no sentido de extinguilas, tendo em vista o profundo retrocesso que ele as representa em termos de reconhecimento de direitos dos povos indígenas.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

O direito à terra dos povos indígenas foi analisado em processo qualitativo de pesquisa em que foi proposta uma análise nas legislações brasileiras – no período pós-colonização e os mais recentes avanços no que tange a esse assunto –, a dificuldade na demora do processo de demarcação de terras e os efeitos negativos que esta tem ocasionado. Além disso, os dados obtidos para a formulação da pesquisa, do ponto de vista do procedimento técnico, foram obtidos a partir de levantamentos bibliográficos referentes ao assunto.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Após breve análise da questão territorial dos índios no Brasil, é possível observar que a terra, de fato, constitui um elemento fundamental à manutenção da vida digna do povo indígena, sendo esta garantia um direito essencial. Apesar da evolução no que tange a esse assunto, principalmente após a Constituição de 1988, muito ainda tem que ser feito para que haja o reconhecimento, de fato, ao direito territorial indígena.

A omissão em demarcar as terras dos territórios tradicionalmente ocupados pelos povos indígenas – determinadas pela constituinte de 1988 – gera extrema insegurança aos povos indígenas, viola a Constituição da República Federativa do Brasil e põe em risco a sobrevivência desse povo e de sua cultura.

5 CONCLUSÃO

Depois de muitas lutas, a Legislação brasileira concernente aos índios conseguiu avançar sobre questões territoriais originalmente pertencentes a eles. Entretanto, apesar de Garantias Constitucionais e de Garantias Internacionais – Pactos, Convenções e Sistemas Internacionais de proteção aos Direitos Humanos – assinadas pelo Brasil, o passado histórico cultural brasileiro de despovoamento, repressão, judiação e, por vezes, escravidão desses povos impede que o País avance fortemente frente a questões dos povos originários.

De fato, muitos problemas no processo, referentes às terras naturais, advêm do passado histórico de desrespeito e de sistemáticas violações dos direitos territoriais desses povos. Na prática, hoje, o direito dos indígenas à terra ainda enfrenta sérios obstáculos. Vale ressaltar que a terra configura um elemento essencial à sobrevivência dos povos, principalmente os indígenas, sendo um espaço físico vital para a satisfação de diferentes necessidades.

Para fazer valer o Estado Democrático de Direito, os tratados e as Declarações Internacionais, faz-se necessário ao Brasil desprender-se do histórico nefasto de repressão e etnocídio dos colonizadores e ser mais eficiente ao tratar do direito territorial desses povos.

Efetivar o aprovado em tratados internacionais é necessário, e a omissão do Brasil, na demarcação e homologação da terra dos indígenas, representa grave violação à própria Constituição da República Federativa do Brasil e gera, em último plano, extrema insegurança aos povos indígenas, uma vez que, sem suas terras, não podem se desenvolver dignamente como povos diversos, e ao próprio povo brasileiro, uma vez que todos se mantêm em constante insegurança jurídica.

47 O projeto de Lei Complementar 227/2012 tem o intuito de modificar o § 6º do art. 231 da Constituição Federal de 1988 e, ao modificá-lo, considera de público interesse "I - assentamentos rurais realizados pelo Poder Público, em programas de reforma agrária e colonização; II – a exploração e aproveitamento de jazidas minerais;

III – o aproveitamento de potenciais hidráulicos; IV – o uso e ocupação de terras públicas destinadas à construção de oleodutos, gasodutos, estradas rodoviárias e ferroviárias, portos fluviais e marítimos, aeroportos e linhas de transmissão; V – concessões e alienações de terras públicas localizadas na faixa de fronteiras;

VI – as ocupações de terras públicas na faixa de fronteiras resultantes das formações de núcleos populacionais, vilarejos e agrupamentos urbanos; VII – os campos de treinamento militar e as áreas destinadas às instalações policiais e militares, das forças armadas e de 2 outros órgãos de segurança; VIII – os atos que tenham por objeto a legítima ocupação, domínio e posse de terras privadas em 5 de outubro de 1988." Permitindo violentas e sistemáticas violações ao direito territorial dos povos indígenas. (Projeto de Lei Complementar 227, 2012).

48 Projeto de Lei 1610/1996 versa sobre aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas – que são tratados nos artigos 176, parágrafo primeiro, e 231, parágrafo terceiro, da CF de 1988 –. O Projeto de Lei dispõe, basicamente, sobre a mineração em terra indígena.

49 A Portaria 419/2011 encurta os prazos para órgãos competentes de realizar laudos em processos de licenciamento ambiental. Essa portaria, além disso, apressa a liberação de obras em territórios indígenas. Outra consideração dessa portaria é no sentido de somente considerar impacto às terras indígenas já demarcadas e não as que estiverem em processo de reconhecimento.

50 Portaria 303/2012 tem o intuito de que os procedimentos de demarcação das terras indígenas que já foram finalizados sejam revistos e adequados aos termos das condicionantes instituídos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar o caso Raposa Terra do Sol.

51 Decreto 7957/2013 instituído para regulamentar a atuação das Forças Armadas na proteção ambiental, o que significa que – sobre as terras dos povos indígenas – é um meio de repressão contra as ações de povos indígenas ao passo que estes se posicionarem contra impactos em seus territórios.

REFERÊNCIAS:

ARAÚJO, Ana Valéria, et al. **Povos Indígenas e a Lei dos "Brancos"**: o direito à diferença. - Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

BARBIERI, Samia Roges Jordy. O direito internacional dos direitos humanos no Brasil e os índios. **DireitoNet**. Publicação em 31 out. 2007. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3800/O-direito-internacional-dos-direitos-humanos-no-Brasil-e-os-indios>. Acesso em: 20 set. 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidania. São Paulo: Claro enigma, 2012.

JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). **Direito à diferença**: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2.

LIMA, Luciana Alves de. **Direito Socioambiental** - Proteção da diversidade biológica e cultural dos povos Indígenas. 2009. Monografia (Graduação em Direito) - Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2009.

LOPES, Ana Maria D´Ávila; MATTOS, K. R. O direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil colônia ao Estado Democrático de Direito. In: XI Encontro de Iniciação à Pesquisa da UNIFOR, 2005, Fortaleza. **XI Encontro de Iniciação à Pesquisa da UNIFOR**. Fortaleza: UNIFOR, 2005.

MAIA, Luciano Mariz. Os Direitos das Minorias Étnicas. **DhNet**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/lmaia_minorias.html> Acesso em: 15 abr. 2015.

NAUE, Pablo Alves. A Constituição e suas garantias aos povos indígenas. **ViaJus.** Publicado em: 31 out. 2009. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2371> acesso em: 22 nov. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEM são. **FUNAI**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao> acesso em: 11 abr. 2015.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. Curitiba: Juruá, 2005.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2013.

ECONOMIA DO CONHECIMENTO DO SEC XXI: EDUCAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

*Andrezza Fernandes lima-autora**
*José Lima Crisóstomo-orientador***

RESUMO

O presente artigo versa sobre como se encontram, em nível de desenvolvimento, diversos Países do mundo, aqueles que adotaram sistemas baseados nas ideias de Adam Smith e de Karl Marx, e como estão se inserindo na ´´economia do século XXI´´. Baseado na obra de Andrés Oppenheimer, discutiremos como a educação é um dos mais importantes meios para o crescimento econômico e redução das desigualdades.

Palavras chave: Educação, Crescimento econômico, Economia do conhecimento.

ABSTRACT

This article presents the difference of the development level in a ton of different countries around the world, those that have adopted systems based on Adam Smith´s and Karl Marx´s ideas, how are they working themselves in the XXI´s century economy. Based on Andrés Oppenheimer´s work, we are going to discus how education is one of the biggest and most important means to the economic growth and reduction of inequality.
Key words: Education, Economic growth, Economic´s knowledge.[52]

52 *Graduanda do curso de direito no Centro Universitário Christus , 5 semestre. Ezza.lima@gmail.com

** mestre em economia pela UFC. crisostomojl@gmail.com

INTRODUÇAO

O século XXI tem como forte marca o advento da economia do conhecimento, a forma como diversos Países do planeta se dedicaram pós-segunda guerra mundial para sair das crises econômicas subsequentes, abriu uma janela sem precedentes para o desenvolvimento de vastas áreas ligadas a tecnologia. Os fortes investimentos em educação, ciências, sistemas de informação e engenharias, ganham um papel de relevante destaque nos Países cujas politicas de desenvolvimento visam se inserir cada vez mais na economia global e na internacionalização entre as culturas.

Adam Smith, fundador da economia moderna, publicou em 1776, sua obra mais conhecida e de grande influencia - Investigações sobre a natureza e as causas da riqueza das nações, onde faz referencia ao trabalho e ao fluxo de mercadorias e serviços que ele produz, como sendo as verdadeiras riquezas de um país. Smith também nos remete a ideia de que a educação seria uma das principais funções do estado já naquela época, o que mais impressiona é que em pleno século XXI suas teorias e convicções ainda são utilizadas e continuam a trazer resultados positivos para os países que as adotam, ele continua atual, não foi por acaso que em 2007 o governo britânico o homenageou ilustrando seu rosto nas notas de vinte libras, pois Smith foi um crítico sagaz da estagnação e das falhas do sistema educacional britânico. É por meio das ideias de grandes pensadores contemporâneos como ele, que será iniciado o estudo do presente trabalho sob a ótica do desenvolvimento educacional e de que forma ele está contribuindo para o crescimento econômico de inúmeras nações.

CAPITAL HUMANO

A educação, é a grande responsável pela capacitação dos indivíduos, é por meio dela que ocorre uma ampliação de suas habilidades e rendimentos, impactando fortemente no crescimento econômico de uma região, é considerada um bem público, tendo o capital humano como um grande promotor desse crescimento ao longo do tempo. A educação é um dos mais importantes meios de luta contra a pobreza, sendo ela a principal força por trás do grande desenvolvimento social e econômico de Países como a China, Suécia, Coreia do sul, Cingapura, Finlândia, Israel, Estados Unidos e Índia, que em termos de desenvolvimento tecnológico, olham para o futuro, e não se prendem ao passado como muitas nações da América Latina no qual ainda fazem discursos ultrapassados sobre política e crescimento econômico, Países cujos índices de marginalização são extremamente altos devido às desigualdades acarretadas muitas vezes pelo péssimo sistema educacional desde o ensino fundamental até a universidade, com raras exceções de algumas instituições privadas.

De fato, os índices de alfabetização desde 1930 aumentaram, no entanto em qualidade não houve um avanço tão significativo nessas regiões latino americanas, questões que serão abordadas ao longo deste trabalho, a mostrar exemplos de países e de suas respectivas políticas.

OS PAÍSES: REFERENCIAS

Os programas de pesquisa estão sendo há algum tempo, base para o crescimento de inúmeros países, e não mais os recursos naturais como nos séculos passados, Desde o surgimento do mercantilismo, media-se a riqueza de uma nação pela quantidade de metais preciosos e matérias primas que ela possuía, entretanto, no século XXI, temos exemplos reais de que algumas concepções mudaram em relação a essa crença, a exemplo de Países com enormes contingentes de matérias primas, como a Venezuela e a Colômbia, cujos índices de Desenvolvimento Humano (IDH) e renda per capita estão em posições muito inferiores a de países que não possuem nem um terço desses insumos. Cingapura é um dos maiores exemplos, 40 anos atrás era um País de terceiro mundo, hoje tem uma das melhores rendas per capita do Globo, é o menor país do sudeste asiático e tem um dos portos mais movimentados do mundo, e tudo isso fruto de um intenso investimento em seu sistema educacional, cultura essa que já está tão arraigada na sociedade, que na moeda local há

uma imagem de vários alunos e um mestre juntos, e embaixo aparece a palavra- educação. Mesmo após ter se tornado um país de primeiro mundo, continua seus trabalhos em inovação e pesquisa buscando melhorar a qualidade de vida de seus habitantes. Outro exemplo é Karnataka, cuja capital Bangalore, localizada na Índia, nunca teve matérias primas, e graças aos bons governantes, que vem passando por lá desde o período colonial e que dedicaram fortes investimentos no sistema educacional da cidade, criando uma vasta mão de obra altamente qualificada, hoje, colhem os frutos dessas boas politicas, sendo o Estado mais rico em renda per capita da Índia, tem hoje inúmeras indústrias de alta tecnologia de informação, exportando bens e serviços de ponta, que possuem um alto valor agregado, para o mundo inteiro. É inegável que a Índia ainda possua milhares de problemas relacionados à pobreza, porém, é visível que já ocorreram mudanças significativas desde o advento dessas políticas educacionais, pois graças ao ápice das indústrias de tecnologias de informação, os governos indianos estão conseguindo arrecadar cada vez mais impostos e assim construir mais escolas, hospitais, estradas e outros serviços para auxiliar os mais necessitados.

A China por sua vez, retirou em 30 anos uma média de 600 milhões de pessoas da miséria, e isso devido a um crescimento econômico que girava em torno dos 10% ao ano, País que assina milhares de acordos acadêmicos internacionais há mais de 15 anos, permitindo que muitas universidades estrangeiras possam expedir diplomas aos alunos chineses, A China vem criando inúmeras escolas de negócios, com o intuito de formar cada vez mais gerentes e administradores capazes de contribuir fortemente para esse crescimento econômico, priorizam e valorizam a internacionalização da educação, buscando se inserir cada vez mais na economia global, diferentemente da maioria dos Estados sul americanos que são altamente burocráticos e fecham portas para as grandes universidades de outros continentes, enquanto os países asiáticos as convidam. A nova classe emergente de capitalistas chineses estão surgindo dessas grandes escolas de negócios e empreendedorismo de várias partes do País, muitas patrocinadas por meio de programas de Harvard e outras instituições de grande influencia global. Graças a essa abertura econômica, a China reduziu drasticamente a sua porcentagem de pobreza, foi uma mudança considerável, em 1981 aproximadamente 60% da população chinesa saiu da pobreza extrema. Podemos constatar claramente que essa nação comunista começou a obter mudanças significativas de desenvolvimento e redução da pobreza, quando optou por investir em educação e consequentemente adotar o capitalismo.

A Coréia do Sul é outro exemplo fantástico de redução da pobreza e prosperidade econômica em um curto período de tempo, em 1965 seu PIB (produto interno bruto) era mais de dez vezes inferior ao da Argentina, hoje em dia é duas vezes superior, enquanto o país dos argentinos baseou seu crescimento econômico em produtos agrícolas, a Coréia do Sul buscou de todas as formas, investir no capital humano, modificando e melhorando extraordinariamente seu sistema educacional a fim de incentivar a criação de produtos inovadores e refinados , tanto para patenteá-los como para vende-los no comércio internacional e grandes mercados globais. Não é por acaso que esse país com dimensões territoriais tão pequenas, registra anualmente mais de 7.000 patentes nos Estados Unidos, em contrapartida, a Argentina registra 30, e o Brasil 100, é uma diferença claramente assustadora, porém, essa discrepância não chega nem perto quando nos referimos ao número de patentes registradas pelas grandes multinacionais do ramo da informática, juntas, a Samsung, a IBM e a Microsoft, registram aproximadamente 12.000 patentes a mais do que todos os países da América Latina juntos, é realmente impressionante.

Continuando na mesma linha de raciocínio, há alguns anos, a Finlândia vem sendo considerada o melhor país no que se refere a politicas educacionais, algumas atitudes e práticas fizeram de seu sistema de ensino uma referencia para o resto do mundo, como exemplo, a enorme atenção dada aos alunos com dificuldades de aprendizado, a valorização dos professores, tendo esses um status social bastante elevado, a redução do numero de testes e provas diferentemente dos países asiáticos cujos exames submetem os alunos a níveis consideráveis de estresse, fazem com que a Finlândia ocupe uma das mais altas posições nos rankings do PISA (programa de avaliação internacional dos estudantes). País que era o mais pobre da Europa, exportador apenas de madeira, hoje tem o maior número de pesquisadores científicos per capita, segundo o índice de desenvolvimento humano das nações unidas. Sempre dando ênfase a gratuidade do ensino desde o jardim de infância até a universidade, Começou em 1980 investindo 2% do PIB em seu sistema educacional, passando a ser mais de 3% em 2008, favoreceu o surgimento de ótimos frutos nas áreas de pesquisa, e desenvolvimento de novos produtos, com boas políticas que vão desde a interação entre seus designers, para´´antecipar a vontade´´ dos consumidores até o surgimento de um produto inovador que faça sucesso principalmente na Europa e nos Estados Unidos gerando receitas extraordinárias para o País.

ESCOLHAS

A atividade econômica está intimamente relacionada com a política. As escolhas feitas por nossos representantes é que irão definir os caminhos para o desenvolvimento econômico e social, ou para a estagnação e retrocesso de uma nação, duas realidades que são definidas por decisões, por isso é de extrema importância uma boa gestão, como exemplo, governantes que invistam não só em obras públicas e programas sociais que garantam um retorno rápido e repercutam no momento da eleição, mas sim em políticas educacionais, que apesar de gozarem de um retorno demorado, são escolhas que à longo prazo conduziram resultados capazes de modificar positivamente toda uma realidade, tanto social quanto econômica.

O incentivo ao crescimento econômico vem desde o século XIII, com Adam Smith e outros pensadores clássicos, como aludido previamente, defendiam a livre iniciativa, e a propriedade privada dos fatores de produção, porém, muito anterior a essa época toda a evolução já vinha acontecendo por meio da produção, a atividade econômica só foi possível a partir do momento em que o vassalo passou a produzir excedentes nos feudos, desde então o mundo que até então era baseado na agricultura de subsistência, passou a galgar profundas mudanças, transformações estas que impulsionaram as

maiores revoluções da história em conceitos econômicos no que diz respeito a produtividade e desenvolvimento econômico.

Os países que adotaram o sistema econômico preconizado por Smith, e o aperfeiçoaram estão colhendo os frutos de suas escolhas, é o caso da Finlândia, coreia do sul, Estados Unidos, e todos os países citados anteriormente, pois atualmente a educação é uma das condições mais importantes que leva uma economia a obter um crescimento balanceado, trazendo retornos para outras áreas, à ideia se conecta com o seguinte pensamento de Robert Solow:

> ´´um crescimento em todas as VARIÁVEIS MACROECONÔMICAS (produção, renda, capital, lucros etc.) se, expandissem no mesmo ritmo, de modo que cada grupo social se beneficiaria do crescimento nas mesmas proporções, sem grandes discrepâncias´´

Ou seja, para Robert, independentemente da condição social de cada classe, existem crescimentos que favorecem a todos e não somente a determinados grupos específicos, e a educação é uma delas, pois a partir do momento em que é proporcionada essa abertura educacional de qualidade, há uma redução considerável da marginalização e consequentemente faz com que ocorra um aumento da renda nacional, aumento esse, que está intimamente relacionado ao desenvolvimento do capital humano.

As consequências são nítidas quando paramos para observar e comparar com os países que adotaram um sistema econômico oposto, baseado nas ideias de pensadores como Karl Marx. Na Venezuela, a educação 'revolucionária´ implementada no país, vai de encontro com a ideia de investimento em qualidade de ensino que outros países estão realizando há algum tempo, até mesmo a China socialista, desde 1999 quando Hugo Chávez assumiu o poder ele se concentrou em aumentar a quantidade de estudantes , em contrapartida, deixou que o sistema educacional de seu País entrasse em total deterioração , um exemplo marcante desse declínio é no ramo da pesquisa cientifica e registro de patentes. A criação de escolas e universidades´´proletárias´´ cujos ensinamentos obrigatórios são voltados para o pensamento de revolucionários como Che Guevara, potencializam ainda mais o retrocesso de ensino perante as novas gerações, que ao invés de se inserirem na economia do conhecimento estão se afastando cada vez mais dos países de primeiro mundo.

Chegando a ter em 2013 uma inflação de 56,2%, a mais alta da região, com um endividamento de aproximadamente 52% do PIB, uma das maiores taxas de homicídio do mundo, a Venezuela parece viver uma crise sem fim, sua população convive diariamente com a escassez de produtos, com a insegurança e com vários tipos de censura . O descontentamento da população e a forte polarização política fazem o saldo de mortos e feridos das manifestações aumentar constantemente. Será então que o regime adotado é realmente eficaz pela igualdade e cooperação que busca em teoria? ou acarreta mais desigualdades na prática? Principalmente por violarem direitos humanos e fundamentais, começando pelo próprio abuso de poder por parte das autoridades estatais. O tema é sem sombra de dúvidas um tanto complexo.

É fatigante tentar entender como nações ´´jovens´´ possuem em suas universidades, mais estudantes das áreas humanísticas como história e filosofia do que países milenares como China e a Índia, que ao invés de incentivar o estudo ao passado instiga seus jovens estudantes a escolherem carreiras ligadas ao futuro. Atualmente mais de 1.200.000 alunos entram no curso de engenharia na China, e pouco mais de 15.000 no curso de história, já na Argentina, por exemplo, a diferença é de aproximadamente 30.000 em psicologia para 8.000 em engenharia, Não é por acaso que a américa latina juntamente com a África é a região do planeta que registra menos patentes no mercado global. ´Nós´´´, sul americanos, estamos mais ligados a ideologias do passado do que focados no amanha, Andrés Oppenheimer, jornalista conceituado diz em seu livro que:

> ´´ Enquanto os comunistas chineses mudam seus livros didáticos para enfatizar valores como a competitividade e a inovação, na Venezuela o ex-presidente Hugo Chávez aprovou uma lei que introduziu a ´´educação bolivariana´´, que alteraria todos os livros didáticos a fim de ressaltar as ideias do heróis da independência venezuelana´´.

Métodos que continuam a vigorar no país por meio do atual presidente Nicolás Maduro, e que nos reportam novamente a defasagem do ensino ultrapassado, cujas instituições são inundadas por valores e fortes ideologias socialistas que visam a consolidação do poder popular, se distanciando ainda mais dos parâmetros acadêmicos internacionais.

ISOLAMENTO INTERNACIONAL

O isolamento educacional é outro fator de relevante destaque, muitos países, enviam seus alunos desde o ensino fundamental para o exterior como parte do cronograma de estudos do governo, os universitários então nem se fala, no Vietnã, quase 2% dos estudantes vão para Europa e para os Estados Unidos, em contra partida, a Argentina envia aproximadamente 0,4% de seus estudantes para outros países, na Europa, há programas governamentais que enviam inúmeros universitários por ano para fazerem cursos no exterior, programa que a mais de 20 anos vem revolucionando a qualidade de ensino dos países europeus, enquanto que na América latina, esses programas são praticamente escassos, aqui no Brasil, por exemplo, existe atualmente o programa ciências sem fronteiras, porém ainda há muito que melhorar para ampliar a quantidade de estudantes que vão para o exterior. Esse afastamento acaba gerando uma exclusão internacional desses estudantes e de seus respectivos países, dos principais centros mundiais de inovação que surgem todos os anos.

Esse isolamento não esta ligado somente ao envio de estudantes para o exterior, mas também coaduna diversas formas, uma delas e de grande importância, é a falta de investimentos estrangeiros em diversas indústrias, principalmente as de tecnologia de ponta, devido a carência de politicas públicas que os incentive, esses investimentos ficam cada vez mais difícil de serem atraídos, insuficiência que ao longo do tempo prejudica todo o processo de desenvolvimento econômico, político e social.

CONCLUSAO

A intelectualidade, e a criatividade, são alguns dos elementos considerados mais importantes para o mundo dos negócios

na atualidade, tornando-se um fator de produção para a teoria marginalista, a educação vem adquirindo um valor de mercado sem precedentes. Para Theodoro Schultz, economista norte americano, esse novo fator é um dos grandes responsáveis para redução das desigualdades em uma nação, pois os investimentos nas habilidades, valores, atitudes e conhecimentos em si (capital humano -fator H) seria o diferencial para o desenvolvimento entre os países, as nações mais influentes do mundo já perceberam que a chave para o crescimento sustentável está principalmente nas políticas educacionais, e não nas políticas econômicas.

Infelizmente muitas regiões do globo ainda convivem com problemas multifatoriais, o que dificulta ainda mais quando as políticas públicas não atingem resultados satisfatórios com relação à diminuição das desigualdades, por esse motivo, é de suma importância que todos os países do globo se espelhem em políticas que estão dando certo na atualidade, e naquelas que estão sendo cogitadas para o futuro, é necessário que mudanças sejam feitas o mais rápido possível. A falta de interesse estatal em face da educação pré-escolar, é um erro grave, aderir professores não qualificados nos primeiros anos de ensino, gera impactos negativos enormes, ocasionando muitas vezes danos irreparáveis no futuro de muitos jovens, o incentivo à docência precisa ser praticado pelos governos, junto com uma boa remuneração para os profissionais do ramo, medida adotado por Barack Obama no início do seu governo, em que passou a incentivar os professores com salários melhores e algumas regalias de acordo com o desempenho de seus alunos nos testes internacionais, política que vem funcionando e trazendo ótimos resultados para o País.

Tarefa árdua para as nações que são assoladas pela corrupção, porém não impossível, é preciso começar a cultivar a cultura da educação desde o início da vida escolar das crianças, e essa base carece tanto do Estado quanto das famílias.

Segundo o jornal The New York Times, um estudo realizado pelo grupo de pesquisa americano Washington Center for Equitable Growth**, mostrou como é profunda a ligação entre a economia e a educação, chegando a conclusão por meio de estudos de campo, que havendo uma diminuição das desigualdades no sistema educacional, acarretaria em um elevado crescimento econômico para um país, O que só reforça a ideia tratada ao longo da presente obra.**

Os meios de telecomunicação também podem contribuir largamente com essa disseminação, dando ênfase aos jovens que se destacam em olimpíadas e feiras de ciências internacionais, multiplicando em cada estudante a vontade de sobressair perante os demais. Fica claro então, que não devemos permitir que somente o Estado fique responsável por difundir essa cultura , todos os cidadãos devem participar ativamente desse incentivo cultural, somente assim iremos alcançar um nível de desenvolvimento satisfatório.

REFERENCIAS BIBLIOGÁFICAS

HUNT, e.k. LAUTZENHEISER, mark. História do pensamento econômico: Campus , 2013

OPPENHEIMER, Andrés. Basta de Histórias. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

SMITH, Adam. A riqueza das nações, volume 1: Nova cultural, 1988.

VON MISES, Ludwig. Uma crítica ao intervencionismo: Instituto Liberal Nórdica, 1977 Portal Noticias Universia , Disponível em : <http://noticias.universia.com.br/destaque/noticia/2015/02/11/1119912/mudancas-positivas-educacao-podem-implicar-crescimento-economico-afirma-estudo.html> . Acesso em: 9 maio. 2015

UNIVESPTV. Disponível em < http://youtu.be/0WG5TeYx_cU>

. Acesso em: 11 maio.2015.

DIVERSIDADE CULTURAL EDIREITOS HUMANOS: NOVOS APORTES TEÓRICOS A PARTIR DAS LEITURAS DESCOLONIAIS

Antonia Sabrina Braga Gonçalves[53*]
Mônica Oliveira da Silva[54**]
Jacqueline Alves Soares[55***]

RESUMO

Neste artigo, busca-se evidenciar a importância de considerar o direito à cultura como um direito humano, considerando-o essencial para a construção de uma sociedade na qual a discriminação não prevaleça sobre as minorias ou os grupos diferentes. Tem-se também o intuito de mostrar que esses grupos são frutos de lutas constantes para reconhecimento e aceitação e, principalmente, que são iguais em direitos e deveres perante a Constituição Federal e, portanto, devem ser tratados como todos os outros.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais - Lutas - Direitos culturais - Minorias

ABSTRACT

This article seeks to highlight the importance of considering the right to cultural life as a human right, considering the essentials for building a society in which discrimination does not prevail over the minorities or different groups. It also has the intention to show that these groups are the fruit of constant fights for recognition and acceptance and especially to have equal rights and duties before the Federal Constitution and therefore should be treated like everyone else.

Key-words: Fundamental rights - Fights - Cultural Rights - Minorities

53 *Aluna do 4º semestre do Curso de Direito da UNICHRISTUS, aluna-membro do Escritório de Direitos Humanos (EDH), sabrina.asbg@outlook.com.
54 **Aluna do 4º semestre do Curso de Direito da UNICHRISTUS, aluna-membro do Escritório de Direitos Humanos (EDH), monica.oliveira2024@hotmail.com.
55 ***Professora orientadora, professora vinculada ao Escritório de Direitos Humanos da UNICHRISTUS, jacsoares81@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O mundo atual vem desvendando uma dura realidade de mutações sociais, cujos resultados ainda não têm dimensão, mas vêm mexendo nos pilares da cultura jurídica. Nessa era de globalização, o que se mais tem questionado é sobre como efetivar, de fato, o direito à cultura, garantindo a convivência e o respeito a grupos que compõem a atual estrutura do mundo, especialmente no que toque aos grupos minoritários de origem étnica e cultural.

Neste trabalho, será inicialmente apontado um breve histórico dos direitos humanos e a sua evolução. Seguidamente, a partir de um esclarecimento do conceito e suas inúmeras facetas, da desmistificação e da descentralização deste, tenta-se oferecer respostas aos questionamentos que a sociedade faz perante essa complexidade de fatos que estão ocorrendo, como: a universalização dos padrões ocidentais de cultura, mobilidade das pessoas por meio das migrações, situação dos refugiados e discriminação em massa por motivo da escolha da cultura. Sendo utilizadas como referencial as normas relativas à proteção do direito à cultura evidenciam a necessidade de uma maior atuação do Estado e da sociedade para a sua real efetivação, utilizando desde a Constituição Federal de 1988 até as declarações e os tratados que são pertinentes ao tema.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Construção histórica do conceito de Direitos Humanos e a cultura como um Direito Humano.

Cabe fazer uma breve reflexão acerca do que são os direitos humanos, João Dornelles aduz que "uns entendem serem direitos inerentes à natureza humana; outros afirmam serem a expressão de uma conquista social através de um processo de luta política. (DORNELLES, 1989, p.9) ".

Já Herrera Flores fala que "Os direitos humanos, mais que direitos "propriamente ditos", são processos; ou seja, mais que direitos provisórios das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida (FLORES, 2009, p.34)".

Diante disso, vê-se que Direitos Humanos não se restringem a uma só definição, mas estão relacionados à vivência de cada povo, a diferentes momentos históricos e são produto das lutas cotidianas no decorrer do tempo.

Com o advento da Revolução Francesa e depois com o surgimento dos direitos de segunda dimensão, vê-se crescer a importância de se falar em direitos humanos. Conquistas que se deram ao longo do século XX influenciaram bastante o rol de direitos que temos hoje. Um exemplo a ser citado é a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a qual elenca princípios de dignidade, liberdade, igualdade, dentre outros. Nela, em seu artigo 27, veem-se os direitos culturais: "1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.".

A cultura como um direito humano também é reconhecida no artigo 1º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966): "1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural." Bem como em seu artigo 15: "1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: a) Participar da vida cultural".

Convém também citar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o qual menciona em seu artigo 1 "Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse

direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.". Bem como seu artigo 27,

> Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Desse modo, vê-se que é assegurado a todo indivíduo o direito de poder participar da vida cultural que escolher e com que se identificar. O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Protocolo de San Salvador, também assegura, em seu artigo 14, os direitos aos benefícios da cultura.

A Constituição Federal de 1988 atribui a todos os entes federativos a competência de proporcionar meios de acesso à cultura, de modo a garantir que todos, sem distinção, participem da construção cultural do país. Em seu artigo 215 afirma: "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais".

Na medida em que o tempo foi passando, a cultura também foi ganhando mais importância, estando hoje no rol de direitos fundamentais. A cultura, adquirindo *status* de direito fundamental, passa a ter características próprias destes, tais como: historicidade[56], inalienabilidade/ indisponibilidade[57], aplicação imediata[58]. (MENDES; BRANCO, 2014)

2.2 Direitos humanos e diversidade cultural

Alguns grupos nos quais não existia a noção de igualdade formal e muito menos o de igualdade material eram regidos por diferentes direitos que se baseavam nas normas impostas por quem estava no poder e no modo de organização da vida social.

Sabe-se que a maioria das pessoas leigas em direitos humanos quer atribuir apenas um significado para estes, achando ser isso possível. Todavia, conceituar os direitos humanos é algo complexo, pois é um tema bem abrangente, que possui uma enormidade de correntes que versam acerca dele. De acordo com Joaquín Herrera Flores, "Os direitos, então, não seriam mais que uma plataforma para se obter mais direitos. Nessa perspectiva tradicional, a ideia do "quê" são os direitos se reduz à extensão e à generalização dos direitos." (FLORES, 2009, p.33)

As lutas históricas, que nem sempre obtiveram os resultados esperados, podem ser consideradas o espelho e a força para continuar a luta diária pelos grupos minoritários. O ponto crucial de tais lutas é garantir a dignidade na vivência dessas pessoas e garantir o acesso a esses tais bens materiais e imateriais que configuram essa dignidade tão almejada. Se o poder politico e legislativo estivessem alinhados com os anseios e expectativas da população, o ideal seria o estabelecimento de garantias que possam efetivar tudo aquilo que foi conquistado ao longo do tempo (FLORES, 2009).

> Os direitos humanos seriam os resultados sempre provisórios das lutas sociais pela dignidade. Entenda-se por dignidade não o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado "a priori" por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter acesso aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situações de opressão e subordinação (FLORES, p.37).

Atualmente, o que se pode ver é um produto brutal de uma herança histórica distorcida, marcada por exclusão, elitismo, autoritarismo de uma parcela de elite que objetiva se perpetuar em suas posições de mando e exploração perante uma ampla maioria.

> Para nós, o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade (FLORES, p.39).

O atual conceito de direitos humanos que é propagado mundialmente foi construído com base de uma sociedade predominantemente eurocêntrica e também ocidental. Como aduz Fernanda:

> [...] a teoria mais influente sobre a fundamentação dos direitos humanos combina fatos históricos e concepções antropológico-filosóficas próprias do contexto europeu moderno, o que sugere não apenas a ausência de contribuições para além das fronteiras do Ocidente, como propõe que os direitos humanos ostentam o ideário próprio de sua cultura (BRAGATO, p. 210).

A história contada mostra os direitos humanos como um fenômeno da modernidade, todavia não se narra a modernidade em todos os seus aspectos, esquecem-se, por exemplo, da colonialidade.

> A colonialidade é uma característica do poder exercido nas relações de dominação colonial da modernidade e nisso se diferencia do colonialismo em si, que é um processo de poder. A colonialidade é uma característica que provém deste processo e que ainda permanece sob diversas formas de neocolonialismo global ou colonialismos internos (BRAGATO, p.212).

É esse tipo de pensamento, esse olhar colonizador, que faz que alguns vejam os diferentes como inferiores que precisam adaptar-se à cultura dominante para parecerem evoluídos ou melhorarem de vida. Por não se enquadrarem em um padrão, seriam de certa forma, forçados por fatores externos a agirem de acordo com os demais, como explica Durkheim, quando fala sobre os fatos sociais. A sociedade exerce uma espécie de pressão sobre o indivíduo, fazendo que ele se adeque aos demais (QUINTANEIRO; BARBOSA; OLIVEIRA,2011).

Enquanto isso, o pensamento descolonial busca mostrar que a modernidade não foi construída apenas pelos europeus e que, consequentemente, os direitos humanos não seriam fruto de lutas somente europeias e/ou ocidentais, mas de todos os povos, inclusive daqueles que foram feitos de

56 Historicidade: Os direitos fazem sentido num determinado contexto histórico, podendo, inclusive, modificar-se no tempo.

57 Inalienabilidade/indisponibilidade: esses direitos estão excluídos de quaisquer atos de disposição jurídica ou material

58 Aplicabilidade imediata: os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação; possui base no § 1º, art. 5º da CF/88.

escravos, que foram considerados bárbaros, que nem eram considerados humanos (o que era usado como justificativa para tratá-los como meros objetos). A atual conceituação de direitos humanos traz consigo um caráter eurocêntrico, que silencia e que oculta a história dos outros povos que também a protagonizaram.

Restringir a construção dos direitos humanos somente ao ocidente é querer apagar a história de povos que lutaram contra as violações e os abusos de poder (os quais, por vezes, vieram de povos europeus que se colocavam em um patamar superior e não consideravam os outros povos como racionais – a racionalidade para eles, caracterizava o ser humano e, portanto, tornava-o digno de possuir direitos) (BRAGATO, 2014).

A temática dos direitos humanos está inserida na vida de cada indivíduo e não se pode falar fragmentariamente. Para que essa luta seja real, faz-se necessário que os direitos não estejam só escritos na Carta Magna, mas que se tornem efetivos e que se garantam condições necessárias para o exercício desses direitos. Também não se pode tratar hierarquicamente sobre direitos humanos, pois todas as gerações surgidas fazem parte de um processo de luta histórica e construtiva do que hoje são compostos os direitos fundamentais. Então, vê-se, ainda hoje, a necessidade de luta diária por liberdades, mais efetividade à garantia dos direitos humanos, mais democracia, para que se possa viver realmente em uma sociedade justa e igualitária como propõe a Constituição (FLORES, 2009).

2.3 Buscando um diálogo entre culturas

Para Boaventura, a globalização não possui um conceito singular e deveria ser considerada de modo plural. Para desenvolver esse seu pensamento, ele trata de quatro formas de globalização. **Localismo Globalizado**: trata de quando um fenômeno típico de um determinado local é propagado e aceito em escala global, a exemplo do *fast food* americano. **Globalismo Localizado**: ocorre quando as condições locais sofrem forte impacto de práticas transnacionais. Para ele, "[...] os países centrais especializam-se em localismos globalizados, enquanto aos países periféricos cabe tão-só a escolha de globalismos localizados [...]" (SANTOS, 1997, p.17). **Cosmopolitismo**: trata de quando grupos de pessoas se organizam de forma transnacional em defesa de seus interesses em comum. **Patrimônio comum da humanidade**: trata de assuntos que têm implicações em âmbito global, a questão da sustentabilidade, por exemplo (SANTOS, 1997).

A questão da universalidade dos direitos humanos é uma premissa equivocada, já que "[...] a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental" (SANTOS, 1997, p.19). Os direitos humanos, "Enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, [...] tenderão a operar como localismo globalizado [...] Serão sempre um instrumento de choque de civilizações [...] arma do Ocidente contra o resto do mundo" (SANTOS, 1997, p.19).

Portanto, faz-se indispensável a construção de um pensamento que busque um diálogo intercultural, transformando a prática dos direitos humanos em um projeto cosmopolita, observando considerações feitas por Boaventura, como a necessidade de superar a dicotomia universalismo *versus* relativismo cultural, pois embora as culturas sejam relativas, não há um relativismo cultural. É preciso também entender que cada cultura possui uma concepção diferente acerca de dignidade da pessoa humana, a qual não vai estar necessariamente embasa nos termos gerais de direitos humanos. Dentre essas diferentes concepções umas serão mais abertas a outras culturas, e outras serão mais fechadas e conservadoras (SANTOS, 1997).

A dignidade da pessoa humana também vai estar ligada à cultura, possuindo uma dimensão cultural que se revela como produto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo. Ela aponta para uma ideia de multiculturalismo e não se prende a nenhuma maneira fixista de conceituá-la (SARLET, 2007).

Um diálogo intercultural, que não se valha de falsos universalismos, é indispensável ao presente cenário. Desse modo, não haverá apenas um compartilhamento de saberes, mas a interação entre mundos culturais diversos.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

A metodologia utilizada no presente artigo foi a qualitativa, fazendo uso e análise de doutrina, artigos científicos e textos legais. O método utilizado foi o dedutivo, partindo de observações feitas com base no conteúdo disponível, em uma perspectiva abrangente de Direitos Humanos.

4 ANÁLISE DE DADOS.

N presente perspectiva, é válido problematizar algumas reflexões feitas por Antonio Carlos Wolkmer, o qual fala da necessidade de formação de uma cultura antinomista, anti-individualista e antidogmática com base em princípios comunitários. Para tanto, aduz que é preciso partir de uma práxis democrática pluralista, devendo esta ser princípio de legitimidade política, jurídica e cultural (WOLKMER, 2013).

Ainda de acordo com Wolkmer, "[...]o pluralismo comprometido com a alteridade e com a diversidade cultural[...]" mostra-se como instrumento fundamental na busca por conquistas sociais, pois favorece "[...]a radicalização de um processo comunitário participativo, definindo mecanismos plurais de exercício democrático e viabilizando cenários de reconhecimento e de afirmação de direitos humanos." (WOLKMER, 2013, edição eletrônica).

O reconhecimento desse pluralismo é o que mais se aproxima da ideia de multiculturalismo, mas Wolkmer é claro ao dizer (com base em afirmações de Boaventura de S. Santos e João A. Nunes) que existem concepções diferentes de multiculturalismo

> [...] como ressalta Boaventura de S. Santos e João A. Nunes, 'existem diferentes noções de multiculturalismo (...)' no caso específico da função emancipatória, esta centraliza-se no reconhecimento 'do direito à diferença e da coexistência ou construção de uma vida em comum além de diferenças de vários tipos', podendo tornar-se imperativo como exigência e afirmação do diálogo. Naturalmente, o pluralismo como valor aberto e democrático, que representa distinções, diversidade e heterogeneidade, tem no multiculturalismo uma das suas formas possíveis de reconhecimento e articulação das diferenças culturais (WOLKMER, 2013, edição eletrônica).

Uma compreensão dos direitos humanos em termos multiculturais é de suma importância na superação do conceito individualista destes, entendendo que hoje esse conceito também abrange os direitos sociais e culturais.

Celso L. Ludwig, alerta para a necessidade de uma cultura jurídica com marcas do pluralismo, que contemple as alternativas, para além do monismo. Ele faz um giro nas concepções filosóficas acerca do *ser*, demonstrando que desde o início tudo está centrado no *eu*, na subjetividade, o que leva a uma *categoria da totalidade*, na qual tudo é o "mesmo", tudo é uno e não plural. Também explica que isso acaba por excluir aquilo que é exterior, fazendo um *link* com as ideias de Dussel acerca de qual sujeito era considerado *ser* na Grécia. A questão da exterioridade, segundo Ludwig, mostra-se essencial à ideia de pluralismo jurídico. Cita também que o *método analético* de Dussel busca mostrar a exterioridade do outro, visando não reduzir tudo ao ''mesmo'', que é onde se tem início à negação da opressão, da exclusão (LUDWIG, 2013).

Falando acerca da filosofia de Descartes, Ludwig comenta que há um "eu solipsista, que se fecha em si mesmo, como fundante do todo, da totalidade: o movimento agora parte da subjetividade do sujeito e dele deduz todo o resto." (LUDWIG, 2013, edição eletrônica) ressaltando que essa premissa não pode ser ignorada, pois se consolida como expressão de determinado contexto da história que exerce influência sobre ideias propagadas até hoje.

Para superar essas questões, Ludwig propõe uma ética da alteridade, que não negue ao outro, à exterioridade. Para tanto, elenca algumas premissas que precisam ser superadas, a exemplo do ***ocidentalismo* da filosofia**, pois este faz a filosofia ater-se ao monismo, impedindo o pluralismo, que se mostra tão importante no reconhecimento da diversidade, pois propõe novas compreensões baseadas no multiculturalismo e na interculturalidade. (LUDWIG, 2013).

5 CONCLUSÃO

A cultura, como já foi visto, também está ligada à dignidade humana, a qual possui concepções diferentes em culturas diferentes, mas está em permanente processo de construção e identifica-se com o contexto histórico-social de um grupo específico.

Com base no que foi exposto, cabe reiterar que a diversidade é um fenômeno presente no âmbito cultural, não devendo ser ignorada, pelo contrário, devem-se fomentar debates que visem à aproximação entre as culturas, buscando uma troca de saberes, um diálogo intercultural e uma política de aceitação, fugindo de conceitos que restrinjam e excluam quaisquer grupos.

REFERÊNCIAS

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 19 - n. 1, p. 201-230, jan./abr. 2014.

DORNELLES, João Ricardo W. **O que são direitos humanos**. 1. ed. **São Paulo:** Brasiliense, 1989.

FLORES, Joaquin Herrera. **A (Re) invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. **São Paulo: Saraiva, 2013.**

QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro. **Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber**. 2.ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

SARLET, Ingo Wolfang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)**, São Paulo, n.9, p. 361-388, jan./jun. 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q Veras; LIXA, Ivone M. **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade.** 2. ed. **São Paulo: Saraiva, 2013.**

A PROBLEMATIZAÇÃO DA (IM)POSSIBILIDADE DE CONTROLE PREVENTIVO DA PUBLICAÇÃO DE BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

Antonio Avellaneda Santos Machado[59*]
Fayga Silveira Bedê[60**]

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo principal analisar o controle prévio das biografias não autorizadas. Para tanto, foi realizada uma regressão histórica a adentrar no período ditatorial do Brasil, a fim de confirmar a censura imposta pelo governo e a importância dos direitos fundamentais para a manutencão do Estado Democrático de Direito e verificar o caráter libertário da Constituição de 1988. Constatou-se relevante investigar o fenômeno da biografia, o que é e a sua contribuição literária para legítima compreensão da análise dos resultados da pesquisa. Os dispositivos legais utilizados na produção do trabalho foram aqueles mais evocados a respeito do tema, percebido na pesquisa para a producão desse artigo.

Palavras-chave: Biografias não Autorizadas. Liberdade de Expressão. Direitos de Personalidade. Censura. Controle Prévio.

ABSTRACT

The current article has as the main aim, analyse the prior control of unauthorized biographies. For this reason, it was made a historical regression to get in the dictatorial period in Brazil in order to confirm the censorship imposed by the government, the importance of fundamental rights to the maintenance of the rights democratic state and to check, the libertarian character of 1988 constitution. It was considered relevant, investigate the biography phenomenon and what it means, and its literary contribution for legitimate understanding of the analysis of the search results. The legal provisions used in the production of research, were those more evoked on the subject, realized in the research for the production of this article.

Keywords: Unauthorised biographies. Freedom of expression. Personality rights. Censorship. Prior control.

59 *Aluno do 3º semestre do Curso de Direito do Centro Universitário Christus. E-mail: avellanedamachado@gmail.com
60 **Doutora em Sociologia pela UFC. Mestre em Direito pela UFPR. Graduada em Direito pela UFC. Professora no Curso de Direito da Unichristus e em pós-graduações *lato sensu* da ESMEC. Editora-Responsável pela Revista Opinião Jurídica. Consultora *ad hoc* da CAPES. Autora de artigos e livros. E-mail: faygabede@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista os estritos limites impostos ao presente trabalho, tornou-se imprescindível ater-se ao epicentro da discussão, qual seja, a problematização da (im)possibilidade de controle preventivo da publicação de biografias não autorizadas. Assim, opera-se o necessário recorte epistemológico, isentando-se o autor do enfrentamento mais amiúde das discussões pertinentes ao controle **a posteriori** de tais publicações. Entende-se que essa decisão delimita o objeto de estudo, de modo a resguardar os aspectos problemáticos, garantindo-se o valor agregado à literatura sobre o tema.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 A censura como um subproduto do espírito ditatorial: em defesa da Constituição libertária

É de substancial importância, ao analisar a discussão das biografias não autorizadas, fazermos um breve regresso à história ditatorial do Brasil, um importante período marcado por lutas para conquistar os direitos democráticos.

Os direitos fundamentais são um importante "[...] instrumento de limitação do poder estatal, visando a assegurar aos indivíduos um nível máximo de fruição de sua autonomia e liberdade" (MARMELSTEIN, 2014, p. 31), implicando, assim, um "[...] Estado juridicamente limitado (Estado de direito/ separação dos poderes) que tenha preocupações éticas ligadas ao bem comum (direitos fundamentais/democracia)" (MARMELSTEIN, 2014, p. 33).

Os direitos fundamentais ganharam visibilidade internacional com a conscientização das atrocidades sofridas pela humanidade durante a Segunda Guerra Mundial. George Marmelstein (2014, p. 17) assim os classifica:

> Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado estado democrático de direito, que, por sua importância axiológica, fundamenta e legitima todo o ordenamento jurídico.

A teoria dos direitos fundamentais ganhou destaque no Brasil tardiamente. Apesar de que suas ideias já estivessem difundidas em nosso país, somente foram instituídas a partir da Constituição Federal de 1988, que instaurou a democracia e deu fim à ditadura militar, a qual durou por mais de 20 anos. De acordo com Marmelstein (2014, p. 33), "[...] o passo necessário para o reconhecimento institucional dos direitos fundamentais foi o surgimento do Estado democrático de direito".

Um importante direito fundamental conferido pela Constituição de 1988 para a manutenção da democracia foi a liberdade de expressão, reconhecida como cláusula pétrea, sendo impossível que qualquer meio estatal venha a suprimi-la, tendo em vista que, "sem comunicação livre, não se pode falar em sociedade livre e muito menos em soberania popular ou Estado Democrático" (MEYER-PFLUG, 2009, p. 75).

À vista disso, "nossa Constituição pretendeu sepultar o cadáver autoritário da ditadura militar e representou, para os brasileiros, a certidão de nascimento de uma democracia tardia, mas sempre aguardada" (MARMELSTEIN, 2014, p. 62).

A ditadura militar institucionalizou a censura, com forte impacto em produções culturais, históricas e jornalísticas, suprimindo a liberdade de expressão em níveis relevantes, "[...] a ponto de quase todos terem a sensação, ou a certeza, de que estavam

sendo vigiados e controlados pelo sistema" (BEDÊ JÚNIOR, 2013, p. 170). Celso Ribeiro Bastos apud Meyer-Pflug (2009, p. 80) assim classifica a censura: "Censura vem a ser todo procedimento pelo qual os poderes públicos visam a impedir a circulação de certas idéias. Há, portanto, uma pauta de valores que, uma vez agredidos, suscitam o desencadeamento de um processo impeditivo da sua consumação".

A ferramenta de maior destaque ao tratar da censura imposta pelos militares à imprensa e à liberdade de expressão, sem dúvida, foi o AI-5. Lia-se em seu artigo 9º: "O Presidente da República poderá adotar, se necessário à defesa da revolução, as medidas previstas nas alíneas "d" e "e" do parágrafo 2º do artigo 152 da Constituição". Essas alíneas permitiam, no capítulo do Estado de Sítio, "a suspensão da liberdade de reunião e associação" e "a censura da correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas". (CHAGAS, 2008, p.88).

Como consequência, as emissoras de rádio e de televisão podiam comunicar sobre crises políticas e greves que acontecessem fora do País; sobre as que ocorressem no Brasil, não! As emissoras nacionais permaneceram censuradas até março de 1979, período correspondente ao fim do mandato do general Geisel.

No jornal carioca **Tribuna de Imprensa**, fundado, em 27 de dezembro de 1949, pelo jornalista Carlos Lacerda, chegaram a ser proibidas palavras como **mordomia**, **contestação** e **liberdade**. Os nomes próprios **Juscelino Kubitscheck**, **Ulisses Guimarães**, **Getúlio Vargas** e **Paulo Brossard**, entre outros nomes, também foram banidos.

Nos jornais **O Estado de São Paulo** e **Jornal da Tarde**, a censura durou até novembro de 1975; na revista **Veja**, a censura resistiu um pouco mais, até junho de 1976. **O São Paulo**, da Arquidiocese Paulistana, teve seus dias de censura até junho de 1978 (CHAGAS, 2008).

O Brasil vivenciou um forte governo ditatorial com restrições de suas liberdades, privado de seus direitos por um longo período, mas não resta dúvida de que "[...] o grande prestígio alcançado pela teoria dos direitos fundamentais, nos últimos anos, deve-se, sem dúvida, à Constituição de 88 (CF/88), que inaugurou um novo ciclo no cenário jurídico nacional" (MARMELSTEIN, 2014, p. 61).

Com a evolução da democracia no Brasil, a "liberdade de imprensa é valorizada como um elemento necessário à democracia e à promoção do debate público [...]" (MEYER-PFLUG, 2009, p. 65). George Marmelstein (2014, p. 123) faz a seguinte observação a respeito do direito de manifestação do pensamento:

> [...] vale comentar essa importante liberdade, que é um instrumento essencial para a democracia, na medida em que permite que a vontade popular seja formada a partir do confronto de opiniões, em que todos os cidadãos, dos mais variados grupos sociais, devem poder participar, falando, ouvindo, escrevendo, desenhando, encenando, enfim, colaborando da melhor forma que entenderem.

Defender esse direito foi considerado subversivo por muito tempo; essas conquistas se deram em circunstâncias históricas específicas e resultaram na consciência nacional de que "a censura é algo danoso e que deve ser a todo custo extirpada das sociedades democráticas" (MEYER-PFLUG, 2009, p. 80).

A censura possui duas modalidades, **prévia** e ***a posteriori***. "A primeira modalidade consiste no impedimento ao lançamento de uma obra, uma exposição ou manifestação popular" (MEYER-PFLUG, 2009, p. 80). Em nosso ordenamendo jurídico, de acordo com a Constituição, é vedada a necessidade de obtenção de licença para exteriorizar o que se pensa ou no que se acredita, "[...] não é necessário pedir uma autorização para manifestar ou veicular suas idéias e notícias em livros, jornais, revistas, periódicos, televisão, rádio, DVD, CD e outros meios" (MEYER-PFLUG, 2009, p. 80).

Acerca de livros, e mais especificamente de biografias, cuja importância histórica e classificação como gênero literário serão analisadas à frente, Gustavo Tepedino (2013, p. 315) afirma:

> A exigência de autorização do biografado ou de seus familiares (na hipótese de pessoa falecida) prévia à publicação de biografia representa intolerável violação às liberdades de informação, expressão e pensamento, constitucionalmente tuteladas, a configurar, a partir de ponderação *in abstracto*, censura privada, acarretando, inevitavelmente, a extinção do gênero biografia.

A outra modalidade de censura, denominada ***a posteriori***, ocorre quando se retira uma obra de circulação, um filme de cartaz ou se cancela a apresentação de um espetáculo (MEYER-PFLUG, 2009, p. 81). É de extrema importância diferenciar da censura um conjunto de medidas protetivas, como a classificação por faixa etária de uma obra ou espetáculo para a proteção dos interesses da criança e do adolescente, aspectos que não serão abordados neste artigo.

É evidente que o homem é um ser sociável, que vive em constante interação, sendo "[...] intrínseca à natureza do homem expor suas idéias, opiniões, pensamentos, sensações e sentimentos e tentar convencer os demais sobre a importância e a veracidade deles" (MEYER-PFLUG, 2009, p. 69).

O texto constitucional garante a liberdade de expressão, mas "[...] leva em consideração também a licitude e o objeto da atividade de comunicação" (MEYER-PFLUG, 2009, p. 83). Nos casos em que ocorra violação da intimidade, é indispensável constatar se a divulgação da informação é de relevante interesse público.

O direito de resposta, do ponto de vista constitucional, segundo Fernando Luís Silveira Corrêa (2009, p.52):

> [...] funciona como mediador entre o direito à informação e os direitos de personalidade, pois se constitui em uma intervenção leve que amplia o direito de informação, reconstitui os direitos de personalidade lesionados e não afeta a disposição da imprensa em continuar exercendo sua atividade sem medo.

Sobre as possíveis colisões entre a liberdade de opinião e os direitos de personalidade, Robert Alexy (1999, p. 63) ensina:

> Assim, o artigo 5, IV, declara a manifestação dos pensamentos como livre. Isso quer dizer que todas as manifestações de opinião são permitidas, também tais que violam a honra de outros e tais com conteúdo racista? Isso prestar-se-ia mal ao artigo 5, X, que protege a honra, e ao artigo 5, XLII, que prevê uma

> pena às práticas racistas. Em contrapartida, nem toda a manifestação de opinião que de alguma maneira ofenda um concidadão ou membro de uma determinda raça pode ser proibida se a liberdade de manifestação não deve atrofiar.

A partir da história do Brasil, com sua passagem pela ditadura e a concretização tardia do Estado Democrático de Direito, é correto afirmar que: "Engessar a livre expressão de idéias significa querer controlar essa dinâmica histórica" (CORRÊA, 2009, p. 54). A Constituição de 1988 assumiu um compromisso em matéria de direitos fundamentais e possui um caráter libertário, solidário e igualitário impregnado em suas normas constitucionais.

2.2 A importância da biografia como gênero literário

As biografias possuem um relevante papel na construção da história de uma civilização e são consideradas um gênero literário que "[...] oferece às futuras gerações uma variada galeria de modelos, exemplos, análises críticas de vidas pregressas que podem ser admiradas ou execradas, mas devem ser conhecidas" (MACHADO, 2013, edição eletrônica). Ana Maria Machado (2013, edição eletrônica) releva que:

> Biografias constituem um gênero literário e uma fonte histórica. Uma cultura não pode prescindir delas, nem aceitar que se transformem em meros *succedaneus* de material de divulgação publicitária, por definição gerados a partir de interesses particulares e mediante pagamento em troca da difusão de uma marca ou produto de modo a gerar lucro futuro.

Posto isso, o foco de estudo adotado nesta pesquisa refere-se a biografias como gênero literário, ou seja, biografias que são frutos de uma cuidadosa e responsável produção editorial com pretensão literária e/ou histórica.

É possível perceber que as biografias possuem um papel histórico que reforça o elã do autor na produção da obra e logicamente o interesse público nas informações de personagens marcantes para os anais da sociedade.

A leitura de biografias nos traz à luz a vida de antepassados que marcaram uma sociedade, assim como a compreensão das circunstâncias que ajudaram na formação da sua cultura e costumes: "[...] a história não pode ser escrita sem biografia, isto é, sem atenção à vida daqueles que ajudaram a construí-la" (CARVALHO, 2013, edição eletrônica), vista que, "em síntese, biografia é a história de uma vida" (CARVALHO, 2013, edição eletrônica)

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

Realizou-se pesquisa bibliográfica mediante revisão de literatura com pesquisa de campo de caráter documental, acerca da legislação atinente à matéria bem como análise do discurso vertido nas decisões do STF.

4 RESULTADOS DA PESQUISA

O constituinte de 88 foi suficientemente efusivo sobre a imprescindibilidade da livre circulação de ideias. Seguramente, isso "[...] se deu em razão do trauma causado pelo regime militar, que adotou a censura de forma banalizada" (MARMELSTEIN, 2014, p. 124).

Os resultados da pesquisa seguir-se-ão nos moldes de uma interpretação aos dispositivos legais mais evocados na discussão sobre o tema. A seleção dos artigos em apreço ocorreu no decurso da pesquisa para a realização do presente artigo.

4.1 Art. 5º, IV, Costituição Federal: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato

A Constituição aclamou a importância da liberdade de expressão para a manutenção da democracia, mas vedou o anonimato, "[...] no intuito de possibilitar a reparação dos danos causados pela manifestação do pensamento" (MARMELSTEIN, 2014, p. 124). Alaor Barbosa (2009, p. 230), ao analisar o referido disposito legal, classifica-o:

> Direito fundamental, "cláusula pétrea". Insusceptível de transgressão, de modificação. Direito sagrado da pessoa humana. Conquista da Civilização. Expressão de um direito universalmente consagrado. Representa a inserção, na Carta Magna do Brasil, de um princípio fundamental declarado em diversos documentos e declarações de direitos internacionais, que menos não são do que conquistas irrenunciáveis da humanidade.

É essencial perceber a vedação do anonimato quando exercido o direito à livre manifestação do pensamento. O Pacto San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, também estabelece o mesmo raciocínio no seu artigo 14, item 3, o qual afirma que, "para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial".

4.2 Art. 5º, V, Costituição Federal: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem

Verifica-se do texto constitucional o gozo dos direitos ao acesso à informação e "[...] somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana" (STF. ADPF 130. Ministro relator: Carlos Britto. Dj: 30.04.2009, Dje:06.09.2009)

Na mesma esteira de construção da norma constitucional citada, o Pacto San José da Costa Rica prevê, em seu artigo 14, item 1, que: Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seus prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmos órgãos de difusão, sua retificação ou resposta, nas consições que estabeleça a lei.

Além do direito à resposta, a Constituição assegura o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem – porém, "[...] se não for demonstrada a falsidade de determinada notícia de interesse público, não há de se falar em direito à indenização, ainda que haja eventual violação da honra ou da privacidade [...]" (MARMELSTEIN, 2014, p. 136). George Marmelstein (2014, p. 133) assim define o direito à resposta:

> O objetivo subjacente ao direito de resposta é permitir que, diante de informações falsas ou mentirosas divulgadas no exercício da liberdade de expressão

> capazes de ferir a reputação de determinado indivíduo, possa a vítima obter, no mesmo espaço onde foi publicada a ofensa, o direito de manifestar a sua versão para os fatos, de modo a corrigir as informações que foram eventualmente distorcidas pelo emissor da mensagem originária.

É recorrente a evocação do termo 'interesse público' para a divulgação de opiniões e informações, e, no caso aqui estudado, isso ocorre por meio de publicações de biografias não autorizadas para legitimar o direito de expressão da atividade intelectual. Luís Roberto Barroso (2005, p. 23) faz a seguinte observação:

> Quando se faz referência à necessidade de atender ao requisito do "interesse público" no exercício da liberdade de informação e de expressão, na verdade se está cuidando do 'conteúdo' veiculado pelo agente. Isto é: procura-se fazer um juízo de valor sobre o interesse na divulgação de determinada informação ou de determinada opinião. Ocorre, porém, que há um interesse público da maior relevância no próprio instrumento em si, isto é, na própria liberdade, independentemente de qualquer conteúdo.

Desse modo, ao se verificar se há 'interesse público' na divulgação de opiniões ou informações, é necessário vislumbrar a possibilidade da vedação de uma liberdade considerável à democracia e às interações sociais.

4.3 Art. 5º, IX, Costituição Federal: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença

O direito previsto neste disposito legal é amplo, "[...] envolvendo qualquer ideia, desde escritos com conteúdo crítico até mesmo manifestações poéticas e de amor, ou apelos comerciais para vender determinado produto" (MARMELSTEIN, 2014, p. 125).

Não é cabível desconsiderar que, na consequência de um controle **a priori** de uma determinada publicação biográfica, existe a possibilidade de o biógrafo "[...] sentir-se lesado na condição de autor, ao ter de modificar a biografia por ele elaborada – afinal, uma biografia não consiste em mero apanhado de dados históricos objetivos, mas em criação intelectual" (GARCIA, 2012, p. 61).

4.4 Art. 5º, X, Constituição Federal: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

Norma constitucional dirigida a todos, no entanto é aplicada em diferentes níveis de intensidade. A esse respeito, George Marmelstein (2014, p. 135) afirma:

> O direito de imagem de uma 'celebridade', por exemplo, não tem a mesma força do que de uma pessoa 'anônima', já que as pessoas famosas (artista, esportista, modelo etc.) sofrem naturalmente maior exposição na mídia e, portanto, estão mais sujeitas a terem as suas imagens divulgadas sem autorização.

A avaliação sobre o direito à imagem, todavia, não pode ser verificada em termos abstratos: é necessário analisar o caso concreto e realizar um exercício de ponderação. Vale ressaltar a observação feita por Rebeca Garcia (2012, p. 61) sobre esse aspecto:

> Não nos parece adequado, contudo, atribuir ao magistrado poderes que ultrapassem o de determinar, por exemplo, ligeiras supressões ou substituição de nomes, para descambar na alteração do efetivo conteúdo. Não cabe ao magistrado reescrever a obra; esta, parece, é tarefa reservada ao autor.

O poder público deve respeitar sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja, apenas é permitido dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa – por consequência, não cabe ao Estado, por qualquer dos órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas (STF. ADPF 130. Ministro relator: Carlos Britto. Dj: 30.04.2009, Dje:06.09.2009). Diante de uma aparente contradição entre os incisos IX e X, Alaor Barbosa (2009, p. 233) ressalta que:

> Dentro de uma Constituição, não pode haver contradições entre normas. Os incisos IX e X da nossa Constituição de 1988 se harmonizam, mormente na medida em que, postos em confronto, prepondera aquele que mais se harmonize com o espírito da Constituição, com a unidade do seu conteúdo teleológico e com fundamentos, que possua, portanto, conteúdo libertário: pois a constituição de 1988 é libertária. E a conseqüência lógica da boa interpretação do inciso X é que ele remete à necessidade e dever de indenizar o dano material ou moral decorrente de eventual violação dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, e nele não se contem de modo algum, a proibição, *a posteriori*, do veículo – o livro, por exemplo – da violação. Isso porque, ao teor do inciso IX, é proibido proibir livros.

Há, entretanto, perfeita harmonia entre os incisos IX e X ao corresponderem às expectativas da Constituição Federal de 1988, como uma constituição libertária.

4.5 Art. 220, Constituição Federal: a manifestação do pensamento, a criação, a expressão de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição

É de imediata consideração, no exercício do direito referente ao artigo 220 da Costituição, observar os seguintes incisos do Art. 5º: Vedado o anonimato (parte final do inciso V); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X) no que couber.

À vista disso, não é permitido "[...] deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas" (STF. ADPF 130. Ministro relator: Carlos Britto. Dj: 30.04.2009, Dje:06.09.2009). O poder público, mesmo atuando *a posteriori*, inflete sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa (STF. ADPF 130. Ministro relator: Carlos Britto. Dj: 30.04.2009, Dje:06.09.2009). No exercício do direito à manifestação do pensamento, se for verificado que a ofensa aos direitos de personalidade foi muito intensa, é possível responsabilizar criminalmente o autor da ofensa pela

prática dos crimes de injúria, calúnia ou difamação, conforme o caso (MARMELSTEIN, 2014, p. 136).

4.6 Art. 20, Código Civil: salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais

Súmula 279 do Conselho de Justiça Federal:

> 279 – Art. 20. Código Civil. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Na interpretação do dispositivo legal acima, Alaor Barbosa (2009, p. 234) faz a importante consideração:

> Não aparece no texto do art.20, a palavra *Biografia*. Nenhum esforço de interpretação lograria incluir, na locução "divulgação de escritos", o conceito e fenômeno *biografia*. Biografia, como diz a etimologia do vocábulo, é a narração da vida de alguém. Só. Mais nada. Pode conter trechos de escritos da pessoa biografada. Mas, se os contiver, em forma de citações feitas de acordo com a lei, não conterá nenhuma apropriação de texto pertencente ao biografado.

Destarte, " A biografia que não contenha, além do relato propriamente biográfico, "[...] do biografado, não terá transgredido o Art. 20 do Código Civil" (BARBOSA, 2009, p. 234).

Vale ressaltar, à clareza do Artigo 20 do Código Civil, que, se "[...] falasse também em biografias com o fito de proibi-las, ele seria inconstitucional, por afrontar o inciso IX do Art. 5º da Constituição (BARBOSA, 2009, p. 234).

4.7 Art. 21, Código Civil: a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma

A interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil há de ser feita de acordo com a Constituição Federal, "[...] de modo a não sacrificar o direito fundamental à informação e às liberdades de expressão e de pensamento" (BARBOSA, 2009, p. 233). Sobre as biografias não autorizadas, Gustavo Tepedino (2013, p. 300) faz a seguinte consideração: "Exclui-se assim, por inconstitucional, qualquer interpretação daqueles dispositivos legais que proíba as obras biográficas, literárias ou audiovisuais, de pessoas notórias, sem prévia autorização dos biografados ou de seus familiares na hipótese de pessoa falecida".

Os eventuais danos sofridos pelos biografados e de seus descendentes na publicação de biografias não autorizadas que respeitam a demarcação da legitimidade constitucional ao exercício da liberdade de expressão, isto é, "[...] quando baseada em fatos verossímeis obtidos por fontes legítimas e sem intuito abusivo ou doloso, não são danos ressarcíveis ou aptos a suscitarem a tutela preventiva de que cuidam os arts. 20 e 21 do Código Civil" (TEPEDINO, 2013, p. 300).

Posto isso, Alaor Barbosa (2009, p. 234) exprime: "De tais premissas jurídico-constitucionais, extrai-se, repitamo-lo, este importantíssimo e curial corolário: *Biografia não depende de autorização prévia, nem para ser escrita, nem para ser publicada*". O Ministro Ayres Britto (STF. ADPF 130. Ministro relator: Carlos Britto. Dj: 30.04.2009, Dje:06.09.2009) ressalva: "não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de 'plena'".

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de conhecimento do autor a polêmica em torno da discussão sobre a (im)possibilidade do controle prévio das biografias não autorizadas e do delicado conflito entre os direitos de personalidade e liberdade de expressão.

Buscou-se aqui, tendo em vista os estritos limites impostos ao presente trabalho, primeiramente realizar uma regressão histórica a fim de verificar o caráter libertário da Constituição de 1988, em seguida, compreender o fenômeno da biografia, sua classificação como gênero literário e sua contribuição para a identidade histórica e cultural da sociedade. Foram selecionados e levados à análise os dispositivos legais mais evocados a respeito do tema, percebidos ao longo da pesquisa sobre o assunto.

O construção lógica, ora empreendida, demonstrou a importância da liberdade de expressão para a manutenção de um estado democrático de direito e a repulsa à censura, que marcou a fase ditatorial no Brasil. A constatação das biografias como gênero literário e de sua contribuição para a literatura é de fundamental relevância para a compreensão da análise do corpo da pesquisa. Isto posto, verificada a complexidade do tema, confirma-se a importância de um estudo mais aprofundado e amplo sobre a matéria.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

BARBOSA, Alaor. Dois temas importantes: biografias não "autorizada" e limites de citações de livros. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 181, jan./mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista Jurídica da FIC**, Fortaleza, Faculdade Integrada do Ceará, v. 3, n. 4, p. 9-43, abr./out. 2005.

BEDÊ JUNIOR, Américo. Constitucionalismo sob a ditadura militar de 64 a 85. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 197, p. 161-174, jan./mar. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496978.>.

Acesso em: 22 abr. 2015.

CARVALHO, José Murilo de. Audiência pública: biografias não autorizadas (parte 1). **Youtube,** postado em 21 de nov. 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=p8B_UBERIhQ.>. Acesso em: 22 abr. 2015.

CHAGAS, Carlos. Censura e liberdade de imprensa: uma alternância histórica. **Humanidades**, Brasília, UnB, v. 55, p. 75-99, ago. 2008.

CORRÊA, Fernando Luís Silveira. A Liberdade de imprensa como limite ao poder do Estado. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 13, n. 294, p. 52-57, abr. 2009.

GARCIA, Rebeca. Biografias não autorizadas: liberdade de expressão e privacidade na história da vida privada. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 37-72, out./dez. 2012.

MACHADO, Ana Maria. **Audiência pública**: biografias não autorizadas (parte 1). **Youtube**, postado em 21 de nov. 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=p8B_UBERIhQ>. Acesso em: 22 abr. 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Direito sobre biografias no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 299-316, jan./abr. 2013.

O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Bruna Silva Rodrigues[61*]
Alexander Perazo Nunes de Carvalho[62**]

"Necessitamos de um direito amável, não de um direito que negue os direitos."
Stefano Rodotà

Sumário: 1 Introdução. 2 Referencial teórico. 2.1 As tradicionais relações entre particulares. 2.2 A constitucionalização do Direito Civil. 2.3 Os princípios constitucionais modificadores das relações privadas – a solidariedade e a justiça social. 3 Metodologia. 4 Análise de resultados. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO

Busca-se, por meio deste estudo, analisar as relações entre particulares, buscando verificar as transformações ocorridas a partir da introdução no ordenamento jurídico, do arcabouço axiológico constitucional, especificamente, o princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, I, que objetiva a construção de uma sociedade mais justa, ressaltando a dignidade da pessoa humana como núcleo dos direitos fundamentais resguardados pelo ordenamento. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, com utilização de livros de estudiosos do tema, bem como a pesquisa documental por meio da análise da legislação pátria referente à pesquisa abordada. Com isso verificou-se que o princípio da solidariedade promovido pela dignidade da pessoa humana, assim como os demais princípios constitucionais possibilitou uma releitura de todo ordenamento jurídico especificamente trazendo relevantes mudanças nas relações privadas, notadamente no âmbito das obrigações e contratos. Assim, agora a liberdade deve ser harmonizada com o social, a coletividade de indivíduos. Diante disso possibilita-se uma maior proximidade com a justiça social.

Palavras-chave: Constitucionalização. Direito Civil. Princípios. Solidariedade.

ABSTRACT

Seeks, through this study, to analyze the relations between individuals seeking to verify the transformations occurred since the introduction in the legal system, the constitutional axiological framework, specifically, the principle of solidarity provided for in art. 3, I, aimed at building a more just society, emphasizing the dignity of the human person as the core of the fundamental rights safeguarded by the system. The methodology used was the bibliographical research, using theme scholars books and documentary research by analyzing the Brazilian legislation concerning the addressed research. Thus it was found that the principle of solidarity promoted by the dignity of the human person, as well as other constitutional principles enabled a rereading of all law specifically bringing relevant changes in private relations, notably in the context of the obligations and contracts. So now freedom must be harmonized with the social, the collective of individuals. Therefore it makes it possible for a closer relationship with social justice.

Keywords: Constitutionalisation. Civil Law. Principles. Solidarity.

61 *Graduanda do Curso de Direito no Centro Universitário Christus. Monitora da disciplina de Direito das Obrigações na referida instituição (2014/2015).

62 **Doutor (2013) e Mestre (2004) em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, com área de concentração em Direito Privado. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998). Professor da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), do Centro Universitário Christus (Unichristus) e da Faculdade Luciano Feijão (Sobral/CE). Professor Visitante da Universidade Potiguar, em Natal/RN, professor do Masterconcurso, Sentido Único e do site www.euvoupassar.com.br (preparatórios para concursos) e Assessor Jurídico de 1ª Instância da Procuradoria de Justiça Militar da União, em Fortaleza/CE. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito do Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

Muitas foram as lutas que possibilitaram, ao longo de séculos, a conquista de direitos que proporcionassem dignidade aos indivíduos.

Faz-se necessário evidenciar todo o contexto histórico em que esses direitos surgiram para se compreender o porquê das relações se darem de certa forma e como e em que elas foram modificadas ao longo da história.

Dessa forma, pode-se abarcar o fundamento dos direitos inicialmente conquistados e o que eles representavam. Isso esclarece também o fato das relações privadas terem sido construídas, fundamentadas na noção de individualismo e preservação da propriedade, direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão.

Contudo, verifica-se ao analisar todo o contexto histórico, que mudanças significativas ocorreram nas relações privadas.

A constitucionalização possibilitou uma releitura do Direito ao trazer ao centro do ordenamento a dignidade da pessoa humana. Com isso, o Direito Civil primordialmente fundamentado no individualismo, transformou-se, por meio de um conjunto de princípios constitucionais que norteiam todo o ordenamento jurídico. Entre esses princípios o da solidariedade possibilita, além do cumprimento de um dos objetivos da República Federativa do Brasil, que nas relações privadas a justiça prevaleça sobre a letra fria da lei.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 As tradicionais relações privadas

O Direito Civil, como "herdeiro da tradição milenar do Direito Romano", (BARROSO, 2006, p. 42) possui originalmente como norteadores, essencialmente abrangidos por sua tutela, o patrimônio e a liberdade.

Esses norteadores são coerentes com as lutas que os antecederam, ou seja, são condizentes com o contexto histórico no qual emergiram, qual seja, com as revoluções burguesas e as lutas pelos direitos civis e políticos, em que se buscava limitar o poder do Estado.

A partir das chamadas revoluções liberais, ocorridas por volta do século XVIII, que buscavam, por meio de sua luta, a garantia de direitos civis e políticos com a máxima de que **todos são iguais perante a lei** bem como com a limitação do poder estatal

é que podemos falar no nascimento do modelo político do Estado Democrático de Direito (MARMELSTEIN, 2011, p. 34). Somente a partir de então, fala-se em direitos fundamentais.

Assim, consolidou-se o modelo liberal, que visando à garantia de direitos individuais, bem como a sua fruição sem intervenções, para que os indivíduos pudessem se desenvolver com suas liberdades e habilidades no que melhor lhes aprouvessem, apenas com respeito às leis, que deveriam ser **iguais** para todos.

Nesse sentido, tinha-se que os direitos que não eram de interesse público, vale dizer, do Estado estavam relacionados aos direitos civis. Dessa forma, tem-se que, entre direito privado e direito público, não havia intersecções, haja vista imperar a não intervenção do Estado sobre os interesses particulares.

O jurista tcheco Karel Vasak desenvolveu, para uma melhor compreensão dos acontecimentos relativos aos direitos humanos, uma classificação desses direitos em gerações, sendo originalmente explanada em uma aula inaugural que proferiu no Curso do Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, em 1979. (MARMELSTEIN, 2011, p. 41).

Para tanto, inspirou-se no lema da Revolução Francesa **liberdade, igualdade e fraternidade.** Para melhor compreensão dos direitos conquistados, classificou a primeira geração como a dos direitos de liberdade, ou seja, direitos civis e políticos, originados das revoluções burguesas das quais mencionamos até agora. A segunda geração seria marcada pelos direitos sociais, que buscaram conferir aos indivíduos os direitos de igualdade, mas não apenas a igualdade formal, até então ressaltada, e os de terceira geração os direitos de solidariedade, como a busca pela paz e a preservação do meio ambiente, encerrando o lema da Revolução Francesa com a fraternidade.

É mister frisar ainda que uma geração ou dimensão de direitos não descaracteriza ou anula a outra, ou seja, elas se complementam, obviamente, pois é apenas uma forma de facilitar a visualização de momentos históricos relacionados à conquista de direitos.

Na primeira geração de direitos, marcada pela intervenção mínima do Estado, garantida por um Código[63] elaborado por **Napoleão Bonaparte**[64], em 1804, ficam evidenciadas profundas desigualdades sociais, haja vista, nesse período, ser a igualdade conquistada meramente formal, vale dizer, perante a lei. Nesse sentido, explana Sílvio Venosa (1999, p. 71) que "o Direito Civil hoje empregado entre nós é a cristalização de uma fase evolutiva que culminara com o Código de Napoleão [...], que surge, como fruto de sua própria época, ligado à ideia de liberdade individual".

Destarte, o direito civil surge para regular as relações privadas, concernentes à pessoa e, primordialmente, à propriedade. Logo, as relações de direito privado se distinguiam claramente das relações de direito público, que nasciam do próprio Estado. Nesse contexto, Hugo Garcez Duarte (2010, p. 142) traz esclarecedora explanação quanto à separação do direito público e privado no Estado liberal, relacionado a suas distintas funções na estrutura social.

> Nesse contexto, o direito privado passou a ser encarado como aquele que disciplina a sociedade civil, as relações intersubjetivas e o mundo econômico, enquanto o direito público passou a ser concebido como ramo do direito que regula, tão-somente, a estrutura, organização e funcionamento do Estado.

O modelo liberal e individualista deixou, no entanto, marcas de miséria e desigualdades, afinal, nesse modelo, todos são iguais somente perante a lei.

Como demostrado pela história, a forte distinção entre direito público e privado passou por certa flexibilização a partir o século XX, em razão do advento do Estado social.

A partir de então, percebe-se não ser mais possível admitir que exista somente igualdade formal entre as pessoas. Nessa fase, "o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade". (BARROSO, 2006, p. 43).

O Estado, que outrora se manteve omisso, não intervindo nas relações entre particulares, passa então a se tornar um Estado positivo, ou seja, passa a intervir nessas relações, antes intocáveis. Luís Roberto Barroso (2006, p. 43) explana que essa intervenção se deu "em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, [...] mediante a introdução de normas públicas".

Por meio dessa intervenção, o Estado busca proteger o lado mais vulnerável na relação entre os particulares, haja vista o reconhecimento de que não existia isonomia entre as partes contratantes. Dessa forma, "intervindo o Estado em matérias que antes eram relegadas exclusivamente ao arbítrio de cada um", vivencia-se um movimento de **publicização** do direito privado (PEREIRA, 2014, p. 15). Essa fase pode se enquadrar como de segunda geração ou dimensão de direitos.

Quanto à contribuição do Estado social à esfera de direitos dos indivíduos, acrescentando possibilidades à pretensão do Estado liberal, Paulo Luiz Netto Lôbo (2015, edição eletrônica) explana que,

> O Estado social, sob o ponto de vista do direito, deve ser entendido como aquele que acrescentou à dimensão política do Estado liberal (limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no século XIX) a dimensão econômica e social, mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O Estado social se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas. As Constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o Estado liberal.

Assim, partindo inicialmente de um contexto em que o

63 Pietro Perlingieri define código como "documento (que é uma lei) contendo um conjunto de proposições prescritivas (das quais se extraem normas) consideradas unitariamente, segundo uma ideia de coerência e de sistema destinadas a construírem uma disciplina tendencialmente completa de um setor". Ressalta ainda que "a experiência da codificação – que encontra as suas raízes na Revolução Francesa" não é característica típica de todo ordenamento estatal. (PERLINGIERI, 2002, p. 3)

64 Nesse sentido, conferir Maria Celina Bodin de Moraes, (2015, edição eletrônica) ao esclarecer que "entende-se tradicionalmente por direito civil aquele se formulou no Código de Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat – quem primeiro separou das leis civis as leis públicas".

público e o privado eram esferas totalmente apartadas sendo as relações civis regidas por um Código, e passando-se posteriormente por uma progressiva abertura desse sistema, com a possibilidade de normas de ordem pública interferir nessas relações, verifica-se então a atual fase em que a Constituição, como centro e norma mais importante do ordenamento jurídico, torna-se o filtro de todo o direito infraconstitucional.

2.2 A constitucionalização do Direito Civil

Atualmente, vivencia-se uma fase "marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil". (BARROSO, 2006, p. 43).

Após as experiências vivenciadas com a Segunda Guerra Mundial, em que se passou a um relacionamento diferenciado entre as pessoas, haja vista a preocupação da comunidade internacional em impedir que outras catástrofes como a ocorrida assolassem novamente a humanidade.

Com isso, viabilizou-se e intensificou-se a tutela dos direitos fundamentais, que possui como núcleo essencial, pelo menos de forma relativa, conforme expõe Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 72), a dignidade da pessoa humana. A relativização explanada pelo autor refere-se ao fato de que os direitos fundamentais da Constituição de 1988, estariam embasados e vinculados a outros valores e não somente à dignidade da pessoa humana.

Contudo, expõe o autor a possibilidade de se falar nessa unidade propiciada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, "tendo em vista que um certo grau de coerência interna é algo inerente à noção de sistema".

Nesse sentido, Teresa Negreiros (2001, p. 346) afirma que os princípios constitucionais possibilitaram a percepção de valores antes não conhecidos na seara privada explanando que,

> Com efeito, quando projetada no direito civil, a luz constitucional permite a identificação de novos valores em que se (re)funda o direito covil, os quais não mais têm no indivíduo, mas na dignidade da pessoa humana, o seu ponto de convergência, o seu foco. Ilumina-se, nesta perspectiva, a substituição do apoio axiológico das relações de natureza civil, que passam a ser determinadas em função da preservação e da potencialização de valores existenciais, em oposição a valores exclusivamente patrimoniais.

Assim, como visualizado anteriormente, em que a máxima no Estado liberal era a valorização do indivíduo em detrimento da própria coletividade, a partir do século XX, tem-se que as relações devem ser baseadas na solidariedade social entre os indivíduos. (MORAES, edição eletrônica).

A partir desse período, as Constituições que visavam a garantir a proteção de direitos fundamentais, como necessidade de promoção de direitos sociais pelo Estado, chamados de direitos de igualdade, destacaram a necessidade do respeito à esfera individual das pessoas, contudo de forma a também conferir a coletividade de indivíduos o acesso a direitos e garantias.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 traz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, em seu art. 1º, III. Essa Constituição expõe normas de caráter principiológico, que tem como objetivo serem norteadoras de todo o ordenamento jurídico, haja vista ser instrumento superior às demais normas do ordenamento jurídico.

Esse movimento de reconhecimento e valorização das constituições traz, em seu bojo, o caráter norteador da Constituição, devendo as demais normas estar adequadas à Constituição, denominada constitucionalização do direito.

Faz-se mister, no entanto, evidenciar que, ao direito privado, não restará a perda de sua importância e espaço no ordenamento em face do direito público, tão evidenciado nesse momento histórico como bem esclarece Gustavo Tepedino (2001, p. 21) compreendendo que,

> Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muito deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de modo a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.

O reflexo dessa constitucionalização trouxe, para o direito privado, historicamente reconhecido pelo seu caráter individualista e patrimonial, mudanças substanciais que modificaram sobremaneira a forma de se relacionar dos indivíduos.

É feita uma releitura do direito civil, não desconsiderando seus institutos "de maneira a privilegiar [...] os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva [...]". (TEPEDINO, 2001, p. 22).

Em consonância com esse movimento, a nossa Carta Maior trouxe inúmeros princípios que possibilitaram essas transformações nas relações privadas, dentre os quais o princípio da solidariedade, o princípio da função social do contrato e da propriedade, bem como o princípio da boa-fé objetiva. Nesse sentido, explana Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, edição eletrônica), quanto ao papel norteador da Constituição e dos princípios por ela abrangidos no ordenamento jurídico, ensejando uma interpretação conforme os preceitos constitucionais.

> Ampliando ainda a importância dos princípios constitucionais na interpretação e aplicação do direito, pode-se afirmar que a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais. Assim, mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico.

Pode-se verificar a contribuição desse acervo axiológico e filosófico na busca por uma sociedade mais justa, com diminuição das desigualdades, levando-se em consideração a efetiva e real mudança na forma com que se pensa e se vivencia as experiências cotidianas na esfera privada.

2.3 Os princípios constitucionais modificadores das relações privadas – a solidariedade e a justiça social

A transformação ocorrida nas relações privadas, originalmente tuteladas pelo Direito Civil, especificamente por meio de uma

codificação, a partir da força valorativo-axiológica trazida pela Constituição Federal de 1988, trouxe mudanças no âmbito dos direitos obrigacionais e contratuais, entre as partes que se relacionam, especialmente ao evidenciar a dignidade da pessoa humana como norte do ordenamento jurídico, topograficamente ressaltada (art. 1º, III, CF).

Faz-se mister, no entanto, esclarecer que, mesmo sendo a dignidade da pessoa humana o valor máximo a orientar o ordenamento jurídico, esse valor de âmbito antropocêntrico, como bem esclarece Teresa Negreiros (2001, p. 360), não se confunde com "aquela outra visão pressuposta pelo individualismo, segundo a qual a autonomia do sujeito de direito constituiria um espaço de livre atuação demarcado externamente pela fronteira da ordem pública".

Em regra, tem-se que os indivíduos, em uma relação contratual tutelada pelo direito civil, são iguais, mas, hoje em dia, existe a possibilidade de se reanalisar uma obrigação em virtude da sua injusta onerosidade, desde que esta seja comprovada. Isso se deve ao norte principiológico trazido pela Constituição. Não se analisa a igualdade entre as partes apenas do seu ponto de vista formal, mas sim a real situação das partes, portanto ressaltando a igualdade material.

Dessa forma, consideráveis mudanças ocorreram nas relações privadas, notadamente "nos institutos centrais do direito privado: a propriedade e o contrato". (2001, p. 364).

Pode-se visualizar que os interesses público e privado devem convergir para possibilitar não mais ao indivíduo, mas agora à pessoa[65], bem como a coletividade de pessoas, o reconhecimento e a proteção de direitos que possibilitem a vivência em uma sociedade mais justa, equânime. Nessa acepção, Pietro Perlingieri (PERLINGIERI, 2002, p.285) afirma que "o interesse público e aquele privado e individual, assim como não podem estar fisiologicamente em conflito, devem estar presentes em toda atividade juridicamente relevante".

O art. 3°, I, da Constituição Federal de 1988 evidencia um dos objetivos da República Federativa do Brasil que é construir uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, as relações sociais que são tuteladas pelo direito pátrio devem transparecer esse objetivo.

Dessa forma, pode-se visualizar a busca por relações sociais permeadas na solidariedade social. Isso demonstra uma preocupação com a coletividade de indivíduos, baseada na justiça social, não deixando, obviamente, de resguardar os direitos individualmente considerados.

Vive-se em sociedade e não se pode como semelhantes olvidar a existência do outro e as necessidades da coletividade. Assim, como menciona Maria Celina Bodin de Moraes, "o princípio da solidariedade é, pois, também, um fato social, na medida em que não se pode conceber o homem sozinho [...] e somente se pode pensar o indivíduo como inserido na sociedade [...]". (MORAES, edição eletrônica).

Diante das atrocidades vividas, percebeu-se a necessidade de olhar para o outro, para o semelhante como um ser que precisa ter seus direito individuais protegidos, mas que também compõe uma coletividade de seres que forma a humanidade e que precisa ser igualmente tutelada. Nesse contexto, Daniel Sarmento (2006, p. 93) clarifica que,

> A personalização, portanto, não é incompatível com a socialização do direito, mas configura antes uma das causas deste processo, já que se concebe a pessoa como um ser social, titular de direitos, mas também vinculados a deveres perante seus semelhantes [...].

Como sujeitos de direitos, possuímos deveres e obrigações em face de nossos semelhantes, deveres estes que devem visar ao respeito e à proteção dos valores da coletividade, do todo. Prover a justiça social configura um dever de cada indivíduo que possibilitará se viver em uma sociedade mais digna e justa.

O Direito nasce e se configura, modifica-se e ressurge intrinsecamente no seio social. Afinal, são muitos formando uma só humanidade. A introdução da solidariedade como norteadora das relações civis possibilita a concretização da justiça social, pois prioriza o que é melhor e mais justo para todos, não deixando de considerar cada ser em sua individualidade, ou seja, harmonizando essa vivência social.

A solidariedade vem, portanto, como verdadeiro cerne a propiciar o desenvolvimento individual do ser dentro do seio social que compõe e se desenvolve, propiciando à coletividade a garantia e proteção de seus interesses. Para garantir a proteção dos interesses coletivos, a liberdade de cada um não pode ser absoluta, não deixando, contudo, de ser plena, no sentido de reconhecer que o outro também é possuidor de direitos que merecem proteção. No mesmo sentido, afirma Pietro Perlingeri (2002, p. 40) que,

> A liberdade de cada um deve ser compatível com o valor de tutela da pessoa, com a qual qualquer liberdade é obrigada a se medir; de outro modo, a liberdade individual torna-se prepotência com os "menores em sentido amplo", arrogância contra pessoas não-organizadas; afirmação que não pretende, minimamente, ofender o pluralismo que, justamente, no respeito à minoria afunda as raízes históricas e ideais.

Dessa forma, a solidariedade deve ser harmonizada com os direitos individualizados, proporcionando à pessoa humana o desenvolvimento de suas potencialidades como indivíduo e como seres que compõem a coletividade.

As transformações ocorridas no ordenamento jurídico e consequentemente nas relações são perceptíveis, mas se sabe que o objetivo constitucional de se estabelecer uma sociedade mais digna e fraterna sofre crises de efetividade, haja vista que, para sua implementação, não é suficiente a mera programação constitucional, devendo o princípio da solidariedade, como explana Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, edição eletrônica),

65 A autora, Teresa Negreiros enfatiza que "[...] conclui-se que a pessoa hoje, nisto diferenciando-se do conceito histórico filosófico de individuo, não é dotada de uma 'liberdade independente da realidade social'; não é 'autônoma relativamente à sociedade'". (NEGREIROS, 2001, p. 368).

> ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros todos da sociedade.

O princípio da solidariedade passa então a ser viabilizado pelo reconhecimento da dignidade humana como norte de todo ordenamento jurídico-constitucional, o que possibilita uma maior proximidade com a justiça social, tendo em vista que se pensa em um direito a proteger o ser humano em sua esfera e individual e também a coletividade de indivíduos que forma a sociedade.

3 METODOLOGIA DE PESQUISA

O presente trabalho se caracteriza como uma pesquisa bibliográfica, que segundo Antonio Gil (2002) é a pesquisa desenvolvida com base em material já elaborado, como livros, artigos científicos, jornais, revistas etc.

Pode também a pesquisa em tela ser definida como documental, partindo da definição de documento como "qualquer suporte que contenha informação registrada, formando uma unidade, que possa servir para consulta, estudo ou prova. Incluem-se nesse universo os impressos, os manuscritos, os registros audiovisuais e sonoros, as imagens, entre outros". (APPOLINÁRIO, 2009, p. 67)

Os documentos possuem uma fonte rica e estável de dados, constituídos de valores, ideias, discursos e relações de poder. Vale lembrar, contudo, que os dados não falam por si só, como costumeiramente afirma-se. A pesquisa se justifica, assim, na possibilidade de trazer à tona questões ainda não percebidas, analisadas ou interpretadas, ou ainda, a possibilidade de outras interpretações diferentes de pesquisas anteriores sobre o documento analisado, ampliando o olhar sobre o mesmo.

4 ANÁLISE DE RESULTADOS

A pesquisa aqui exposta fundamenta-se na constitucionalização do Direito Civil, analisada por diversos autores, constitucionalistas, como Luís Roberto Barroso, expondo a constitucionalização "associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico" (BARROSO, 2006, p. 30).

Assim, o evidencia-se a constitucionalização do Direito Civil como consequência dessa expansão constitucional. Estudiosos do Direito Privado como Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino aprofundaram análises sobre o então Direito Civil constitucionalizado.

Estudo significativo sobre essa transformação e releitura do direito privado fez Pietro Perlingieri, autor italiano, ao aprofundar a análise do direito privado sob a ótica do direito constitucional, tendo como objeto a Constituição italiana, pesquisa de alta relevância para estudiosos da área.

A transformação ocorrida no ordenamento jurídico, trazendo essa nova leitura ao direito privado evidenciou princípios que modicaram o direito privado como o principio da solidariedade, objeto do presente estudo, bem como as transformações sociais e jurídicas ocorridas para se chegar ao presente momento histórico buscando a efetivação de uma sociedade mais justa e igualitária.

5 CONCLUSÃO

A gama de princípios trazidos na Constituição possibilitou uma releitura do Direito Civil, que passa agora pelo filtro axiológico constitucional a partir da centralização da dignidade da pessoa humana, gerando o movimento denominado de constitucionalização do direito privado.

Dentre o arcabouço axiológico fomentado pela Constituição, o princípio da solidariedade transparece um dos objetivos da República Federativa do Brasil, evidenciando a possibilidade de uma sociedade mais justa e fraterna. Assim construir uma sociedade solidária é dever de todos que a compõe, tendo em vista uma harmonização da proteção de direitos fundamentais, em relação ao indivíduo bem como da proteção dos interesses da coletividade.

A transformação e a reconfiguração de institutos do direito privado, a partir dessa constitucionalização, possibilitaram novas experiências nas relações privadas. Fomentar a solidariedade certamente viabilizará a justiça social, fundamento do próprio Direito.

REFERÊNCIAS

APPOLINÁRIO, F. **Dicionário de metodologia científica**: um guia para a produção do conhecimento científico. São Paulo, Atlas, 2009.

BARROSO, Luís Roberto**.** Neoconsitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **THEMIS: Revista da ESMEC.** Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul/dez. 2006.

DUARTE, Hugo Garcez. **O direito civil constitucional**: em busca de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Prisma Jur.*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 137-154, jan./jun. 2010.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa** - 4. ed. - São Paulo :Atlas, 2002

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Página eletrônica da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.** Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/7868-7867-1-PB.htm#_ftn1>. Acesso em 06 abr. 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Página eletrônica do Gustavo Tepedino Advogados.** O princípio da solidariedade. Disponível em <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca9.pdf>. Acesso em 05 abr. 2015

_____. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Página eletrônica da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.** Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf> Acesso em 21 abr. 2015.

NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. *In* TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 364.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang**. A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen *Juris*, 2006.

TEPEDINO, Gustavo**. Temas de direito civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil.** Teoria geral: Introdução ao direito romano. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

A GESTÃO DO CONFLITO FAMILIAR NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

Caio Lucas Nicolau Policarpo, autor [66]
Mônica Carvalho Vasconcelos, orientadora [67]

RESUMO

O conceito de núcleo familiar mudou. Contemporaneamente, os basilares da família moderna não mais se sustentam num modelo patriarcal, hierarquizado e estático. Atualmente, a família baseia-se no afeto e nos elos entre seus membros, tornado-se um ambiente propício à felicidade, destituída de arranjos exclusivamente tradicionais. As famílias modernas se caracterizam pela ausência hierarquia e autonomia entre seus entes, tornando-se um ambiente mais propício ao conflito. O conflito surge em decorrência do convívio em sociedade, cabendo ao Poder Estatal solucioná-lo. Ocorre que a intervenção estatal revela-se por meio da jurisdição, um mecanismo moroso e formal que não vem atendendo de forma eficaz à resolução da lide. Diante desse gargalo judicial, surge a mediação, meio alternativo, prático e eficaz que visa fomentar o diálogo e reconstruir laços de convivência, sempre no intuito de resgatar o ambiente mais saudável de convivência pacífica entre os envolvidos, além de fomentar uma cultura de paz.

Palavras-Chave: Mediação. Família. Gestão de Conflito. Pacificação.

ABSTRACT

The concept of nuclear family has changed. Contemporaneously, the basic modern family no longer sustain a patriarchal, hierarchical and static model. Currently, the family is based on love and the links between its members, becoming an environment conducive to happiness, devoid of exclusively traditional arrangements. Modern families are characterized by the absence of hierarchy and autonomy among its entities, making it a more conducive to conflict environment. The conflict arises as a result of living in society, being the State Power fix it. It turns out that state intervention is revealed by jurisdiction, a lengthy and formal mechanism that has not answering effectively to the resolution of the dispute. Given this judicial bottleneck, mediation arises, alternative, practical and effective means aimed at promoting dialogue and coexistence rebuild ties, always aiming to rescue the healthiest environment of peaceful coexistence among stakeholders, and foster a culture of peace.
Keywords: Mediation. Family. Conflict management. Pacification.

66 *Graduando em Direito no Centro Universitário Christus. Monitor da disciplina Mediação, Conciliação e Arbitragem.
67 **Professora de Mediação, Conciliação e Arbitragem no Centro Universitário Christus. Doutorada em Direitos Fundamentais pela Universidad Autónoma de Madrid, apresentando a tese: La mediación como sistema complementario de administración de justicia en Brasil: la experiencia de Bahia. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

1 INTRODUÇÃO

A família foi o instituto que mais modificações sofreram diante da dinamicidade histórica e dos novos parâmetros seguidos pela recomposta sociedade moderna.

Certo é que o conceito de família exclusivamente tradicional ruiu. Hodiernamente, os reflexos do pluralismo, solidariedade familiar, fidelidade e afeto entre os entes formam a nova definição de entidade familiar, que não mais se sustenta no modelo hierarquizado e patriarcal de outrora.

Assim, com essa nova estrutura valorativa, o seio familiar ganha mais autonomia e independência, ensejando, concomitantemente, a incidência de conflitos antes suprimidos.

A própria renovação na composição da entidade familiar, fortificada com basilares eudemonistas, é propícia à criação de novos conflitos, existentes a partir de interesses divergentes.

Nessa conjuntura, verifica-se que a existência de conflitos é inerente ao convívio em sociedade, devendo ser solucionado de uma maneira a recompor os elos entre os litigantes.

Ocorre, que a resposta estatal a esses conflitos não vêm sendo eficaz, socorrendo-se, atualmente, aos meios alternativos de conflito como forma de solucionar e restabelecer efetivamente os vínculos e laços advindos dessas conflagrações.

Portanto, a mediação, tema central deste artigo, se adapta à solução de conflitos dessa natureza, eminentemente afetuosos e emotivos, visto que o protagonismo das partes e restabelecimento dos canais de diálogo são os pilares para constituição da pacificação da disputa.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 As nuances da família contemporânea

Durante anos, a ideia de família e o retrato traçado no imaginário popular remonta ao modelo tradicional, identificado na figura do chefe familiar, homem sério, ríspido e autoritário.

Nesse paradigma, observa-se uma estrutura nitidamente hierarquizada e com funções definidas, sendo o homem responsável pela mantença da família, enquanto a mulher permanecia incumbida das tarefas do lar e do cuidado com as proles.

Nessa casta estrutural e organizacional, surge o modelo patriarcal, arraigado de valores históricos e alicerçado na submissão feminina.

No decorrer da História da Humanidade, o patriarcalismo perdura da Antiguidade até meados do século XX, na ótica ocidental. A soberania do patriarca é o alicerce das comunidades hebraicas, gregas, egípcias, fenícias e persas. Em Esparta, sociedade eminentemente constituída por guerreiros, as mulheres espartanas são lembradas na Antiguidade, pelo maior grau de autonomia, comparado com as outras comunidades antigas, como podemos notar na análise de (DE AQUINO; DE AZEVEDO; LOPEZ,2003,p.269):

> As mulheres eram preparadas fisicamente para se tornarem mães de gerações sadias: praticavam exercícios ginásticos e participavam e participavam de jogos. **Gozavam de maior liberdade que as demais mulheres do mundo grego, o que se explica pela**

> **frequente ausência do homem e a necessidade de administrar o patrimônio familiar. (Grifo nosso)**

Essas comunidades influenciaram a constituição da sociedade ocidental, cumulada com a influência da Igreja Católica, que perpetua neste lapso temporal, a submissão da mulher frente à figura do esposo.

No Brasil, a família tradicional se constituiu à luz do conservadorismo, numa unidade hierarquizada e patriarcal. Essa estruturação social submetia a mulher aos afazeres do lar e ao zelo pela prole.

Nota-se que esse, suposto, "determinismo social", impedia as mulheres do acesso ao conhecimento, à política, à cidadania, em suma, ao protagonismo na gestão da vida pública.

Os encargos domésticos eram atribuições das mulheres, sendo prendada para realizar com presteza os afazeres do lar. Esse ofício de dona de casa era reflexo de conjunturas sociais, que perpassava de mãe para filha, constituindo verdadeiras estruturas circulares.

No âmbito jurídico, reflexo daquela época, o Código Civil de 1916 refletia o conservadorismo daquela sociedade, dotando o homem de poder e de superioridade, conforme exposto por (DIAS, *online*):

> O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois foi no ano de 1899 que Clóvis Beviláqua recebeu o encarrego de elaborá-lo. Retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Assim, só podia consagrar a superioridade masculina. Transformou a força física do homem em poder pessoal, em autoridade, outorgando-lhe o comando exclusivo da família. Por isso, a mulher ao casar perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente capaz, como os índios, os pródigos e os menores. Para trabalhar precisava da autorização do marido. A família se identificava pelo nome do varão, sendo a mulher obrigada a adotar os apelidos do marido. O casamento era indissolúvel. Só havia o desquite – significando não quites, em débito para com a sociedade – que rompia a sociedade conjugal, mas não dissolvia o casamento.

No texto originário do Código de 1916, o papel social da mulher é secundário, cabendo ao homem a autoridade e o poder familiar, conforme exposto nos artigos a seguir:

> Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:
>
> I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).
>
> **II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.**
>
> III. Os pródigos.
>
> IV. Os silvícolas.
>
> Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).
>
> Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.
>
> Compete-lhe:
>
> I. A representação legal da família.
>
> (...)
>
> V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.(Grifo nosso)
>
> Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):
>
> VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV).

No entanto, o advento da Industrialização, da modernidade urbana e do acesso da mulher ao mercado de trabalho, culminou na ascensão social da mulher, conforme exposto por (PAULO, 2009, p.48-49)

> Entende-se, também, que a família pode ser definida como um grupo de pessoas que se constitui sócio-historicamente a partir da inserção em uma cultura e sociedade específica, que lhes conferem sentido. Assim, a família com origem na cultura ocidental judaico-cristã pode ser vista, nos dias atuais, como permeados por diferentes mudanças sociais que ocorreram ao longo dos últimos séculos. Dentre algumas transformações recentes, pode-se citar, segundo Jablonski (1988): **a entrada maciça da mulher no mercado de trabalho, a redução do número de filhos, as uniões conjugais tardias, a modernização da sociedade, a urbanização e o aumento do número de separações conjugais. Tais mudanças vêm modificando valores e crenças relacionadas aos papéis masculino e feminino como organização familiar. (grifo nosso)**

Nota-se que com o acesso das mulheres ao mercado de trabalho inicia-se um processo social de autonomia das mulheres, sendo essa independência financeira, fator preponderante para viabilizar o rompimento da submissão feminina.

Diante da nascente autonomia feminina, a legislação, gradativamente, promulga como direito e legitima a igualdade de gênero. Nesse sentido, (DIAS, *online*) apresenta o seguinte entendimento:

> O primeiro grande marco para romper a hegemonia masculina foi em 1962, quando da edição da Lei 6.121. O chamado Estatuto da Mulher Casada, devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal. Mesmo tendo sido deixado para a mulher a guarda dos filhos menores, sua posição ainda era subalterna. Foi dispensada a necessidade da autorização marital para o trabalho e instituído o que se chamou de bens reservados, que se constituía do patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família.
>
> O passo seguinte, e muito significativo, foi a Lei do Divórcio, aprovada em 1977. Para isso foi necessária a alteração da própria Constituição Federal, afastando o quorum de dois terços dos votos para emendar a Constituição. Passou a ser exigida somente maioria simples e não mais maioria qualificada. Só assim foi possível aprovar a Emenda Constitucional nº 9 que introduziu a dissolubilidade do vínculo matrimonial.
>
> A nova lei, ao invés de regular o divórcio, limitou-se a

> substituir a palavra "desquite" pela expressão "separação judicial", mantendo as mesmas exigências e limitações à sua concessão. Trouxe, no entanto, alguns avanços em relação à mulher. Tornou facultativa a adoção do patronímico do marido. Em nome da equidade estendeu ao marido o direito de pedir alimentos, que antes só eram assegurados à mulher "honesta e pobre". Outra alteração significativa foi a mudança do regime legal de bens. No silêncio dos nubentes ao invés da comunhão universal, passou a vigorar o regime da comunhão parcial de bens.
>
> Mas foi a atual Constituição Federal, datada de 1988, patrocinou a maior reforma já ocorrida no Direto de Família.

Os ares Democráticos, as lutas para efetivação da igualdade de gênero, processo industrial e ascensão das mulheres no mercado de trabalho, impulsionaram a construção de um novo retrato familiar.

Nessa conjuntura, a definição de família mudou, conforme, exposto por (CHAVES; ROSENVALD, 2014, p.41):

> Com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psico-afetivo, com a intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um.

Essa mudança da concepção de família reflete na Constituição de 1988, que ao conceber a família pós-moderna, tem na dignidade de seus entes, o pilar fundamental. Ao glorificar a dignidade familiar, o padrão engessado da família primitiva foi substancialmente alterado, permitindo uma visão plural da formação e de funcionalidade da família. Nessa pluralidade, a entidade familiar se desvinculou do modelo hermético e burocrático para fincar seus valores nas relações de afeto entre seus membros, conforme exposto por (SZYMANSHY,2002, p.27):

> O mundo familiar mostra-se numa vibrante variedade de formas de organização, com crenças, valores e práticas desenvolvidas na busca de soluções para as vicissitudes que a vida vai trazendo. Desconsiderar isso é ter a vã pretensão de colocar essa multiplicidade de manifestações sob a camisa-de-força de uma única forma de emocionar, interpretar, comunicar.

Nesse contexto, o fator elementar da família multifacetada passa a ser o afeto, o amor, a solidariedade, o companheirismo e a confiança entre seus entes. O arcabouço tradicional cedeu espaço ao eudemonismo, enaltecendo o bem-estar pessoal em face da hierarquia, sendo indispensável frisar o seguinte entendimento de (PAULO, 2009, p.48-49) :

> Nas novas configurações familiares, novos vínculos se formam entre pessoas que não são biologicamente ligadas e não têm vínculo jurídico reconhecido. Muito além de laços biológicos ou adotivos, a família contemporânea é constituída, sobretudo, por ligações socioafetivas. Cada vez mais, as pessoas desenvolvem vínculos que, muitas vezes, não encontram regramento em nenhum texto legislativo: unem-se por laços que nem sempre são reconhecidos- e se sequer nomeados!- pelo Estado, mas que não podem mas ser desprezados , na medida em que exercem enorme influência no desenvolvimento da pessoa humana, e que fazem surgir questões às quais a Justiça é constantemente chamada responder.

Em repeito à igualdade de gênero, a Constituição Federal de 1988 apresenta os seguintes dispositivos legais:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Com Constituição Federal de 1988, o Estado chancela a independência de gêneros, bem como reconhece a pluralidade familiar. Nesse contexto, a essência constitucional confere ao núcleo familiar o reconhecimento da pluralidade, haja vista que contempla em seu art. 226, § 3º e 4º, as entidades formadas através da união estável e aquelas compostas por quaisquer dos pais e seus descendentes.

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
>
> § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Subsequentemente a Constituição de 1988 tutela o princípio da paternidade responsável (art. 226, §7º), além de atribuir ao Estado função protetiva (art. 226, §8º),conforme exposto a seguir:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
>
> § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Portanto, houve o resgate da mulher como sujeito de direitos, bem como foram soterrados anos de discriminações e de tradições que pareciam perfeitas e imutáveis que não mais atendem aos anseios de uma sociedade livre, justa e solidária. Neste sentido é indispensável observar o seguinte argumento de (PAULO, 2009, p.52):

> Fato é que, apesar de todas as mudanças, a família continua sendo a célula básica da sociedade, e a organização social responsável pela socialização e pelo pleno desenvolvimento de cada um de seus membros. Por isso mesmo, questões que dela advindas devem ser pensadas, refletidas, debatidas e possíveis justas e em conformidade com os valores fundamentais do ordenamento.

Fato é que os ideais de pluralismo, solidariedade familiar, fidelidade, amor e confiança entre os entes, bem como a consagração da Constituição baseada na dignidade humana constituíram o novo estereótipo do núcleo familiar, que hoje mantém seu alicerce nas relações afetivas, não se restringindo meramente a vínculos sanguíneos ou biológicos.

Nesse contexto, o alicerce familiar que tinha como pilar o chefe da família passa, substancialmente, a uma estrutura multifacetada, ou seja, não se pode criar uma estrutura cristalizada. Essa quebra de paradigma reconhece a efervescência das afetividades, núcleo das relações familiares.

Portanto, ao reconhecer as diferenças, ao reconhecer a força dos laços afetivos, ao entender que a família é plural e ao romper à hegemonia do patriarcalismo, consequentemente, é natural observar que ocorrerão conflitos de interesses, sendo indispensável que esses conflitos sejam solucionados, a partir do diálogo.

2.2 Da mediação de conflito familiar:

A origem da Mediação remota à Antiguidade, conforme exposto por (CACHAPUZ, 2003, p.52) "sua existência remonta aos idos de 3000 a.C., na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria, Babilônia, no casos entre as Cidades Estados".

Nessa perspectiva, (MOORE, 1998, p.32) expõe que a mediação é proveniente:

> Cultura judaica, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e muitas culturas indígenas têm longa e efetiva tradição na prática da mediação. (...) A Igreja Católica, através de seus representantes, atuava como mediadora entre seus seguidores, sendo a principal organização de mediação até a Renascença, cabendo ao clero mediar conflitos familiares, criminais e disputas entre a nobreza.

Nessa conjuntura história, a Mediação consolidou-se como um instrumento de gestão de conflitos, adequado ao tratamento das relações continuadas e arraigado de sentimentos e de emoções, típico do conflito familiar, visando à pacificação social.

Na ótica das relações familiares, o conflito é proveniente da formação da Sociedade. Com isso, célula primeira da Sociedade, a Família, é um potencial vetor de produção de conflitos, visto que os afetos são vulcanizados, provocando ambientes propícios para proliferação das disputas, nesse sentido (VASCONCELOS, 2005, p.126) apresenta o seguinte entendimento:

> Os conflitos familiares possuem uma carga emocional que muitas vezes dificulta uma resolução adequada do conflito. Geralmente, as pessoas que chegam a uma sessão de mediação para resolver uma querela familiar, já possuem um ponto de vista formado, que foi construído ao longo das discussões, e que deve ser defendido a qualquer custo.

Na mediação familiar, o mediador, terceiro imparcial, busca fomentar o diálogo e a reconstrução de laços de convivência, possibilitando a cooperação e o protagonismo das partes, visando o desenvolvimento de canais de comunicação para a maior efetividade da construção, em conjunto, de soluções ao conflito.

Em consonância com o exposto, (VASCONCELOS, 2005, p.126) apresenta o seguinte entendimento, "O mediador familiar deve proporcionar a desconstrução desses discursos, fazendo com que os parentes consigam restabelecer a comunicação. Nesse processo, o mediador deve permanecer atento, buscando compreender a realidade daquele núcleo familiar."

Nessa perspectiva, o protagonismo das partes deve preponderar na resolução do conflito, visto que as peculiaridades e a efetividade na pacificação da lide, apenas, terão exequibilidade com a coparticipação das partes.

Com isso, é ineficiente a delimitação e o enquadramento de parâmetros pré-constituídos para resolução de conflitos dessa natureza, ainda que provenientes da própria lei, pois os conflitos familiares são de múltiplas vertentes, ou seja, são inerentes à inúmeros fatores sociais, como aos sentimentos de ciúme, de posse e de desprezo.

Diante dessa pluralidade de fatores, a informalidade da mediação é fundamental no tratamento adequando do conflito, visto que o procedimento de mediação não se encontra vinculado a nenhuma estrutura formal, rígida e sequencial, estando o decorrer do procedimento de mediação ligado ao melhor interesse das partes.

Logo, a Mediação Familiar tem como seus pilares o fomento ao diálogo, a busca pela equidade dos mediados, o compartilhamento dos anseios gerados com o conflito e, principalmente, o incentivo ao protagonismo e à voluntariedade das partes na solução do conflito, criando um ambiente propício para a pacificação desse conflito.

No âmbito familiar, as disputas são mais efervescentes, pois a família pós-moderna encontra-se alicerçada no afeto, pois rompeu com a hierarquia e com a rigidez do patriarcalismo de outrora e consolidou os seus pilares nas relações afetuosas.

Nessa perspectiva, os conflitos familiares tornaram-se, cada vez mais ostensivos, bem como demandam exponencialmente ao Poder Judiciário. No entanto, os conflitos dessa natureza refletem diretamente na vivência social, pois os tratamentos inadequados de um divórcio, de uma guarda ou de uma pensão alimentícia refletem diretamente na criação e na formação dos valores éticos e culturais da prole.

Diante da necessidade de um tratamento adequado e individualizado ao conflito familiar, é indispensável romper com modelos pré-estabelecidos , pois as nuances e as peculiaridades do caso concreto são os fatores preponderantes na resolução e na pacificação do conflito.

Portanto, a Mediação visa instituir a cooperação das partes, a partir do protagonismo na resolução da lide, da reconstrução dos laços afetivos, da constituição dos canais de comunicação e da convivência harmônica dos mediados.

2.3 Gestão jurisdicional do conflito familiar no Brasil

O conflito é inerente ao convívio humano, visto que as pessoas apresentam anseios e aspirações distintas. Assim, o trato com a diferença, na maioria das vezes, é reflexo de um ambiente propício e fértil ao conflito.

Em uma conjuntura capitalista e individualista, os laços sociais, em especial, os vínculos familiares, muitas vezes, são

negligenciados, em decorrência da ascensão da singularidade e do egocentrismo.

Diante da convivência social, a gestão do conflito é um desafio ao Estado, pois a sociedade exige respostas jurisdicionais que, na maioria das vezes, são apresentadas de modo ineficaz, em decorrência da morosidade processual e de outros fatores, sobretudo da ausência de protagonismo das partes.

Com a lentidão do Poder Judiciário, o litígio é protelado no tempo, condicionando a pacificação social da demanda a uma sentença de mérito que, na maioria das vezes, é atrasada e ineficaz aos interesses das partes.

Nesse atraso institucional, a falência da Instituição reflete na ineficiência e na inoperância do ideário de Poder Judiciário célere e justo, conforme exposto (BARBOSA, *e-book*):

> Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juizes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

Nota-se que a morosidade do Poder Judiciário é reflexa da ineficiente vazão processual, ou seja, a demanda inicial é superior à quantidade de processos julgados, criando um congestionamento processual, constatado pelos dos relatórios do Conselho Nacional de Justiça(2014,*online*):

> Dados do Relatório Justiça em Números 2014 revelam que dos 95,1 milhões de processos que tramitaram no Judiciário brasileiro no ano de 2013, 85,7 milhões encontravam-se no primeiro grau, o que corresponde a 90% do total.
>
> Revelam também que o primeiro grau baixou 23 milhões de processos, a demonstrar que sua capacidade produtiva anual é de apenas 27% da demanda (casos novos + acervo) imposta à sua apreciação. **Isso demonstra que para dar vazão ao estoque de processos seria necessário cessar a distribuição por quase 4 anos e, nesse período, baixar anualmente o mesmo número de processos de 2013**.
>
> O problema maior está concentrado no primeiro grau da Justiça Estadual, no qual tramitaram em 2013 cerca de 69,7 milhões de processos, com baixa de 16,4 milhões, ou seja, 23,5% do total.(Grifo nosso)

No eminente relatório do Conselho Nacional de Justiça de 2013, ao realizar uma análise pormenorizada por assunto, o relatório apresenta a necessidade da implementação de meios alternativos de resolução de conflitos, conforme exposto (2013,*online*):

> A conciliação é um instrumento alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa, o conciliador, a tarefa de promover-lhes a aproximação para o alcance de um acordo viável para ambas, evitando-se, assim, o acionamento da máquina judiciária, mais demorada e custosa. **As atividades voltadas à solução de conflitos corporificam-se na adoção de métodos consensuais pré-processuais de solução de conflitos, na capacitação e formação de conciliadores, na realização de mutirões e semanadas de conciliação**, a exemplo das realizadas pelo CNJ, na homologação de acordos extrajudiciais, entre outras iniciativas que têm por finalidade a solução pacífica, célere e justa de controvérsias judiciais de menor complexidade. (grifo nosso)

Em análise desse relatório, observa-se que os meios alternativos de resolução de conflitos estão sendo utilizados, principalmente, como mecanismos para desafogar o Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, o Conselho Nacional de Justiça busca agir nas consequências da cultura da lide, promovendo como meta a realização de audiências de conciliação, de mutirões e de semanadas da conciliação, sendo os seus efeitos efêmeros quando aplicados na perspectiva do conflito familiar.

No conflito familiar, essas medidas são fugazes, em razão da afetividade e do sentimentalismo que englobam os litígios dessa natureza. Com isso, submeter essas demandas aos mutirões e às semanadas de conciliação é aparentemente solucionar o conflito, pois os interesses reais, a pacificação social, o protagonismo dos mediados, os vínculos de comunicação e a cultura de paz são negligenciados na busca pelos acordos e pelo cumprimento de metas.

Nesse sentido, é fundamental demonstrar os moldes dos mutirões nas Varas de Família do Estado do Ceará, conforme exposto (2012,*online*):

> Teve início na manhã desta segunda-feira (17/9), no Fórum Clóvis Beviláqua, em Fortaleza (CE), o mutirão da 11ª Vara de Família, envolvendo ações de alimentos, divórcio e investigação de paternidade. Foram agendadas 280 audiências, que ocorrem até quinta-feira (20/9), das 9h às 11h40 e das 13h30 às 16h.
>
> A abertura do evento foi conduzida pelo diretor do Fórum, juiz José Krentel Ferreira Filho. Segundo o magistrado, o mutirão se somará a outros já realizados para alcançar o objetivo de "sempre dar maior agilidade no atendimento ao jurisdicionado".
>
> De acordo com a juíza Luzia Ponte de Almeida, que responde pela Vara, os elevados números de acordos fechados em iniciativas semelhantes estimularam a realização desta edição. A magistrada espera que as partes "possam resolver os conflitos do melhor modo, que é a conciliação. Nela, o processo é solucionado da forma mais célere e pacífica".
>
> Com cerca de 20 minutos de duração, as audiências ocorrem simultaneamente em quatro mesas, na Central de Conciliação (...)

Nessa conjuntura, é evidente que o Conselho Nacional de Justiça deu notoriedade nacional à medida. Com a publicidade da instituição, demonstrou a anuência e as congratulações pelo "êxito" do aludido mutirão.

Entretanto, na seara familiar, condicionar as audiências sobre alimentos, divórcio e investigação de paternidade à ínfimos lapsos temporais, cerca de 20 minutos, além de priorizar a confecção de acordos é pormenorizar as causas desses conflitos, negligenciando o forte teor afetuoso, psicológico e social da lide de família.

Em uma conjuntura construtiva, seria mais viável a constituição das metas, a partir, da análise da Resolução nº 125 do próprio Conselho Nacional de Justiça, no qual deveria primar pela capacitação de servidores, pela construção de ambientes propícios para a gestão do conflito e pela descentralização geográfica da política de solução de conflito, primando pelo Acesso à Justiça.

Desse modo, efetivando essas premissas, seria possível proporcionar a essas próprias Famílias o direito de exercer o protagonismo nas resoluções dos seus conflitos, a partir do fortalecimento do diálogo, da cooperação dos entes e do convívio harmônico e respeitoso. Com essas medidas, uma política adequada de gestão de conflito estaria em formação, criando uma cultura de pacificação social.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário estaria atuando na construção e no estabelecimento de uma política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, bem como reconhecendo a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, nos termos das considerações de motivos da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Diante dessa Política Organizacional do Poder Judiciário, instituída com as metas do Conselho Nacional de Justiça. Essas metas impõem a celeridade processual, de modo, independente da natureza e do histórico do conflito, incentivam os julgamentos em blocos e instituem a produção de sentença em larga escala, constituído ares industriais na produção da Justiça.

Nessa dinâmica de celeridade e de descongestionamento, a Mediação irá adquirir *status* inovador, apresentando-se comum um método rápido, prático e econômico de solucionar os conflitos, substituindo os parâmetros falidos de acesso e de resposta jurisdicional.

Entretanto, a utilização da mediação, indiscriminadamente, é um fator de desnaturalização do ideário de reconstrução dos laços afetivos. Isso é proveniente da ausência de resolução adequada e individualizada pelo Poder Público nos conflitos típicos das relações continuadas, exemplo o conflito familiar.

Nota-se que submeter um conflito de natureza continuada, afetuosa e permanentes à Semana da Conciliação e aos Mutirões é negligenciar a identidade e as peculiaridades da lide familiar, visto que o objetivo dessas Semanas é a produção em série de acordos, acumulando números e cumprindo metas. Com isso, a pacificação social, questão elementar do Poder Judiciário, é esquecida.

É evidente que fórmulas milagrosas para tornar o Poder Judiciário célere são Políticas Públicas ineficazes, no entanto, permitir que os conflitos familiares, típicos pela emoção, pela aflição, pelo tormento e pela afetividade, sejam condicionados à lavratura de acordos é ruir os pilares da mediação familiar.

3 METODOLOGIA

A metodologia utilizada foi teórica a partir do desenvolvimento de pesquisa bibliográfica, da análise histórica do ordenamento jurídico brasileiro e da observação de sessões de mediação no Núcleo de Mediação Comunitária da Jurema e no Núcleo de Práticas Jurídicas no Centro Universitário Christus, no período de vigência da Monitoria.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

A família moderna é proveniente de uma estrutura plural, criando um ambiente propício ao desenvolvimento das divergências e das rupturas dos laços afetivos.

Nessa conjuntura, a mediação familiar visa reconstruir os canais de comunicação, a cooperação dos seus entes, a autonomia das partes e a pacificação social.

Portanto, é fundamental o desenvolvimento da Mediação Familiar, visto que a pacificação social e o Acesso à Justiça são os elementos basilares da Cultura de Paz, promovido pela Mediação.

5 CONCLUSÃO

A nova recomposição do núcleo familiar, atualmente pautada no afeto, evidencia a autonomia e a maior ingerência igualitária entre seus membros, criando um ambiente fértil para a existência de conflitos.

Os conflitos são inerentes aos seres humanos, tendo na família sua faceta mais crônica. Nesse diapasão, a mediação torna-se fundamental, pois visa fomentar o diálogo e reconstruir os laços de convivência, sempre no intuito de resgatar o ambiente mais saudável de convivência pacífica.

Portanto, diante da convivência social, a pacificação dos conflitos é um dever do Estado, que intervém por meio da função jurisdicional. Contudo, esse encargo vem sendo desempenhado de modo ineficaz em decorrência da morosidade judicial e de outros fatores que, em virtude dos meios metódicos e formais, protela no tempo a solução dos litígios.

Desse modo, constatando-se a ineficiência dos métodos jurisdicionais, para solucionar grande parte dos conflitos familiares, vê-se nos meios alternativos de resolução de conflitos a possibilidade de sanar, ou pelo menos responder aos anseios da sociedade com mais praticidade e eficácia.

Nessa perspectiva, adquirindo status inovador, a mediação surge como um instrumento de pacificação social rápido, prático e econômico de resolver conflitos, substituindo os parâmetros falidos de acesso e resposta estatal. Entretanto, tal proposta não pode ser vislumbrada como a salvação do poder estatal, pois a essência da Mediação é a pacificação social, a partir do tratamento individualizado do conflito e da autonomia das partes, independente do lapso temporal exigido para pacificar o conflito.

Portanto, o conflito é inerente ao homem, mas possui sua faceta mais Crônica no âmbito familiar. Nesse diapasão, a mediação torna-se fundamental, pois visa fomentar o diálogo e reconstruir laços de convivência, sempre no intuito de resgatar o ambiente mais saudável de convivência pacífica.

Assim, diante de um tratamento qualificado e especializado ao conflito familiar, é indispensável romper com modelos herméticos e pré- estabelecidos, encontrando-se na mediação a forma mais enérgica e sadia de transação entre as partes.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição Eletrônica: Ed.

Ridendo Castigat Mores. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCUQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ebooksbrasil.org%2Fadobeebook%2Faosmocos.pdf&ei=krorVaOUOJPHsQTpwYDIBA&usg=AFQjCNH9qRdqPAOHW3KbPXsbaNRpq2u0Pw&sig2=8zVcNtm6nr8cOM_IdgkTxw . Acesso em: 30 abr.2015

BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm . Acesso em: 30 abr. 2015.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 24.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de metas do Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao Acesso em:28.Abr.2015.

_____. **Relatório de metas do Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas Acesso em:30.Abr.2015.

_____. **Relatório de metas do Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/74208-mutirao-da-11-vara-de-familia-tem-inicio-no-forum-clovis-bevilaqua-em-fortaleza-ce Acesso em:30.Abr.2015

DE AQUINO, Rubim Santos Leão; DE AZEVEDO, Denize Franco; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. **História das sociedades: das comunidades primitivas às sociedades medievais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Ao livro técnico,2003,p. 269

DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil. **Juristas,** Disponível em: http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:IbHlpvgIp5sJ:scholar.google.com/+mulher+no+c%C3%B3digo+de+1916&hl=pt-BR&as_sdt=0,5 .Acesso em: 30 abr. 2015.

DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil. **Juristas,** Disponível em:http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:IbHlpvgIp5sJ:scholar.google.com/+mulher+no+c%C3%B3digo+de+1916&hl=pt-BR&as_sdt=0,5 .Acesso em: 30 abr. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias. 6.**ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Jus Podivm,2014. v. 6. p. 41. MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Porto Alegre: Artmed, 1998, p.32.

PAULO, Beatrice Marinho. Família: uma relação socioafetiva. **Psicologia na prática jurídica: a criança em foco.** Niterói: Impetrus,2009.p. 48-49.

_____ Família: uma relação socioafetiva. **Psicologia na prática jurídica: a criança em foco.** Niterói: Impetrus, 2009.p. 52.

SZYMANSKY, Heloisa. Teorias e ``teorias´´ de família. *In:* CARVALHO, Maria do Carmo B. de. **A família contemporânea em debate.** São Paulo: EDUC: Cortez, 2002. p. 27.

VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação Como Instrumento De Solução De Conflitos Familiares: A Experiência Da Casa De Mediação Do Pirambu**. 167 f. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2005.

MÉTODOS ALTERNATIVOS: CAMINHO EXTRAJUDICIAL PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS E EMPRESARIAIS

César Nostradamus Ribeiro Machado[68*]
Mara Lívia Moreira Damasceno[69**]

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo, discorrer sobre a solução de conflitos trabalhistas através dos meios alternativos extrajudiciais, como no fenômeno da Conciliação e da Mediação, que são formas autos compositivas e da Arbitragem. A apresentação do presente artigo foi emanada de pesquisas bibliográficas e de observações vivenciadas do Núcleo de Mediação e Conciliação de Práticas Jurídicas da Unichristus. Preliminarmente, importa entender os institutos abordados de forma geral, também estabelecendo distinções entre mediação, conciliação e arbitragem aos quais fazem parte dos meios alternativos de solução de conflitos, para que então, possa ser feita uma avaliação mediante as vantagens de sua utilização, nas práticas laborais. A mediação e a arbitragem são institutos detectados no direito do trabalho, juntamente das negociações coletivas, em que os legítimos representantes dos trabalhadores e empregadores buscam disseminar suas divergências para conclusão de contratos coletivos, fixando condições para continuidade da relação entre ambos.

Palavras – chave: Mediação. Conciliação. Arbitragem. Justiça do Trabalho.

68 *Graduando em Direito pelo Centro Universitário Christus. cesarmachado744@hotmail.com

69 **Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mediadora de conflitos. Advogada. Professora do Curso de Direito na Universidade de Fortaleza e no Centro Universitário Christus. mara_lmd@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Ao se falar em mediação, pode-se compreender um procedimento voluntário que pretende reassumir o diálogo entre as partes litigantes com a finalidade de solucionar as controvérsias de modo mais adequado. A mediação é um método consensual de solução de controvérsias, inserida no Brasil a partir da década 90, desde então suas práticas têm se mostrado inovadoras, mesmo não possuindo a cultura considerável para utilização do instituto, ele vem aumentando cada vez mais seu campo de atuação nessa esfera. Ela traz aos âmbitos trabalhista e empresarial, a disposição para que seus serviços, sempre que desejados, na existência de controvérsias entre empregado e empregador em que desapontamentos por uma das partes, que resulte na insatisfação, demandada entre os envolvidos seja solucionada, já que o direito trabalhista, atualmente chamado de direito do trabalho ou laboral, é o campo do direito que regulamenta as relações subsistentes entre empregados e empregadores.

Assim o objetivo da medição é a aproximação das partes em busca de um fator igualitário que viabilize o acordo. No instituto da mediação, não é obrigatoriamente necessário o acordo final, basta apenas a intenção do mediador e até das partes para tanto, desse modo o mediador torna-se o elo de ligação entre as partes. Assim as mediações trabalhistas, mediante valioso conteúdo de técnicas de solução de conflitos, são aplicadas em fase do conhecimento da controvérsia, em que visam conceder, relevantes resultados a um caminho alternativo, para as partes que desejam ver seu litigio resolvido de forma célere, assim estabelecendo a continuidade da relação entre empregado e empregador.

Por outro lado, a arbitragem ocupa-se de um meio heterocompositivo extrajudicial de solução de litígios, fundamentado no desejo das partes envolvidas, que nomeiam, por meios de procedimentos por elas determinados, uma terceira pessoa com o intuito de decidir as controvérsias, mediante seu arbitramento terá a mesma consequência da solução jurisdicional.

Portanto o objetivo desse trabalho é destacar os principais aspectos e técnicas da mediação de conflitos, na prática de controvérsias no âmbito das relações de emprego, ressaltando os benefícios possibilitados pelo uso efetivo da mediação e da arbitragem nas competições trabalhistas, com o principal interesse em promover o entendimento entre as partes através do diálogo.

A metodologia aplicada na presente pesquisa tem respaldo na coletânea e revisão bibliográfica das obras existentes acerca do tema. Além dos estudos bibliográficos, foi agregado uma análise sobre a utilização dos institutos de resolução de conflitos nas relações trabalhistas, demonstrando de que forma a conciliação, mediação e a arbitragem, atendem à necessidade crescente de aproximar o trabalhador pela busca de proteção estatal sobre seus direitos inerentes, constituindo-se uma menção de grande importância, dado o seu êxito em conferir o direito fundamental dos trabalhadores na forma de fazer Justiça no ambiente trabalhista e empresarial.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Poder Judiciário e os métodos alternativos de soluções de conflitos trabalhistas e empresariais.

Uma das mais conhecidas funções do Estado é a de pacificação social. Essa atividade, denominada por jurisdição, é realizada quando o Estado constitui lides ou conflitos de interesses. Entretanto com o passar do tempo, as relações trabalhistas vêm se desenvolvendo cada vez mais complexas, o que acarreta um significativo aumento na demanda de conflitos. Em razão dessa consequência, o Estado se vê com diversos processos para os quais deve prestar solução apropriada. A partir de então que surge o problema da morosidade da justiça, que causa descrédito ao Poder Judiciário brasileiro e aguça o descontentamento da classe trabalhista.

Na maioria dos casos, o esgotamento conflitante leva à apresentação de propostas favoráveis para um lado em desvantagem ao outro. E, muitas vezes, não se resulta a uma análise mais aprofundada das questões abrangidas, tomando-se por base unicamente as avenças econômicas e

objetivas do conflito, resultando-se em acertos genéricos e sem muita efetividade, o que poderá ter como decorrência o inadimplemento do comprometimento assumido, acarretando o agravamento do conflito ou o surgimento de outras até então subtendido.

Quando um conflito se instaura a primeira coisa que acontece de grave, é que se rompe a comunicação entre as pessoas, e essas partes não conversando mais, não possuem a possibilidade de acordo, surge então a necessidade de uma terceira pessoa, neutra, imparcial que é o mediador, que intervém no conflito com um principal objetivo, que é o de auxiliar as partes a retomarem a comunicação e retornando esse diálogo, a partir de então a possibilidade de acordo surge efetivamente.

> O ponto central da proposta é a instituição da mediação como novo paradigma de justiça, em que todas as pessoas e empresas, antes de propor qualquer medida judicial, busquem resolver o conflito pela mediação. Para tanto, a proposta contempla a instituição de um quadro de mediadores judiciais, registrados perante cada Tribunal de Justiça, composto dentre advogados formados por cursos específicos, mantidos ou supervisionados pela Ordem dos Advogados do Brasil e pelos Tribunais de Justiça. As atividades dos mediadores-advogados serão fiscalizadas pela Ordem dos Advogados. A proposta não exclui as entidades especializadas em mediação e os mediadores independentes, prevendo o cadastro de todos esses que desejarem atuar também para os fins previstos na lei que se propõe. Com a formação eficiente dos mediadores e seu registro perante os Tribunais, espera-se o redirecionamento dos conflitos para o novo mecanismo, em atitude espontânea daqueles que estão na iminência de buscar o Poder Judiciário para resolver o conflito. (CALMON,2007, p.136)

À frente desse raciocínio, entende-se que o exercício de métodos alternativos feito por mediadores, conciliadores e árbitros qualificados e competentes, finaliza a demanda judicial. A carência para o público em geral e empresários, em particular, perante a Mediação Empresarial, é a necessidade de conhecer e distinguir melhor a Mediação e suas ferramentas trazidas consigo na solução de litígios, que é diferente da prática da conciliação e da arbitragem, hoje regulada pela lei n° 9307 de 1996, que trata que seja qual for a pessoa maior e capaz de confiabilidade das partes envolvidas, no conflito pode ser nomeado como árbitro na solução da controvérsia

2.2 Principais diferenças entre: Mediação, Conciliação e Arbitragem

São diversos os dispositivos de solução de conflitos, caracterizados, pela autotutela, autocomposição e heterocomposição. No entanto cada grupo possui sua modalidade, diante a solução do conflito.

> A autotutela ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca. Como se vê a autotutela permite, de certo modo, o exercício de coerção por um particular, em defesa de seus interesses. A autocomposição ocorre quando o conflito é solucionado pelas próprias partes, sem intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia. A autocomposição verifica-se seja pelo despojamento unilateral em favor de outrem da vantagem por este almejada, seja pela aceitação ou resignação de uma das partes ao interesse da outra, seja, finalmente, pela concessão recíproca por elas efetuada. Na autocomposição não há, em tese exercício de coerção pelos sujeitos envolvidos. A heterocomposição ocorre quando o conflito é solucionado por meio a intervenção de um agente exterior a relação conflituosa original. Em vez de isoladamente ajustarem a solução de sua controvérsia, as partes (ou até mesmo unilateralmente umas delas, no caso da jurisdição) submetem a terceiro seu conflito, em busca de solução a ser por ele firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida. (DELGADO, 2014, p.1505)

Diante as três formas na resolução de controvérsias, fica evidente que os dispositivos não se tornam um melhor do que o outro, apenas cada um com suas principais características, apresentam-se mais adequado que o outro, no determinado tipo de conflito que venha a ser solucionado.

A Conciliação é uma etapa prevista em lei, que geralmente acontece durante os processos judiciais, hoje é um procedimento obrigatório dentro do processo, no qual os conciliadores atuam na fase preliminar do processo na tentativa de fazer uma composição entre as partes, buscando através do diálogo, com uso de uma série de técnicas e ferramentas, ver se conseguisse um entendimento desencadeado pelas partes.

> A conciliação é uma forma consensual de resolução de conflitos semelhante à mediação, porém não se pode confundi-las, especialmente na cultura do povo brasileiro. No Brasil, a conciliação é normalmente exercida por força de lei e obrigatoriamente por servidor público, que se adjudica do poder e autoridade conferidos legalmente ao seu cargo para facilitar a resolução do litígio. (WARAT, 2001, p.37)

A conciliação é um procedimento mais célere, pois trabalha-se com causas não tão complexas quanto as que são trabalhadas na mediação, a diferença entre a prática da conciliação e a mediação distingue-se, pelo fato de que na conciliação, existe um terceiro, conciliador, que orienta e direciona as partes na solução do acordo, comentando e propondo soluções. Por sua vez a mediação de conflitos, um terceiro, no caso o mediador, intervém como facilitador da resolução do conflito, colaborando para o restabelecimento da comunicação entre as partes, ocasionando o entendimento à solução da controvérsia que gerou o aquele conflito.

> A mediação não é uma ciência que pode ser explicada, ela é uma arte que tem ser experimentada. Muitas escolas de mediação acreditam formar mediadores como se fossem magos que poderiam acalmar as partes, com seus truques. A magia é outra, consiste em entender de gente. (WARAT, 2001, p.42)

A Mediação no Brasil nunca esteve tão efervescente como nos últimos tempos, atualmente neste país essa prática, vem sendo muito utilizada em diversas Instituições de Mediação, como as Câmaras de Mediação e Arbitragem existentes em todo território nacional, além da existência do ensino da prática de Mediação em algumas Universidades, como a existente no NPJ – Núcleo de Práticas Jurídicas da UNICHRISTUS, essa prática vem sendo cada vez mais aplicada nas instituições de ensino. Pela primeira vez no Brasil, o

Projeto do novo Código de Processo Civil, nos artigos 166 a 176, reconhece a Mediação como uma inovação, ferramenta que vem se destacando cada vez mais, na solução de litígios em geral, subsequentemente ao lado da Conciliação, que já é um procedimento de muita utilização nos dias atuais.

A intervenção de um terceiro, facilitará o diálogo entre duas ou mais pessoas perante o conflito, partindo da asserção de que o passado não tem como ser alterado, porém o presente, com o surgimento do conflito, e o futuro ou não daquela correlação dependerá de uma completa reflexão das partes e gerenciamento daquele litígio.

A mediação é um mecanismo consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes - age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. (SALES, 2010, p. 1)

Nesse momento são oferecidos espaços de diálogos para abster atritos e desperdício de tempo com desentendimentos, em que ambos querem falar e a escuta é deixada de lado, durante horas e horas sem chegar a decisão alguma. “Por meio da mediação, buscam-se as convergências entre os envolvidos na contenda que possam amenizar a discórdia e facilitar a comunicação. ” (SALES, 2010, p. 1)

A Mediação é uma alternativa de entre as partes, com a presença de um terceiro, no caso o mediador, que não intervém no conflito, nem julga, faz um acompanhamento, auxiliando a relação conflitiva, promovendo o procedimento da mediação na qual os envolvidos no conflito irão criar suas próprias soluções, a partir da compreensão e da afeição das próprias partes. É a única maneira de solução de conflitos em que o poder resolutivo nasce das próprias partes envolvidas no conflito, mediante presença do mediador, que desempenha atividade de escuta criativa dentro do conflito.

No caso da arbitragem é totalmente ao contrário há pouca interferência das partes no desenrolar do processo, mas a decisão do resultado final do processo está na responsabilidade do arbitro mas a iniciativa de se resolver a conflito pela arbitragem é realizada por consenso entre as partes, é muito comum quando se necessita de um perito para dar um parecer técnico, sobre tudo o que foi discutido, o nível da negociação é quando há pouca ou nenhuma interferência de uma terceira parte.

A Arbitragem é uma técnica de administrar conflitos, prevista em lei, a lei 9.307, que institui a Arbitragem no Brasil, ela consiste em que uma pessoa, extrajudicial, fora do âmbito judiciário, nomeada pelas partes no conflito possa decidir o resultado final desse conflito através de um documento chamado, sentença arbitral, não precisando de homologação. “A sentença arbitral é um procedimento do árbitro ou do tribunal arbitral para encerrar o procedimento. É o ápice do procedimento, pelo qual se realiza a prestação jurisdicional buscada pelas partes. ” (CAHALI, 2014, p.285)

A lei prevê que qualquer pessoa pode atuar como árbitro e pode ter qualquer formação ou até mesmo não ter nível superior, entretanto é recomendável que tenha nível superior. A diferença básica entre os três mecanismos de solução de é que o árbitro é amparado pela lei N. 9.307/96, tendo poder de decisão, ele decide, já o mediador ajuda as pessoas para que elas mesmas decidam entre si, a controvérsia, essa é a grande diferença, ele facilita o caminho para as partes litigantes.

3 OS CONFLITOS ORGANIZACIONAIS E OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO.

Nem todos os conflitos precisam ser resolvidos pela Justiça, aliás a justiça ela está cheia de serviços, e não consegue resolver tudo em tempo hábil e forma efetiva.

> O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstancias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções auto compositivas. (VASCONCELOS, 2008, p.19)

Basicamente, pode-se denotar que a mediação é uma forma de enfrentar um conflito, como por exemplo a prática do uso da mediação que ocorre no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, quando entidades sindicais de trabalhadores e patrões discutem sob mediação estatal ou privada os termos das Convenções Coletivas, a mediação é útil quando o clima de rivalidade está acirrado.

> Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizeram a mesma coisa). (WARAT,2001, p.31)

Nesse raciocínio o ambiente Empresarial, abrange uma gama de conflitos, internos e externos. No âmbito interno, trata a relação entre empresa e empregados, os conflitos entre os sócios e conteúdos relativos. No externo, abrange os conflitos consecutivos de concorrência entre empresas, entre a empresa e seus consumidores, no exercício de suas atividades, tais como importações, exportações e afins.

> A solução de conflitos configura o objetivo mais evidente da mediação. O diálogo, que é o caminho a ser seguido para se alcançar essa solução, deve ter como fundamento a visão positiva do conflito, a cooperação entre as partes e a participação do mediador como facilitador dessa comunicação. (SALES, 2010, p. 6)

Adversidades nas relações pessoais hoje acarretam muitos conflitos dentro das empresas a grande maioria dos profissionais não conseguem distinguir a informalidade do emprego, causando adversidades, desavenças que comprometem a produção e até chegar ao ponto de serem demitidos.

Nessa acepção, as empresas, para tonarem-se mais efetivas nas relações internas com o mercado trabalhista, estão buscando alterar sua maneira de resolver conflitos, deixando a burocracia e a demora do Poder Judiciário. Nota-se que na maioria dos contratos empresariais, atualmente, permanece

o enquadramento da cláusula compromissória diante a qual os conflitos devem ser acertados: primeiro pela Mediação e se não for exitosa, parte-se para a Arbitragem, desviando assim a apreciação do Poder Judiciário.

Vale ressaltar que a mediação trata com pessoas, as quais subjugam suas próprias interpretações, mediante a controvérsia. Assim sendo, os empresários, ao defenderem suas posições, expõem aspectos subjetivos que emergem no conflito que estão lidando, gerando uma concepção pessoal parcializada e restritiva. Essas circunstâncias acabam dificultando ainda mais a solução da controvérsia. Dessa forma, é considerável delimitar nessa atuação todas as questões subjetivas, não no sentido de separá-las da negociação para facilitar o acordo, mas sim de identificá-las, ampará-las e, com a adequada distinção, demonstrar um andamento eficaz no âmbito do processo de mediação.

> Se somarmos essas contradições internas às outras geradas na luta pelo poder, na rivalidade pelos espaços e pela imposição de nossa vontade, teremos nos aproximado do verdadeiro conceito de conflito interpessoal, onde duas individualidades, confundidas pelas próprias limitações intrapsíquicas, se enfrentam por posições incompatíveis, determinadas pelo desejo de poder mais que o outro, estruturadas numa posição defensiva, cheia de preconceitos, que confunde mais do que esclarece os próprios interesses. (VEZZULLA, 2001, p.27)

Ainda destaca-se que inúmeras controvérsias nesse tipo de relações são resultantes do descumprimento de cláusulas contratuais. Vale ressaltar, por mais acertado, que o contrato, ainda em sua criação, atendeu, no passado, a uma situação econômica e a determinadas expectativas dos contratantes ou mesmo a determinadas conveniências. As mudanças econômicas estão sempre em constantes alterações, seja ela de maneira positiva, seja ela maneira negativa. Mediante mudanças, trazem consigo eventuais descumprimentos contratuais, por força de não atenderem a diligência exigida pela economia a que estão internamente unidas.

Nesse momento, a mediação, em tais casos, tem resultado na criação de uma nova solução para o contrato tendo como argumento básico novas perspectivas dos litigantes, abrangendo-se na maioria dos casos componentes fatores variáveis da economia. E o mediador, diante dessas situações, oferece seu trabalho indicando a exigência da abertura dos empresários e suas empresas com essas mudanças, do mesmo modo que como para o eventual surgimento, de um novo contrato que venha administrar essa relação.

4 MEDIAÇÃO TRABALHISTA: CAPACITAÇÃO E A ATUAÇÃO DO MEDIADOR NO AMBIENTE EMPRESARIAL

A Mediação Empresarial deverá ser usada cada vez, mais frequentemente, pois já existem atualmente, no Brasil, mediadores capacitados, bem formados, que podem ser contratados para fazer a mediação no âmbito Empresarial. Com a demanda no crescimento no âmbito da construção de soluções consensuais. Hoje já existem cursos onde as pessoas se credenciam, preparam os interessados tecnicamente para atuar como mediadores.

Dessa maneira, é fundamental procurar mecanismos e soluções mais céleres e transformadoras, que sejam competentes de dar verdadeiro acesso à justiça, assim como à prestação jurisdicional, com a destinação de solucionar os litígios. Abordando-se uma inovação no tratamento da solução dos conflitos para a desaglomerarão do Judiciário, uma vez que este se depara em apuro, propiciando um aperfeiçoamento na prestação jurisdicional. Deste modo, analisar-se-á a mediação perante o projeto 166/2010 do novo Código de Processo Civil, bem como na Resolução 125/2010, no qual dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento apropriado dos conflitos de interesses.

> A prática da mediação de conflitos pressupõe capacitação para lidar com as dinâmicas de conflito e comunicação. A capacitação em mediação de conflitos inclui, necessariamente, conhecimentos metodológicos de caráter interdisciplinar. O Plano de Capacitação em Mediação – recomendado pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA – prevê um Curso de Capacitação Básica em Mediação abrangendo o modulo teórico básico-prático. Para o modulo teórico-prático são recomendadas abordagens sociológicas, psicológicas, de comunicação e de direito, conforme os paradigmas contemporâneos. Também estão previstos estudos sobre conflitos, os conceitos, os modelos e as etapas do processo da mediação. O programa também prevê um estudo da função, perfil, postura, qualificação, código de ética do mediador e referências às áreas de atuação, a exemplo da mediação familiar, empresarial, trabalhista, organizacional, comunitária, escolar, penal, internacional, e de meio ambiente. (VASCONCELOS, 2008, p.41)

Os empregadores, no Brasil, precisam tomar conhecimento dessas novas vias de solução de conflitos para deixar de lado, com urgência, a demanda fixa por sentenças judiciais, deixando de outorgar ao Poder Judiciário a solução de seus conflitos e, assim, passar a preferir a via da Mediação Empresarial.

> O mediador é aquela terceira pessoa escolhida ou aceita pelas partes, que, com técnicas próprias, facilita a comunicação possibilitando um diálogo pacífico e um acordo satisfatório. O mediador é o condutor da mediação de conflitos – terceiro imparcial que auxilia o dialogo entra as partes com o intuito de transformar o impasse apresentado, diminuindo a hostilidade, possibilitando que as próprias partes encontrem uma solução satisfatória para o conflito. (SALES, 2010, p.47)

A intercessão do mediador nas relações empresariais é imprescindível. O mediador faz a interferência, oferecendo fundamentos de reflexão fundado em fatos, perante aquela relação no passado e no presente com uma visibilidade de construir um horizonte ao qual seja permitido a continuidade dessa relação, seja com o fim, que resultará em uma feição mais pacífica em sua resolução ao final.

> Deve o mediador ser capaz de entender o conflito (ambiente em que ocorre o conflito), ser paciente, inteligente, criativo, confiável, humilde, objetivo, hábil na comunicação, imparcial com relação ao processo e ao resultado. Compete-lhe ainda agir de forma a acalmar os ânimos e fazer com que as pessoas resolvam os conflitos com base na razão e em sentimentos bons. Não deve o mediador deixar que as partes discutam

> tomadas pela raiva, pelo ódio. (SALES, 2010, p.47)

A atuação do mediador acaba por desenvolver a inserção do ponto controverso, pela inteiração de perspectivas diversificadas, consentindo com a cooperação entre os empresários e a procura de opções que assomarão com a mais adequada inovação na solução, resultando no cumprimento mais sincero das obrigações assumidas ao longo da reunião de mediação e após seu encerramento.

Em suma, o mediador, com sua interposição, estrutura um processo de positivação do conflito, que nada mais é do que, o fruto da ligação relacional existente entre as partes conflitantes, diante o passado e presente, com a conscientização de que o futuro depende apenas deles mesmos.

A impaciência e a coação por um resultado célere e imediato é um dos componentes constantes e fator resolutivo e prioritário nas questões empresariais, mediante isso o mediador busca a conscientização, através do conhecimento de que o que está em jogo foram relações importantes para o atingimento de seus negócios, mesmo em operações de pequeno porte. Por isso, o mediador deve estar alerta para as manifestações fechadas, pelo posicionamento apresentado pelos empresários ou quem quer que esteja representando a empresas seja qual for seu segmento no mercado, os quais estão contidos de convincentes argumentos de convencimento, que acobertam seus verdadeiros interesses, seja institucional ou corporativo.

Deste modo, o papel do mediador na esfera deste processo junto ao setor empresarial é o de aperfeiçoar a comunicação entre ambos, contribuindo para que cada parte ao esclarecer seus reais interesses, inquietações, princípios, necessidades e propósitos atribuídos, construam uma melhor compreensão dos objetivos a serem alcançados, estimulando a criatividade, bem como procriar opções de ganhos recíprocos.

5 RESULTADOS

A intervenção de um terceiro atuando na facilitação do acordo e da negociação cooperativa entre duas ou mais pessoas jurídicas, segue do subtendido que as partes envolvidas têm necessidade de urgência na resolução de seus litígios. Para alcançar bons resultados a intervenção de um mediador nestas relações empresariais, traz a possibilidade do questionamento da relação do conflito existente.

Assim como na mediação as características encontradas na arbitragem, a confiabilidade, por notável, refere-se à alternativa de as próprias partes elegerem o árbitro, o que faz com que este conduza o litígio com total legitimidade, por não ser colocado pelo Estado, mas sim em decorrência da autonomia da vontade dos litigantes.

> A arbitragem, como fórmula de solução de conflitos na sociedade, tem sido prestigiada em certas ordens jurídicas (EUA, por exemplo). O mecanismo atua em áreas diversas, como Direito Comercial e Empresarial, Direito Civil e, até mesmo, Direito do Trabalho. No Brasil, entretanto, sua prática ainda não se mostrou frequente em qualquer campo do Direito, embora permitida e incentivada pela ordem jurídica. A mediação, a seu turno, como técnica de aproximação de partes em conflito, em busca da resolução do litigio, por meio dos métodos próprios existentes, sempre foi prestigiada no país, inclusive no Direito Coletivo do Trabalho. (DELGADO,2014, p. 1503).

Existe arbitragem no âmbito dos litígios coletivos de trabalho, em razão da explícita previsão constitucional (artigo, 114, § 1º, CF), in verbis: **"**Art. 114**. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar**. § 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros**".

A controvérsia se instaura quando se defende a ação da arbitragem em questão individuais de trabalho, uma vez que as normas trabalhistas são irrenunciáveis, o disposto artigo 114 da Constituição Federal faz referimento apenas à arbitragem nos conflitos coletivos, sendo correto que o artigo 643 da CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas, que determina que os litígios advindos das relações entre empregados e empregadores serão de encargo da Justiça do Trabalho sua deliberação.

> Art. 643. Os dissídios oriundos das relações entre empregados e empregadores, bem como de trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviços, em atividades reguladas na legislação social, serão dirimidos pela Justiça do Trabalho, de acordo com o presente título e na forma estabelecida pelo processo judiciário do trabalho.»

Os direitos trabalhistas, como norma geral, são patrimoniais acessíveis. A circunstância de existirem regras de ordem pública no Direito do Trabalho não acarreta enunciar que todos os direitos trabalhistas são irrenunciáveis. Poucos direitos na área trabalhista são indisponíveis, como os direitos da personalidade do trabalhador, difusos, coletivos e igualmente os concernentes com o conjunto de regras que se referem à medicina, segurança e ao meio ambiente de trabalho. "No campo do Direito do Trabalho existem normas imperativas que não excluem a vontade privada, mas a cercam de garantias para assegurar sua livre formação e manifestação" (ROGRIGUEZ, 2000, p. 151);

Perante as relações capital e trabalho e vice e versa, que até então é listado por muito enfrentamento de competividade individuais e coletivas, o que gera a causa na busca do Judiciário para se vigorar de seus direitos, sem pensar na legítima solução do conflito que passa pelos dois pólos empregado e empregador, até o momento presente, os dois lados, até hoje não se identificam como interdependentes. Acerca que conclui-se, que, capital não persistirá se não persistir trabalho e trabalho não persistirá sem capital, apesar de que possuam princípios, interesses e deveres distintos. Esta reciprocidade, infelizmente é muito pouca apreciada no Brasil, causando no país, estatísticas como um dos maiores demandantes judiciais na área trabalhista.

Diante o exposto, percebe-se inaceitável a utilização do instituto no feito da assinatura do disposto contrato de trabalho, não sendo, desta forma, válida a inclusão da cláusula compromissória de arbitragem no contrato particular de trabalho, por persistir perceptível que o trabalhador renunciaria aos seus direitos na direção de possibilitar sua contratação. Mediante o pacto laboral, também se percebe inaceitável, pois nesse instante é obvio que o trabalhador, hipossuficiente, se encontra calcado pelo empregador,

depositário do poder econômico, a abrir mão de seus direitos em virtude da preservação do emprego. Já na etapa pós-contratual, o instituto da arbitragem, mostra-se adequado, uma vez que o trabalhador não se depara mais dependente das coações do empregador, podendo assim ingressar comum acordo com este na jurisdição estatal, como na arbitragem, no sentido de solucionar o litígio trabalhista.

Em suma, considerando a posição de inferioridade do trabalhador em relação aos empregadores, a arbitragem, nas dissensões individuais, necessita se envolver de algumas precauções, na finalidade de não se transformar em um meio de fraudar as normas trabalhistas de amparo ao empregado. Sendo assim, a arbitragem provoca a observância de apropriadas regras, com intuito sempre de considerar a categoria profissional do trabalhador.

Em vista disso, aconselha-se a convenção arbitral introduzida em acordos ou convenções coletivas de trabalho, com finalidade de igualar a desigualdade do trabalhador em relação ao empregador pelo representante do sindicato, em que sua atividade plena é proteger os interesses da categoria trabalhadora que venha a representar.

6 CONCLUSÃO

O Poder Judiciário avança, presentemente, ao encontro de formas alternativas na busca das resoluções de conflitos. Diante desse raciocínio, coloca-se, o papel desempenhado pelo Judiciário, perante aqueles que estão dedicados a mudanças razoáveis para que novas concepções e outros campos se abram, com destino a efetividade da Justiça, com a utilização de meios e instrumentos alternativos. Na elevação do conhecimento dos novos protótipos, os chamados métodos alternativos de resolução de conflito (conciliação, mediação e arbitragem), como maneira de dar tratamento adequado aos conflitos e como consequência descarregar o Poder Judiciário.

A implementação nas empresas é certamente, um grande avanço, no sentido de implementar procedimentos inovadores de solução de conflitos, perante o desafio do processo judicial, caracterizado pelo perde e ganha, de caráter dualista, para torna-se um caminho célere, eficaz e satisfatório para todos.

As relações trabalhistas são aquelas que envolvem organizações e sindicatos representativos de seus empregados. Sua proposta é feita por meio de convenções coletivas ou acordos coletivos de trabalho, estabelecidos nas negociações coletivas.

Na conciliação, as partes têm um posicionamento mais importante, em virtude de sua participação na solução do conflito. Discorre-se de um método não adverso, na medida em que as partes desempenham juntas um papel colaborativo, por isso, torna-se a forma preferida de resolução de conflitos. A conciliação é um procedimento mais célere. Na maioria dos casos se estabelece um encontro entre as partes e o conciliador, tornando-se um método bastante eficiente nos conflitos em que, não há, necessariamente, envolvimento de continuidade entre as partes, que preferem procurar um acordo de modo imediata para extinguir a controvérsia e encerrar o processo judicial.

A Mediação Empresarial pode ser o começo de uma modificação nas correlações entre capital e trabalho e reciprocamente, consumidor e fornecedor, sócios entre si e afins, procriando um moderno modelo social em que a agregação de complexidades diante os conflitos no mundo atual, será experimentado em proveito por toda sociedade, colaborando para criar uma civilização cada vez mais equiparada, apta, mental e sociável. Nessa visão, vislumbra-se a importância do momento da instauração, da Mediação Empresarial, que deve ser intensamente incentivada e prestigiada.

O fortalecimento da mediação no Brasil no âmbito judicial trabalhista, efetivara cada vez mais, de maneira positiva as relações entre empregados e empregadores, que buscam solucionar seus conflitos a partir do dialogo produtivo, surtindo maior pacificação nas atividades trabalhistas em especial nos dissídios coletivos.

Por outro lado, a arbitragem é o meio exercido para resolução dos conflitos que tratam a respeito de direitos patrimoniais disponíveis. Pode ser de ampla eficácia quando se tratar de questões bastante específicas, pois um especialista mais sensato decidirá a controvérsia. As negociações entre parceiros trabalhistas, apontam pela inevitabilidade de maior utilização deste instrumento tão competente, econômico e célere.

Ocorre que a procura pela defesa estatal de direitos pertinentes aos trabalhadores, tem congestionado os tribunais judiciais com contenda nessa seara, em que os fatos controversos, poderiam ser resolvidos sem a utilidade de uma ação judicial. Assim o Brasil reconhece a possibilidade da arbitragem, idealizando-se que é viável a introdução da arbitragem nos conflitos individuais do trabalho, reverenciando dessa maneira o limite dos direitos disponíveis do trabalhador.

Instaura-se no estudo em comento a conscientização da ideia de uma sociedade atual, onde, a conciliação, a mediação e a arbitragem são técnicas extremamente eficazes diante à solução de conflitos. Esse, cenário instiga a compreensão de que está se transitando uma transformação no modo de fazer Justiça no ambiente trabalhista e empresarial.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2014.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho**. Curso de Direito do Trabalho**: 13 ed, São Paulo: LTr,2014

ROGRIGUEZ, Plá Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.

SALES, Lília Maia de Morais. **Mediare**: Um guia prático para mediadores. Rio de Janeiro GZ, 2010.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos:** e Práticas Restaurativas, São Paulo: Método, 2008.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**, Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil. Curitiba: Habitus, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

DIREITO À EDUCAÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL, SOB A ÓTICA DA JUSTIÇA SOCIAL

*Cíntia Cordeiro Nogueira dos Santos **
*Janete da Silveira Wilke ***
*Antônio Torquilho Praxedes ****

"Se nada ficar destas páginas, algo, pelo menos, esperamos que permaneça: nossa confiança no povo. Nossa fé nos homens, na criação de um mundo em que seja menos difícil amar".
(Paulo Freire, *Pedagogia do oprimido*, 1987, p. 107).

RESUMO

O trabalho investiga como a Educação pode ser uma ferramenta para efetivação da igualdade material entre os cidadãos, na República Federativa do Brasil. A problematização encontra-se sedimentada nas precárias condições de vida da maioria da população brasileira que, paradoxalmente, habita uma das dez maiores economias do planeta. O objetivo do trabalho é compreender como a questão da melhoria das condições de vida proporciona senão a eliminação da desigualdade econômica, pelo menos a sua diminuição e controle, por meio do empoderamento da população que a Educação pode proporcionar. A pesquisa utiliza-se de bibliografia interdisciplinar, concentrada não apenas no papel do Direito, como garantidor de uma ordem social capaz de realizar uma justiça social, mas também e sobremaneira na Educação, como instrumento disseminador de valores sociais que integram a noção de justiça social, em uma sociedade democrática.

Palavras-chave: Justiça social. Educação. Ordem social. Igualdade. Liberdade.

RÉSUMÉ

Le travail étudie comment l'éducation peut être un outil pour l'égalité matérielle efficace entre les citoyens, la République fédérative du Brésil. Le questionnement est réglé dans des conditions de vie précaires de la majorité de la population qui, paradoxalement, habite l'une des dix plus grandes économies du monde. L'objectif est de comprendre comment la question de l'amélioration des conditions de vie de fournir seulement l'élimination de l'inégalité économique, au moins sa réduction et le contrôle, par l'autonomisation de la population que l'éducation peut fournir. La recherche fait usage de la littérature interdisciplinaire, concentrée non seulement dans le rôle du droit en tant que garant d'un ordre social capable de réaliser une justice sociale, mais aussi grandement de l'éducation comme un instrument de diffuseur des valeurs sociales qui intègrent la notion de la justice sociale dans une société démocratique.

Mots-clés: La justice sociale. Éducation. L'ordre social. Égalité. Liberté.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir como o direito à Educação interfere na promoção da igualdade material, realizando a justiça social prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a pesquisa começa pela discussão do papel da educação como ferramenta desenvolvedora das aptidões inerentes ao ser humano, preparando-o para a vida cidadã e para o trabalho. Esses dois últimos elementos, quais sejam, a cidadania e a vida laboral, são as duas diretrizes garantidoras da liberdade e da igualdade, mormente proporcionam a consecução da dignidade da pessoa humana.

Essa discussão passa, ainda, pelo exame da legislação, tendo como supedâneo principal o texto constitucional. Tendo em vista que a Lei Maior do Estado brasileiro previu, em seu texto, um conjunto de valores e de objetivos a serem alcançados pela Sociedade, torna-se necessário reconhecer o seu aspecto político, ao lado do jurídico, na constituição de uma sociedade livre, fraterna e solidária.

Dessa maneira, investigando não apenas os princípios jurídicos basilares deste tema de investigação – justiça, solidariedade e liberdade – como coadjuvantes na construção de uma igualdade formal entre cidadãos – no acesso ao poder -, mas também pocurando delimitar como se poderia alcançar uma diminuição da desigualdade material entre os indivíduos por meio dos mecanismos promotores da justiça social, conforme mecanismos já citados que são alicerces para o desempenho de um trabalho digno e de uma participação social na distribuição de riquezas, pela via das políticas públicas criadoras de oportunidades de melhoria das condições de vida da população.

A grande questão a que se propõe esta investigação é a de perceber que a democracia não é um aspecto meramente político-administrativo, senão um conjunto de diretivas organizadoras da vida social e, nesse âmbito, mantenedora das condições socioeconômicas que determinam a inserção efetiva do povo na vida econômica do País. Nesse sentido, a Educação desempenha um papel arrebatador sobre as desigualdades formais e materiais dos indivíduos, pois, além de fornecer os conhecimentos necessários para a garantia da sobrevivência – tendo o trabalho como um valor social –, também assegura a preparação para o acesso ao Poder social, nele incluso não apenas a parcela da soberania (âmbito político do Poder), mas também o acesso ao Poder Econômico.

Assim, parte-se da hipótese de que é possível utilizar a Educação como forma de efetivação da igualdade material entre indivíduos. Essa hipótese é investigada de maneira discursiva, tendo por base a doutrina pedagógica de Paulo Freire e como sustentação objetiva as normas jurídicas constantes no ordenamento jurídico brasileiro. A perspectiva adotada decorre dos direitos fundamentais sociais elencados na Constituição da República e as políticas públicas sociais voltadas ao problema da melhoria da condição de vida da população. Essa argumentação, ainda, leva em consideração a ideia de desenvolvimento sustentável, constante das diretrizes dessas mesmas políticas públicas que se assentam no crescimento econômico, na melhoria das condições de vida da população e na proteção ao meio ambiente natural e social.

Embora seja um tema extremamente controverso, o papel do jurista é examinar todas as possibilidades disponíveis no ordenamento para a solução de problemas, e a proposta é investigar o problema da desigualdade material e as possíveis soluções jurídicas ao problema, mesmo que se considere que esse fenômeno seja insolúvel – pelo fato de estar diretamente ligado ao problema da escassez na natureza. Força, portanto, é abordá-lo de maneira objetiva, de forma a pelo menos discutir quais as possibilidades e as limitações a ele associadas.

1 REFERENCIAL TEÓRICO

A Justiça é um dos princípios diretores da República brasileira, prevista desde o preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Associada aos seus princípios corolários – liberdade, igualdade e segurança -, ela se transforma em *justiça social* quando é inserida no contexto do exercício dos direitos sociais e individuais de uma sociedade que propugna ser fraterna, pluralista e sem preconceitos, com vistas a assegurar o bem-estar da população. É nesse molde, isto é, na procura de uma sociedade que garanta o bem-estar pelo desenvolvimento socioeconômico sustentável, que o legislador constituinte originário designou a finalidade do ordenamento jurídico brasileiro, no sistema constitucional vigente, desde os objetivos do Estado consagrados no art. 3º, até a estruturação dos princípios que regem a ordem econômica que dá sustentabilidade a esse modelo de ordenação social, no art. 170 (BARZOTTO, 2003).

Isso significa que a consecução de uma harmonia social, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por norteamento o valor da dignidade da pessoa humana, seria a base de uma democracia estruturada na participação dos cidadãos, tanto na esfera política, quanto na econômica (BARZOTTO, 2003). Entretanto, convém dizer que se está a discutir não o aspecto puramente jurisdicional da Justiça – nas ilações que provocam as mais antigas ligações entre o Direito e a Lei, a Lei e a Justiça -, mas o seu contexto político, econômico e social. Essa abordagem revela que a justiça social ultrapassa a mera tarefa de dizer o Direito, inserindo o jurista no capítulo da satisfação das condições mínimas de uma existência digna, fundada na cooperação entre os indivíduos na construção de um País mais justo.

Este é o discurso político que perpassa o texto constitucional: a de uma justiça social igualitária que redescubra o potencial latente da população, com o fito de reduzir as desigualdades sociais e regionais. Porém, para o cumprimento desse objetivo, curial é perceber que o Estado dispôs de um conjunto de políticas públicas – estudadas por Norberto Bobbio na categoria de sanção promocional (BOBBIO, 2007, pp. XI-XII) – que visam à promoção de uma igualdade no acesso às oportunidades, redistribuindo o poder numa esfera antes jamais positivada no ordenamento; intervindo na Economia e nos direitos a ela relacionados, por meio da defesa dos direitos fundamentais sociais: "a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados" (art. 6º da Constituição Federal).

É exatamente nesse contexto da defesa desses direitos essenciais à pessoa humana que desponta a Educação, sendo ela o esteio pelo qual o indivíduo poderá desenvolver o seu potencial pessoal, preparar-se para uma vida cidadã e adquirir competências para o trabalho, conforme preceitua o art. 205 da Lei Maior, ajudando a diminuir a desigualdade crônica na qual se encontra a Sociedade brasileira. Mas tem-se em vista que os discursos jurídicos hegemonicamente transferem a responsabilidade da desigualdade econômica apenas para a esfera da Política, em moldes discursivos dominados pelas Ciências Econômicas. Isso submete o problema a parcialidade inerente a essas discussões sociais, diante das quais o economista francês Thomas Pikkety faz a seguinte admoestação:

> A realidade concreta e orgânica da desigualdade é visível para todos os que a vivenciam e inspira, naturalmente, julgamentos políticos contundentes e contraditórios. Camponês ou pobre, operário ou dono de fábrica, servente ou banqueiro: cada um, a partir de seu ponto de vista peculiar e único, vê aspectos importantes sobre as condições de vida de uns e de outros, sobre as relações de poder e de dominação entre grupos sociais, e elabora a sua própria concepção do que é justo e do que não é (PIKETTY, 2014, p. 11).

Nesse sentido, de uma justiça social igualitária, que confira igualdade de oportunidades para todos, independentemente do pano de fundo socioeconômico no qual o ser humano esteja inserido, surge o direito à educação com igualdade de condições para o acesso à escola e permanência nela, de forma a propiciar o acesso à formação de qualidade e democrática, num ambiente plural de ensino e aprendizagem (art. 206 da CF88). Essa perspectiva aflora em razão de que a justiça, como um valor humano, é construída mediante a disseminação de conceitos éticos, construídos socialmente, conforme a cultura de um povo. Como fica evidente, essa concepção orientou a assembleia nacional constituinte a adotar, dentre outras medidas, a gratuidade do ensino público, com a possibilidade de uma participação democrática na gestão da escola e a proteção da atividade de magistério, com piso salarial e outras garantias constitucionais para o seu pleno desenvolvimento, tudo isso com o fito de diminuir e, por fim, eliminar a exclusão social, que pode ser delimitada nos moldes dos estudos realizados pela pesquisadora social Maria da Glória Cohn:

> O fenômeno da exclusão social passa então a ser entendido como um fenômeno mais abrangente, envolvendo as esferas econômica, política, cultural e social da rede de sociabilidade dos indivíduos, e com essa ampliação remetendo ao conceito de vulnerabilidade social, ou de grupos socialmente vulneráveis, ou ainda, de grupos em situação de risco (COHN, 2004, p.5).

O objetivo da educação, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é proporcionar ao indivíduo a possibilidade de adquirir conhecimento para que possa trabalhar para seu sustento e participar ativamente na sociedade, trazendo, portanto, melhorias para si e para sociedade. Afirma, ainda, que esse é o processo para cidadania e uma democracia real. Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Alexandre de Morais considera que o "acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático" (MELO *apud* MORAES, 2005, p. 2084).

Ultrapassando esse conceito inicialmente apresentado, surge o comentário de Márcia Cristina de Souza Alvim (2006,

p.185-186) que declara ser a educação não só a transmissão de conhecimento, como também o desenvolvimento pleno do indivíduo em seus aspectos pessoais, morais, sociais, políticos, entre outros, para poder enfrentar circunstâncias que vão surgir no decorrer de sua vida. Desafios esses que são materiais e emocionais tendo equilíbrio para poder perceber o seu direito a uma vida digna. Nas palavras da autora:

> [...] deve habilitá-lo para lidar com as múltiplas demandas que a vida vai constantemente lhe oferecer. Demandas de ordem econômica, material, mas também demandas afetivas, emocionais, igualmente capazes de alterar o delicado equilíbrio da sensibilidade humana, instância para a percepção daquela dignidade de que nos ocupamos aqui [...]" (ALVIM, 2006, p.185-186).

Esse potencial emancipatório da Educação já havia sido destacado pelo pedagogo e jurista **Paulo** Reglus Neves **Freire** que, elaborando grande parte de sua doutrina durante a vigência do regime jurídico-político de exceção e autoritário de 1964-1988, criou aquilo que se pode chamar de **pedagogia da libertação**. No conjunto de sua obra, o autor pernambucano destacou-se por empreender um exame acurado da importância da Educação em uma sociedade democrática, e como ela seria o mecanismo de emancipação do povo. **Educar para o exercício da liberdade** seria um dos bordões que poderiam sintetizar melhor a obra desse pesquisador, tendo em vista que a sua escrita indica uma preocupação com a conscientização do educando acerca de sua realidade, de forma a lhe proporcionar as ferramentas para a mudança de sua situação.

Na concepção **freiriana**, o homem, por ser um ser histórico, tem a capacidade de agir e refletir. Nesse contexto, ao observar a sua própria realidade, poderá construir objetivos e transformar o seu futuro. Freire condiciona **compromisso verdadeiro** e **solidariedade** ao homem, devido a sua ligação com a realidade. Ao se profissionalizar, o homem assume uma dívida com a Sociedade, mas, antes de tudo, deve estar comprometido consigo mesmo. Quando ele é solidário e defende os **precisados**, é verdadeiramente um profissional comprometido com a Sociedade, já aquele que só é solidário quando recebe algum benefício é um falso profissional, além do fato de que ainda há aqueles que não querem se comprometer com o bem comum (FREIRE, 1979, p. 06-07). Dessa forma, Freire critica o tecnicismo, pois o profissional deve usar as técnicas e não ser escravizado por elas. Afirma, também, que as ideias e as técnicas importadas alienam o homem, porque estão fora de seu mundo. Ademais, é de extrema importância que as técnicas importadas se adequem à realidade local, sendo adaptadas com criatividade, e que, na hora de sua transformação, haja mudanças e superações para não ameaçar o verdadeiro compromisso e a realidade local. Assim, o autor conclui que "[...] A primeira condição para que um ser possa assumir um ato de comprometido está em ser capaz de agir e refletir". (FREIRE, 1979, p. 07).

Assim, para Paulo Freire, enquanto categoria, a educação é necessária pelo próprio inacabamento ou pelo devir dos conhecimentos, uma vez que provem da própria imperfeição do ser humano e de sua busca para ser mais perfeito. Por meio da educação, ele busca uma ligação com o saber, com a esperança de, ao encontrar aquilo que procura, encontre, também, o conhecimento e o amor. Além disso, sendo o homem um ser social, essa busca deve ser feita sempre com a participação de outros homens. Desse modo, a busca sempre será mais solidária, visto que, sendo solitária, somente agregará bens, privilegiando o **ter** em detrimento do **ser**. Freire afirma que o educando deve ser estimulado na sua consciência reflexiva para buscar completar sua realidade, transcendendo as limitações impostas pela realidade para projetar um futuro conforme seus desejos e, consequentemente, ultrapassar suas limitações temporais, por fazer-se, em seu tempo, um ser socialmente histórico. Isso o faz um agente de transformação, por romper as barreiras ideológicas que o aprisionam, atingindo, dessa forma, o conhecimento socialmente útil, visto que "[...] Quanto mais dirigidos são os homens pela propaganda ideológica, política ou comercial, tanto mais são objetos de massa" (FREIRE, 1979, p. 17).

Na concepção do Paulo Freire, o papel do trabalhador social que opta por mudança tem por escopo conscientizar os indivíduos com quem trabalha e, ao mesmo tempo, promove uma conscientização nele mesmo. Isso porque, ao fazer sua opção pela transformação social, está sujeito a duas possibilidades concretas: ou aceita a mudança verdadeiramente, ou permanece na atual situação de opressão/dominação. É nesse sentido que, na obra "Pedagogia do oprimido", Freire destaca que o objetivo da educação é a luta pela liberdade, direcionando seu discurso aos economicamente desprovidos: "Aos esfarrapados do mundo e aos que neles se descobrem e, assim descobrindo-se, com eles sofrem, mas, sobretudo, com eles lutam". (FREIRE, 1987, p. 12).

Na qualidade de agente transformador, caso opte pela aceitação verdadeira de seu papel conscientizador, sua decisão não poderá ser imposta aos demais, mas será observada pelos demais por meio da aplicação de suas técnicas de ação. De acordo com o pedagogo, "[...] o trabalhador social não pode ser um homem neutro frente ao mundo, um homem neutro frente à desumanização ou humanização, frente à permanência do que já não representa os caminhos do humano ou às mudanças destes caminhos" (FREIRE, 1979, p. 26). Na análise elaborada por Freire, há uma profunda reflexão sobre o homem em sociedade e suas condições culturais, mediante ação educativa e condiciona a essa reflexão, na implantação de seu método. O autor detalha o seu método educacional direcionado aos adultos, considerados como sujeitos ativos, críticos e criticistas, que devem ter uma relação horizontal, com a presença de amor, humanidade, esperança, fé e confiança (FREIRE, 1979, p. 38-42). O seu método é também uma análise a respeito de compromisso, educação, estrutura social, Sociedade entre outras categorias. De acordo com o pedagogo pernambucano, o ser humano busca sempre ser mais perfeito e, por esse motivo, pedagogos, sociólogos, políticos e teólogos deveriam ter interesse em conhecer seu método, com a finalidade de facilitar os processos de ação e mudança.

Concebendo e ilustrando a relação contraditória entre opressores e oprimidos, Freire deduz que a luta para acabar com essa situação desumana, causada pelas situações concretas nas quais opressor determina os sistemas de controle social, é a chave para uma revolução no campo da opressão em busca de mudanças em favor dos oprimidos. E essa luta tem de ser cautelosa, pois poderá tornar os que antes eram opressores em novos oprimidos, trocando somente a posição

entre os personagens em condição antagônica, sem modificar a situação e a opressão. Isso porque, a seu ver, a Educação, no Brasil, descreve a desigualdade, a marginalização e a miséria existente no País. A modificação do meio e a consciência social devem acontecer dentro da Sociedade, pois o ser humano é um ser social – como já mencionado acima e já sedimentado desde a filosofia helênica. Por essas razões e ao estudar a situação de fato na qual se encontrava (e ainda se encontra) o Sistema de Educação brasileiro, Freire aduz que o **não pensar** é algo que favorece a dominação dos que estão no poder, porque, por meio do **não pensar**, obtêm domínio e passam a ter uma maior quantidade de oprimidos em suas mãos. Por sua vez, os oprimidos, sentindo-se impotentes, submetem-se com o fito de garantir sua sobrevivência (FREIRE, 1987, p. 12).

No sistema de ensino que Freire denomina de **educação bancária**, é o educador que educa; ele que sabe, que pensa, que determina e impõe os conteúdos e os métodos. Ele é a autoridade maior, e o educando, aluno, será somente **depósito**, ou seja, será aquele que irá receber mecanicamente o que lhe for determinado, não deixando espaço para o ato de pensar (FREIRE, 1987, p. 32). Para o pedagogo brasileiro, produzir conhecimento é ensinar a **pensar** e **problematizar**, em atividade que presume a realidade dos envolvidos no processo, pois, somente conhecendo a real situação em que vive o oprimido, é que se terá condições de buscar a igualdade a que cada um tem direito. O opressor conquista pela imposição de sua cultura, divide o povo para que este não tenha força, manipula para atender seus objetivos; ele impõe sua visão de mundo, e o oprimido tem de se guiar por ela. A transformação do meio somente será possível quando o homem obtiver consciência social. Isso porque os opressores desejam "[...] transformar a mentalidade dos oprimidos e não a situação que os oprime" (BEAUVOIR *apud* FREIRE, 1987, p. 34).

Compreender a Educação como um processo dialógico é crucial para a prática da liberdade (FREIRE, 1987, p. 44). Essa dialogicidade deve estar presente em todas as etapas da Educação; ela é de suma importância, é a essência da Educação, e é, por meio dela, que se pode adquirir a liberdade de escolha. O diálogo é uma necessidade da própria existência e, segundo Freire, fundamenta-se no amor ao mundo, à vida, aos homens. Nas palavras do autor:

> Quando tentamos um adentramento no diálogo, como fenômeno humano, se nos revela algo que já poderemos dizer ser ele mesmo: a palavra. Mas ao encontrarmos a palavra, na análise do diálogo, como algo mais que um meio para que ele se faça, se nos impõe buscar, também, seus elementos constitutivos. [...] Não há diálogo, porém, se não há um profundo amor ao mundo e aos homens. [...] O diálogo é este encontro dos homens, mediatizados pelo mundo, para pronunciá-lo, não se esgotando, portanto, na relação eu-tu (FREIRE, 1987, p. 44-45).

Todas essas diretrizes educacionais deverão fazer parte da vivência desses educandos, no processo de ensino e aprendizagem, com vistas à concretização da liberdade social, econômica, política e jurídica desses cidadãos, precisando desenvolver seus conhecimentos com amparo na crítica, na conscientização e na liberdade de escolha, na possibilidade de poder reagir às condições de vida que lhes são impostas e que sua capacidade de indignação aflore fundamentada no conhecimento, na ética e na justiça para lutar contra as opressões que estejam sofrendo, não somente na educação, como também na política e no social.

Assim, pode-se somar uma nova característica a esse ser social, qual seja, a de indivíduo pensante, que age conscientemente para que a transformação do mundo se faça por meio da reflexão e da ação. A ação pedagógica surge para tornar possíveis novas maneiras de transformar a Sociedade, pois essa dinâmica não encontra como vítimas apenas os desprovidos de riquezas materiais, visto que os opressores também são oprimidos pelo sistema educacional que lhes impõem condições de trabalho para satisfazer os objetivos de seus opressores:

> Assim como o opressor, para oprimir, precisa de uma teoria da ação opressora, os oprimidos, para se libertarem, igualmente necessitam de uma teoria de sua ação. O opressor elabora a teoria de sua ação, necessariamente sem o povo, pois que é contra ele. O povo, por sua vez, enquanto esmagado e oprimido, introjetando o opressor, não pode, sozinho, constituir a teoria de sua ação libertadora. Somente no encontro dele com a liderança revolucionária, na comunhão de ambos, na práxis de ambos, é que esta teoria se faz e refaz. (FREIRE, 1987, p.107).

O oprimido tem de se descobrir oprimido e, ao mesmo tempo, descobrir seu opressor, mas só isso não basta. Ele tem de encontrar os outros oprimidos e, juntos, ultrapassarem a barreira da **ignorância**, de serem também culpados na sua opressão, e por meio da união da coletividade e do conhecimento, tenham movimentos de ação para modificar o estado em que se encontram. "Ninguém liberta ninguém, ninguém se liberta sozinho: os homens se libertam em comunhão" (FREIRE, 1987, p. 29).

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

A metodologia aplicada neste trabalho foi a pesquisa bibliográfica, constituindo-se em levantamento de dados e informações em livros e artigos científicos sobre a temática do direito à educação, também por meio de consultas à Constituição Federal de 1988. A pesquisa é descritiva e tem, como objetivo, a partir das informações estudadas, definir a relação que existe entre a educação e a justiça social, ou seja, como o jurista pode se valer das normas constitucionais relativas à educação para promover uma melhor igualdade de condições de acesso à melhoria das condições de vida da população. Essa ideia de uma educação transformadora encontra respaldo na legislação vigente e, por meio das diretrizes pedagógicas emancipatórias, pode concretizar o ideal de igualdade de oportunidades para a melhoria de vida dos cidadãos brasileiros.

Para confrontar aquilo que se pode chamar de ideais democráticos e conceitos teórico-científicos em relação ao direito à educação, foram colhidos dados demográficos referentes à educação e ao trabalho do sítio de *internet* do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Essa análise pode corroborar ou negar as teses críticas apresentadas pelos doutrinadores escolhidos, servindo de controle epistemológico entre os conhecimentos e as práticas sociais.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Diante da revisão bibliográfica efetuada, pode-se constatar o distanciamento entre, de um lado, as propostas teóricas da pedagogia e as disposições constitucionais e, de outro, os índices colhidos pela pesquisa demográfica realizada pelo IBGE, em 1996. Como se pode perceber, à partida, não existem dados atualizados sobre a questão da educação e do emprego, mas os dados demonstram como, em 08 anos de vigência da Constituição da República, ainda havia uma grande parcela de jovens (com 20 anos de idade) que, vindos de diferentes níveis de escolaridade familiar (nível da escolaridade da mãe), encontravam-se em situação de desemprego. Ainda, deve-se constatar que a empregabilidade não é apenas um fator social, isto é, dependente exclusivamente da adesão dos indivíduos às condições de trabalho ofertadas e de fatores puramente econômicos, ligados aos interesses de mercado. Os dados coletados referem-se às regiões metropolitanas de Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre, deixando de fora uma enormidade de cidades brasileiras. Não obstante isso, pode-se ver que há uma disparidade entre os níveis de jovens economicamente ativos, quando se comparam os índices entre diferentes panos de fundo socioeconômicos.

Pegue-se, em primeiro lugar, os índices referentes aos jovens cujas mães não eram alfabetizadas (total de 4.615.099): 44,41% desses jovens eram economicamente inativos. Quando comparados aos jovens cujas mães eram somente alfabetizadas, esse índice cai para 38,61%. Se a análise avançar para a situação de inatividade econômica dos jovens cujas mães possuem o ensino médio completo, vê-se que o índice é de 28,31%, enquanto na situação de mães com nível superior completo, esse índice chega a 29,54%. Conforme se pode constar, conforme se avança na escolarização das mães, diminui o índice de inatividade econômica dos jovens de 20 anos de idade, com uma aproximação entre aqueles referentes ao nível médio e ao nível superior, com aumento de menos de 01 ponto percentual.

Pode-se deduzir que, conforme aumenta a escolarização familiar, ocorre aquilo que Paulo Freire chama transformação ou mudança por meio da disseminação do conhecimento. Isso se for considerado que, em apenas 08 anos de vigência da nova Carta Constitucional, ainda não havia condições de implementação dos direitos sociais previstos, muito menos uma reestruturação dos processos de ensino nas regiões metropolitanas analisadas. Porém, mesmo não existindo dados atualizados que possam refutar as teorias de Paulo Freire, nem demonstrar a efetividade da educação (ensino e aprendizagem no Brasil), parece ser um consenso que a Educação é uma ferramenta transformadora da realidade, se for analisada apenas a questão do preparo para o trabalho.

Com efeito, a especialização para o trabalho é uma das condições de desenvolvimento do sistema de produção, sendo mesmo associada diretamente ao desenvolvimento tecnológico. Isso por si só resultaria na conclusão de que, havendo mais educação, melhora a produção. Mas a questão de saber como a Educação afeta a Democracia vem da ideia de que os regimes democráticos se fundamentam na troca de experiências e no debate entre as diferentes perspectivas políticas em torno de questões pontuais. Essa constatação atende, inclusive, à diretriz de uma Sociedade plural, calcada na participação de todos, conforme disposto na Constituição de 1988. A Educação, assim, fornece basicamente os dados que fundamentarão os argumentos entre os atores sócio-políticos. Quanto mais a informação é submetida à análise crítica, mais conclusivas são as ideias que delas podem surgir: quanto a sua adequação ou inadequação aos problemas a que visam solucionar.

Daí decorre o interesse na continuidade das investigações e do aprimoramento deste trabalho. Ante a continuidade do projeto de pesquisa individual, será possível corroborar as ponderações doutrinárias aventadas, diante da importância do tema para a formação de uma República verdadeiramente democrática.

5 CONCLUSÃO

É uma tradição ocidental conceber a Educação como mecanismo de disseminação de ideias e de fomento do desenvolvimento das Sociedades. Desde a Antiguidade grega depositou-se grande esperança nos processos de educação, o que culminou na estruturação de processos de ensino voltados à constituição de cidadãos aptos ao debate político e ao trabalho. É nesse sentido que foram adotadas regras constitucionais específicas para tutelar o desenvolvimento da Educação no País.

Prevista como direito fundamental social, ela é regulamentada como instrumento de qualificação para o trabalho, como processo apto ao desenvolvimento pleno das aptidões humanas, na formação do indivíduo e como contribuinte à formação cidadã. Entretanto, não pode ser ainda aplicada como mero instrumento de preparo para o mercado, pois isso retira-lhe a centralidade na formação do caráter e da personalidade, com as limitações éticas que decorrem da característica sócio-política do ser humano.

Assim, considerado como elemento integrante e integrado na malha social, é cobrada tanto do educador quanto do educando uma preocupação em torno dos resultados do processo de ensino e aprendizado. Essa diretriz tem como principal foco a reconstrução social, por intermédio da inserção social dos indivíduos, e a transformação dos contextos sociais de exclusão social, que proporcione uma mudança positiva das condições de vida, garantindo, assim, o bem-estar positivado no ordenamento jurídico.

Portanto, a disseminação de uma educação que torne o educando consciente das limitações materiais e da sua condição socioeconômica deve ser um mecanismo de transformação democrática, que possa inserir a camada desprovida da população em um ambiente de igualdade de condições de vida, trabalho e convivência social, tendo, por esteio, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Márcia Cristina de Souza. **Direitos Humanos Fundamentais**: positivação e concretização. São Paulo: Edifieo, 2006.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

_____. Pedagogia do oprimido. 17ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. In: **Revista Jurídica Virtual**, Volume 5, número 48, maio/2003. Brasília: Casa Civil, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS. htm>. Acesso em: 12 de março de 2015.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri: Manole, 2007.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI.** Tradução: Mônica Baumgarten. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

COHN, Maria da Glória. Programas de transferência de renda e a questão social no Brasil. In: **Revista Estudos e Pesquisa**, v. 85, set. 2004, Instituto Nacional de Altos Estudos (INAE). Rio de Janeiro p. 1-16. Disponível em: <http://forumnacional.org.br>. Acesso em: 03 de março de 2015.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Educação e trabalho. Tabelas completas: "Regiões Metropolitanas de Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre". Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 1996. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Educacao_e_Trabalho>. Acesso em: 10 de abril de 2015.

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COMO DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS DA LESIVIDADE E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Daniel Ribeiro Garcia Filho, autor[70]
Rodolfo Franco, orientador[71]

RESUMO

O presente artigo, mediante pesquisas teóricas, tem como objetivo a constatação ou não da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, sendo, como hipótese, a inadequação dessas espécies de crime com certos princípios constitucionais penais, quais sejam: princípio da lesividade e da intervenção mínima, tendo sido realizada a identificação e a definição dos princípios penais da Carta Magna, perfazendo-se, preliminarmente, breves comentários acerca do caráter normativo dos princípios, inaugurado pelo pós-positivismo, com o fito de, após, definir os crimes de perigo e diferenciá-los dos crimes de dano, confrontando aqueles delitos com os princípios da ofensividade e da *ultima ratio,* confirmando ou não a hipótese.

Palavras-chave: Crimes de perigo abstrato. Princípios Constitucionais. Constitucionalidade**.**

ABTRACT

This article has the objective of find or not find the constitucionality of abstract danger crimes by theoretical research. The article's hypothesis is the incompatibity of these crimes with certain constitucional principles, such as the principle of harmfulness and of minimum intervencion. The article is organized by the identification and the definition of these principles as it is made some comments about the normative force of the principles, also it is demonstrated the definion of abstract danger crimes for at the end face up these crimes with the principle and confirm or not the hypothesis.

Key words: Abstract danger crimes. Constitutional Principles. Constitutionality.

70 Graduando em Direito no 6° semestre. Endereço eletrônico danielgarcia_filho@hotmail.com

71 Formado em Direito pela Faculdade Christus. Professor de Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus). Endereço eletrônico: rodolfo_fmv@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o legislador criou inúmeros tipos penais, o que resultou em uma inflação legislativa no âmbito penal, sendo grande parte desses delitos de perigo abstrato. Esse fenômeno legislativo ocorre, principalmente, devido ao aumento expressivo da criminalidade e da impunidade no mesmo período, acarretando a perda de confiança do cidadão no sistema jurídico-penal com a não-efetivação da finalidade geral positiva das penas, isto é, boa parte da sociedade não acredita mais no poder do Estado de fazer valer suas normas, em especial, as de Direito Penal, logo tal expansão normativa é uma reação ao período que se vivencia.

Em virtude disso, iniciou-se um processo de reflexão acerca da adequação desses crimes de perigo abstrato aos princípios orientadores do Direito Penal Moderno, em especial, o da ofensividade ou lesividade e da intervenção mínima. Tendo em vista que, segundo o raciocínio moderno sobre o Direito Penal, no processo legislativo de normas penais, o legislador deverá ser orientado tanto pelas normas-regras como pelas normas-princípios.

Assim, seriam os crimes de perigo abstrato incompatíveis com o Direito Penal Moderno por desrespeitarem tais princípios?

Desse modo, buscou-se, por meio do presente artigo, definir os crimes de perigo abstrato, apresentar os princípios constitucionais penais, e, ao final, constatar a adequação de tais delitos com a ordem jurídica brasileira, tendo, como hipótese, a idéia de que os tipos perigo abstrato não são compatíveis com uma visão garantista do Direito Penal, já que são uma antecipação da tutela penal em relação à efetiva lesão ou perigo ao bem jurídico protegido, violando, portanto axiomas de importante relevo para o Direito penal, como o da lesividade, da intervenção mínima e da culpabilidade.

Para tanto, o artigo foi organizado para que, primeiramente, fosse demonstrado os princípios constitucionais de Direito Penal aplicáveis ao problema, quais sejam o da lesividade e da intervenção mínima.

Empós, buscou-se definir e diferenciar crimes de dano e crimes de perigo, realizando-se ainda uma distinção entre as espécies de crime de perigo, quais sejam perigo concreto e abstrato.

Por fim, analisou-se a adequação do crime de perigo abstrato aos princípios de Direito Penal.

2 REVISÃO DA LITERATURA

2.1 Dos Princípios Constitucionais de Direito Penal

Conceituar os princípios é umas das tarefas mais difíceis para um jurista e também uma das mais importantes. Ivo Dantas(1995, p. 59). ao buscar tal conceito que princípios, acoplados a determinado conjunto normativo, são uma categoria lógica que indicam o alicerce valorativo do Estado, sendo, portanto, a representação dos axiomas mais relevantes em uma comunidade.

Esses princípios devem ser considerado como ferramentas interpretativas do Direito, isto é, as normas-regras de determinado ordenamento jurídico devem sempre ser interpretadas conjuntamente com as normas-princípios. Assim, o Direito Penal, como ramo do Direito, deve ser interpretado à luz de tais normas-princípios, que podem ser constitucionais ou não, devendo estar em conformidade com os princípios constitucionais, tendo em vista o caráter normativo dos princípios, que é característica peculiar do pós-positivismo e, portanto, do neoconstitucionalismo.

Acerca do caráter normativo dos princípios, Gilmar Mendes(2014, p. 72) indica que os princípios são normas, já descrevem um deve ser, valendo-se de mandados(determinação de algo), permissões(faculdade de algo) e proibições(vedação de algo).

Em decorrência do pós-positivismo, os princípios constitucionais tornaram-se verdadeiros valores iluminadores de todo Direito de um Estado, dotados de valor axiológico acentuado, tornando-se verdadeiros protetores dos direitos naturais, tais como a liberdade, a vida e a propriedade, em face do poder coercitivo estatal, conforme brilhante posicionamento de Rogério Greco(2010, p. 53), que leciona que os princípios são uma proteção ao cidadão das arbitrariedades do Estado, devendo todas as normas lhes deverem obediência, sob pena de invalidade.

Assim, esse princípios são limites impostos e fundamentos do Direito Penal, sendo eles um verdadeiro alicerce à determinado ramo do direito ou à todo ordenamento jurídico, conforme entendimento de Luiz Regis Prado:

> os princípios penais constituem o núcleo *essencial* da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito- suas categorias-, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e direito fundamentais do individuo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal *conforme* a Constituicao e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal.(CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO; PRADO, 2014, p.115)

Diante do exposto, tem-se como princípios constitucionais penais em suma: o a da legalidade e seus derivados, da pessoalidade, da intervenção mínima, da proporcionalidade, da vedação da dupla punição pelo mesmo fato, da culpabilidade e da lesividade.

Sendo de suma importância, a explicação do seguintes princípios.

2.1.1 *Princípio da intervenção mínima*

É um principio constitucional implícito, decorrendo do caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, isto é, da inviolabilidade da liberdade da pessoa humana e de sua dignidade, indicando este princípio que o legislador ao criar tipos penais deverá somente proteger os bens jurídicos mais importantes para determinada sociedade e deverá também ocorrer a tipificação de condutas somente quando estas não obtiverem sanções eficazes em outros ramos do Direito, sendo o Direito Penal a *ultima ratio legis.*

Alessandro Baratta(2004, p. 299-333) demonstra que a idéia de intervenção mínima deve estar articulada com outros princípios ao nível da lei, agrupando-se em categorias, dividas em pontos de vista internos, chamados, por ele, de princípios intrasistemáticos, indicadores de requisitos para introdução e manutenção dos tipos penais, e em pontos de vista externos, chamados de princípios extrasistemáticos, referente a critérios de descriminalização políticos e metodológicos.

Ao analisar tal principio na atuação legislativa, Rogério Greco(2010, p. 26) considera o princípio da intervenção mínima como central do Direito Penal Mínimo, tendo como objetivo o de elucidar a atividade legislativa de criação e revogação de crimes, devendo todo e qualquer processo lógico relacionado a tal principio levar em conta a proteção dos bens jurídicos mais importantes e a subsidiariedade do ramo penal do Direito.

A inobservância desse princípio pode acarretar em um simbolismo penal, o qual é característico do Movimento Lei e Ordem e do Direito Penal Máximo, contrários aos postulados do minimalismo penal. Tendo em vista, conforme ensinamento de Luiz Reges Prado(2014, p.115), esse axioma é uma restrição do direito de punição do Estado, sendo a extrapolação de tal direito um exercício meramente do Direito Penal, não sendo efetivada, consequentemente, sua principal atribuição que é a proteção de bens jurídicos.

Assim, tem-se que tal principio tem o condão de proteger a autônoma e a liberdade da pessoa humana, restringindo a atuação do Direito Penal, evitando arbitrariedades e trazendo a pacificação social, sendo considerado um princípio constitucional por garantir que esses direitos fundamentais só seriam violados com a finalidade de proteger bens jurídicos essenciais à sociedade.

Vale ressaltar que a escolha política do que seriam os bens jurídicos mais importantes não é discricionária do legislador, pois estará adstrito aos princípios penais, embora este tenha autonomia legislativa, conforme entendimento de Rogério Greco.(2014, p. 73)

2.1.2 *Principio da ofensividade ou da lesividade*

Este princípio elucida que o resultado da conduta descrita em um tipo penal deverá lesionar ou colocar em perigo algum bem jurídico, devendo também lesionar bem jurídico que não seja de titularidade do agente.

No entanto, alguns doutrinadores acreditam que tal princípio deriva do princípio da intervenção mínima, devendo ela ser estudada em conjunto com este princípio.Nesse sentido, entende Guilherme de Sousa Nucci(2014, p.31) defende que este principio deve validar e legitimar o tipo penal incriminador, pois, caso contrario, se estaria diante de crimes ilógicos, principalmente, em razão dos contrastes entres as penas e as condutas tipificadas.

Para Rogério Greco(2014, p.55), tais princípios estão interligados, sendo o da intervenção mínima uma proibição de penalização de ataques a bens jurídicos menos relevantes e o da lesivadade uma limitação ao Poder Legislativo em relação as descrições típicas das leis penais.

Assim, tem-se que ocorreu a adoção do princípio da lesividade pelo ordenamento jurídico brasileiro, porque, conforme trecho da Exposição de Motivos do Código Penal, não há crime sem dano ou, ao menos, perigo de dano. “O projeto acolhe o conceito de que não há crime sem resultado. Não existe crime sem que ocorra, pelo menos, um perigo de dano”

2.2 Crimes de perigo

De uma forma geral, a doutrina classifica os crimes quanto à lesividade, dividindo-os em crimes de dano e de perigo, que se subdividem nos de perigo concreto e nos de perigo abstrato.

Os crimes de dano são aqueles que se consumam com a efetiva lesão ao objeto jurídico do tipo, sendo a regra do Direito Penal. Um exemplo dessa espécie de crime é o homicídio, pois ele se consuma com a efetiva retirada da vida de alguém por parte do sujeito ativo do crime.(JESUS, 2012, p. 801)

Ainda acerca do conceito do crime de dano, este é considerado como aquele que para ser consumado é preciso que a lesão ao bem jurídico tutelado, sob pena de caracterização da tentativa ou da irrelevância penal.(BITTENCOURT; CONDE, 2000, p. 27)

Ao tentar encontrar uma definição para o crime de dano, Renato de Mello Jorge Silveira(2006, p 109) conclui que dano seria um evento que acarreta qualquer transformação no mundo exterior.

Já os crimes de perigo são aqueles que não exigem para sua configuração o efetivo dano o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, isto é, há o mero perigo para o bem jurídico. Conforme definição de Rogério Greco(2014, p. 301), os crimes de perigo são aqueles que definem um comportamento que traz risco ao objeto jurídico do crime. Dentre estes, estão os tipo de perigo abstrato, definidos como aqueles em que não há necessidade de comprovação do perigo ao bem jurídico para sua configuração, e de perigo concreto, que, de forma oposta, há a necessidade de comprovação do perigo.

Nesse sentido, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini lecionam:

> Fala-se em crimes de perigo abstrato nos casos em que a lei se presume o fato perigoso, independentemente da comprovação do risco no caso concreto, tendo em vista que a experiência demonstrou ser ele um fator de criação de probabilidade de lesão ao bem jurídico. No crime de perigo concreto, já se exige a demonstração de ter o fato causado realmente a situação de probabilidade de dano(MIRABETE; FABBRINI, 2014, p.119)

Ademais, Cezar Roberto Bittencourt e Francisco Muñoz Conde(2000, p. 27) lecionam que, nos crimes de perigo concreto, deve ser demonstrado o risco ao objeto jurídico do delito, enquanto nos crimes de perigo abstrato há uma presunção absoluta(*jure et de jure)* de perigo, não necessitando este de prova, sendo a conduta tipificada presumidamente perigosa.

Renato de Mello Jorge Silveira(2006, p.11) demonstra que os crimes de perigo concreto descrevem situações em que o perigo faz parte do próprio tipo penal, enquanto nos de perigo abstrato essa situação faz parte do mundo da idéia, isto é, é presumida pelo legislador.

Desse modo, tem-se que os crimes de perigo, especialmente, os abstratos são marcas comuns na chamada sociedade do risco de Ulrich Beck(2012, p.15) que indica que a existência dos riscos acarretam perigo social já que a sociedade contemporânea está fundada na presunção ou na probabilidade de dano.

Como exemplo de um crime de perigo abstrato, temos o delito de embriaguez ao volante, definido no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro[72], pois pela redação dada ao dispositivo percebe-se que o legislador não vinculou sua consumação à um dano comprovado.

Em contrapartida, o crime de perigo concreto exige a comprovação desse perigo, conforme se aufere, por exemplo, da redação do art. 309[73] do Código de Trânsito Brasileiro.

Desse modo, os crimes de perigo têm a intenção de evitar que o bem jurídico tutelado seja efetivamente lesado, punindo mediante a tipificação de condutas que, de modo comprovado ou não, sejam muito prováveis de acarretar o evento danoso.

3. RESULTADOS

3.1 Crimes de perigo abstrato *versus* princípios constitucionais da lesividade, da intervenção mínima e da culpabilidade

Levando-se em consideração as definições de crime de perigo abstrato e dos princípios anteriormente elencados, pode-se então confrontá-los com o fito de constatar ou não a inconstitucionalidade de tais delitos.

O primeiro princípio afrontado por tais espécies de delitos é o da lesividade, já que, segundo ele, o Direito Penal deverá tipificar condutas que efetivamente causem lesão ou perigo de lesão a certo bem jurídico, o que não ocorre nos referidos tipos penais, pois estes presumem o perigo da conduta, podendo ela gerar ou não efetivo risco ao objeto jurídico do crime.

Cezar Roberto Bittencourt indica que não há crime sem efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico, sendo, portanto, incompatíveis com a ordem constitucional os crimes de perigo abstrato no Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.(2014, p. 61)

Além disso, sob o prisma do principio da intervenção mínima que indica que o Direito Penal só deverá ser utilizado para tutelar relações jurídicas que outros ramos do Direito não possam com a devida eficácia, isto é, o Direito Penal seria a *ultima ratio*, tem-se que os crimes de perigo abstrato não se adéquam a esse axioma, pois são crimes de caráter meramente preventivo que a lei presume perigoso, podendo tais condutas serem sancionadas de forma eficaz por outros ramos do Direito, como o Administrativo ou o Civil.

Por fim, é possível constatar que os crimes de perigo abstrato desrespeitam o principio da culpabilidade, já que a lei presume perigosa determinada conduta mesmo que, no caso concreto, não seja comprovado nenhuma forma de perigo ao bem jurídico.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes doutrina com maestria:

> A presunção legal de perigo, como sabemos, desobriga

72 Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (BRASIL, Lei 72.760 de 2012)

73 Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

> o acusador de demonstrar o perigo concretamente. É exatamente isso que conflita flagrantemente com a presunção de inocência, pois esta impõe o dever ao acusador de "comprovar legalmente a culpabilidade"(v. O art.8, n. 1, do citado "Pacto de San Jose"). Comprovar legalmente a culpabilidade significa demonstrar dentro do processo a existência de um fato lesivo ou perigoso para algum bem jurídico e, ao mesmo tempo, que ele é atribuível ao seu agente.(GOMES, 1994, p. 81)

Desse modo, conforme pensamento de Luiz Flávio Gomes(1994, p. 79), é totalmente contrario à letra e ao espírito da Constituição Federal que o Estado se utilize do *ius puniendi* sem a demonstração de perigo no caso concreto.

4. CONCLUSÃO

Levando em consideração o Direito Penal Moderno e seus princípios norteadores, tem-se que o Direito Penal deverá tutelar apenas aquelas condutas que lesem ou coloquem em efetivo perigo bens jurídicos e ainda que deva ser utilizado como *ultima ratio*, sendo aplicado apenas quando outros ramos do Direito, como o Administrativo e o Civil, não forem eficazes o suficiente para regular dado fato jurídico, portanto os crimes de perigo abstrato não estão de acordo com tal corrente e seus axiomas por serem presunções legais de perigo e, muitas vezes, fatos típicos que podem ser regulados de maneira eficaz por outras áreas do Direito. Ademais, o Direito Penal Moderno impõe a analise da culpabilidade, o que, nos crimes de perigo abstrato, não ocorre, já que o legislador tipifica uma conduta que presumidamente é considerada perigosa sem a necessidade de comprovação de nenhum resultado lesivo ou potencialmente lesivo ao bem jurídico protegido.

É cediço, portanto, que, diante da existência dos princípios da lesividade e da intervenção mínima sob a categoria de princípios constitucionais, não há compatibilidade dos crimes de perigo abstrato com o atual ordenamento jurídico brasileiro, que tem como fundamento a máxima proteção dos direitos individuais, já que só será legítima a criminalização de determinada conduta, limitando direitos do homem, se estiverem sendo lesados outro direitos tão ou mais importantes, em decorrência da adoção da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Brasileiro, bem como da redação do art. 5˚, caput, e inciso XXXIX da Constituição Federal.

Dessa forma, os crimes de perigo abstrato não possuem espaço no Estado Democrático de Direito por violar diversos princípios constitucionais limitadores do Direito Penal, sendo, portanto, inconstitucionais.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. ***Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)***. Buenos Aires: B de F, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.1.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de; PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. A Contravenção do artigo 32 da lei das contravenções penais é de perigo abstrato ou concreto? (a questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido). **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos tribunais, 10/1994 a 12/1994. p. 69 a 84. Português. v.2 fas.8

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. v.1.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. v.2.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilibrio:** Uma visão minimalista do direito penal. 5. ed. Niterói: Impetus, 2010.

HOLANDA, Julianne do Nascimento. A (In)constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. **Revista Jurídica Consulex**. Distrito Federal: Consulex, 15/01/2012. p. 15. Português. v.16. fas. 360.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal:** parte geral arts 1º a 120 do CP**.** 30. ed. São Paulo. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2014.

SIVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE PSÍQUICO DO TRABALHO

Diana Maria Fernandes Brilhante.[74*]
Watila Teles do Nascimento.[75**]
Ana Virgínia Porto de Freitas. [76***]

RESUMO

O principal objetivo dessa pesquisa é analisar o arcabouço legislativo que aborda a saúde do trabalho sob uma perspectiva mais protetiva, tendo em vista ser essa matéria ainda pouco abordada, apesar de ter relevante impacto social, consequente da negligência patronal que ocasiona inúmeros casos de doenças psíquicas nos trabalhadores. Aborda-se a evolução histórica de lutas e conquistas que garantiram a proteção ao meio ambiente do trabalho, assim como os conceitos e as dimensões do meio ambiente. Além disso, verifica-se a proteção ao meio ambiente psíquico do trabalhador no ordenamento jurídico pátrio e a sua relação com a dignidade humana. Dessa forma, mostrando a relação da dignidade humana e suas dimensões com a ideia de respeito à saúde mental do trabalhador dentro do seu espaço de exercício do ofício. A metodologia foi a qualitativa, com o método dedutivo, sendo baseado na teoria dos Direitos Humanos.

Palavras-chaves: Proteção ao trabalhador. Saúde-psíquica. Dignidade humana.

ABSTRACT

The main objective of this research is to examine the legislative skeleton that addresses the work´s health in a more protective perspective, having in mind that this matter still has little attention, despite having relevant consequent social impact, resulting from employer negligence that causes many cases of mental illness in workers. This paper shows the historical development of struggles and victories that ensure the protection to the work environment, as well as the concepts and dimensions of the environment. In addition, there is an exam of the existential protection to the workers psychic environment in native legal system and its relationship with human dignity. Thus, show the relationship of human dignity and its dimensions with the idea of respect for worker´s mental health within their craft exercise space. The methodology was qualitative, with the deductive method, based on the theory of human rights.

Key-words: Worker´s protection. Mental health. Human dignity.

74 *Aluna do 4º semestre do Curso de Direito da UNICHRISTUS, aluna-membro do Escritório de Direitos Humanos(EDH), dianabrilhante@hotmail.com.
75 **Aluno do 4º semestre do Curso de Direito da UNICHRISTUS, aluno-membro do Escritório de Direitos Humanos(EDH), watilateles@hotmail.com.
76 ***Professora orientadora, bacharel em Direito pela UFC, especialista em Processo Civil pela UECE, especialista em Direito do Trabalho pela UVA/AMATRACe, Advogada, Professora da UNICHRISTUS, Orientadora do Projeto Extensionista Comunidade e Direitos Sociais do EDH/UNICHISTUS, virginiaportoadv@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar a questão da proteção do meio ambiente psíquico do trabalho, bem como sua evolução histórica. A temática toma como parâmetro inicial para a pesquisa a depressão como um problema presente no âmbito trabalhista. A abordagem do direito à saúde e do direito trabalhista, passou por essa perspectiva de conexão entre saúde mental e meio ambiente do trabalho.

A pesquisa trouxe uma grande problemática sobre o meio ambiente do trabalho, por meio de como seria um ideal ambiente para o trabalhador e como esse meio ambiente seria mais equilibrado e saudável. Assim, historicamente as conquistas trabalhistas de direitos humanos trouxeram influências do que foi combatido, tendo resquícios cujas consequências causam problemas atuais, como o meio ambiente psíquico saudável. Inclusive, no Brasil, o resguardo desse fenômeno aparece apenas em 2011.

A luta incessante por direitos trabalhistas e humanitários levou a grandes revoluções e transformações de estado, as quais vieram a beneficiar a vida em comunidade, buscando sempre tratar o ser humano dignamente, para garantir a efetivação dos direitos sociais. Um desses direitos, como o meio ambiente equilibrado para o trabalhador, visa à diminuição dos riscos e das causas de acidentes advindas de ambientes insalubres e periculosos e, também, doenças psicológicas, que vêm afetando a maioria dos trabalhadores registrados por organizações que cuidam de estatísticas de acidentes e doenças trabalhistas. Nessa perspectiva, o Estado Social faculta a possibilidade da efetivação de um tratamento fraterno e igualitário.

2 RFERENCIAL TEÓRICO

2.1 A Evolução da Proteção do Meio Ambiente do Trabalho

Observar a história de lutas trabalhistas nos remete à compreensão das conquistas e das afirmações dos direitos humanos. Cumpre, de logo, apresentar a evolução histórica da tratativa sobre o trabalho na ordem jurídica.

Na Antiguidade, do latim *tripalium*, originou-se a palavra trabalho, que significava um instrumento composto de três paus que servia para torturar ou também era como uma canga que pesava sobre os animais (MARTINS, 2010).

Assim, o trabalho tinha a representação de punição e de submissão (MARTINS, 2010). O significado de submissão vem da ideia de que os trabalhadores eram os povos vencidos nas batalhas, escravizando-os, considerados objeto da relação e não o sujeito de direitos (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013), ou seja, pode-se concluir que, a partir dessa visão de coisificação, eles não tinham proteção jurídica de qualquer aspecto, quanto mais em um enfoque trabalhista (MARTINS, 2014), concluindo, assim, que, se eles eram desamparados, imagine o seu meio ambiente de trabalho.

Com as transições das eras, observa-se que, na era medieval, o trabalho era a escravidão, e os trabalhadores da época eram os homens reputados por infiéis/bárbaros (SÜSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA; TEIXEIRA, 2003). A próxima transição do conceito de trabalho é na época do feudalismo, que

versava entre a escravidão (na perspectiva de ser sujeito às arbitrariedades do senhor) e o trabalho livre (na perspectiva em que trabalhava para seu sustento e recebia proteção em troca de lealdade), caracterizando-se como um sistema intermediário, passava gradativamente de uma visão de coisificação a uma na qual o vassalo era sujeito de direitos (HUNT & SHERMAN, 2008).

Com o decorrer do tempo, houve uma migração dos feudos para as cidades (burgos), onde a relação do trabalhador com o empregador se transformou em uma aprendizagem de certa profissão/ofício, em que o senhor da disciplina profissional também é o senhor do trabalhador (MARTINS, 2010).

Por meio da Revolução Francesa (1789), as ideias burguesas levaram ao supervalorizamento da liberdade, enquanto as concepções de igualdade e fraternidade ficaram na teoria.

De um lado, o trabalhador tinha a garantia estatal de liberdade para escolher uma profissão ou ofício, mas, de outro, encontrava-se desamparado de proteção estatal, perante a abstinência da interferência do Estado na vida das pessoas (NASCIMENTO, A; NASCIMENTO, S, 2014). Com a Revolução Industrial (início do séc. XVIII), veio a inserção de máquinas, com a troca do trabalho servil, corporativo e escravo pelo assalariado (mesmo que minimamente), dando início à padronização da produção; a qualidade do ambiente de trabalho piorou consideravelmente, pois a progressão do maquinismo levou a uma insalubridade e periculosidade extremas e desumanas. Isso tudo causou insatisfação dos trabalhadores, que começaram a se reunir por meio de sindicatos (GARCIA, 2014).

Depois, a preocupação foi voltada para a medicina legal, que levou adiante os estudos do médico italiano Bernadino Ramazzine, que ficou conhecido como "Pai da Medicina do Trabalho", uma vez que pesquisou a relação de certas doenças com a ocupação profissional dos pacientes; nessa época, a atenção estava na cura de doenças ocupacionais. Após, no início do séc. XX, expandiu-se a pesquisa para a higiene industrial, visando a prevenir doenças. Já no fim do séc. XX, a preocupação e atenção passou para a saúde do trabalhador, à procura do bem-estar físico, mental e social (OLIVEIRA, 2007). Atualmente, a preocupação está em manter a conectividade do trabalho com a dignidade humana.

Trazendo a perspectiva de evolução para o Brasil, as primeiras normas trabalhistas apareceram na última década do séc. XIX (1890), as quais regulamentavam situações como a do trabalho do menor e das greves. Em 1912, nasce a Confederação Brasileira do Trabalho (CBT), sendo seguida a criação, em 1923, do que se chamou de Conselho Nacional do Trabalho (DELGADO, 2014). Os direitos trabalhistas foram constitucionalizados pela primeira vez na CF/34, quando, por meio da Revolução de 30, o então Presidente Getúlio Vargas criou o Ministério do Trabalho, da Indústria e do Comércio. Em 1934, foi criado a CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas). Com o regime militar de 64, apesar de ocorrer inúmeras afrontas aos direitos humanos, o ramo trabalhista não padeceu de modificações significativas (DELGADO, 2014). Com o fim da ditatura, sobreveio a CF/88. Nela há prioridade da dignidade humana, dos direitos trabalhistas e também é garantido o direito ao meio ambiente equilibrado e saudável, nisso se inclui o meio ambiente físico e psíquico do trabalho.

2.2 Meio Ambiente: Conceitos e Dimensões

A priori, compreender o conceito legal de meio ambiente aumentará o entendimento sobre o meio ambiente do trabalho, conceito esse criado pelo legislador infraconstitucional, conforme se verifica no art. 3º, I, da Lei n. 6.938/81: "art. 3º, Para fins previstos nesta Lei, entende-se por: I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas." (BRASIL, Lei n. 6.938/81, art. 3º).

De acordo com Fiorillo (2014), o legislador traz uma definição ampla, da qual emana uma classificação de meio ambiente. Classifica-se em meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho. Essa classificação foi acolhida pelo STF.

2.2.1 Meio Ambiente Natural, Cultural e Artificial

Conceituar o meio ambiente natural é o mais fácil dentre os outros conceitos, pois trata do meio ambiente físico que é constituído pela fauna, pela flora, pelos rios, pelos mares e pela atmosfera, sendo protegido pelo *caput* do art. 225 da Constituição Federal em seus § 1º, I, VII.

Enquanto o meio ambiente cultural são todas as tradições de um povo, tanto histórico quanto artístico, adquiridos no decorrer do tempo e têm grande valor, diferenciando do meio ambiente artificial, pois essa tradição já está impregnada na história da civilização (SILVA, 2013). O próprio legislador tratou de defini-lo na Constituição Federal no art. 216, I, II, III, IV e V.

Já a definição ou conceituação de meio ambiente artificial nos remete às cidades, pois, como define Fiorillo (2014, p. 63), "O meio ambiente artificial é compreendido pelo espaço urbano construído, consiste no conjunto de edificações (espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço abeto)".

Neste, a proteção e a regulamentação do ambiente são de competência da União, que deve legislar para a criação de habitações para a população mais carente, dentre outras competências (arts. 182 e 21, XX, da CF/88).

2.2.4 Meio Ambiente Do Trabalho

Antes de conceituar o meio ambiente do trabalho, vale ressaltar a crítica feita por Rocha (ROCHA In: VARELLA; BORGES, 1998, p. 153-154) acerca dos tratadistas do Direito Ambiental, pois pouco se encontra a respeito do tema, que é tão importante para a compreensão do ambiente trabalhista e que já está incorporado na Constituição Federal como um direito fundamental a ser protegido no art. 200: "Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do **trabalho**" (grifo nosso).

Outro ponto a ser levado em conta seria o do meio ambiente do trabalho inserido no contexto do meio ambiente, pois, como já visto anteriormente, Fiorillo diz que há quatro tipos de meio ambiente, os mencionados no tópico anterior mais o do trabalho. Silva (2013, p. 23) diz que o do trabalho "É um meio ambiente que se insere no artificial, mas digno de

tratamento especial". A teoria do Fiorillo é a mais aceita, até porque esse conceito foi acolhido pelo STF. Fiorillo (2014, p.66) conceituou o meio ambiente do trabalho como o lugar em que as atividades laborais relacionadas à saúde são feitas, em que o equilíbrio consiste na salubridade do meio e na '' [...] ausência de agentes que comprometam a incolumidade fisíco-**psíquica** dos trabalhadores'' (grifo nosso).

Da mesma forma, a CF/88 incluiu, nos direitos trabalhistas, o direito à proteção da saúde e dos riscos inerentes ao meio ambiente do trabalho, em seu art. 7º, *caput*, XXII, ampliando, assim, a proteção do trabalhador.

2.3 Meio Ambiente Psíquico do Trabalho no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O direito trabalhista acaba por monetarizar e minimizar a dignidade humana do trabalho, como se vê na crítica feita por Oliveira (2007, p. 108):

> [...] surpreendente constatar que o Direito do Trabalho, na sua marcha evolutiva a respeito do nosso tema de estudo, empenhou-se mais em regulamentar a monetização do risco que o meio ambiente de trabalho saudável. Com isso, temas como jornada de trabalho, remuneração, sindicalização, férias, repousos remunerados, contrato de trabalho, dentre outros, sempre tiveram mais densidade doutrinária do que a proteção à vida e à saúde do trabalhador, que ficaram em posição secundária. A inversão dos valores é manifesta. De que adianta proclamar solenemente a primazia do direito à vida, se não criarmos condições adequadas para o exercício do direito de viver [...]

Com esse entendimento, Oliveira (2007) afirma que a CF/88 foi o marco principal de introdução à proteção do meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador no ordenamento jurídico, considerando a saúde como um direito social, garantindo, assim, aos trabalhadores a diminuição de riscos advindos do exercício da função, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, estabelecendo, assim, a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Há duas convenções da OIT que merecem uma melhor abordagem, por tratarem de ideias básicas de um plano nacional de segurança à saúde do trabalhador. No ano de 1991, foi ratificada a convenção da OIT n. 161(BRASIL, Decreto n. 127), convenção relativa aos serviços de saúde do trabalho. A outra convenção da OIT n. 155, que foi ratificada em 1994 (BRASIL, Decreto n. 1.254), trata de segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho.

Essas convenções da OIT fizeram que o Brasil assumisse importante compromisso perante a comunidade internacional, comprometendo-se em fazer e examinar uma política nacional que condiz com o tema de saúde e segurança dos trabalhadores e do meio ambiente (OLIVEIRA, 2007).

Até outubro de 2011, não existia uma política voltada para o tema em questão (saúde e segurança dos trabalhadores e do meio ambiente), e as normas pertinentes ao assunto encontravam-se dispersas, sem adequada consolidação, que é recomendável, pois traz mais coerência e homogeneidade sistemática, ajudando a compreensão e pacificando entendimentos, sendo isso o posicionamento de Oliveira (2007).

Entretanto, em 7 de novembro de 2011, foi sancionado pela Presidenta da República o decreto (BRASIL, Decreto n 7.602) que dispõe sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST).

A PNSST tem objetivos e princípios, além de seguir diretrizes para um plano nacional, como a promoção da saúde e a melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores com a prevenção de acidentes e danos à saúde (compreendido o dano psíquico) advindos e relacionados ao trabalho, ou que ocorram no curso dele, melhorando o ambiente do trabalhador. Os princípios da PNSST fazem que o trabalhador tenha mais proteção e amparo, eles objetivam a universalização; a integralidade; o diálogo social e a celeridade, em ações que visem à proteção, promoção e prevenção na assistência ao trabalhador (OLIVEIRA, 2007).

As diretrizes que a PNSST tem como enfoque são inclusão de todos os trabalhadores em um sistema nacional de promoção e proteção da saúde; harmonização da legislação; adoção de medidas em atividades laborais de alto risco; estruturação de uma rede de informação de saúde do trabalhador; promoção de uma implantação de gestão de segurança e saúde do trabalhador no meio ambiente de trabalho; estímulo à capacitação dos trabalhadores na formação de segurança e saúde no trabalho e agenda de estudos e pesquisas em segurança e saúde no trabalho (OLIVEIRA, 2007).

A estruturação normativa da temática deve-se embasar nos princípios constitucionais, principalmente levando em consideração o valor social e a **dignidade da pessoa humana**. Dessa forma, tem-se o ambiente do trabalho saudável como direito do trabalhador e obrigação do empregador, nessa salubridade compreendido o **bem-estar mental** OLIVEIRA, 2007).

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

O presente artigo apresenta análise do amparo estatal no meio ambiente do trabalho, com foco na saúde psíquica dos trabalhadores. A metodologia utilizada foi a qualitativa, por meio do uso e da análise de doutrinas, pesquisas científicas e ordenamento jurídico. O método utilizado foi o dedutivo a partir da reflexão trazida pelas pesquisas, tendo como parâmetro a teoria geral dos Direitos Humanos.

4 ANÁLISE DE DADOS. O MEIO AMBIENTE PSÍQUICO DO TRABALHO E A DIGNIDADE HUMANA

A dignidade da pessoa humana é, de acordo com Sarlet (2001), algo indissociável dos direitos fundamentais; essa premissa é considerada um dos embasamentos do direito constitucional contemporâneo, sendo a questão do direito constitucional vista hoje como a norma suprema do ordenamento jurídico, uma norma cogente (MENDES; BRANCO, 2013).

O termo da dignidade da pessoa humana está positivado na Constituição Federal de 1988 no seu art.1º, III, estabelecida como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito. Dessa forma, tendo em vista esse compromisso formal por parte do constituinte, tem-se como exigir a efetivação jurisdicional dos direitos e deveres decorrentes da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2001), pois, seguindo a lição de Sarlet (2001, p. 37), '' [...] o homem, em virtude tão-somente de sua

condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado''.

Deve-se assinalar aqui que essa questão de valor intrínseco encontra berço no pensamento clássico e no ideário cristão, posteriormente, expandindo o raio de sujeitos (SARLET, 2001). Abrindo passagem, assim, para Kant (2005), o qual diz que por meio da autonomia da vontade que existe em seres racionais, constitui-se a fundamentação da dignidade do ser humano, pois, por essa razão, o homem é tido como fim em si mesmo, não podendo ser utilizado meramente como meio para algo.

Porém, o próprio Sarlet (2007), em um dos seus artigos publicados, no qual fala das dimensões do conceito da dignidade humana, aduz que essa questão de utilizar o ser humano como um meio para algo não pode ser erroneamente interpretada, no sentido de que essa utilização, quando espontânea, como a prestação de serviços, não é algo que, por si só, é degradante à dignidade da pessoa humana. Esse uso de uma pessoa para atingir certo escopo, para ser algo degradante, deve ter sua finalidade analisada, se o objetivo é instrumentalizar (coisificar) o outro. Sarlet (2001, p. 27 e 28) conceitua a dignidade da pessoa humana como:

> [...] qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

Sarlet (2007) debate as dimensões do conceito da dignidade da pessoa humana, a ordem em que foi-se debatendo sobre a temática e a origem de sua conceituação. Primeiramente, considerou-se a dignidade da pessoa humana a partir de uma visão ontológica, **mas,** não necessariamente, (ou, pelo menos, não exclusivamente) biológica da dignidade, na qual ocorreu a tentativa de se explicar o surgimento da dignidade por meio de uma explicação que o ser humano nasce com a dignidade, ela é algo inerente ao ser. Contudo, isso não quer dizer que é uma **biologização da dignidade**, como o próprio autor explana, não como uma questão de cor dos olhos ou cabelos, e sim como um valor de cada pessoa.

A outra forma de percepção da dignidade da pessoa humana é por meio da intersubjetividade, **a dimensão comunicativa e relacional da dignidade da pessoa humana como o reconhecimento pelo(s) outro(s)**, que, para Sarlet (2007, p. 367), ''[...]sustenta uma dimensão intersubjetiva partindo da situação básica, das relações entre sujeitos, ao invés de fazer de uma função singular, limitando assim a uma esfera individual, sem que com isto, esteja a justificar sacrifícios da dignidade humana em prol da comunidade[...]''. Outra maneira de explicação dessa dimensão é ver a condição humana na sua dimensão comunitária, social, na ideia de que as pessoas convivem em sociedade/comunidade, na qual podem, assim, desenvolverem-se plenamente (SARLET, 2007).

Outra dimensão é o da **dignidade como construção, dentro de uma perspectiva e contextualização histórico-cultural.** Que cada cultura possui sua perspectiva de dignidade humana, ou melhor, nas palavras do autor, '' [...]dignidade possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo[...]''. Podemos seguir a sua lição de que há uma série de situações que não é vista como ofensiva, já, para outros, é extremamente ofensiva e degradante.

Há ainda de se mencionar a eficácia dos direitos fundamentais, que pode ser analisada em uma visão horizonta ou vertical. A perspectiva horizontal é quando há o embate/conflito de interesses envolvendo direitos fundamentais entre particulares, ou seja, é chamada de horizontal, pois presume-se uma relação de paridade e igualdade. Já a perspectiva vertical acontece quando a relação envolvendo os direitos fundamentais for entre o Estado e um particular, por isso é vertical, já que se sabe que o Estado possui mais poder do que o particular, ou seja, não há igualdade (SARLET, 2009).

Essa perspectiva de horizontalidade e verticalidade leva a uma problemática de vinculação entre os Poderes Públicos e os particulares aos direitos fundamentais, e essa vinculatividade é conexa com a aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais, uma vez que essa vinculatividade é uma das dimensões da eficácia (SARLET, 2009).

Essa problemática da vinculação dos poderes públicos ou os particulares aos direitos fundamentais, apesar da nossa Lei Maior não fazer menção, não significa que eles não estão vinculados pelos direitos fundamentais (SARLET, 2009). Ainda nesse contexto de vinculação, Sarlet (2009) vincula o Poder Público (Legislativo, Executivo e Judiciário) aos direitos fundamentais, limitando, assim, o seu poder material de liberdade na sua atividade regulamentadora e concretizadora, fazendo que as leis criadas pelo legislador devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, podendo até essas leis, quando não em conformidade com os direitos fundamentais, serem revogadas.

Já o Poder Executivo (órgãos administrativos) está vinculado aos direitos fundamentais, de forma que deve apenas executar leis que sejam condizentes com esses direitos, aplicando-as e interpretando-as de acordo com eles. Quando não observados esses postulados, poderá levar à invalidação judicial dos atos administrativos (SARLET, 2009).

A vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais está no próprio ato do Judiciário, na sua organização dos tribunais e do procedimento judicial, à luz desses direitos, ligando suas funções e práticas aos direitos fundamentais (SARLET, 2009).

Como menciona Ingo Sarlet (2009, p. 365), "Na medida em que o princípio da aplicação imediata (art.5º, § 1º, da CF) diz respeito a todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de sua função (direitos a prestações ou direitos de defesa) e da forma de sua positivação.". O Estado tem o dever de proteger o meio ambiente psíquico do trabalhador, de forma a legislar (criar leis para essa proteção), executar (fazer atos administrativos que estejam de acordo com leis que protejam o meio ambiente psíquico do trabalhador) e vincular o Judiciário de forma a proteger essas leis, tornando digna a vida do trabalhador, nesse sentido, atendendo à eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Há outro ponto a ser levado em consideração, que são os

direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, pois Sarlet (2009) leciona que os direitos fundamentais, além de vincularem os poderes públicos, exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, esse assunto sendo versado sob o título de eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais.

Essa é a parte em que se verifica a horizontalidade dos direitos fundamentais, a exigência de respeito e cumprimento dos direitos fundamentais não só pelo Estado, mas também entre os seus iguais. Sarlet (2009, p. 377-378) também esclarece que:

> No Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas, como dão conta, entre tantos outros, os exemplos dos deveres de proteção na esfera das relações de trabalho.

Assim, verifica-se que, como foi dito antes, nas relações de paridade (sendo essa terminologia usada no sentido de que não há poder estatal) pode se encontrar desigualdade, uma vez que, apesar de não ter poder estatal, há poder econômico e social na relação entre particulares. É nessa perspectiva que assume importância a ideia de que o Estado, além de respeitar certos valores, tem de promovê-los e cuidá-los, ficando com uma posição mais ativa, assim, devendo aos direitos fundamentais proteção global. (SARLET, 2009)

Dessa forma, nas relações privadas, deve haver uma proteção ao lado mais fraco, ou seja, o Estado deve proteger os direitos sociais e agir como um balanceador (no sentido de uma balança de equilíbrio) entre a desigualdade das partes com o fito de se ter uma decisão/resolução mais justa possível.

5 CONCLUSÃO

Por meio da dignidade da pessoa humana, é encontrado embasamento para levar a ideia de proteção do meio ambiente psíquico do trabalho a uma perspectiva mais próxima da realidade e menos antagônica aos olhares dos práticos, uma vez que a conclusão de que um meio ambiente do trabalho somente fisicamente amparado e propagado na mídia e programas de conscientização não arca com todas as formas necessárias para se concretizar o respeito à dignidade humana.

Levando-se em conta uma das dimensões do conceito da dignidade da pessoa humana, em que há a ideia de que a dignidade humana encontra-se em uma sociedade e entre a relação de pessoas, pode-se exigir o seu respeito dentro na noção de que, quando uma pessoa tem sua dignidade afrontada, por exemplo, nós, eu, você, o resto da sociedade, tem de se sentir afrontada da mesma for e buscar a paralisação dessa afronta, pois há essa ideia de uma dignidade comunicativa. É imprescindível uma conscientização massificada da sociedade em sua totalidade, dentro de parâmetros como internacionais e nacionais ou dentro de parâmetros como o meio ambiente de trabalho rotineiro de cada indivíduo, sendo esse meio ambiente no aspecto físico, social ou psíquico.

Dessa forma, a saúde mental do trabalhador se mostra tão importante quanto a saúde física. Esse direito à saúde é proveniente da dignidade humana, elemento que demorou muito, com o direito do trabalho em si e seu meio ambiente, a criar uma noção de não coisificação do ser humano, e, em circunstâncias em que há esse tipo de tratamento não digno, deve haver imediata intervenção estatal e dos particulares.

Verifica-se, no decorrer da pesquisa, que o meio ambiente psíquico no trabalhador sofreu e passou por várias etapas até chegar à concepção e importância atual. Apesar de hoje ter a consciência da importância de se falar e proteger essa temática, essa consciência ainda se encontra em uma fase muito inicial, uma vez que, como podemos verificar, só em 2011 foi criada a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST), quando, desde de 1988, estava estabelecida a proteção integral da saúde do trabalhador e do seu meio ambiente do trabalho. Assim, por causa da sua regulamentação tardia, a sua efetividade e eficácia ainda vão demorar para ser plena e satisfatória. O meio ambiente psíquico é inerente ao meio ambiente do trabalho.

Portanto, é importante a disseminação de campanhas públicas que abordam a temática, as quais só acrescentam à luta de efetivação dos direitos sociais nos seus mais diversos aspectos, sendo os direitos sociais de suma importância para vivermos em um Estado Social e democrático de Direito.

Assim como o trabalho serve para dignificar o ser humano, não ao contrário, como uma forma de penalidade, de sofrimento, devemos proteger o psíquico desse trabalhador e o meio ambiente onde ele exerce o seu labor, dificultando as doenças advindas da poluição do meio ambiente do trabalho, que tanto nos traz preocupação, focando no Poder Público essa atuação, pois seria o que tem maior poder de atuação, já que a maioria da população é de trabalhadores.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

HUNT & SHERMAN. **História do Pensamento Econômico**. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoas. **Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: Considerações sobre o ambiente de trabalho rural e a questão de agrotóxicos. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.); BORGES, Roxana Cardoso B (Org.). **O novo em direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.153-183.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed.

São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Estrutura normativa da segurança e saúde do trabalhador no Brasil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v.45, n.75, p.107-130, jan./jun. 2007.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: Considerações sobre o ambiente de trabalho rural e a questão de agrotóxicos. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.); BORGES, Roxana Cardoso B (Org.). **O novo em direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)**, São Paulo, n.9, p. 361-388, jan./jun. 2007.

SARLET, Ingo Wolfang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Secadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v.1.

A TITULARIDADE E A PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS NA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fernando Ferreira de Melo[77]*, autor*
Andréia Costa Castelo Branco[78]*, orientadora*

[79]RESUMO

Objetiva o artigo fazer uma análise acerca da teoria geral dos direitos fundamentais, iniciando-se pela definição de tais direitos, fazendo um percurso acerca da sua história, ato contínuo demonstrando a visão da sociedade sobre estes, até chegar à problemática da titularidade dos direitos de caráter social e a possibilidade de sua exigibilidade e concretização na via judicial.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos sociais. Titularidade. Ativismo judicial.

ABSTRACT

Article aims to make an analysis about the general theory of fundamental rights, starting with the definition of such rights, making a journey about its history, immediately demonstrating the vision of society about these, until the rights of ownership of the problem of social character and the possibility of their enforceability and implementation in the courts.

Key-words: Fundamental rights; social rights; ownership; judicial activism.

77 Aluno do curso de Direito do Centro Universitário Christus. Monitor da disciplina Direitos Humanos e Fundamentais.

78 Professora da disciplina Direitos Humanos e Fundamentais do Centro Universitário Christus. Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

79

1 INTRODUÇÃO

Constitui o tema central do presente trabalho, a problemática referente à titularidade dos direitos fundamentais de caráter social, os quais constam do Titulo II da Constituição Federal de 1988, bem como a possibilidade de sua concretização pelo Poder Judiciário. Referida matéria tem sido objeto de diversas intervenções doutrinárias, consequência lógica da mudança paradigmática vislumbrada no aparato teórico desta nas últimas décadas.

Antes de partir ao tema central é forçosa a análise de temas que se relacionam e servem de base fundamentadora para a defesa das ideias a serem apresentadas. Iniciar-se-á pela delimitação conceitual do que sejam os direitos fundamentais, passemos.

De acordo com o professor Maurício Godinho Delgado, para se conceituar um determinado fenômeno, faz-se necessário apreender e desvelar seus elementos essenciais, bem como o nexo lógico que os mantém integrados (DELGADO, 2011, p. 49). Por isso, antes de partir para a definição do que sejam os direitos fundamentais, é necessário analisar matéria já pacificada na ciência jurídica, que é o reconhecimento da atribuição de um duplo conteúdo a tais direitos, sendo estes, por um lado, ético-valorativo (aspecto material) e, por outro, normativo (aspecto formal).

Quanto ao conteúdo ético dos direitos fundamentais, é reconhecida a sua matriz axiológica, na qual são consagrados valores básicos para a vida em sociedade, ou seja, a coexistência. Tomadas como substâncias essenciais, devem ser obrigatoriamente observadas as ideias de dignidade da pessoa humana e limitação do poder, estas, que desde muito tempo, estão impregnadas no pensamento jurídico e percorrem todo o desenvolvimento e aperfeiçoamento da vida em sociedade.

Com relação à dignidade humana, é árdua a tarefa de conceituá-la, essa dificuldade é consequência do dinamismo de sua matéria, a qual varia conforme a época, a região, o desenvolvimento cultural dos povos etc., mas, como não poderia deixar de ser, vários são os estudiosos que buscam traçar o que seja o seu objeto sem que, no entanto, tenham o intuito de encerrá-lo. Diante das noções já desenvolvidas pela doutrina, e tendo em vista a dificuldade de expressar o seu conteúdo, alguns teóricos explicitam que é violada a dignidade humana sempre que o homem é reduzido à condição de objeto, isto é, quando não tem a sua condição de sujeito de direito respeitada. Da mesma maneira também ofendida a dignidade humana sempre que o homem tem a sua integridade física ou moral acometida, quando a sua liberdade é atacada de forma desproporcional e razoável, dentre outras situações já reconhecidas pelos estudiosos.

No que diz respeito à ideia de limitação de poder, somente é possível a coexistência pacífica e digna em um Estado que tenha o seu poder pautado em normas a que este próprio esteja vinculado, de forma a ser responsabilizado por qualquer ato que perpasse as barreiras da licitude. É também fundamental que o referido poder seja titularizado pelo povo, por qualquer um do povo, em igualdade de condições e exercido de forma direta, por meio dos instrumentos de exercício da democracia que se desenvolveram ao logo dos tempos, ou indireta por representantes legítimos.

Por outro lado, em relação ao conteúdo normativo, os direitos fundamentais são reconhecidos como normas jurídicas positivadas em certo Estado e em determinada época, mas não é uma positivação simples como a da lei ordinária, mas sim uma positivação otimizada, superior, suprema e de difícil modificação ou revogação. Os direitos fundamentais devem estar no ápice da pirâmide normativa, ou seja, na Constituição, em conformidade com a teoria do professor de Viena, Hans Kelsen, pois estes, como valores fundamentais positivados no plano normativo superior do ordenamento jurídico estatal têm o poder de legitimá-lo e fundamentá-lo, sendo que toda

e qualquer norma que os contrarie deverá ser expurgada do ordenamento jurídico, respeitando o consagrado princípio da supremacia constitucional.

Tendo em vista o explicitado acima, pode-se afirmar que constituem elementos essenciais dos direitos fundamentais as noções de dignidade da pessoa humana, limitação do poder, Estado Democrático de Direito, norma jurídica e Constituição.

Tomando por base os elementos aferidos, pode ser citada a definição desenvolvida pelo jurista George Marmelstein em sua obra "Curso de Direitos Fundamentais":

> Os Direitos Fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade humana e limitação do poder, positivados no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que por seu forte conteúdo axiológico fundamenta e legitima todo o Ordenamento Jurídico. (2014, p. 17)

Em continuidade com as ideias propedêuticas essenciais, é incisiva a problemática referente às variadas terminologias utilizada para designar o que seja os direitos fundamentais. Na doutrina e na jurisprudência, existe uma grande diversidade de denominações que chegam a causar confusão com a designação de referidos direitos, como liberdades públicas, direitos humanos, direitos da pessoa humana, direitos humanos fundamentais, entre outros. No presente trabalho, conforme já pode ser percebido, foi escolhida como a que melhor se adequa às características desses valores reconhecidos constitucionalmente, a denominação direitos fundamentais, acompanhando doutrinadores de elevado prestígio, como o saudoso Ingo Wolfgang Sarlet, e tendo por fundamentos alguns argumentos que serão arrolados e aprofundados a seguir.

Para eleger tal designação para tais valores, foram observadas inicialmente como parâmetro, a denominação utilizada pelo legislador constituinte na feitura da Constituição Federal Brasileira de 1988 que, em seu título II, vem dispensada a terminologia "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", bem como a observância de argumentos doutrinários, já bastante difundidos, que relacionam a denominação aqui utilizada ao plano de positivação no qual se encontram tais direitos, levando a diferenciar os direitos fundamentais dos direitos humanos e dos direitos do homem.

Direitos fundamentais são considerados as normas jurídicas intimamente ligadas às ideias de dignidade da pessoa humana e limitação do poder com positivação no plano constitucional de determinado Estado, fazendo parte, portanto, de uma fase jurídica.

Os direitos humanos são também normas jurídicas com íntima relação com as ideias de dignidade humana e de limitação do poder, porém a sua positivação encontra-se no plano internacional, ou seja, em tratados, convenções etc., e, assim como os direitos fundamentais, também fazem parte de uma fase jurídica das normas.

Por fim, os direitos do homem são prerrogativas dos seres humanos, pela simples condição humana, intimamente relacionada às ideias de dignidade e limitação do poder, porém estas não estão positivadas, inserem-se em um plano pré-jurídico, podendo ser enquadradas inclusive no direito natural (ideal abstrato de justiça). Com efeito, os direitos do homem podem ser considerados a fonte em que são encontrados e de lá retirados os direitos fundamentais e os direitos humanos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Aspectos históricos dos direitos fundamentais

As noções de dignidade humana, limitação do poder, liberdade, igualdade, inviolabilidade da vida humana, entre outras, estão no pensamento humano desde muito tempo. Com o desenvolvimento dos povos, tais ideias foram sendo aquilatadas e ficaram dispensadas no que se pode chamar de antecedentes históricos do que viria a ser hoje reconhecidos como os direitos fundamentais.

Como exemplo de antecedente histórico, tem-se o famoso Código de Hamurabi, imposto por volta do ano 1800 a.C, na Mesopotâmia, que consagrou a regra do "olho por olho, dente por dente". Referido diploma já dispunha em seu prólogo, entre outros aspectos, que seu objetivo seria "evitar a opressão dos fracos" e "propiciar o bem-estar do povo" (MARMELSTEIN, 2014, p. 25-31).

A Magna Carta de João Sem-Terra, de 1215, na Inglaterra, já consagrava, em seu texto, inúmeras cláusulas de liberdade que, hoje, são reconhecidas como direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2014, p. 25-31). Tais direitos previstos nesses documentos históricos, entretanto, não podem ser considerados direitos fundamentais por não estarem positivados no plano constitucional de um determinado Estado Democrático de Direito, mas podem ser considerados Direitos do Homem por serem intimamente ligados à dignidade humana e à limitação do poder, servindo, assim, de fontes históricas em que estão consagrados muitos dos valores atualmente albergados como direitos humanos e direitos fundamentais.

Para demonstrar o desenvolvimento dos direitos fundamentais a partir do século XVIII, é interessante utilizar-se classificação elaborada pelo jurista tcheco Karel Vasack que ficou conhecida como a "teoria das gerações dos direitos". Essa teoria baseia-se no lema da Revolução Francesa para ditar a evolução dos direitos: (1) a primeira geração dos direitos, baseadas no ideal libertário (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas, são os direitos civis e políticos; (2) a segunda geração está fundamentada nas noções de igualdade (égalité), que se iniciaram com a Revolução Industrial e as mazelas sociais por ela trazidas, são os direitos econômicos, culturais e sociais e (3) os direitos de terceira geração são o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, completando o lema da Revolução Francesa com a fraternidade (*fraternité*). Existem ainda doutrinadores que falam em uma quarta e quinta geração, é o caso do ilustre professor Paulo Bonavides, mas, para o presente trabalho, não nos cabe aprofundar acerca dessa temática.

Na doutrina específica dos direitos fundamentais, existem críticas profundas à terminologia utilizada para denominar a teoria acima referida, pois o termo geração dá uma ideia de superação ou substituição de uma geração por outra, sendo mais plausível a utilização do termo "dimensões" de direitos, por trazer o conceito de complementaridade e de soma.

2.2 Os direitos fundamentais e sua importância para o Estado Democrático de direitos

Os direitos fundamentais possuem um forte vínculo com as noções de Constituição e de Estado de Direito. Com a primeira, é irrefutável a identidade quanto ao mesmo direcionamento funcional, qual seja a limitação do poder estatal mediante a obrigatoriedade da observância de parâmetros formais (forma de Estado, organização dos poderes, etc.) e materiais (valores) embutidos nos princípios constitucionalmente consagrados.

Tal liame é reconhecido desde a época da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão que, em seu art. 16, dispôs que "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui constituição". Acompanhando tal raciocínio e demonstrando o vínculo estabelecido com o segundo, os direitos fundamentais, ao lado da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, constituem a essência do Estado Constitucional de Direito, sendo que se reconhece tanto o seu aspecto formal como um Estado limitado por parâmetros normativos formais e, por outro lado, o seu aspecto material, tendo por base a positivação de princípios com forte conteúdo axiológico que legitima todo o poder exercido pelo Estado. Esse poder, após a positivação de determinados valores reconhecidos historicamente pelo povo, consubstanciam-se no que foi denominado por Joaquim José Gomes Cannotilho como "reserva de justiça". (CANOTILHO, 2000, p. 113)

Os direitos fundamentais estão também intimamente relacionados com o princípio democrático, sendo, com efeito, pressupostos, instrumentos e garantias para a sua efetivação. Em outras palavras, a consagração de direitos relacionados à participação popular na tomada de decisões políticas no âmbito jurídico-constitucional de determinado Estado é essencial para a efetiva execução dos ideais democráticos (SARLET, 2009, p. 58-62), imortalizado, nas palavras de Abraham Lincoln, como sendo o "governo do povo, pelo povo e para o povo".

Diante dos argumentos trazidos à baila de forma sintetizada, é possível e indispensavelmente demonstrável que os direitos fundamentais constituem condição indispensável para a existência e legitimação de um autêntico Estado Democrático de Direito.

2.3 Os preconceitos sobre a temática dos direitos fundamentais

Ultimamente tem sido exibido, na imprensa, e, a cada dia, frequentemente tem-se unificado, nas ruas, o que se pode chamar de uma inversão da verdadeira concepção do que são os direitos fundamentais (sendo, ordinariamente denominado em referidos locais como direitos humanos, em uma demonstração do pouco conhecimento acerca do conteúdo e da finalidade dos direitos fundamentais).

No jornalismo policial, caracteristicamente sensacionalista e, em coordenação com as ideias da parcela mais conservadoras da população, é comum verificar um falso juízo que por eles é passada de que os direitos fundamentais têm como função a defesa de bandidos. O referido pensamento, além de preconceituoso, é limitado e deixa de fora aspectos cruciais de tais direitos, que prezam principalmente pela igualdade de todos, sem distinção de qualquer natureza. Em outras palavras, o entendimento de que "os direitos humanos só servem para defender bandidos" não se apresenta em conformidade com a teoria geral dos direitos fundamentais, que defende a tese de que deve ser respeitada a dignidade humana de toda e qualquer pessoa, independente de raça, cor, opção sexual, classe econômica, etc.

Assim, a teoria dos direitos fundamentais preza pelo respeito aos direitos de todos, direitos estes básicos, como a moradia, a alimentação, o saneamento básico, que são essenciais para garantir o mínimo de dignidade que as pessoas precisam.

Tomando por base qualquer uma dessas ideias, é de se chegar à conclusão de que há uma cisão entre duas classes, uma que tem os seus direitos violados, e outra que é a violadora dos direitos daqueles outros, porém, para se conhecer o verdadeiro sentido dos direitos fundamentais, faz-se necessário, uma análise de toda a problemática, não podendo ser realizada de forma preconceituosa. Ademais, deve-se pautar pelos conhecimentos já desenvolvidos no decorrer da história.

Em continuidade do presente trabalho, demonstrar-se-á quem são os titulares e os destinatários dos direitos fundamentais dentro das especificidades da matéria, mas este é um ponto a ser abordado no próximo item.

2.4 A problemática da titularidade dos direitos fundamentais em seus vários aspectos

De forma introdutória ao tema específico atinente à titularidade dos direitos fundamentais, faz-se necessária uma distinção de grande relevância e que servirá de base no desenrolar dos estudos.

Em que pese na doutrina constitucional, alguns estudiosos utilizarem o termo "destinatários" como sinônimo da expressão "titulares", ou seja, como destinatários da tutela judicial dos direitos fundamentais, tal emprego não é bem visto pela doutrina moderna, tendo esta tratado tais expressões como antônimas.

Tal objeção toma por base que os direitos fundamentais são concretizados dentro de uma relação jurídica e, portanto, configura-se mais adequada, a utilização da palavra titular com o sentido de sujeito ativo da relação, ou seja, aquele que pode exigir o respeito e a proteção dos direitos fundamentais, enquanto que os destinatários estão conformados como o polo passivo da relação intersubjetiva e se constituem os sujeitos dos quais pode ser exigido o respeito e a proteção desses direitos (DIMITRI; MARTINS, 2012, p. 68).

No ordenamento jurídico brasileiro, embora não de forma expressa, pode-se considerar consagrado o princípio da universalidade da titularidade dos direitos fundamentais, segundo o qual a pessoa, pelo simples fato de ser considerada da espécie humana, já é detentora de direitos essenciais para a vida em sociedade, e estes são consubstanciados nos limites do Estado como os direitos fundamentais. Tal princípio suporta certas restrições, desde que proporcionais, razoáveis e expressamente determinadas na legislação, assim como ocorre no Brasil (SARLET, 2009, p. 209-210).

Dessa forma, não é pelo simples fato de certos princípios terem como titulares determinadas categorias que o princípio da universalidade vai restar descaracterizado, contanto que todas as pessoas que estiverem devidamente configuradas naquele grupo sejam titulares dos direitos fundamentais, estará presente o princípio da universalidade da titularidade de direitos.

Passemos às especificidades acerca da titularidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

São titulares dos direitos fundamentais, em respeito ao princípio da universalidade, todas as pessoas, independentemente de raça, cor, orientação sexual, condição econômica, etc., basta somente ter nascido com vida para se configurar como sujeito de direito. Tem sido inclusive, apesar da divergência entre os estudiosos, discutida a possibilidade da titularidade por parte dos nascituros, tendo em vista a expectativa de vida, que é característica fundamental destes.

Outrossim, tem sido reconhecidos direitos fundamentais até após a morte como é o caso do direito à honra, ao nome, entre outros, que já foram em algumas demandas apreciadas pela justiça brasileira.

No *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o constituinte consagrou como direito de "todos" a igualdade perante a lei, restando, assim, simples a determinação dos seus titulares com o caráter de universalidade.

Em seguida, com relação aos demais direitos genéricos previstos no *caput* do preceito acima referido – garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade [...] - impôs determinadas restrições e consagrou a titularidade desses direitos somente aos brasileiros, independentemente da forma da aquisição da nacionalidade (nato ou naturalizado), e aos estrangeiros que residam no país.

Porém, com relação aos estrangeiros em trânsito no Brasil, impede refletir sobre a situação dessas pessoas. Em razão das imensuráveis críticas dispensadas ao constituinte e com o intuito de salvaguardar as premissas constitucionais, a doutrina e a jurisprudência largaram na frente e têm realizado uma interpretação extensiva do preceito fundamental que prevê a igualdade formal, garantindo, assim, direito aos estrangeiros em trânsito no país.

Tomando-se por base o critério hermenêutico sistemático, por meio do qual se argumenta que o constituinte disse menos do que queria, bem como fazendo uma combinação, nos casos em que é compatível, do caput do Art. 5° com o inciso III do Art. 1º da Constituição Federal de 1988, que eleva a "dignidade da pessoa humana" a fundamento da República Federativa do Brasil, é possível, dessa forma, estender a titularidade desses direitos também ao estrangeiro que esteja em trânsito no país.

Tal interpretação já está consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, inclusive por meio dos informativos, veja-se:

> Assentou que a interpretação do art. 5º, caput, da CF não deveria ser literal, porque, de outra forma, os estrangeiros não residentes estariam alijados da titularidade de todos os direitos fundamentais. Ressaltou a existência de direitos assegurados a todos, independentemente da nacionalidade do indivíduo, porquanto considerados emanações necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana. Alguns direitos, porém, seriam dirigidos ao indivíduo como cidadão, tendo em conta a situação peculiar que o ligaria à pátria. Assim, os direitos políticos pressuporiam exatamente a nacionalidade brasileira. (HC 94477/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 6.9.2011. (HC-944477)

Antecipamos que a problemática referente à titularidade dos direitos sociais será objeto de estudo mais aprofundado, tendo em vista ser um dos temas primordiais para este trabalho ao lado da sua exigibilidade por meio do Judiciário.

Com relação à titularidade dos direitos políticos, é observável como restrição mais relevante a necessidade da nacionalidade brasileira, sendo possível somente em dois casos o estrangeiro ser titular destes direitos, um deles é o caso de pessoas de nacionalidade portuguesa que residam permanentemente no Brasil e, por esse motivo, podem exercer todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, desde que seja reconhecido aos brasileiros tais direitos também em Portugal, ou seja, haja reciprocidade, e o outro é a possibilidade de os estrangeiros atuarem nos partidos políticos, tendo em vista a não inclusão como requisito para o exercício de tais direitos à nacionalidade brasileira.

Outra especificidade que tem sido objeto de relevante debate entre os juristas dentro da temática da titularidade dos direitos fundamentais está relacionada à titularidade desses direitos pelas pessoas jurídicas, tanto as de direito privado, como as de direito público.

Com relação às pessoas jurídicas de direito privado, é reconhecida pela doutrina e jurisprudência a titularidade de direitos que estejam de acordo com a sua natureza e finalidades, não é de se considerar em conformidade com o fim e essência de um ente coletivo a titularidade do direito à proibição da pena de morte, a tortura e outros que poderiam ser aqui arrolados, por outro lado, são plenamente compatíveis os direitos de propriedade e os direitos de caráter fiscal, bem como, num exemplo mais preciso, no caso de a uma empresa de telecomunicação ser assegurado o direito à liberdade de imprensa.

No que diz respeito à possibilidade da titularidade de direitos fundamentais das pessoas jurídicas de direito público, chega a ser um tanto quanto contraditório, uma vez que estes foram criados com o intuito de limitar o exercício do poder estatal, e agora o próprio Estado pode utilizar-se dos direitos fundamentais como sendo titular e não destinatário. De quem o Estado se defenderá?

Em algumas situações, é possível verificar alguns dos entes estatais em situação de submissão em relação a outros entes do Estado, é o que ocorre no caso de uma ação judicial em que o Estado, por algum dos seus entes que esteja litigando, este consequentemente estará submetido ao Estado Juiz, sendo-lhe, portanto, garantido os direitos de caráter processual (contraditório, devido processo legal, etc.), é de se destacar que tal situação possui caráter de excepcionalidade, pois ordinariamente o Estado encontra-se na situação de destinatário.

2.5 A problemática referente á titularidade dos direitos de caráter social

A titularidade dos direitos sociais, conforme indicado no item anterior, constitui o objeto principal a ser abordado no presente trabalho, por isso faz-se necessária uma análise sistemática de forma a abranger todos os seus elementos essenciais, descortinando todas as suas características.

Fazendo-se uma viagem de forma aprofundada acerca da história dos direitos fundamentais sociais, iniciar-se-á na Revolução Industrial, esse que foi um momento histórico de grandes transformações na vida social e econômica das pessoas, principalmente no continente europeu.

Nessa época, saía-se do feudalismo, em que as relações econômicas estavam concentradas no campo, sob o comando dos senhores feudais, que eram as pessoas proprietárias das terras em que os vassalos trabalhavam, e estes, por sua vez, tinham de destinar boa parte da colheita para aqueles, como uma forma de contraprestação pela utilização de suas terras.

Em continuidade, conforme explicitado, houve inúmeras transformações até chegar ao período industrial, o qual se caracteriza pela migração em massa das pessoas que viviam no campo, para as cidades, que era onde estavam concentradas as indústrias e, como consequência, a nova fonte de renda das pessoas.

Como efeito dessa migração em massa, tendo em vista que as cidades não tinham a estrutura necessária para suportar, de forma organizada, essa população tão numerosa, surgiram as até hoje existentes e conhecidas mazelas que assolam as populações das grandes cidades, tudo isso, é claro, somado às péssimas condições de trabalho existentes nas fábricas, os baixos salários, as infindáveis jornadas de trabalho, entre outras situações calamitosas que foram verificadas.

Em reação a esse contexto de violação da dignidade humana, o povo se rebelou com o objetivo de que a eles fossem garantidas prerrogativas mínimas, que se justificavam por sua mera condição de ser humano. Em meio aos sangrentos, na maioria das vezes, movimentos sociais surgiram os denominados direitos fundamentais de natureza social, que, desde, então, vêm sendo consagrados nas inúmeras constituições por todo o mundo.

O surgimento dos direitos sociais constitui uma quebra com o padrão existente do Estado Liberal, no qual prevalecia à abstenção do Estado nas relações particulares e principalmente na economia, vindo a surgir o Estado Social, que se caracteriza pela intervenção estatal nas relações privadas, bem como na economia, sempre com o objetivo de resguardar o bem estar social. Nesse contexto o Estado deve agir de forma positiva, conforme demonstra os ensinamentos do jurista George Marmelstein (2014, p. 48), "Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade".

No Brasil, esses, como todos os demais direitos fundamentais, das diferentes dimensões, apesar de serem reconhecidos nas constituições anteriores como na de 1934 e 1946, ganharam realmente ênfase e respeito com a promulgação da Constituição Federal de 1988, deixando de serem meros discursos retóricos e passando a ser vislumbrados como normas jurídicas.

Atente-se para o fato de que não são normas comuns, mas sim normas constitucionais, ou seja, estão no ápice da pirâmide normativa, tendo a sua aplicabilidade direta e imediata garantida pela constituição, coforme é possível se verificar no art. 5, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988.

Chegando à problemática da titularidade dos direitos sociais, não se nota grandes problemas em se encontrar os titulares de determinados preceitos valorativos que fazem parte dessa categoria, é o que ocorre, por exemplo, quando o constituinte consagrou a "assistência aos desamparados" e "a proteção à maternidade e à infância". Nesse contexto deve o aplicador da norma estabelecer, de forma razoável, quem se enquadra nas situações acima indicadas, sempre tomando por base uma posição racional, justificável e proporcional, mesmo que as expressões utilizadas sejam de caráter genérico.

Da mesma forma, o constituinte, com relação aos direitos trabalhistas, indica de forma clara, os seus titulares, como bem abordou Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *in verbis:*

> Os direitos sociais enunciados nos arts. 7 a 9 e no art. 11 da CF são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, isto é, de qualquer pessoa que presta serviços a outrem no Brasil com certa regularidade e em condições de dependência mediante remuneração [...].(2012, p. 79)

Por outro lado, encontra-se como o grande dilema a titularidade dos direitos previstos no caput do art.6º de forma bastante genérica, tais como os direitos à educação, à saúde, à alimentação, à moradia, ao lazer etc.

No que diz respeito a esses direitos reconhecidos na Carta Magna, doutrina bastante difundida, reconhece a titularidade destes a todas as pessoas, porém somente são passíveis de exigir do Estado a sua implementação pessoas que demonstrem estar em situação de plena necessidade. Advogam essa teoria doutrinadores de grande prestígio no que concerne aos seus trabalhos relacionados à teoria dos direitos fundamentais, tais como Dimitri Dimoulis, Leonardo Martins, George Marmelstein. Tema que será pormenorizado no próximo tópico.

2.6 A problemática da exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais

Poucos temas foram tão discutidos, nos últimos anos, como a eficácia dos direitos fundamentais de caráter social.

Até o fim do século XX, grande parte da doutrina e jurisprudência entendia serem esses direitos normas meramente programáticas, ou seja, seriam conselhos que pautavam o exercício da atividade legislativa e administrativa, de modo que não teriam força vinculativa para fundamentar a exigência de sua implementação pelo Estado na via judicial.

Todavia, com o advento do neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, que se iniciou, no Brasil, a partir das discussões do projeto constitucional de 1988, inúmeras transformações ocorreram em toda a dogmática jurídica.

No que diz respeito a essas transformações, podem ser citados os ensinamentos do Ministro Luis Roberto Barroso, que as dividiu em marcos, *in verbis:*

> 1. Como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; 2. marco filosófico, o pós positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; e 3. como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Referidas transformações, conforme explicitado, abrangeram todo o ordenamento jurídico, inclusive os direitos fundamentais de segunda dimensão, ou seja, aqueles que exigem uma prestação positiva, um agir, por parte do Estado.

A partir de, então, aquele entendimento antes disseminado de que os direitos sociais não passavam de normas programáticas, isto é, a sua eficácia era limitada, exigia uma regulação infraconstitucional, e de que a implementação das políticas públicas estava incrustada na esfera discricionária exclusiva dos administradores, deu uma reviravolta. Essa mudança tem por fundamento principal o reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, considerada como um dos marcos teóricos do Neocontitucionalismo. Subsumiu-se a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, pela qual se entendem estes como verdadeiros direitos subjetivos, podendo ser exigida a sua implementação em face do Estado pela via judicial.

Tal entendimento leva a uma tensão entre os poderes estatais, tendo em vista a colisão gerada entre os princípios da máxima efetividade das normas constitucionais versus a separação de poderes e a democracia representativa. Porém, tal tensão não tem sido, nem poderá ser obstáculo para que o Poder Judiciário se posicione e decidida com a definitividade que é característica da jurisdição acerca da implementação dos direitos fundamentais de caráter social, sendo tal fenômeno denominado de ativismo judicial, hoje amplamente praticado desde a 1ª Instância até o Pretório Excelso e guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, veja-se:

> O precedente supracitado mostra a negativa do Estado em fornecer medicamentos a um usuário destituído de recursos materiais. O Supremo Tribunal Federal decidiu pela concretização do direito a saúde, notadamente por meio do fornecimento de medicamento. O Supremo Tribunal Federal demonstra ainda seu entendimento no sentido do dever de garantir o direito à saúde aos usuários ser uma obrigação solidária dos entes políticos da Federação. (RE 765198 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, Processo eletrônico DJe-120 DIVULG 20-06-2014 PUBLIC 23-06-2014)

3 CONCLUSÃO

É cediço nesse momento final, colocar em relevo, de forma compilada, as ideias principais que já foram expostas chamando a atenção para as que constituem o objeto principal do presente trabalho.

No que diz respeito à problemática referente à titularidade dos direitos sociais é necessário fazer uma análise detida de cada preceito, uma vez que em alguns desses princípios o constituinte demonstra quem serão os titulares, ou pelo menos oferece subsídios para que o intérprete, por meio de um juízo de valoração, o determine inclusive aqueles genéricos, nos quais é interessante levar em consideração ideias de razoabilidade.

Com relação ao ativismo judicial, em que pese existir o entendimento de parte da doutrina da ocorrência de choque entre alguns princípios constitucionais, quando se dá a ocorrência de tal instituto, é indubitável a verificação da existência de uma tendência a flexibilização destes, que de forma legitima vem afastando esta argumentação.

Por fim, no que atine existência de algumas teorias limitadoras da atuação tutelar do Judiciário em relação aos direitos sociais, como a reserva do possível, o mínimo existencial, entre outras, elas não podem ser desconsideradas, tendo em vista a escassez dos recursos e a infinidade das mazelas sociais, mas não podem ser utilizadas como argumentos que impossibilitem o ativismo judicial, uma vez que este foi uma das principais conquistas obtidas pelo povo, para que seus direitos sejam reconhecidos e implementados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Jus Navigandi**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-econstitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Curso de direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 13. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: parâmetro ético-constitucionais. **Scribd.** http://pt.scribd.com/doc/225912095/Daniel-Sarmento-Protecao-Judicial-Dos-Direitos-Sociais#scribd. Acesso em: 15 fev. 2015.

SOB UMA PERSPECTVA DA VERDADE: A ORDEM JURÍDICA, O PODER E O POVO

Francisca Bárbara Prado Antunes de Souza, Autora[80*]
Nicodemos Fabrício Maia, Professor Orientador[81**]

RESUMO:

Este trabalho trata da busca pela verdade sobre o nosso país, que veio mais fortemente à tona com a Comissão Nacional da verdade, importante meio para a construção e preservação da memória histórica, esclarecendo e garantindo que todos tenham acesso aos episódios das grandes violações a direitos fundamentais durante o regime militar brasileiro. Mostra-se a ilegitimidade desse governo, pois o poder político legítimo busca o bem do povo e não o contrário. Vê-se que esse período é caracterizado como um retrocesso diante dos direitos humanos consagrados internacionalmente e diante das nossas conquistas a cada constituição, visto que há muito tempo já se verifica a sensibilidade do ser humano de defender os direitos humanos, que lhe são próprios. Neste artigo, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e o método qualitativo.

Palavras-chave: Verdade. Ditadura. Ordem Jurídica. Povo. Poder.

ABSTRACT:

In this article, we seek the truth about our country, which has gained attention with the National Truth Convention, important tool for the construction and preservation of the historic memory, clarifying and ensuring the access for everyone to the fundamental rights violations, which occurred during the military dictatorship period. We shall analyse the governmental illegitimacy, since the legitimate political power seeks the common good, not the contrary. We will see that the analysed period is characterized as a regression against the human rights, internationally conquered, and also before our achievements in each Constitution, since we can see that the human being seeks to defend the human rights. In this article, we used the bibliographic research and the qualitative method.

Keywords: Truth. Dictatorship. Legal order. People. Power.

80 *Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus), terceiro semestre. barbara_prado07@hotmail.com

81 **Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1990), Licenciatura em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2001) e Mestrado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2003). Atualmente é professor do Centro Universitário Christus. Experiência nas áreas de Direito, Filosofia e Ciências Sociais. Nomeado Procurador-Chefe do Ministério Público do Trabalho no Estado do Ceará - PRT 7a. Região, através da Portaria 567/2010, do Procurador-Geral do Trabalho, Dr. Otávio Brito Lopes, publicada no DOU, Seção 2, de 07/12/2010, pág. 39, para o biênio 2011/2012. nicodemosfmaia@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

"Uma vida sem busca não merece ser vivida" (Sócrates).

A época do regime ditatorial foi uma época de dormência e cinismo, em que a maioria das pessoas não sabiam o que realmente estava acontecendo, que não se falava de política nem em casa nem na escola, que povo ficava em silêncio, ou seja, abdicava do direito de lutar por seus ideais e de ter suas garantias preservadas. Uma época que para se ter noção da gravidade, foi preciso aclamar a lei de proteção aos animais para conseguir direitos para a pessoa humana. Isso foi o que Heráclito Fontoura Sobral Pinto fez, importante advogado que contribuiu de forma significativa na luta pelos direitos em uma época de forte repressão, usou a lei de proteção aos animais em uma petição para a defesa de seu cliente, pois a referida lei, assinada por Getúlio Vargas, garantia maior proteção aos animais do que era garantida no dia a dia para a pessoas.

Nesse estudo, objetiva-se contribuir para a busca pela verdade no nosso país, fazendo uma abordagem das lutas, retrocessos e conquistas de direitos ao longo da história por meio da análise das constituições federais já vigentes. Depois, é feita uma explanação sobre a Comissão Nacional da verdade, importante instrumento para o esclarecimento do que aconteceu durante o regime militar, para a reparação das violações aos direitos e, consequentemente, dos danos causados aos incontáveis brasileiros que foram oprimidos e humilhados. Em seguida, faz-se um estudo sobre a sociedade, o poder político legítimo, o povo e o governo esclarecendo o que é cada instituto.

2 UMA BUSCA

Precisamos buscar a verdadeira história do nosso país, adentrar em seus pormenores e preencher as lacunas deixadas ao longo tempo, algumas acidentalmente, mas muitas propositalmente para que as pessoas não saibam das graves violações aos direitos essenciais da pessoa humana. Como parte dessa busca, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) foi criada em 18 de novembro pela Lei nº 12.528, com o objetivo de averiguar e informar sobre tais violações decorrentes dos diplomas prescritos no artigo 8º no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.[82] Muitas delas cometidas pelos próprios agentes do Estado, que são responsáveis por nos assegurar uma vida digna, mas que, incontáveis vezes, causam um ambiente hostil às pessoas. Esse artigo 8º serviu como base, por exemplo, para Recurso

82 Art. 8º - É concedida anistia aos que, no período de 18/09/46 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15/12/61, e aos atingidos pelo Decreto-lei nº 864, de 12/09/69, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

Extraordinário 170.934[83] do Supremo Tribunal Federal para anistia de concursados impossibilitados de tomar posse do cargo público por não comprovarem com atestado que possuem ideologia de acordo com o regime militar, o que é um claro absurdo.

Este é o citado artigo da Carta de 1998 que marcou a redemocratização do nosso país após um período de ditadura. Redemocratização porque éramos uma democracia, vivíamos uma época que tínhamos nossos direitos reconhecidos, mas foi interrompida por uma época de perseguição política, torturas, mortes, desaparecimentos, ocultação de cadáveres, etc.

Em 1824, tivemos nossa primeira Constituição que foi outorgada e que reconhecia direitos individuais civis e políticos. Em 1891, a Constituição Federal dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada, feitas por representantes do povo brasileiro, fixou o presidencialismo como sistema de governo e a República como forma de governo. Em 1934, foi promulgada uma nova Constituição que reconheceu os direitos sociais, fixou o voto feminino que já era previsto pelo Código Eleitoral de 1932 e garantiu o mandado de segurança. Em 1937 houve a implantação do Estado Novo com Getúlio Vargas, era carismático, teve apoio popular e foi o único ditador que, posteriormente, foi eleito. Em 1946, fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte, foi promulgada uma nova Constituição que resgatou as ideias da Carta de 1934, fez do Brasil um Estado Democrático de Direito, garantiu legitimidade, deu ao povo o direito de controlar a lei, assegurou a dignidade da pessoa humana, a incolumidade física, psíquica e social. Porém, em 1961, foi instituído o parlamentarismo, o que diminuiu o poder do presente, já se estava preparando espaço para a ditadura. Em 1963, houve um plebiscito e o presidencialismo voltou. Em 31 de março de 1964 foi declarado o Ato Institucional nº1, pondo fim à Constituição de 1946. Entre 1964 e 1967, havia um impasse sobre o que fazer, uma nova constituição ou governar o Brasil por Ato Institucional (AI)? Então Castelo Branco teve uma ideia de os militares fazerem uma constituição do modo como queriam e, depois, enviá-la ao Congresso Nacional para se pensar que ela foi feita por representantes do povo. De fato, foi enviada e discutida no Congresso Nacional, mas pode-se dizer que em 1967, na verdade, houve uma outorga implícita, porque o que saiu de lá foi uma carta de afronta aos direitos já conquistados, o que refletiu a vontade dos militares. Afronta reforçada com a Emenda Constitucional nº1 de 1969 que tratou de todos os assuntos possíveis, intensificando as ideias antidemocráticas e o regime militar. As circunstancias só pioravam e o AI-5 suspendeu os direitos e garantias fundamentais.

Assim, pode-se ver que o Brasil teve muitas constituições, cada uma delas avançando nas conquistas de direitos, mas esse avanço foi interrompido por um regime desrespeitoso. A Constituição deve garantir uma vida digna a cada pessoa, e, para isso, ela deve limitar o Estado para este não cometer abusos, o que não aconteceu durante o governo dos militares. Não podemos deixar passar despercebido essa época que nosso país viveu em que a Constituição não cumpriu seu papel tão importante para o povo.

3 A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (CNV)

A Comissão Nacional da Verdade[84] reclamou e reclama o resgate da dignidade de brasileiros que lutaram pela liberdade de expressão política a partir do reconhecimento de atos hediondos praticados contra civis. Dessa forma, atuou buscando e esclarecendo os casos de detenção ilegal, tortura, morte, desaparecimento forçado e ocultação de cadáver ocorridos durante a ditadura, identificando os autores e os locais onde foram praticados.

Para aperfeiçoar a democracia, é necessário visitar e revolver fatos pretéritos e a CNV, mesmo após 30 anos do fim da ditadura, mostra isso ao cumprir com as obrigações éticas e jurídicas constantes da base de sua formação.

A relação com as comissões da verdade estaduais, municipais, sindicais e de seccionais da Ordem dos advogados do Brasil (OAB) proporcionou uma maior dinamização e divulgação dos trabalhos da CNV. Trabalhos esses que refletem a responsabilidade do Estado brasileiro, atendendo às reivindicações de quem alguma forma sofreu com o regime e se arriscou denunciando os acontecimentos.

Presos e familiares desafiavam o regime imposto, realizando greve de fome por exemplo. Uma forma de manifestação foi o abaixo-assinado conhecido como **bagulhão**, de 23 de outubro de 1975, realizado por 35 presos políticos de São Paulo, foi endereçado ao presidente do Conselho Federal da OAB, Caio Mário da Silva Pereira. Nesse abaixo-assinado foi relatado tudo que era infligido aos presos, como métodos e instrumentos de tortura e até de irregularidade jurídica, o que demonstra que nem as leis, que não garantias os direitos básicos para a dignidade humana, eram respeitadas.

Com a redemocratização do regime, iniciou-se o projeto **Brasil: nunca mais** de grande importância para as denúncias das graves violações de direitos ocorridas na ditadura, foi possibilitado por advogados conseguiram autos de processos criminais dos cartórios da Justiça Militar, visando evitar que esses documentos fossem destruídos; utilizou-se depoimentos de presos políticos, quando interrogados nos tribunais militares. Dessa forma, foram 707 casos analisados, o que formou um livro que ficou 91 semanas consecutivas na lista dos dez livros mais vendidos do país.

Em 1995, foi publicado o Dossiê de mortos e desaparecidos políticos a partir de 1964 relatando 339 casos de assassinatos e desaparecimentos, no Brasil e no exterior, por perseguição política. No mesmo ano, foi sancionada a Lei nº 9.140/1995 que instituiu a Comissão Especial sobre mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), estabelecendo o pagamento de R$ 3 mil multiplicados pelo número de anos correspondente à expectativa de vida como indenização, podendo receber o

83 A anistia prevista no art. 8º do ADCT/1988 alcançou os concursados e nomeados que foram impedidos de tomar posse em cargo público ante a impossibilidade de apresentarem atestado ideológico consentâneo com o regime político então em vigor. Anistia. Implemento. Decreto. Mudança de governo. Publicidade. Sustação. Discrepa a mais não poder dos novos ares constitucionais o endosso judicial, sob a óptica da discricionariedade da administração pública, à suspensão de decreto a encerrar anistia." (STF, RE 170.934, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 1081999, Segunda Turma, DJ de 552000.)

84 A Comissão Nacional da Verdade foi criada pela Lei 12528/2011 e instituída em 16 de maio de 2012. A CNV tem por finalidade apurar graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988.

cônjuge, o companheiro, os descendentes e ascendentes e familiares colaterais até o quarto grau.

Em 2007, ocorreu o lançamento do livro Direito à memória e à verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, sendo o relatório das atividades do órgão que em uma parte declarava:

> [...] oficializou o reconhecimento histórico de que esses brasileiros não podiam ser considerados terroristas ou agentes de potências estrangeiras, como sempre martelaram os órgãos de segurança. Na verdade, morreram lutando como opositores políticos de um regime que havia nascido violando a constitucionalidade democrática erguida em 1946. (CNV)

Para os familiares, a publicação desse livro representou uma complementação à reparação pecuniária, reforçando a reparação ética e jurídica.

Para a CNV e para a CEMDP, os casos de suicídio pouco antes das prisões ou devido às consequências psicológicas das torturas foram atribuídos ao Estado brasileiro, o que demonstra o reconhecimento das devidas responsabilidades.

Em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH) julgou o caso "Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil", analisando pela primeira vez casos de violações de direitos humanos durante a ditadura no Brasil. A referida Corte sentenciou que a interpretação de oposição da investigação, do julgamento e da sanção aos responsáveis por essas violações da Lei de Anistia de 1979 é inconciliável com os deveres assumidos pelo Brasil ao fazer parte da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, definiu a responsabilização do Estado brasileiro pelos desaparecimentos dos guerrilheiros do Araguaia, pelo empenho de esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se possível, identificar e entregar seus restos mortais aos seus familiares. Porém, infelizmente, até agora o Estado brasileiro não cumpriu integralmente com o que foi determinado pelo julgamento da Corte IDH. (BRASIL, 2014, edição eletrônica)

4 DA PRÁTICA FORENSE BRASILERA

> Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979, concede anistia, e dá outras providências:
>
> Art. 1º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

O disposto nesse artigo causou considerável controvérsia quanto ao seu âmbito de aplicação, pois seriam anistiados os agentes políticos que praticaram crimes de tortura, homicídio, violência, estupro, dentre outros absurdos, contra as pessoas que se opunham ao regime militar? A concessão de anistia a esses criminosos representaria clara violação aos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana e à nossa democracia. Isso levou o Conselho Federal da Ordem dos Advogados (OAB) entrar com ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) visando que a não recepção do citado § 1º pela Constituição Brasileira de 1988.

O Ministério da Defesa se posicionou contra a ADPF, pois esta seria inútil, uma vez que esses crimes já estariam prescritos, e, assim, não levaria a resultados práticos.

O Procurador Geral da República opinou a improcedência do pedido por conter erros formais. A questão não pode ser analisada, segundo ele, pois está dissociada do contexto histórico da edição da norma, o que seria completamente decisivo para a sua devida interpretação.

A ação foi julgada improcedente baseada no fundamento de que o assunto é político e compete ao Congresso, ao Judiciário cabe interpretar, determinando o sentindo e o alcance do decreto da anistia: "Ao Supremo Tribunal Federal não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias. A ele não incumbe legislar ao apreciar ADPFs, senão apurar, em casos tais, a compatibilidade entre textos normativos pré-constitucionais e a Constituição." (ADPF 153)

Ao final, o relator, Eros Grau, pede perdão ao Presidente e aos Ministros, mas declara que o que está lendo é a lei e a Emenda Constitucional (EC), e a lei de 1979 foi reafirmada no texto da EC 26/85[85] pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. De forma que se trata de competência do Poder Constituinte Originário, ou seja, poder soberano na tomada de decisões, que inaugura um ordenamento jurídico, âmbito que poderes constituídos, como o Judiciário, não podem invadir por direito próprio. Assim, a Lei 6.683/1979 serviu de base para decisões judiciais como o Recuso Extraordinário 140.368 do Supremo Tribunal Federal (STF):

> Policial militar. Anistia. Acórdão que lhe reconheceu o benefício da anistia da Lei 6.683/1979 e da EC 26/1985, direito às promoções e à diferença de vencimentos em atraso. Alegada ofensa ao § 1º do art. 8º do ADCT/1988. Inconstitucionalidade não configurada, tendo em vista tratarse da anistia, não do art. 8º do ADCT/1988, mas dos anteriores diplomas indicados." (STF, RE 140.368, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 1051996, Primeira Turma, DJ de 281996.)

Porém, a ADPF 153 deveria ter sido julgada procedente, pois as violações aos direitos humanos são imprescritíveis.

5 ANTÍGONA

A obra de Sófocles, Antígona, passa-se na cidade de Tebas governada por Creonte. Antígona tem seu irmão morto, Polinices e Creonte proíbe que ele seja enterrado.Assim, ela declara que as honras da sepultura foram negadas ao seu irmão e que Creonte não tem o direito de coagi-la a abandonar

85 Artigo 4º, § 1º da EC 26/85: É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

seus direitos e, de fato, não tem, na verdade, tem o dever de garanti-los. Eles não eram reconhecidos pelo governante que administrava como um ditador. A lei era a sua vontade, longe de ser a vontade do povo, longe de garantir a dignidade humana. Antígona não teve a honra e o direito de sepultar seu irmão, assim como muitos brasileiros não o tiveram, além das incontáveis famílias que não tiveram o direito de ao menos saber o paradeiro de seus entes queridos.

Antígona em um diálogo com Ismênia que não concorda em ajudá-la a enterrar o irmão sendo contra a lei, diz que esta despreza as leis divinas, o que demonstra a sensibilidade, já nessa época, à existência leis superiores às leis positivadas. Aquelas leis representam os direitos fundamentais, indispensáveis para a garantia da incolumidade física, psíquica e social, da dignidade humana, que eram aclamadas em 442 A.C., mas que foram desprezadas em pleno século XX, e que, a propósito ainda são desrespeitadas nesse século XXI que deveria se espelhar nas aclamações de um momento histórico esquecido por muitos:

> A tua lei não é lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que a tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram. (SÓFOCLES, 2003, p.25)

O corpo de Polinices, então, é vigiado por guardas, mas uma noite eles adormecem e quando acordam, o corpo está enterrado. Creonte ordena que os guardas o desenterrem e ameaça de morte se não acharem o culpado. Antígona, que está noiva de Hémon, filho de Creonte, vai enterrar novamente o corpo, é pega em flagrante pelos guardas, confessa tudo e é condenada a ser enterrada em uma gruta que só tem um pequeno espaço para passar o indispensável de comida.

Hémon tenta convencer o pai de soltar a sua noiva, mas ele não atende ao pedido. Creonte recebe o presságio de um adivinho que diz que é melhor enterrar Polinices e soltar Antígona, mas também não o ouve. Porém, ficou temeroso e pede conselho aos anciãos tebanos que dizem que o melhor é fazer o que o adivinho disse. Então, ele realiza o enterro e vai soltá-la. Quando chega na gruta, ela está enforcada por suicídio e Hémon chorando também se mata. Depois a mulher de Creonte se suicida.

A tragédia termina com um mensageiro dizendo que a verdade é o melhor caminho que devemos seguir.

De fato, em busca desse desenvolvimento democrático que perpassa o princípio da transparência e da publicidade de atos oficiais, prega-se o direito constitucional à verdade, como uma garantia jurídica de que tais fatos não poderão mais se repetir na história da nação brasileira.

6 POVO E PODER

O ser humano é um ser social por sua natureza e por sua inteligência, por meio da sociedade visa alcançar fins que vivendo isoladamente não conseguiria. Já os seres não humanos formam sociedade de forma puramente instintiva, de forma que ela é considerada um fim, o objetivo da vida. É nisso que se encontra a diferença essencial entre essas duas sociedades, para os seres não humanos, o principal é o todo. Para os seres humanos, o principal é o ser humano, cada um em particular. Assim, a sociedade deve subordinar-se ao ser humano, existe em função do bem-estar e do aperfeiçoamento dele, se se desviar desse objetivo, se degrada. Como explica Goffredo:

> Por que é que o principal é o ser humano e não o todo social? Simplesmente porque o que sobretudo interessa é a sorte dos homens e das mulheres; é a felicidade de cada pessoa. [...] É evidente que, dentro da sociedade, cada ser humano deve subordinar-se à ordem coletiva, como a parte ao todo. Mas a sociedade deve subordinar-se ao bem do ser humano, como meio ao fim. (TELLES JÚNIOR, 2014, edição eletrônica)

A ideia de um bem a atingir é a causa principal da formação de um grupo e a força organizadora da vida social. É ela que provoca a organização de meios para atingir a sua finalidade e só tem eficácia por causa da consciência de sua necessidade por cada um dos componentes do grupo. Essa consciência que gera a obediência aos imperativos quem conduzem para aquele bem. Nisto reside o fundamento do Poder Político Legítimo. Esse poder, portanto, consiste na força de realizar o bem comum sobre a consciência dos membros do grupo, capaz de fazer com que eles sejam subordinados aos imperativos necessários para a consecução desse bem.

O governo é um órgão do poder, se encontra em instituições ou pessoas, não é o poder, mas a instituição que deve encarnar o poder. Este se acha na ideia de realizar o bem do povo e, desenvolvendo essa percepção, se pode dizer que o poder se acha nas normas necessárias a essa realização.

A sociedade política é uma sociedade cujo fim é assegurar o bem comum, existe em razão de assegurar a condição necessária para a realização desse fim. Essa condição é a ordem jurídica.

É impossível uma sociedade sem ordem jurídica, ela pode subsistir sem rede de esgoto, sem telefone, sem escolas, sem faculdades, sem internet, mas não sem ordem jurídica. Este é o único bem que todos os membros da sociedade necessariamente desejam, único bem digno de ser chamado de bem comum.

Como foi esclarecido, governo e poder são institutos diferentes. O povo detém o poder político legítimo, o governo deve escarnar o poder, ou seja, fazer a vontade do povo, atingir o bem comum. A ordem jurídica é o próprio bem comum, o que consiste em dizer que é ela que garante os direitos de cada ser humano e impõe seus deveres, necessários para o bem. Ela que garante o aperfeiçoamento e o bem-estar do ser humano, é ela que garante que uma pessoa tenha direito à integridade física, psíquica e social; a, após a morte, saber o paradeiro e enterrar dignamente seu ente familiar; à vida; às condições mínimas necessárias para uma existência digna; tenha o direito de não ser torturada; de lutar e exercer seus direitos; de exprimir o que pensa; de ficar em sua casa e andar na rua sem o medo de ser interceptado, a qualquer momento, por uma brutal força policial; de viver sem o medo de ser torturado e morto por querer viver em uma democracia, por querer educação e saúde dignas, por querer ter o direito fundamental à liberdade, por querer ter voz, por

querer viver em uma sociedade que exista em função do seu próprio motivo de existir, ou seja, que seja o meio de garantir o bem-estar de cada membro. Uma ordem jurídica que não é o próprio bem do povo, não é digna de ser chamada de ordem jurídica. Como esclarece Goffredo Telles Júnior, não são legítimas as leis da ordem jurídica que não provem de uma fonte legítima:

> É necessário distinguir entre o legítimo e o legal. Toda lei é legal, obviamente. Mas nem toda lei é legítima. Sustentamos que só é legítima a lei provinda de fonte legítima. Das leis, a fonte legítima primária é a comunidade a que as leis dizem respeito; é o Povo ou o setor do Povo, ao qual elas interessam – comunidade e Povo em cujo seio as ideias das leis germinam, como produtos naturais das exigências da vida. (...) São ilegítimas as leis não nascidas no seio da coletividade, não confeccionadas em conformidade com os processos prefixados pelos Representantes do Povo, mas baixadas de cima, como a carga descida na ponta de um cabo. (TELLES JUNIOR, 1980:425)

7 METODOLOGIA DA PESQUISA

O presente trabalho foi realizado por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, visto que se realizou pesquisa em livros, em leis, em artigos científicos e em relatórios. A pesquisa tem cunho qualitativo, pois se empenhou em pesquisar o histórico constitucional de nosso país, os trabalhos da Comissão Nacional da Verdade e a relação entre o povo e o poder.

8 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Com os resultados do estudo realizado, conheceu-se e compreendeu-se o significado de sabermos a verdade sobre a história do nosso país, que este, mesmo que tardiamente, empenhou-se para reparar as violações de direitos humanos causadas por quem estava governando, mas que não tinha o poder político legítimo, este sempre está nas mãos do povo e, nessa época, o povo era reprimido para não exercer o seu poder, mesmo depois de já o ter exercido em Assembleias Nacionais Constituintes anteriores a essa interrupção de desenvolvimento dos direitos humanos. Compreendeu-se que a ordem jurídica só é legítima se for o próprio bem comum do povo.

Percebeu-se que, apesar dos esforços, o Brasil ainda não cumpriu com todas as reparações às graves violações de direitos humanos pelas quais se comprometeu e, além disso, não foram conhecidos por uma parcela considerável da população os trabalhos da comissão da verdade, para exemplificar, vimos muitos cidadãos brasileiros, em manifestações, pedindo, absurdamente, a volta do regime militar. Portanto, é de grande valor que se continue o desempenho em fazer todos conhecerem as barbaridades que aconteceram durante a ditadura para que não haja sua repetição e para que haja pressão para o Brasil, efetivamente, cumprir com suas obrigações de reparações.

9 CONCLUSÃO

O presente artigo mostrou a importância da busca pela verdade, de forma que para a sociedade cumprir o papel da sua existência, alcançando o bem-estar de cada membro do grupo e buscando cada vez mais pelo aperfeiçoamento do ser humano, é necessário sabermos o que o nosso povo enfrentou, que não foi um caminho fácil até chegarmos onde estamos, com tantos direitos garantidos na nossa Carta Maior para enxergarmos os significados das nossas conquistas e, assim, lutarmos todos os dias para a concretização desses direitos. Para a sociedade política alcançar seu fim, faz-se necessário a luta pelo direito de forma contínua e a efetivação da ordem jurídica, especialmente a máxima efetividade dos direitos fundamentais, já que esta é o próprio bem comum.

A justiça, a paz e a verdade governam o universo, já se disse. A verdade posta-se como uma condição antropológica da raça humana. Encontrar a verdade é vislumbrar o significado da própria existência humana. É fornecer um parâmetro mínimo de dignidade a memória de todos aqueles que feneceram nas torturas da vida, nos tratamentos cruéis e desumanos, em nome de ideais nobres. É semear o amor, a paz e a concórdia entre nas relações sociais. A Justiça viva, como dizia Aristóteles, não pode ser curvar às contingências do poder. Urge-se rever a decisão do STF que omitiu a revisão desse episódios que maculam nossa cultura e que envergonha o povo brasileiro.

Portanto, não podemos nos esquecer da época de opressão do regime militar, para não corrermos o risco dessa história ficar no passado, impune e, por isso, se repetir. A Comissão Nacional da Verdade realizou, como foi mostrado, esse importante papel de divulgação das violações de direitos humanos, de busca pela reparação dos danos causados e de exposição do passado opressor para sua não repetição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. 2014. **Comissão Nacional da Verdade**. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/>. Acesso em: 06 maio 2015.

SÓFOCLES. **Antígona.** 5.ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O Povo e o Poder.** São Paulo: Saraiva, 2014.

STF. ADPF 153. Ministro Relator Eros Grau. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito Quântico – Ensaio sobre o Fundamento da Ordem Jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1980.

MARCO CIVIL DA INTERNET: AVANÇO OU RETROCESSO EM PLENO SÉCULO XXI?

*Gabriel Ferreira Facundo, autor**
*Gerardo Clésio Maia Arruda, orientador***

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Marco Civil da internet no século XXI; 3. Marco Civil e Crimes Virtuais (*Cyberbullying*); 4. Fundamentos; 5. Pilares do Marco Civil; 6. Princípios; 7. Direitos e Garantis dos Usuários; 8. Conflitos entre Direitos; 9.Conclusão; 10. Referências.

Resumo:

Ab initio, o presente trabalho tem como objetivo apresentar os pontos mais importantes da Lei 12.965, aprofundando-os de forma gradativa. Faz-se necessário um contorno histórico desde o início do projeto de lei, até o seu texto final**,** publicado no dia 23 de abril de 2014. Faremos uma análise dos fundamentos, dos pilares, dos princípios, direitos e garantias dos usuários etc. Abordamos o conflito entre direitos fundamentais, pois, é de suma importância sabermos lidar com eventuais antinomias, por exemplo, direito à liberdade de expressão x dignidade da pessoa humana. Por fim, a obra versa sobre o uso consciente da internet, haja vista ser um meio de comunicação utilizado por milhares de pessoas, sendo necessária uma harmonia virtual, requerendo a boa-fé dos usuários ao utilizá-la.

Palavras-chaves: Lei 12.965. Contorno Histórico. Análise. Conflito. Direitos Fundamentais. Uso Consciente.

Resumen:

Ab initio, el presente trabajo tiene como meta presentar los puntos más importantes de la Ley 12.965, clarificando temas que cercan la ley. Es necesario un esbozo histórico desde el inicio del proyecto de ley hasta su texto definitivo, publicado el 23 de abril de 2014. Haremos análisis de los fundamentos, los pilares, los principios, derechos y garantías de los usuarios etc. Traemos en el trabajo los conflictos entre derechos fundamentales, pues, es de gran importancia tenermos conocimientos acerca de las antinomias, por ejemplo, derecho a la libertad de expresión x dignidad humana. Por último, el trabajo habla de lo uso consciente de la internet, pues es un medio utilizado por miles de personas. Por lo tanto, es necesario una harmonía virtual, requiriendo la buena fe de los usuarios cuando úsala.

Palabras clave: Ley 12.965. Contorno de la Historia. Análisis. Conflicto. Derechos Fundamentales. Uso Consciente

1. INTRODUÇÃO:

O Marco Civil teve seu texto final apresentado pelo deputado Alessandro Molon e foi publicada no dia 23 de abril de 2014. Marco Civil da internet é mais conhecido como "Constituição da Internet", pois tem como principal objetivo regulamentar/ disciplinar o uso da internet. É de extrema importância sabermos que o Marco Civil regula crimes virtuais, bem como relações de consumo entre outras ações relacionadas à internet. Segundo o professor Walter Capanema, "O Marco Civil passou a se adequar a outras necessidades que não estavam previstas no seu texto primário, pois, no decorrer de seu trâmite, ocorreram situações relevantes que fizeram com que o projeto de lei abordasse os assuntos". Por exemplo, no famoso caso do Edward Snowden, um ex-técnico da Agência Nacional de Segurança dos EUA, que denunciou a existência de um esquema de espionagem de alguns governos, fator esse considerado um dos impulsionadores do regime de urgência para a votação do marco. Atualmente, Snowden está asilado na Rússia. O Projeto de Lei teve que se adequar aos casos de vazamento de fotos íntimas que são conhecidas como "vingança pornô". Iremos ver que um dos pilares do Marco Civil é o direito à privacidade do usuário, pois, para maior segurança do usuário, seus dados não serão disponibilizados, salvo autorização judicial, e são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem esse princípio, vide artigo 8º da Lei 12. 965. É bom lembrar que o Marco Civil é uma lei ordinária e só tem aplicabilidade em âmbito nacional. Hoje, a internet é um dos maiores veículos de informações do mundo, facilitando ainda mais a conectividade entre as nações, fazendo que as relações pessoais e de consumo sejam mais habituais. O que ocorre é que, diante de uma rede mundial de informações, o mau uso pode nos trazer prejuízo, por exemplo, dispor informações pessoais em sites de compras não confiáveis, ou marcar um encontro com uma pessoa com quem nunca se teve contato antes. Algumas pessoas utilizam da ignorância virtual de outrem em benefício próprio, por esses e outros motivos, o Marco Civil foi criado. Vale ressaltar o caráter popular do Marco Civil, pois esse projeto de lei foi construído com a participação popular, por meio de discussões pessoais e virtuais através de portais. A partir do trabalho coletivo entre câmara e povo, esse marco foi sendo desenvolvido, limitado e direcionado para atender aos anseios sociais.

2. MARCO CIVIL DA INTERNET NO SÉCULO XXI

Com ascensão da internet foi necessário criar algo que regulasse as condutas virtuais, pois como tudo que vira febre, há alguém de má-fé que tende a fazer um mau uso desse recurso. "A internet será a imagem precisa das sociedades que quisermos ser. Remove, sim, ditadores, e deve fazê-lo. Mas não pode, no caminho da democracia, extinguir-lhe a razão de ser – o igual valor, a dignidade de cada um dos integrantes do povo''. (Thompson, pág. 206, 2012). Thompson foi feliz quanto às palavras proferidas, pois o uso errôneo da internet por parte dos usuários causa o descumprimento da função social da internet, dispondo uma imagem da sociedade para o mundo. A Lei 12.965 traz em seu texto alguns artigos que regulam crimes cibernéticos, por exemplo, o trecho do artigo 21, lei 12.965:

> "O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo

> cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado (...)".

"É necessário punir os criminosos e não criminalizar a rede" (Molon, pág.31, 2012). Ou seja, a internet não é culpada pelo seu mau uso, por isso não deverá ser criminalizada, pois estaríamos condenando um meio eficaz de comunicação por causa de seus usuários que utilizam de má-fé. É inadmissível que crimes virtuais acabem transcendendo para a seara real e vice-versa. O Marco Civil tem o objetivo de proporcionar segurança àquele usuário de boa-fé. Condutas que antes não eram previstas, agora são. Por isso, o Marco Civil recebe status de **Constituição da Internet**.

3. MARCO CIVIL E CRIMES VIRTUAIS (*CYBERBULLYING*)

Há uma consistente luta contra a intolerância, a incitação da violência e outros crimes que são praticados por meios virtuais e que acabam sendo exteriorizadas na vida real. Há casos de *bullying* e casos de *cyberbullying*. O que qualifica o *bullying* é o meio utilizado e o momento, pois o agressor fica frente a sua vítima e sabe das consequências que aquela "brincadeira" poderá gerar. O *cyberbullying*, ou *bullying* virtual, ocorre por causa dos usuários de redes sociais que já a utilizam no intuito de incentivar a violência, seja ela virtual, seja ela real. "*Cyberbullying* ocorre quando sítios eletrônicos, blogs ou redes sociais da web, como Orkut, Facebook e twitter são utilizados para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial. " (Sifuentes, pág.34, 2012). O *Cyberbullying* cria consequências fora do âmbito virtual e recai sobre a vida pessoal do ofendido.

Muitos casos de *Cyberbullying* acabam tirando a vida de jovens, garotos/garotas, por exemplo, Amanda Todd, americana, sofreu "bullying" e "ciberbullying" desde os 12 anos de idade. Amanda teve de se submeter a vários tipos de críticas e violências aos seus direitos de liberdade de expressão, à honra, à imagem etc. Amanda Todd acabou cometendo suicídio por não conseguir aguentar as várias mensagens denegrindo sua imagem e ainda mais mensagens incitando o suicídio. Os danos psicológicos oriundos dessas práticas costumam ser irreversíveis dependendo do grau da violência ou do grau de vulnerabilidade do ofendido. Antes de tentar penalizar o agressor, temos que atentar para as causas determinantes para tal prática. Em alguns casos o controle informal (família) é bem mais eficiente do que o controle formal (escola).

4. FUNDAMENTOS

O Marco Civil preleciona uma série de fundamentos para que seja possível o uso da internet no Brasil. Esses fundamentos são utilizados como ordem de valores para disciplinar o uso da internet. Para que seja possível o bom uso da internet, o usuário deverá atentar a esse conjunto de fundamentos que estão previstos no artigo 2º da Lei 12. 965. São 6 fundamentos prelecionados: I – reconhecimento da escala mundial da rede; II – os direitos humanos, o desenvolvimento e o exercício da cidadania em meios digitais; III – a pluralidade e a diversidade; IV- a abertura e a colaboração; V – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor VI – a finalidade social da rede. A própria lei reconhece a grandeza da internet e a sua importância, vide inciso I, art.2, Lei 12.965.

"A internet não deve ser considerada uma rede proprietária ou pertencente a este ou aquele país, mas um instrumento mundial". (Jesus e Milagre, pág. 19, 2014). O usuário deve cumprir a finalidade social da rede, não violando direitos de outrem. A finalidade social da rede vincula-se a direitos e deveres. Por isso, a lei traz os direitos humanos como um de seus fundamentos.

Podemos ver que os direitos humanos servem como ordem de valores para a criação e a regulação da internet, fazendo jus a sua dimensão objetiva e a seu caráter principiológico, coibindo possíveis atos atentatórios a esses direitos. O uso da internet é considerado como exercício da cidadania, de forma virtual, o povo exerce sua cidadania, seja na reivindicação de direitos, seja na utilização desse meio de comunicação para formar opiniões etc. A questão da pluralidade e a diversidade fazem parte de uma democratização virtual, ou seja, há uma liberdade que vale frisar, não é absoluta, mas é garantidora de outros direitos. No mundo contemporâneo, a diversidade é comum, sendo assim, os usuários devem respeitar todo o tipo de conteúdo colocado em rede, desde que o conteúdo não seja degradante e que não gere discriminações.

Não se pode negar o crescimento de negócios *online*, por isso como vimos no começo do artigo, o Marco Civil teve que se adequar a determinadas práticas sociais. Com o crescimento de compras e, consequentemente, de consumidores prejudicados, o Marco Civil criou normas que tutelam essa relação de consumo, na qual a parte mais vulnerável é o consumidor, não o fornecedor. A finalidade social da rede é que todos os usuários utilizem, de forma igualitária, os recursos oferecidos, fazendo que cada um possa ter uma aproximação com a rede. Hoje muitas informações são recebidas por meio da internet, mas ainda, nos tempos modernos, há quem não tenha computador, ou quem não tenha acesso a essas informações, seja por questões econômicas, seja por questões até mesmo geográficas. A finalidade social da rede é igualar, proteger e promover o uso da rede de forma educacional e, portanto, desenvolvedora. A internet possui funções importantes para a organização e a dinâmica da sociedade atual, por exemplo, a comunicação e a formação de opiniões etc. Contudo, surge o perigo da distorção e do sensacionalismo de veículos com objetivo de formar opiniões de forma errônea, fazendo que as pessoas tenham um conhecimento errado sobre a realidade (erro), ou, então, fazendo que as pessoas não saibam discernir se aquilo é ou não verdade, como se determinados jornais reproduzissem o que o senso comum quer ouvir e não o que realmente deveria ser dito. A internet pode ser a solução, mas, por outro lado, poderá resultar em discórdias.

5. PILARES DO MARCO CIVIL

O Marco Civil preleciona três pilares: (1) Liberdade de Expressão; (2) Privacidade do usuário e (3) Neutralidade da rede. A liberdade de expressão tem *status* de direito fundamental, estando prevista no art. 5º da Constituição Federal, servindo como fundamento e princípio do Marco Civil. O usuário tem liberdade para expor seus pensamentos de forma civilizada, pois essa liberdade não é plena/absoluta. Segundo Montesquieu, "A liberdade é o direito de fazer tudo

quanto às leis permitem: e, se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, não teria mais liberdade porque os outros teriam idêntico poder". Então, o usuário poderá utilizar a internet para livre manifestação, salvo se esta for utilizada de má-fé, por exemplo, em casos de discursos de ódio, que têm como características incitar, instigar e promover a violência, seja ela real, seja ela moral.

O Marco Civil regulamenta a internet para que alguns infortúnios como esses não se tornem fatos atípicos, passando a serem responsabilizados. A privacidade do usuário é, também, um direito fundamental (art. 5º, X, da CF) é considerada um dos pilares do marco, pois a parte, em tese, mais vulnerável da relação é o usuário. Vejamos, por exemplo, que o conteúdo das conversas privadas só poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, vide artigo 10, § 2º. Os provedores de internet podem armazenar o conteúdo do registro de conexão, que guarda o ip do usuário, a data/hora do início da navegação e a data/hora do término, em um período máximo de até um ano (art. 13*, caput*, Lei 12. 965), pois, como explica Alexandre Molon, "as conexões junto à rede podem ser guardadas por um período curto para que, caso haja indício de ato ilícito, à aguarda desses registros possa subsidiar investigações que auxiliem na localização e apuração de responsabilidade dos infratores" A proteção à privacidade do usuário é ampla, abrangendo a privacidade em *stricto sensu* e a intimidade. Os provedores, em regra, não são responsabilizados por conteúdos postados por terceiros, salvo em caso de ordem judicial. Conteúdos sexuais podem ser retirados por notificações extrajudiciais. Ressaltamos o artigo 8º, já falado, que remete à nulidade das cláusulas que violam a liberdade de expressão e a privacidade do usuário. A neutralidade da rede é o último dos pilares, que tem como objetivo o uso igualitário da internet, a qual todos possam usar da mesma maneira, sem privilégios.

A neutralidade da rede entra em conflito com os interesses econômicos de empresas de telecomunicações, pois estas têm como objetivo lucrar com alguns pacotes, por exemplo, programas de antivírus. Pacotes que privilegiam aqueles usuários que pagam para ter um melhor uso/proveito de determinado programa. Com a neutralidade da rede, esses provedores devem permitir a isonomia da rede, possibilitando o melhor rendimento dos programas a todos os usuários.

No entanto, os provedores não estão proibidos de diferenciar a velocidade do tráfego de determinados programas, pois contanto que não haja priorização de determinados usuários, a conduta é legal. Segundo o artigo 9º, § 3, da Lei 12.695, "na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados (...)". O provedor, mesmo que de forma gratuita não poderá monitorar o conteúdo de pacotes de dados, pois estaria violando o princípio da privacidade do usuário. É vedado, também, o bloqueio e a filtragem de pacotes de dados. "Aos provedores fica proibido o *trafficshaping*, ou seja, o provedor não poderá priorizar ou mitigar o tráfego de acordo com o que é acessado. " (Jesus e Milagre, pág. 43, 2014)

6. PRINCÍPIOS

Os princípios, em geral, servem para nortear/disciplinar o uso ou aplicação de determinada coisa. A Lei 12.965 trouxe, em seu artigo 3º, alguns princípios que, vale frisar, não são taxativos, vide parágrafo único do mesmo texto. O art. 3º da Lei 12.925 elenca, em rol exemplificativo, o princípio da liberdade de expressão, fazendo alusão à Constituição Federal, que, em seu artigo 5, IX, traz o direito à liberdade de expressão. Vale frisar que essa liberdade não é absoluta. O artigo 3º da Lei 12.965 de 2014 preleciona vários princípios, dentre eles, proteção da privacidade, proteção dos dados pessoais, na forma da lei, preservação e garantia da neutralidade de rede, preservação da estabilidade, responsabilização dos agentes, preservação da natureza participava, liberdade dos modelos.

7. DIREITOS E GARANTIAS DOS USUÁRIOS

A Lei 12.965 traz em seu em seu art. 7º, incisos I a XIII, alguns direitos e garantias dos usuários. Vale ressaltar que dois dos pilares são direitos fundamentais, previstos no art. 5º da CF. O marco tem como objetivo tutelar a parte mais vulnerável, e essa parte é o usuário. A ele são concedidos alguns direitos que vão da inviolabilidade da vida privada e íntima até a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor em compras realizadas pela internet. É necessário que saibamos que esses direitos têm caráter vinculativo, ou seja, possuem obrigatoriedade. Por exemplo, quanto à suspensão da conexão da internet, só poderá ser realizada por causa de inadimplemento, ou seja, se o usuário não pagar, a empresa prestadora de serviço poderá suspender a conexão, conforme o preciso texto da Lei: salvo débito diretamente decorrente de sua utilização. (Art.7º, inciso IV, da Lei 12.965). Outro inciso que está bem conciso é o I, pois ele preleciona a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, havendo indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Vale a pena falar do inciso IV, que estabelece o não fornecimento de dados, de registros de conexões e de acessos a terceiros, salvo consentimento expresso ou ordem judicial. Vale ressaltar que esse rol não é taxativo, pois os direitos fundamentais também tutelam os usuários como cidadãos, bem como o direito do consumidor que tutela o usuário nas suas relações de consumo.

8. CONFLITO ENTRE DIREITOS

É bem verdade que, embora tais direitos tenham como características a interdependência, em alguns momentos há um choque, um conflito/antinomia entre eles. Por exemplo, o direito à liberdade de expressão *versus* direito à privacidade ou direito à comunicação *versus* imagem. Outro exemplo é o sigilo do fluxo de comunicações *versus* informação (Art.7 da lei 12.965). O sigilo de informações poderá ser "quebrado" mediante ordem judicial. Diante do exposto, cabe ao juiz aferir e ponderar os direitos que estão em conflito. O juiz deve tentar harmonizar tais direitos, não logrando êxito com a técnica de harmonização, deverá sopesar valores e decidir qual direito deve prevalecer. Por uma análise subjetiva, o magistrado decide qual direito deve ou não preponderar.

9. CONCLUSÃO

Este trabalho foi feito para pensar um pouco sobre os efeitos do marco civil da internet na sociedade brasileira, haja vista que havia/há um estigma, uma rotulagem do marco como algo violador ao direito da liberdade de expressão. Ora, diante

do exposto, podemos notar que um dos pilares da internet é justamente o direito à liberdade de expressão, bem como a privacidade do usuário e a neutralidade da rede. Está expresso que são nulas de pleno direito as cláusulas que tendem a violar determinados pilares. É de suma importância aferirmos a Lei 12.965 sobre dois aspectos: os pontos positivos e os pontos negativos, portanto, depois dessa ponderação, podemos dizer se é ou não benéfica para a internet.

Alguns crimes não eram tipificados pelo texto primário, fazendo que muitas condutas fossem tidas como atípicas, ou seja, eximiam os sujeitos ativos (criminosos) da responsabilidade. Hoje, como podemos ver, já são tipificados.

A internet é um dos instrumentos de maior utilidade pública nacional, merecendo assim uma lei regulamentadora. Essa lei regulamentadora tem como objetivo direcionar os usuários para o cumprimento da função social da internet, ou seja, uma boa utilização, sem impactar de forma negativa, a vida de outrem. É bem verdade que a finalidade do marco seria proporcionar o uso isonômico da internet, tal ato ainda está sendo constantemente violado, pois atinge os interesses de empresários, tornando-se um grande conflito. Esse é um dos pontos negativos que merece mais atenção. Por hora, podemos ver que uma lei regulamentando a internet é imprescindível nos dias atuais, por isso devemos ser razoáveis quando falarmos sobre esse assunto.

10. REFERÊNCIAS

[1] MOLON, Alessandro Lucciola. Marco Civil da Internet: normatizar para garantir direitos. **Revista Jurídica Consulex,** Brasília, nº 367, p. 30 e 31, 1 mai. 2012.

[2] DE JESUS, Damásio; MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet Comentário à Lei n. 12.965/14.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[3] SIFUENTES, Mônica Jacqueline. *Cyberbullying* a intimidação por meio da rede mundial de computadores, **Revista Jurídica Consulex,** Brasília, nº 367, p. 34 e 35, 1 mai. 2012.

[4] LOPES, Gustavo Matias; Lisboa, Cícero de Barros. Os Três Pilares do Marco Civil da Internet. **Alethes,** Juiz de Fora, jun. 2014.

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: ABORDAGEM TÉCNICA E PRINCIPIOLÓGICA

*Iana Lara Ferraz Olegário**
*Mara Lívia Moreira Damasceno***

RESUMO

A Teoria do Conflito caracteriza-o como natural e intrínseco aos seres humanos, descrevendo-os como fundamentais para o desenvolvimento da sociedade, buscando sua boa administração. É sobre esse prisma positivo do conflito que a mediação se desenvolve. Esse mecanismo visa possibilitar uma pacificação social e o acesso à justiça, por meio de uma resolução participativa dos conflitantes. Neste trabalho demonstra-se a diferença entre a mediação e a conciliação, posto que são medidas autocompositivas e alternativas de solução de conflito, mas diferem quanto à diversos aspectos. No procedimento da mediação são utilizadas técnicas, não olvidando de se observar os princípios norteadores desse instituto. As técnicas e princípios deverão ser observados durante as etapas ou fases, seis delas são explicitadas de forma sucinta nesse artigo. Restou comprovado, também por meio da doutrina, a relevância do instituto da mediação para boa administração do conflito, bem como para a resolução do conflito real.

Palavras-chave: Conflito. Mediação. Técnicas. Etapas. Princípios.

INTRODUÇÃO

A palavra conflito traz para a sociedade a ideia de confronto, de duas vontades se contrapondo, em que o desejo de uma parte se impõe ao da outra, na maioria das vezes de forma violenta, seja física ou verbal, através de ameaças ou imposição de poder. Há na sociedade um senso comum de que um é algo destruidor e negativo.

É necessário perceber o conflito não dessa forma, mas de uma maneira positiva, por meio de uma boa administração do litígio, pois este é natural, intrínseco ao ser humano e às relações em sociedade. Os grupos sociais são diversos e complexos, e têm passado por consecutivas transformações, o que enfatiza a importância de meios alternativos de resolução de conflitos. Inclusive, o conflito pode funcionar como forma de desenvolvimento e aprimoramento das relações sociais.

Como um meio alternativo de solução de conflitos apresenta-se a mediação caracterizada por ser uma forma de resolução de conflitos autocompositiva, pois tem como principal fundamento a vontade das partes. Essas atuam como participantes ativos na resolução de seus conflitos. Este método visa facilitar o acesso à justiça, e além de resolver os conflitos, possibilitar uma pacificação social.

É um procedimento que busca transcender a resolução do conflito aparente, que é o conflito exposto pelas partes de maneira mais aberta e clara, para obter a resolução do conflito real, aquele que está por trás do relato das partes. É adequado aos conflitos em que as pessoas possuem relações continuadas, que se prolongam no tempo, tais como os conflitos que envolvem familiares ou vizinhos, por exemplo.

Assim, o objetivo desse trabalho é demonstrar a importância do conhecimento e da utilização dos princípios, técnicas e etapas pelo mediador para auxiliar a efetiva solução do conflito.

O estudo demonstrado no presente artigo foi proveniente de pesquisas bibliográficas e de observações através da prática no Núcleo de Mediação e Conciliação do Núcleo de Práticas Jurídicas (NPJ) da Unichristus.

DESENVOLVIMENTO

1. ASPECTOS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem[86] (Conima) no Regulamento Modelo para a Mediação e outros autores definem a mediação como um processo:

> Não-adversarial e voluntário de resolução de controvérsias por intermédio do qual duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, buscam obter uma solução consensual que possibilite preservar o relacionamento entre elas. Para isso, recorrem a um terceiro facilitador, o Mediador-especialista imparcial, competente, diligente, com credibilidade e comprometido com o sigilo; que estimule, viabilize a comunicação e auxilie na busca da identificação dos reais interesses envolvidos. (CONIMA, 1997).
>
> *El proceso en el que un tercero neutral, a solicitud de las partes, los asiste en una negociación colaborativa, en la que sus diferencias son replanteadas en términos de intereses, a fin de que puedan ellos mismos, tomar una decisión satisfactoria con relación a ellos. (CARAM, 2006, p.33).*
>
> *Mediation is a process in which as impartial third person facilitates a negotiation between people in conflict or who are trying to "make a deal". The mediation process empowers the participants to take control of their lives and find solutions that meet their interests and needs. It is a private, voluntary, informal process where the mediator or mediators assist participants to resolve their dispute or reach an agreement in a manner acceptable*

86 O **Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (Conima)** é uma instituição que visa congregar e representar as entidades de mediação e arbitragem, com intuito de alcançar a excelência de sua atuação, bem como o desenvolvimento e a credibilidade dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, sempre observando as normas técnicas e, sobretudo, a ética. Foi fundado em 24 de novembro de 1997, durante seminário realizado no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Disponível em: <http://www.conima.org.br/regula_ mediacao.html > Acesso: 10 abr. 2013.

> *to all. (CARTER, 2009, p. 9).*[87]
>
> A mediação de conflitos pode ser definida como um processo em que um terceiro imparcial e independente coordena reuniões separadas ou conjuntas com as pessoas envolvidas, sejam elas físicas ou jurídicas, com o objetivo de promover uma reflexão sobre a inter-relação existente, a fim de alcançar uma solução, que atenda a todos os envolvidos. (BRAGA NETO, 2012, p.103).

As referidas definições buscam ilustrar a mediação como uma via consensual de solucionar os conflitos, a qual é norteada por princípios essenciais, com um procedimento assentado no diálogo fluído entre os litigantes, por meio de etapas e técnicas facilitadoras, utilizadas pelo mediador, terceiro imparcial, que tem a função de auxiliar os envolvidos no conflito, sem formular sugestões, a elaborarem um acordo que os satisfaçam da melhor maneira.

A mediação, como já exposto, é um mecanismo para se obter inclusão social, as partes envolvidas participam ativamente na resolução do seu próprio conflito, eles abdicam de ter seu conflito resolvido inicialmente pelas vias jurisdicionais comuns, através da imposição da vontade de um terceiro (sentença judicial), para ser o sujeito atuante na resolução do conflito vivido.

No procedimento da mediação um terceiro – o mediador – tem a função de ser o facilitador imparcial, que por meio de várias técnicas, etapas e observância de alguns princípios, irá buscar a restauração do diálogo, que é a principal finalidade da mediação, proporcionando a interação das partes e fazendo com que elas entrem em consenso na busca do melhor resultado para todos, solucionando e prevenindo novos conflitos, levando em consideração não só o conflito atual, mas, os eventuais conflitos que venham a surgir no futuro, incentivando que as partes os saibam administrar de uma forma correta.

O mediador é o facilitador que não pode interferir e dar sugestões de acordo, ele visa obter o reestabelecimento dos vínculos, o acordo pode vir consequentemente e deve satisfazer as partes, solucionando conflitos de forma efetiva.

A solução dos conflitos deve se originar da restauração do diálogo entre as partes, e consequentemente se houver a obtenção de um acordo, este deverá ser cumprido por ambas.

1.1 Princípios norteadores da mediação

Há alguns princípios que norteiam o instituto da mediação, conforme expõe o CONIMA (Conselho das Instituições de Mediação e Arbitragem do Brasil) dentre eles destacam-se: o princípio da não competitividade, da participação de terceiro imparcial, do poder de decisão das partes, da liberdade das partes, da informalidade do processo, da competência do mediador e da confidencialidade do processo.

Na mediação não há vencedores ou perdedores, a busca é por uma solução satisfatória para todas as partes envolvidas no conflito, por isso há o **princípio da não competitividade**, a atuação deve ser harmoniosa, não deve haver um animosidade, um espírito de disputa entre os envolvidos.

O mediador tem a função de ser imparcial, essa imparcialidade é de fundamental importância no procedimento da mediação, pois as partes, sendo responsáveis pela solução de seus conflitos, devem estar livres de qualquer interferência que possa privilegiar uma ou outra, e consequentemente alterar as decisões. O mediador não deve demonstrar mais interesse em ouvir uma parte em detrimento da outra, nem ao menos por meio de manifestações faciais que possam dar a entender que ele concorda mais com um ou outro ponto de vista, que ele acha que uma parte tem mais razão, ele deve ouvir de forma tranquila e propiciar o diálogo igualmente para todas as partes. Esse é o chamado **princípio da participação de terceiro imparcial**.

O mediador, como já dito, tem a função de ser um facilitador, que vai buscar o desenvolvimento e reestabelecimento dos vínculos, não podendo atuar ativamente nem tentando induzir na decisão das partes, por isso existe o **princípio do poder de decisão das partes**, pois a elas é incumbida a solução de seus conflitos. O princípio da liberdade das partes assegura o caráter voluntário da mediação, as partes que devem optar por esse meio para resolver seus conflitos. Tanto a opção pelo meio, quanto a solução ocasionada pelas partes deve derivar da vontade de ambas.

O processo efetuado pelas vias jurisdicionais comuns, aqueles que tramitam no Poder Judiciário, possuem certa formalidade, alguns procedimentos mais outros menos, mas sempre com normas preestabelecidas de funcionamento destes. Vale citar de forma exemplificativa que, no processo judicial há uma obrigação de se comparecer em juízo quando se é citado ou intimado. Já na mediação o comparecimento à sessão não é obrigatória, ao receber uma carta convite é facultado à parte requerida comparecer ou não. Não há na mediação normas de funcionamento, não há um tempo determinado para cada parte falar o que deseja, há um maior acolhimento de ambas, para que se sintam acolhidas em um ambiente onde o diálogo e a solução do conflito possam se dar da melhor forma possível. O que há na mediação são alguns métodos de organização que se recomenda que sejam observados para um melhor funcionamento do procedimento. Observa-se, então, a importância do **princípio da informalidade do processo**.

O **princípio da competência do mediador** está relacionado à capacitação do mediador, que deve abranger diversas características e qualidades para exercer a função de colaborar na boa administração do conflito, ressaltando seu aspecto positivo, e por meio de técnicas, dando oportunidades para as partes observarem e buscarem soluções satisfatórias para o conflito. De acordo com Lília Sales (2004) o mediador deve agir com diligência, ser cuidadoso e prudente. Deverá ainda, ter um entendimento do conflito, a forma e o ambiente em que este se desenvolveu. Entre suas qualidades devem estar presentes a paciência, a inteligência, criatividade, humildade, objetividade, deve ser confiável, ter habilidade ao se comunicar, e ser imparcial.

87 Tradução livre: "A mediação é um processo em que uma terceira pessoa imparcial facilita uma negociação entre as pessoas em conflito ou que estão tentando "fazer um negócio". O processo de mediação autoriza os participantes para tomarem o controle de suas vidas e para procurarem as soluções que encontram seus interesses e necessidades. É um processo confidencial, voluntário, informal onde o mediador ou os mediadores ajudam aos participantes a resolver sua disputa ou a alcançar um acordo de uma maneira aceitável a todos." (CARTER, 2009, p. 9).

O **princípio da confidencialidade do processo** é fundamental para as partes sentirem-se seguras e confiantes, para assim, relatarem abertamente sobre seu conflito, pois se o que fosse dito no ambiente da sessão de mediação não fosse confidencial haveria receio para se revelar os conflitos reais. Todo o processo é confidencial, quando em estudos de caso, ou quando forem usados, por professores, os casos reias como exemplos em sala de aula, deverão ser utilizados nomes fictícios, para que as pessoas não sintam sua privacidade violada, e para que assim o instituto da mediação não perca sua credibilidade, deve-se ter a confiança como base. Observa-se a incidência desse princípio, quando em processos judiciais, chama-se o mediador para testemunhar sobre assuntos relatados nas sessões de mediação, o mediador é proibido de testemunhar a favor de qualquer das partes, isso violaria o princípio da confidencialidade.

2. PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Ambos os institutos, mediação e conciliação, são métodos autocompositivos, em que as próprias partes irão por fim aos seus conflitos. Entretanto, se diferenciam em alguns aspectos. O objetivo principal da mediação é o reestabelecimento do vínculo entre as partes, o acordo irá surgir da restauração do diálogo e do relacionamento anteriormente rompido.

O mediador não atua no intuito de induzir as partes ao acordo, nem interfere neste, tampouco poderá sugerir, devendo atuar como um facilitador da comunicação, fazendo perguntas abertas, que incentivem o desenvolvimento do diálogo e não limitem as respostas das partes, pois quem atua efetivamente na solução dos conflitos são as partes. Como preceitua Warat "O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e no sentimento das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas." (WARAT, 2001, p.31).

Além disso, os conflitos administrados pela mediação são conflitos de natureza duradoura, as relações aqui são marcadas por um forte vínculo emocional, por isso deve-se resolver o conflito real, os valores e interesses que se encontram por trás das posições, não apenas o aparente (conflito jurídico) para, assim resolver os atuais conflitos e prevenir os futuros.

Diferentemente da mediação, o objetivo principal da conciliação é o acordo, como os relacionamentos são eventuais, originados com o conflito, como por exemplo, em acidentes de trânsito e nas relações de consumo, não há um conflito real a ser solucionado, o conflito exposto, o aparente, é o que deverá ser resolvido, sendo assim uma resolução mais superficial. O conciliador, diferente do mediador, poderá dar sugestões e interferir ativamente na elaboração do acordo, mas a decisão vai surgir da vontade dos conflitantes.

Entretanto, em ambos os procedimentos, mediador e conciliador não podem forçar a aceitação do acordo, assim ensina Mello e Souza Neto "A parte que prefere o prosseguimento da demanda – quando o faz devidamente alertada sobre os riscos respectivos – tem direito À retomada da marcha processual. É seu direito ver a questão julgada e é dever do julgador fazê-lo." (2012, p.47).

A mediação difere quanto a esse objetivo principal, como explicita Braga Neto:

> A mediação, entretanto, não visa pura e simplesmente ao acordo, mas a atingir a satisfação dos interesses e das necessidades do envolvidos no conflito. Em outras palavras, a mediação é um método de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em conflito. E um de seus objetivos é estimular o diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas. (BRAGA NETO, 2007, p.22).

Segundo Bacellar (2012), a conciliação está apta a resolver situações circunstanciais, aquelas compostas de um único vínculo, solucionando-se a controvérsia e concretizando-se o acordo, as partes ali envolvidas não vão mais manter outro relacionamento. Já a mediação se insere em relações denominadas multiplexas que são aquelas que se compõe de múltiplos vínculos, a mediação deve procurar manter os demais vínculos que seguem com seu desenvolvimento natural, independentemente de acordo.

3. ETAPAS E TÉCNICAS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

A **pré-mediação** é um primeiro momento de contato entre o mediador e as partes, irá explicar-se, de forma breve, alguns aspectos relevantes da mediação, como seus princípios e funções do mediador.

> No que tange aos mediadores, a pré-mediação possibilita que, a partir do contato com os indivíduos e suas motivações, identifiquem se o instrumento é o método de composição mais apropriado para as questões trazidas; se o mediador atesta independência com relação ao tema e as pessoas envolvidas; se a comediação seria conveniente ou não na condução do diálogo." (ALMEIDA, p.37, 2014).

Na **primeira etapa** da mediação o mediador irá apresentar as partes, como se dá o procedimento da mediação, e no que de fato ela consiste, pois na grande maioria das vezes chega-se para uma sessão sem ter conhecimento do que se trata, o que faz com que as pessoas, em um primeiro momento, fiquem inseguras quanto ao procedimento. O mediador se apresenta, explica que o que vai acontecer ali é extrajudicial, que ele não vai ter o poder de decisão e sim as partes, explicando assim, alguns aspectos do procedimento, de forma clara, esclarecendo-se as eventuais dúvidas sobre o procedimento. Desde esse primeiro momento, o mediador deve utilizar a **técnica da cordialidade ou acolhimento**, em que o tratamento do facilitador desde o primeiro momento interfere quanto à sensação de inclusão e confiança dos mediados. É utilizando essa técnica, que o mediador deve chamar as partes pelo nome, oferecer café ou água, pedir para que se sintam à vontade, entre outras coisas que contribuam para um. O primeiro momento em que todos estão em volta à mesa deve ser utilizado pelo mediador, para que ele possa esclarecer (técnica da declaração de abertura) como funcionará o procedimento da mediação, qual seu papel como mediador, ressaltar o poder de decisão das partes, bem como construir junto aos mediandos regras que facilitarão o desenvolvimento da mediação, por exemplo, que ambos não interrompam a fala do outro e nem troquem ofensas.

> Deve-se registrar que é na declaração de abertura que as partes terão conhecimento do processo e das regras que serão aplicadas, razão pela qual, se qualquer infringência às regras ocorrer ao longo da mediação, essa explicação prévia poderá sempre ser lembrada às partes para que voltem a atuar em conformidade ao que foi anteriormente estipulado. (AZEVEDO, p.106 2012).

O mediador deve em todas as etapas utilizar-se de uma **escuta ativa,** deve proporcionar amplas oportunidade de os mediados se manifestarem, e observar suas expressões, além do que eles falam, o comportamento deles como um todo. Além disso, as **perguntas abertas** são de fundamental importância, pois por meio delas, dar-se-á oportunidade de relatos amplos, são perguntas que permitem respostas que facilitam o desenvolvimento do diálogo, ao contrário das perguntas fechadas, onde se dá opções, a exemplo de quando se pergunta se a pessoa gosta de azul ou preto, aqui, deveria perguntar-se qual cor a pessoa gosta, abrindo espaço para respostas livres, sem prejulgamentos.

A **segunda etapa** é a chamada por Braga Neto (2003) de investigação, o momento em que os mediados vão falar sobre o conflito, e o facilitador vai ouvi-los amplamente, por meio da escuta ativa, proporcionando iguais oportunidades das partes se manifestarem, conduzindo o diálogo da melhor forma, com imparcialidade e sem dar sugestões de como o conflito deve ser solucionado. Deve nessa etapa, identificar além das posições, os interesses e valores, buscando identificar as causas reais do conflito. É de relevante importância identificar esses interesses e valores, pois o conflito que deverá ser resolvido é o conflito real, esse só poderá ser identificado alcançando-se os interesses e valores.

A título de exemplo no caso em que um pai tenta regulamentar seu direito de visita para com os filhos, a posição dele é o fato de ele querer essa regulamentação, o seu interesse poderia ser a vontade de ter uma maior convivência com os filhos, estabelecer vínculos afetivos com eles, e o seu valor seria o valor família. A mãe que nega esse direito tem como posição a negativa, seu interesse poderia ser proteger os filhos de eventual sofrimento, ou ciúmes do ex-marido com uma nova mulher, o valor seria igualmente o da família. "Possibilitar que cada pessoa envolvida tenha contato com o ponto de vista do outro sobre um mesmo evento e, consequentemente, com seus interesses e necessidades desatendidos, é o objetivo maior desta etapa." (ALMEIDA, p.40, 2014).

No decorrer do diálogo o mediador deve se valer de **anotações,** escrevendo pontos importantes sobre o conflito, para que ao final consiga visualiza-los de maneira organizada. Deve, ao fazer essas anotações, informar aos mediados o que está fazendo, que não é nada formal, para que a desinformação não os cause desconfiança ou desconforto.

Na **terceira etapa** dar-se uma nova oportunidade de os mediados falarem. O mediador vai utilizar a **técnica do resumo**, por meio do qual vai expressar de forma sucinta alguns aspectos que foram ditos pelas partes, destacando pontos positivos e pontos em que divergem, sem mudar o sentido do que foi dito, para que elas possam visualizar, organizadamente, o que foi exposto por elas durante a sessão, ouvindo suas palavras expostas por outra pessoa, que não está inserida no conflito, o mediador pede a participação dos mediados no resumo, se por acaso ocorrer algum erro ou omissão no que for dito, dessa maneira possivelmente surgirão novas percepções que façam reavaliar algo anteriormente relatado. "Qualquer resumo deve: a) utilizar a fala das partes; b) utilizar reformulações com suas conotações positivas; c) cuidar para que todos os mediandos fiquem legitimados ou positivamente posicionados; d) produzir ou tentar produzir uma re-contextualização". (VASCONCELOS, 2008, p.82).

Após a apresentação do resumo, ocasionam-se na **quarta etapa**, intensas discussões sobre os pontos relatados, podendo nessa etapa haver alterações emocionais entre as partes. O mediador deve pedir respeito mútuo, para que assim o diálogo possa continuar em andamento. Nesta etapa pode haver a necessidade de separar as partes para que o mediador fique a sós, em um momento que é sigiloso, com cada uma das partes, utilizando-se de uma técnica chamada **caucus**, que é:

> um recurso que o mediador deve empregar, sobretudo, no caso de as partes não estarem se comunicando de modo eficiente. As sessões individuais são utilizadas em diversas hipóteses, tais como um elevado grau de animosidade entre as partes, uma dificuldade de uma ou outra parte de se comunicar ou expressar adequadamente seus interesses e as questões presentes no conflito, a percepção de que existem particularidades importantes do conflito que somente serão obtidas por meio de uma comunicação reservada, a necessidade de uma conversa com as partes acerca das duas expectativas quanto ao resultado de uma sentença judicial. (AZEVEDO, p.132, 2012)

A **quinta etapa** é chamada por Braga Neto (2003) de avaliação das opções. Há nessa etapa perspectivas de soluções. O mediador aponta questões que foram discutidas pelas partes, de modo que elas consigam visualizar o que realmente foi o conflito e quais seriam essas possíveis soluções.

A **sexta etapa** é considerada a etapa de elaboração do acordo, esse acordo deve especificar o que deve ser feito, dotando-se de linguagem acessível, o mediador deve preferencialmente, ler o acordo para as partes em voz alta antes de elas assinarem, e deve explicar que aquele acordo deve ser cumprido, pois ele tem força vinculativa. De acordo com Vezzulla "Quando se chega a essa etapa nada mais resta do que redigir o acordo. Para isso, é muito importante que seja feito na frente das duas partes (num computador para ser mais ágil), numa linguagem fácil, compreensível para os clientes e que contenha todas as condições e especificações, tal como foram acordadas pelas partes." (VEZZULLA, 1998, p.83).

Nessa etapa é utilizado o **teste de realidade**, uma técnica em que o mediador indaga sobre as reais condições de um cumprimento eficaz daquele acordo, perguntando de que forma os mediados irão tentar cumpri-lo.

CONCLUSÃO

O conflito é algo natural, intrínseco aos seres humanos, o que faz com que existam tantos conflitos nos grupos sociais. Levando em consideração a sociedade atual que está em constante conflito, devem-se encontrar mecanismos para solucioná-los, na busca de devolver a paz social. A mediação

surge, portanto, como uma maneira de colaborar na busca por essa pacificação. Este instrumento de resolução de litígios tem como pressuposto uma visão positiva do conflito, mostrando-o como inerente às relações humanas, e revela que, se devidamente administrado esse conflito contribui para o desenvolvimento em sociedade.

A mediação é um método alternativo de solução de conflitos, uma forma autocompositiva de resolvê-los, em que as partes irão buscar o reestabelecimento de uma relação anteriormente rompida, com o auxílio de um terceiro imparcial, chamado mediador, que irá coordenar o procedimento, estimular o diálogo entre as partes conflitantes, visando à solução do real conflito, o acordo seria mera consequência do reestabelecimento do diálogo.

A mediação de conflitos é norteada pelos princípios da não competitividade, da participação de terceiro imparcial, do poder de decisão das partes, da informalidade do processo, da competência do mediador e da confidencialidade do processo, entre outros, que devem ser resguardados em todo o procedimento da mediação.

Este mecanismo de solução de conflitos se assemelha bastante com a conciliação, no entanto são meios distintos, dentre as principais diferenças entre esses procedimentos de mediação e de conciliação vale destacar a postura do terceiro que colabora para a resolução do conflito. Na mediação o facilitador deve se abster de intervir diretamente na solução do conflito, esta deve ser totalmente construída pelas partes envolvidas, já na conciliação o terceiro participa ativamente sugerindo acordos para as partes, o que jamais o mediador pode fazer.

A mediação é um meio utilizado quando se trata de relacionamentos duradouros, aquelas relações que se prolongam no tempo. Ela objetiva restaurar o vínculo rompido e a partir do reestabelecimento do diálogo, ocasionar a resolução do conflito real. Na conciliação, entretanto trata-se de conflitos eventuais, relações de curta duração, tendo isso em vista, não há na conciliação um conflito real a ser resolvido, o objetivo principal é o acordo entre as partes e não recompor o vínculo rompido, pois este não existia antes do conflito.

O mediador deve ser uma figura de confiança das partes, e deve agir com imparcialidade em todos os momentos, dando iguais oportunidades para as partes, para facilitar o desenvolvimento do diálogo, buscando a expressão das reais controvérsias por parte dos mediados, utilizando-se das técnicas procedimentais, entre as quais se destacam as perguntas abertas, o resumo, escuta ativa, caucus, anotações, a cordialidade e o teste de realidade, durante as etapas da mediação que se desenvolvem no momento da pré-mediação e em mais seis fases.

O facilitador vai estimular e controlar discussões aprofundadas a respeito do conflito, sem interferir diretamente em sua solução, pois ele não pode apontar sugestões, deve incentivar as partes a buscarem entender as preocupações e os anseios do outro, bem como as causas que criaram o conflito. Elas mesmas irão descobrir a melhor solução para o conflito apresentado, com o auxílio do mediador.

Com base no estudo bibliográfico analisado no presente artigo e com a utilização devida das técnicas e etapas, por um mediador capacitado e competente, conclui-se que a mediação é um instrumento essencial na transformação do conflito, desmistificando o litígio que aparentava ser apenas jurídico, possibilitando a descoberta e a solução do conflito real, que causava sofrimento e desgaste para a família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tânia. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: DASH, 2014.

AZEVEDO, Andre Gomma. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2012.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem.** São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **O que é Mediação de Conflitos.** São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: SALES, Lilia Maia de Morais (org). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Fortaleza: ABC, 2003.

CARAM, María Elena; Eilbaum, Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. **Mediación**: diseño de uma práctica. Buenos aires: Librería Histórica, 2006.

CARTER, Alexandra. **Mediation Clinic Skills Materials**. United States of America - EUA: Columbia Law School, 2009.

CONIMA. Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. 1997. Disponível em: <http://www.conima.org.br/regula_mediacao.html>. Acesso em: 10 abr. 2013.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; JUNIOR, Marcos Julio Olivé Malhadas. **Mediação e Solução de Conflitos.** São Paulo: Editora Atlas S.A, 2008.

SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** São Paulo: Editora Método, 2008.

VEZZULA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Curitiba: Instituto de mediação e arbitragem do Brasil, 1998.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

EFICÁCIA E COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DOS DIREITOS À PRIVACIDADE

Iana Lara Ferraz Olegário[88]*
*Elza Lethícia***
*Marcos José Nogueira****

RESUMO

São apresentadas nesse artigo algumas acepções acerca dos direitos fundamentais. Demonstrou-se sua importância no ordenamento ao explicitar-se que eles são princípios basilares na ordem constitucional. Em algum momento explicita-se a respeito da eficácia dos referidos direitos, constatando como se dá a eficácia imediata destes e tratando de forma sucinta acerca da sua eficácia vertical e também da eficácia horizontal, demonstrando a incidência das teorias que tratam da eficácia horizontal (teoria da ineficácia horizontal, do efeito horizontal direto e do efeito indireto). Em seguida, far-se-ão considerações sobre o tema das colisões entre direitos fundamentais, correlacionando-o com a explanação breve de alguns princípios hermenêuticos essenciais para solucionar eventuais colisões. Analisa-se ainda, os desdobramentos dos direitos fundamentais relacionados à privacidade. Restará comprovada, ao final, a relevância da abordagem de novos temas, especialmente o direito ao esquecimento, mencionando-se suas características, dados jurisprudenciais e peculiaridades, para ampliação de perspectivas na solução de conflitos jurídicos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Eficácia. Princípios. Privacidade. Direito ao esquecimento.

88 *Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Christus. ianalaraf@gmail.com
** Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Christus. elzalethicia_nr@hotmail.com
***Mestre em Direito pela UFC em 2008. marcosjnsfilho@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva abordar relevantes aspectos acerca dos direitos fundamentais relacionados à sua eficácia, as colisões entre direitos fundamentais e seus princípios solucionadores destas, explanar características dos direitos à privacidade, além de abordar a acepção de um novo direito, o direito ao esquecimento. Para a realização desse propósito, irá recorrer-se basicamente a pesquisas bibliográficas. Por meio de um projeto do Centro Universitário Christus – Unichristus (Grupo de Estudo sobre Mídia Jornalística, Direitos Fundamentais e Direito ao Esquecimento), que teve início em maio de 2014 e fim em dezembro de 2015, analisou-se através de práticas, discussões e pesquisas, a necessidade do seguinte estudo e da abordagem desse tema de grande relevância jurídica.

Os direitos fundamentais são aqueles que, necessitam estar positivados em uma Constituição e possuem uma forte ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio norteador do Estado Democrático de Direito. Esses direitos têm uma grande importância valorativa, por isso fundamentam todo o ordenamento jurídico.

Analisando o disposto no artigo 5º, §1º, da Constituição, constata-se que sua aplicabilidade deve ser imediata: a observância das normas que configuram os direitos fundamentais é obrigatória, para todos, não apenas para o Estado, mas principalmente para este. Não sendo obrigação apenas do Estado, com o chamado efeito vertical, verifica-se a existência da eficácia horizontal, aquela que se manifesta na incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

O fenômeno da colisão entre os direitos fundamentais manifesta-se constantemente, devido à eficácia horizontal destes, devendo-se assim, avaliar de que maneira solucionar tais conflitos, sem deixar de resguardar uma esfera de direitos de todos.

O direito fundamental à privacidade, em seus desdobramentos, constantemente entram em colisão com a liberdade de imprensa, com a liberdade de manifestação de pensamento e com o direito à informação. O grau de aplicabilidade dos direitos fundamentais varia de acordo com o caso concreto. Deverão ser averiguados através de princípios, como o da proporcionalidade, sopesando valores, pois não há hierarquia entre esses direitos, como também em quaisquer outras normas constitucionais.

O direito à privacidade merece destaque no presente artigo, pois deles decorre um novo direito, o direito ao esquecimento, que pode ser tido como uma nova forma de solucionarem-se conflitos dessa natureza.

DESENVOLVIMENTO

Com a promulgação da Constituição de 1988 surgiu e se desenvolveu o neoconstitucionalismo. A partir desse fenômeno, a Constituição deixou de ser uma mera declaração de direitos, passou a ter força normativa, adquiriu supremacia e centralidade dentro do âmbito jurídico, em virtude da implantação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, pois para se resguardar tais direitos da forma devida, haveria a necessidade de uma Constituição rígida, difícil de ser modificada, e de os direitos fundamentais estarem positivados em um documento supremo, que fosse fundamento de validade das demais normas.

A origem dos direitos fundamentais, fazendo um apanhado histórico sintetizado, deve-se aos anseios por liberdade, seguindo os ideais da Revolução Francesa, os quais visavam uma limitação do poder absoluto do Estado, quando os burgueses buscavam em um primeiro momento o absenteísmo estatal. Esses anseios fizeram surgir os direitos fundamentais de primeira dimensão, os ditos direitos individuais, civis e políticos, fundados no ideal de liberdade. No plano da segunda dimensão de direitos fundamentais estão os direitos sociais, pois a extrema liberdade acabou ocasionando severas desigualdades sociais, principalmente com a Revolução Industrial, com a classe trabalhadora sentindo-se esmagada pela excessiva carga horária e por abusivas condições de

trabalho. Por fim, tem-se a terceira dimensão dos direitos fundamentais, tidos como os direitos difusos e coletivos, a essência dos direitos de terceira dimensão é a solidariedade e a fraternidade, pois se verificou, depois da Segunda Guerra Mundial, a maior necessidade de proteger as pessoas contra a violação de seus direitos humanos.

Os direitos fundamentais não possuem uma conceituação uniforme. Entretanto, vale salientar a definição de Marmelstein:

> Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2014, p.20)

Os direitos fundamentais são, assim, aqueles que, a rigor, devem estar positivados em uma Constituição e têm por característica a forte ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio norteador do Estado Democrático de Direito. Esses direitos têm uma grande importância valorativa, devido a isso fundamentam todo o ordenamento jurídico.

1. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O artigo 5º da Constituição Federal dispõe, em seu parágrafo primeiro, que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Convém, assim, avaliar o âmbito de incidência dessa norma, se esta é aplicável aos direitos fundamentais situados fora do catálogo dos direitos individuais e coletivos do artigo quinto ou apenas a eles.

Há divergências doutrinarias quanto ao alcance dessa norma. Uns defendem uma interpretação exegética, meramente literal, que restringe o seu alcance, e outros coadunam com uma interpretação extensiva, ampliando-se o âmbito de aplicação da referida norma aos demais direitos fundamentais que se situam fora do artigo 5º, como os direitos sociais e de nacionalidade situados no artigo 6º e 12 da Constituição, respectivamente. Os defensores de ambas as posições concordam que a finalidade da previsão contida no parágrafo primeiro foi evitar que os direitos fundamentais permanecessem estanques, como uma espécie de "letra morta" na ordem constitucional.

No texto constitucional, constata-se a existência de normas que estão condicionadas à intervenção legislativa para possuírem plena normatividade. Sendo assim, sustenta-se a tese de que a aplicabilidade imediata consagrada no parágrafo primeiro do artigo 5º, não pode prevalecer em face de características normativas e estruturais de alguns direitos fundamentais. Assim expõe Sarlet em sua obra:

> Em outros termos, a norma contida no art.5º, §1º da CF não teria o condão de impedir que as normas de direitos fundamentais carentes de concretização venham a alcançar sua plena eficácia tão somente após uma *interpositio legislatoris*, não gerando, antes que tal ocorra, direito subjetivo para o titular. (SARLET, 2009, p.264)Quanto ao exposto, há posições que contrastam com a idéia de Sarlet. Uma concepção um pouco mais intermediária entende que a regra é que os direitos fundamentais são auto aplicáveis, comportando-se apenas duas exceções: quando a Constituição remete o exercício de um direito fundamental a uma forma prevista em lei e quando essa norma que consagra direitos fundamentais não possuir os elementos essenciais para assegurar a aplicabilidade e eficácia, fazendo-se necessária a intervenção do Judiciário como uma espécie de legislador. Outra posição prega a inexistência de normas programáticas no texto constitucional, pois a Constituição criou mecanismos, tais quais o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para combater eventuais omissões legislativas, sendo assim dever-se-ia haver sempre uma aplicabilidade imediata.

Vale, ainda, citar o entendimento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins acerca do disposto no artigo 5º,§1º, da Constituição:

> A referida norma determina que os titulares dos direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais. Se o legislador for omisso em regulamentar e/ou limitar um direito, este poderá ser exercido imediatamente em toda a extensão que a Constituição Federal define, sendo o Poder Judiciário competente para apreciar casos de sua violação. (DIMOLUIS; MARTINS, 2012, p.90)

Corrobora-se com o entendimento de que a falta de concretização não pode ser um óbice à aplicação imediata dos direitos fundamentais, pois os órgãos do Poder Judiciário tem o poder-dever de, em sendo omissa a lei, utilizar dos métodos de integração do direito: analogia, costumes e princípios gerais do direito, visando suprir eventuais lacunas e proporcionar máxima eficácia aos direitos tidos como fundamentais.

1.1 Eficácia vertical dos direitos fundamentais

A eficácia vertical dos direitos fundamentais se manifesta na relação do Estado para com os particulares. O Estado é quem tem a maior responsabilidade de respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos. Esse dever de respeito que deve partir do Estado pode se manifestar de duas formas: por meio de uma abstenção ou de uma prestação. Ele deve se eximir de adentrar na esfera de liberdade dos particulares, e tem o dever de prestação, de garantir a efetivação dos direitos e de promovê-la da melhor maneira.

Nem mesmo o Poder Legislativo, sendo o legitimado a criar normas, pode desrespeitar os direitos fundamentais, intervindo de forma indevida, isso se deve a Supremacia Constitucional.

1.2 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A eficácia horizontal se dá na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, inobstante não haja previsão constitucional a respeito da referida eficácia.

A teoria do efeito horizontal surgiu na Alemanha em meio a reflexões políticas que tinham o objetivo de proteger as classes mais fracas da sociedade, pois em razão do princípio da igualdade entre todos, havia situações injustas no cotidiano, assim como uma empresa de grande porte exercia um poder social sob a parte mais vulnerável, como os trabalhadores.

Um argumento que se pode apontar a favor do reconhecimento da eficácia horizontal é que esta propicia a diminuição das desigualdades nas relações jurídicas. Entretanto, nem sempre uma desigualdade dessa forma, onde uma parte com mais poder prevalece sobre uma parte mais frágil, é critério decisivo na aplicação da teoria do efeito horizontal. A desigualdade deve ser avaliada caso a caso, pois as situações variam entre uma relação jurídica ou outra.

Em um primeiro momento surgiu, também na Alemanha, a teoria da ineficácia horizontal, após surgir a teoria da eficácia horizontal, como forma de contrapor-se àquela. Segundo essa teoria, os direitos fundamentais deveriam ser utilizados unicamente contra o Estado, como mecanismos de defesa para contra seus atos, não nas relações privadas. Entretanto, a teoria da ineficácia não protege da forma devida os direitos fundamentais, pois parte da noção de que as ameaças aos direitos partem apenas do Estado, o que não deve vigorar, já que essas ameaças podem provir do âmbito privado. Deve o Estado defender ativamente os direitos fundamentais, coibindo ameaças e agressões, ainda que advindas dos particulares.

O efeito horizontal se manifesta, assim, de duas maneiras: direta ou indiretamente. No plano direto, o efeito teria aplicabilidade imediata na relação entre os particulares, na resolução dos conflitos interindividuais. Quem defende a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata parte do fato de esses direitos possuírem ampla eficácia, podendo, dessa forma, serem argüidos diretamente pelos particulares e inobstante qualquer mediação legislativa.

No efeito horizontal indireto, todavia, haveria uma aplicabilidade mediata, ou seja, a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares estaria condicionada a uma atividade do legislador, pois a aplicação destes direitos não se designa a dirimir diretamente os conflitos de direito privado. Ocasionam, aqui, "efeitos de irradiação" metáfora utilizada por Dimoulis e Martins (2012) para expressar a necessidade das demais normas serem interpretadas sob a égide dos direitos fundamentais, vedando-se a violação a esses direitos de todas as formas, inclusive provida por particulares.

Os percussores da teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata alegam que, na seara privada, os direitos fundamentais devem incidir por meio das cláusulas gerais implícitas no ordenamento civil ou aplicando-se as demais regras, próprias do direito privado. Virgílio Afonso da Silva sintetiza o exposto ao dizer que:

> As relações privadas possuem características específicas, havendo necessidade de se ponderar os direitos fundamentais com a autonomia da vontade em jogo, a fim de alcançar um denominador comum com base no princípio da proporcionalidade. Assim, a intensidade de aplicação dos direitos fundamentais não deve ser a mesma estabelecida na relação entre o Estado e o indivíduo, uma vez que o Poder Público é o responsável por gerir o bem comum, sendo os particulares destinatários dessa gerência." (SILVA, 2005, p.87).

Deve-se, sobretudo, no que tange à eficácia dos direitos fundamentais, buscar uma maneira de se compatibilizar a efetiva proteção dos direitos fundamentais e a tutela da autonomia privada.

2. COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Constata-se observando o que foi exposto até o momento no presente artigo, a importância dos direitos fundamentais no ordenamento. Esses direitos gozam de ampla proteção, devendo assim, ter efeitos verticais e horizontais, na esfera pública, voltados para o Estado, mas não se olvidando da sua aplicação no âmbito privado, nas relações entre os particulares. Há o dever de se estabelecer uma máxima eficácia e proteção a esses direitos.

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, entretanto, ocasiona conflitos entre esses direitos, pois muitas vezes não haverá só um direito fundamental a ser resguardado na relação, e sim vários, de ambas as partes envolvidas.

De acordo com Steinmetz "há colisão entre direitos fundamentais quando, in concreto, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular." (STEINMETZ, 2001, p.139).

Os direitos fundamentais são tutelados por normas que configuram princípios. Diferente dos conflitos entre regras que são solucionados por critérios de validade, os princípios convivem simultaneamente e não se opõe, são normas de igual hierarquia, devendo assim, as colisões entre direitos fundamentais ser solucionadas por critérios hermenêuticos, analisando e interpretando a forma de aplicação dos direitos de acordo com os casos concretos. Segundo MENDES (2014), baseado na ideia de Robert Alexy, os princípios devem ser protegidos o máximo possível, de acordo com o que as circunstâncias permitirem, por isso são chamados de mandados de otimização.

De acordo com Alexy, "seria impossível abranger as exceções em uma formulação integral dos princípios, e, portanto, aplicar o princípio como uma regra, de um modo tudo ou nada". (ALEXY, 2014, p.207)

2.2 Princípios hermenêuticos sanadores das colisões entre direitos fundamentais

Como demonstrado anteriormente, incumbe a alguns princípios hermenêuticos, a função de buscar solucionar os conflitos entre direitos fundamentais avaliados no caso concreto. A aplicação desses princípios faz-se essencial, pois não há de se falar em oposição entre normas que configuram princípios, como é o caso dos direitos fundamentais, estes devem ser compatibilizados. Assim serão doravante analisados alguns destes principais princípios, que tem função essencial em se tratando das colisões entre os direitos fundamentais.

2.2.1. Princípio da Proporcionalidade ou razoabilidade

Numa perspectiva ampla, o princípio da proporcionalidade é enxergado como uma regra fundamental a que todos devem obediência. Em uma concepção mais estrita, é entendido como a necessidade de se presumir a existência da relação adequada entre os fins e os meios utilizados. Esse princípio se afasta do puro formalismo e serve como um eficiente instrumento de interpretação. Por meio desse princípio,

busca-se uma aplicação mais suavizada, e não uma aplicação meramente formal dos direitos fundamentais, levando-se em conta os valores envolvidos no caso concreto.

De acordo com Paulo Bonavides, "numa perspectiva menos larga o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios que são levados a cabo." (BONAVIDES, p.393).

Verifica-se a importância desse princípio a partir da necessidade de legitimar as leis ou atos normativos que venham a restringir direitos fundamentais. Esse princípio se manifesta por meio de três dimensões: (a) a dimensão da adequação, em que se é feita uma indagação quanto à pertinência do meio utilizado para se atingir determinado resultado: se o meio for considerado impertinente ou não for apto a produzir o efeito desejado, poderá haver anulação do pedido pleiteado; (b) a segunda dimensão é a da necessidade, na qual se faz uma indagação quanto à opção utilizada, devendo-se optar por formas menos prejudiciais de limitação a direitos fundamentais e vedando-se o excesso e a insuficiência na proteção dos direitos fundamentais; por último, (c) tem-se a dimensão da proporcionalidade em sentido estrito, no qual o que tem de ser observado é se a medida trouxe mais benefícios ou malefícios, o que vai se averiguar por meio de uma ponderação.

A escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo. O princípio da proporcionalidade na sua acepção estrita é na verdade a ponderação de bens propriamente dita.

2.2.2. Princípio da Máxima Efetividade

Esse princípio é também denominado de princípio da eficiência. Sua idéia principal é estabelecer que o intérprete deve, na maior medida possível, atribuir mais e maior eficácia às normas constitucionais. Deve ser atribuído a uma norma constitucional o sentido que lhe dê maior eficácia. Esse princípio é utilizado, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais.

Entende-se que o princípio da máxima efetividade tem aplicação específica nas normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, atentando para a fundamentalidade formal e material desses direitos.

2.2.3. Princípio da Concordância Prática

Segundo MARMELSTEIN (2014), esse princípio consiste em uma tentativa de equilibrar os valores em conflito, para que todos eles sejam preservados, ao menos em alguma medida. Deve haver uma harmonização de interesses, por isso é também chamado de princípio da harmonização.

Não se podem admitir contradições no âmbito do texto constitucional, pois o sistema é uno e indivisível, sendo assim a harmonização relaciona-se com essa idéia de unidade. Procura-se, aqui, evitar o sacrifício total de um bem jurídico em relação a outros, buscando-se o melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes.

2.2.4. Princípio da dignidade da pessoa humana

O conceito de dignidade da pessoa humana é entendido como um conceito abstrato. Entretanto, ora se considera uma qualidade, inerente ao ser humano. Para se obter uma noção mais concisa do que seja a dignidade da pessoa humana faz-se essencial a sua observância perante o caso concreto.

Para Sarlet, a dignidade da pessoa humana se manifesta como:

> "a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos." (SARLET, 2001, p. 60).

O princípio da dignidade da pessoa humana é ainda entendido como norteador das demais normas, conduz no que tange a ponderação de interesses constitucionalmente protegidos. Esse princípio possui um papel de relevância na interpretação das normas do ordenamento, inclusive nos casos de colisão de direitos fundamentais.

3. Direitos à privacidade

No grupo de estudos "Mídia jornalística, direitos fundamentais e direito ao esquecimento", desenvolvido no Centro Universitário Christus, tratou-se dos diversos desdobramentos do direito à privacidade elencados pela Constituição Federal, tais como o direito à imagem, a honra, a intimidade e a vida privada, tratando-os como um grupo de direitos fundamentais que se contrapõe a um segundo grupo de direitos fundamentais: o da liberdade de expressão, de imprensa e a manifestação do pensamento.

Vale salientar aqui, algumas características específicas do primeiro grupo de direitos, o grupo dos direitos à privacidade, do qual irá provir o direito ao esquecimento, tema de suma importância, que fora discutido no grupo de estudos.

A Constituição brasileira anterior não tratava expressamente desses direitos, que demoraram a merecer tutela constitucional por que se originaram em decorrência dos avanços tecnológicos. Sem dúvidas, são garantias para os cidadãos contra as inovações tecnológicas que possuem um alto potencial devastador à vida pessoal dos indivíduos quando mal utilizadas. Os meios de comunicação são os principais causadores de lesões a esses direitos, porém não são os únicos.

No Brasil, o direito à privacidade está previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal e desdobra-se no direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Com o advento da Constituição de 1988, passou a existir uma expressa proteção a este direito, proteção esta que se dá tanto em face do Estado como de indivíduos que venham a violar os direitos de outrem. Na atualidade, referida proteção expressa faz-se extremamente relevante, visto que os freqüentes conflitos que expõem ou denigrem a imagem, a honra ou a intimidade causam danos que podem afetar a vítima ou até mesmo sua família, de maneira irreparável.

O direito a privacidade é aquele que as pessoas têm de se resguardar quanto a sua vida privada. É o direito que a pessoa

possui de resguardar-se da vista e ouvidos de outrem. De acordo com André Ramos Tavares:

> "Pelo direito à privacidade, apenas ao titular compete a escolha de divulgar ou não seu conjunto de dados, informações, manifestações e referências individuais, e, no caso de divulgação, decidir quando, como, onde e a quem. Esses elementos são todos aqueles que decorrem da vida familiar, doméstica ou particular do cidadão, envolvendo fatos, atos, hábitos, pensamentos, segredos, atitudes e projetos de vida." (TAVARES, 2012, p.675)

O direito à privacidade é considerado o mais amplo, por isso a noção de intimidade está inserida nele. Podem ser considerados como direitos de caráter subjetivo, pois se diversificam de uma pessoa para outra. Entretanto, há algumas diferenças entre os mencionados direitos: o direito à intimidade constitui-se como uma esfera mais particular e mais reservada do ser humano, abrange aquilo que diz respeito à própria pessoa, como seus segredos e relacionamentos afetivos, são fatos que somente dizem respeito ao cidadão em particular, são os episódios mais íntimos, que envolvem familiares e amizades bem próximas, pode se configurar em um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos; já o direito à privacidade seria uma esfera de maior abrangência, são os relacionamentos pessoais em geral, partilhados no ambiente de trabalho, relações que o indivíduo deseja manter igualmente preservadas, são as relações interindividuais que devem permanecer ocultas ao público, compartilhando-se com um número restrito de indivíduos que fazem parte do seu cotidiano.

O direito à honra, por sua vez, pode significar a própria autoestima, o julgamento que a pessoa tem de si própria, honra subjetiva, ou ainda, a reputação que referida pessoa mantém perante a sociedade, o que seria a honra objetiva. A imagem pode, igualmente, se manifestar em dois sentidos, quanto à imagem física das pessoas, que são as suas fotografias e filmagens, configuram a imagem material, e quanto ao conjunto de atributos morais que o meio social lhe confere, que é a chamada imagem social.

Em relação às pessoas célebres, pode-se perceber que estas, que voluntariamente se expõe ao público, abdicam em parte da sua intimidade em troca da fama. Logo, os cidadãos comuns possuem uma proteção maior desses direitos em relação àquelas. Porém, vale ressaltar que as celebridades possuem, sim, uma esfera intima, ou seja, essas pessoas têm seus direitos apenas mitigados, mas não exterminados.

4. DIREITO AO ESQUECIMENTO

Tendo-se em vista as constantes colisões entre os direitos fundamentais, especificamente entre os direitos fundamentais do gênero privacidade contrapondo-se aos do gênero das liberdades, surge atualmente, um novo fator na tentativa de dirimir esses conflitos. Trata-se do chamado direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento é o direito que as pessoas têm de ter fatos pretéritos, sejam eles verdadeiros ou não, desvinculados dos meios de comunicação. Permite aos interessados discutirem se os fatos passados a seu respeito podem ou não ser retirados de circulação.

Quanto à ausência de previsão constitucional expressa do direito ao esquecimento no rol de direitos fundamentais (art. 5º da Constituição Federal), é de se destacar que estes não são apenas os explícitos no Texto Magno, em razão da cláusula de abertura material dos direitos fundamentais. Esta cláusula está expressa no §2º do art. 5º da Constituição e possibilita a ampliação do catálogo de direitos fundamentais materiais, que não se encontram localizados apenas no Título II, mas também aqueles implícitos e os decorrentes de tratados internacionais.

Sendo assim, o direito ao esquecimento é entendido como um direito fundamental implícito, sendo ele proveniente dos direitos à intimidade, à honra e à vida privada, que estão expressamente consagrados na ordem constitucional. Vislumbra-se ainda sua forte relação com a dignidade da pessoa humana. Destarte, indica-se uma peculiaridade quanto a esse direito, pois o direito ao esquecimento é um direito fundamental de primeira dimensão, é um direito individual, um direito civil, o que pode parecer estranho, pois se refere a um direito contemporâneo e inovador, datado deste início de século e, conseqüentemente, bem depois do surgimento da primeira dimensão dos direitos fundamentais, cujo marco histórico se enquadra nas revoluções burguesas influenciadas pelos ideais iluministas, quando se buscava um absenteísmo estatal no século XVIII, especialmente a Revolução Francesa.

Entende-se como requisitos para configurar-se o direito ao esquecimento o interesse público ou necessidade histórica da informação, além de uma devida avaliação, visando observar se o fato ofende o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Apesar de sua manifestação atual e recente, os ideais que o fundamentam não são da mesma juventude. Os civilistas defendem o seu reconhecimento como um dos direitos de personalidade, pois pode proteger a imagem e o nome das pessoas. Não é um direito de modificar as informações, reescrevendo assim os fatos. É na verdade, o direito de usar suas informações vinculadas a fatos pretéritos de uma forma não degradante, de uma forma que não cause danos, é o poder discutir-se o uso dado a suas informações pretéritas. Mesmo aquele que erra não pode ser penalizado eternamente e não pode ser submetido a tratamento degradante, seja pelo Estado ou pelos particulares.

Observam-se, no Direito comparado, alguns casos em que o direito ao esquecimento foi pleiteado. Recentemente, a Grande Corte do Tribunal de Justiça da União Europeia determinou que o *Google* retirasse da sua lista de resultados os dados pessoais de um espanhol chamado Mario Costeja González. Os anúncios, que mencionavam o nome completo do reclamante, haviam sido publicados na versão impressa de um jornal e, posteriormente, foram inseridos na internet a partir da digitalização daquelas edições. O caso tratava de dados relativos à venda em hasta pública de um imóvel com vista ao resgate judicial de uma dívida para com a Seguridade Social, quando já haviam sido transcorridos 16 anos. A decisão foi fundamentada levando em consideração o tempo que já havia sido passado, o que não justificava o interesse público, não fundamentando assim, a defesa ao direito de acesso à informação, mas sim levando em consideração os valores relacionados à vida privada do cidadão.

No Brasil, pouco a pouco, alguns julgados revelam o aparecimento do direito ao esquecimento. Pode ser citado um caso julgado em 2013, em que o STJ reconheceu o direito ao esquecimento. Um homem acusado no caso da Chacina da Candelária e absolvido foi chamado a conceder uma entrevista à Rede Globo de Televisão, porém se recusou. Mesmo diante da recusa, o programa foi ao ar e o apontou como envolvido no crime, com a ressalva de que havia sido absolvido pela Justiça. O STJ reconheceu que o homem tinha o direito ao esquecimento, especialmente pelo fato de ser inocente, pois a lembrança do seu nome vinculado ao fato gerou constrangimento, ocasionando danos morais. Por isso, o Tribunal condenou a Rede Globo a pagar indenização, no valor de 50 mil reais.

Com a globalização e o desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, através da *internet* e das redes sociais, há um significativo estreitamento das relações e a disseminação de notícias de forma extremamente rápida. Uma questão que se mostra polêmica é o direito ao esquecimento em relação às informações veiculadas na *internet*, se as pessoas teriam ou não o direito de apagar essas informações. Há o entendimento de que esse direito pode ser aplicado nos meios eletrônicos, de forma ponderada, observando-se os princípios diversos, diante do caso concreto. Faz-se mister a necessidade de se avaliar se há um efetivo dano com a vinculação das informações e se há relevante interesse da sociedade naqueles dados, devendo-se, ainda, avaliar a participação real da pessoa na ocorrência dos fatos.

CONCLUSÃO

A atual Constituição brasileira preconiza uma grande valorização dos direitos fundamentais, sendo estes normas que configuram princípios basilares a serem observados por todos. Dessa forma, o estudo começou dissertando acerca da eficácia que esses direitos configuram em nosso ordenamento.

Observou-se, conforme previsão constitucional, no artigo 5º §1º, que a eficácia das normas configuradoras de direitos fundamentais é imediata, inobstante haja posicionamentos contrários, que preconizam a necessidade de concretização das normas para uma real efetivação.

A eficácia dos direitos fundamentais manifesta-se na forma vertical e na horizontal. A eficácia vertical é aquela manifestada perante o Estado, sendo esse o maior encarregado de zelar pela prestação dos direitos fundamentais perante a sociedade. Entretanto, existe outro âmbito de incidência da eficácia dos direitos fundamentais, o âmbito privado, o qual se manifesta a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais fora discutida por três teorias: a teoria da ineficácia horizontal, teoria do efeito horizontal direto e indireto.

Sendo admitida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, diversas vezes configuram-se conflitos entre os direitos dos particulares. Estes conflitos não podem ser solucionados por critérios de validade, pois os direitos fundamentais configuram princípios. Há a necessidade de uma compatibilização entre os direitos das partes, que deverá ser realizada por meio de uma ponderação no caso concreto. Para colaborar na ponderação dos interesses e resolução das colisões, adotam-se alguns princípios hermenêuticos, tais como: o princípio da proporcionalidade, da concordância prática, da máxima efetividade e da dignidade da pessoa humana.

Dissertou-se sobre uma determinada categoria de direitos fundamentais, a que trata dos direitos à privacidade em sentido amplo, que se desdobram em direito à honra, intimidade, imagem e vida privada. Essa categoria de direitos constantemente entra em colisão com os direitos fundamentais de liberdade. Assim, fora explicitado um novo fator que pode ser utilizado na resolução dos mencionados conflitos: o direito ao esquecimento.

Vale salientar a incidência do referido direito ao esquecimento, que consiste em direito de ter retirado de circulação fatos, informações ou notícias que causem constrangimento à pessoa. Nesses mencionados conflitos, o direito de ser esquecido tem igual caráter de fundamentalidade e é caracterizado como direito fundamental implícito, devido a existência da cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, expressamente prevista no §2º do art. 5º da Constituição Federal. A prerrogativa provém dos direitos à intimidade, à honra e à vida privada. Além disso, é considerado pelos civilistas como um direito de personalidade, devido à possibilidade desse direito proteger a imagem e o nome das pessoas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues, **Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha> Acesso em: 18 de março de 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: PERSPECTIVAS DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Igor Aguiar Andrade [89]
Gustavo Fernandes Meireles [90]

RESUMO

Esse estudo aborda jurisprudência recente referente ao tema da adoção por casais homoafetivos. Trata-se de tema ainda muito polêmico no contexto atual e sobre o qual os tribunais têm manifestado mudanças de posicionamento. A adoção por casais homoafetivos está inserida em um contexto de resistência e preconceitos por envolver tabus enraizados na população. O artigo traz uma abordagem sobre os requisitos para a adoção e seus efeitos jurídicos, discutindo a possibilidade de abranger casais homoafetivos. O estudo recorreu a dados estatísticos sobre aspectos psicológicos entre os casais e os filhos dos adotantes, além de revisão bibliográfica acerca do tema. Conclui-se que, embora haja resistência por parte da população, os tribunais têm gradativamente alterado seu entendimento, de forma a permitir, em determinados casos concretos, adoções por casais homoafetivos.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção por casais homoafetivos. Direito de família. Jurisprudência.

ABSTRACT

This estudy addresses recent jurisprudence concerning the issue of adoption by homosexual couples. It is still very polemical theme in the current context and on which the courts have expressed changes of position. The adoption of homosexual couples is inserted in a context of resistance and prejudices by involving taboos rooted in the population. This paper presents an approach to the requirements for adoption and its legal effects, discussing the possibility of cover homosexual couples. The study made use of statistical data on psychological aspects with couples and the children of the adoptive parents, in addition to bibliographic revision on the subject. It is concluded that, although there is resistance on the part of the population, the courts have gradually changed their mind, to allow, in individual cases, adoptions homoaferivos couples.

KEYWORD: adoption by homosexual couples, family law, jurisprudence.

89 Discente do curso de Direito da Unichristus. Aguiarigor5@gmail.com
90 Doutorando em Direito Internacional pela Université d'Évry Val d'Essonne (França). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor do curso de Direito da Unichristus. gfmeirelles@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A temática da adoção por casais homoafetivos reveste-se ainda de fortes tabus e preconceitos. A Constituições de 1988 refere-se textualmente à família como sendo constituída por casais heterossexuais (homem e mulher), não se referindo a casais homossexuais. O STF manifestou uma paradigmática mudança de posicionamento referente a essa temática no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277. A decisão da Corte Suprema coaduna-se com as mudanças pelas quais nossa sociedade vem passando, fazendo com que o direito mude de acordo com a sociedade, conformando-se a ela. Dessa forma, os avanços jurisprudenciais referentes a direitos de orientação sexual têm repercutido na adoção por casais homoafetivos, fazendo com que adoções dessa natureza sejam oficializadas.

O direito de família, como em todos os ramos do direito civil, está intrinsecamente relacionado ao direito à vida, em que a família é um núcleo da sociedade, como se fosse uma célula, um átomo. Nesse sentido se pronuncia Carlos Roberto Gonçalves:

> O vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por um vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes a fins. [91]

Como podemos perceber, a família tem uma relação sociológica que constitui uma base do estado, uma instituição fundamental que repousa toda a organização social. Da família partem os indivíduos que ali serão socializados primariamente e logo integrarão a sociedade de forma mais ampla. Por esta razão tem-se justificado o cuidado do Estado em relação à família

A adoção corresponde a um ato civil em que o(s) adotante(s) assumem a responsabilidade e o poder familiar em relação ao adotado. De acordo com isso o adotado não apresenta nem um vínculo sanguíneo referente ao adotante. De acordo com Silvio Rodrigues:

> Assim, melhor se diria que a adoção e o ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe e estranha. E elementar no atual conceito de adoção a preservação do interesse do adotado[92]

Finalmente, na acepção jurídica, a expressão da palavra homoafetividade ou união homossexual, refere-se à união de casais do mesmo sexo correspondendo à constituição de uma família. Através de décadas houve polêmica quanto ao uso desses termos, havendo discordância entre doutrinadores.

Presente estudo foi realizado na Unichristus- CE, mais exatamente na biblioteca da instituição com diversos livros referentes ao tema proposto. Não só foi de livros que comporão essa pesquisa, também de artigos em banco de dados de revistas cientificas que se encontravam na plataforma Scielo, Google Acadêmico, Capes.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Não se pode menosprezar a existência do fenômeno da adoção por casais homoafetivos só porque os casais homossexuais não podem ter filhos naturalmente. Existe uma via pela qual eles podem formar uma família que inclua

91 GONÇALVES, Carlos Roberto**. Direito civil brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.6.p.17

92 RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, v.6. p.340-341.

indivíduos para além do casal, que é adoção. Nesse contexto, assim como para o reconhecimento da união homoafetiva, é necessário observar o interesse de constituir uma família (*animus familiaris*) e o laço de afetividade e responsabilidade mútua existente na relação.

A adoção é instituto que remonta à antiguidade. Porém, os costumes e o sentido que se atribui à adoção tem variado ao longo da história. Segundo Silvio Rodrigues,

> [o] instituto da adoção tem sua origem mais remota na necessidade de dar continuidade na família, no caso de pessoas sem filhos. Fustel de Coulanges mostra a adoção como forma de perpetuar o culto familiar. Aquele cuja família se extingue não terá quem lhe cultue a memória e a de seus ancestrais. Assim, a mesma religião que obrigava o homem a casar-se para ter filhos que cultuassem a memória dos seus antepassados comuns, a mesma religião que impunha o divorcia em caso de esterilidade e que substituía o marido importante, no leito conjugal, por um seu parente capaz de ter filhos, vinha oferecer, por meio da adoção, um último recurso para evitar essa desgraça tão temida da extinção pela morte sem descendentes: esse recurso era o direito de adotar.[93]

Podemos perceber no texto acima, que o instituto da adoção é muito antigo, tendo sido conformado de acordo com a religião e as tradições de cada época. Constam informações de que, nos Códigos Hamurabi e de Manu, já havia utilização da adoção entre os povos orientais. Na Grécia, ela tinha uma importância na função social e política. Mas realmente ganhou destaque no direito romano, encontrando aí disciplina e ordenamento sistemático, pelo que se expandiu de maneira universal. Na Idade Média, o instituto da adoção desapareceu, pois sendo vedada pelo direito canônico, tendo em vista que a família cristã era o que importava, sendo homem e mulher e filhos de sangue dessa relação. Retomou a aparecer no Código Civil Napoleônico, sendo esse instituto jurídico replicado por meio de outros códigos civis no mundo moderno.

Podemos perceber que e inegável a importância da adoção no mundo de hoje, através de seu caráter humanitário, por constituir uma família sem ser seus filhos biológicos.

3 QUEM PODE E QUEM NÃO PODE ADOTAR

De acordo com Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 39, parágrafo único, em consonância com art. 1.618 e 1.619 do Código Civil Brasileiro, a capacidade de adoção tem como requisito objetivo mínimo a maioridade, independente do seu estado civil. Também consiste em requisito a condição psicossocial e financeira para adotar.

De acordo com autor Carlos Roberto Gonçalves referente à adoção de casais homoafetivos:

> Emana da primeira Corte supramencionada acordão pioneiro, admitindo a adoção por casal de pessoas do mesmo sexo, com a seguinte ementa: "Reconhecida como entidade familiar, merecedora de proteção estatal, a união formada por pessoa do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção, decorrência inafastável e a possibilidade de seus componentes possam adotar. Estudos especializados não apontam qualquer conveniente em que crianças sejam adotadas por casais homoafetivos, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores".[94]

Através da adoção do menor de 18 anos, aplicam-se as regras do ECA e do novo Código Civil, apresentando o seguinte requisito: estágio de conveniência, ser obrigado que o adotado tenha mais de um ano de vida. Essa finalidade corresponde à compatibilidade entre as partes com sucesso na adoção. A lei proíbe em duas situações: quando o adotado não tiver um ano de idade. A segunda situação e que conduz que em muitos casos, que aquela primeira fase da adoção não seja reclamada.

4 OS EFEITOS JURIDICOS DA ADOÇÃO

Os efeitos jurídicos repercutem sobretudo na condição do adotado como filho, sendo de igual direito aos filhos biológicos. Os efeitos são três: pessoais, patrimoniais e os sucessórios.

Os efeitos pessoais correspondem ao parentesco entre o adotante e adotado. Sendo equiparado como se fosse filho biológico. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

> o filho adotivo e equiparado ao consanguíneo sob todos os aspectos, ficando sujeito ao poder familiar, transferindo do pai natural para o adotante todos os direitos e deveres que lhe são inerentes, especificados no art. 1.634 do Código Civil; *o nome*, no tocante ao nome, prescreve o art. 47, parágrafo 5 do ECA, com a redação que lhe foi dada pela lei n. 12.010 de 2009'' a sentença conferira ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer um deles, poderá determinar a modificação do prenome'[95]

Os efeitos de ordem patrimoniais consistem nos alimentos, sendo solicitado do adotante para o adotado. Quando são menores, os adotados, e os adotantes não têm condição de sustentá-los, fica a cargo dos pais biológicos darem essa assistência. Já o direito sucessório, refere-se todos os direitos que o filho adotivo tem em relação com os filhos biológicos, envolvendo-se a herança dos pais adotivos ou parentes próximos (colaterais).

5 DADOS ESTATISTICOS REFERENTES A ADOÇÃO E ADOÇÃO DE CASAIS HOMOAFETIVOS

Em 27 de outubro de 2009, houve a criação do Cadastro Nacional de Criança e Adolescente (CNCA), por meio da resolução do CNJ nº 93/2009. Sua criação tem o objetivo de complementar o banco de dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), contendo dados de crianças e adolescentes que se encontra em abrigos e orfanatos. Ressalta-se que o CNA e CNCA, estão hospedados no portal do CNJ, podendo ser acessados pelo público[96].

Os dados abaixo correspondem à porcentagem de adoção no Brasil, no período de agosto de 2012 e maio de 2013, pelo que se pode observar um havendo um sensível aumento:

93 Op. cit., p. 335-336.

94 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.6 p. 393

95 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v.6. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 409.

96 Disponível em: http://www.cnj.gov.br/adocao. Acesso em 16 de set.2014.

	2012 (agosto)	2013 (maio)	Crescimento
Pretendentes à Adoção	28.151	28.872	2,56 %
Crianças e Adolescentes aptas à Adoção	5.281	5.499	4,13 %
Crianças e Adolescentes Acolhidas	40.340	43.915	8,86 %

Figura 1 – Porcentagem de adoção no Brasil
Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Elaboração: Departamento de Pesquisas Judiciárias

De acordo com a cartilha de adoção do CNJ :

> Em agosto de 2012, existiam 28.151 pretendentes devidamente cadastrados no Cadastro Nacional de Adoção(CNA). Na região Sudeste, seguindo o peso populacional que exerce perante as demais, surge com 48,5% dos pretendentes cadastrados. Posteriormente, em ordem decrescente, surgem as região Sul (36,5%), Nordeste(6,7), Centro-Oeste (5,9%) e Norte (2,7%). Esses indicadores mostram a região Sudeste e Sul, que estão em sua grande parte territorial situadas na região geoeconômica Centro-Sul, possuem 85% dos pretendentes da adoção, sendo que, de acordo com CENSO 2010, tais regiões representam 56,5% da população brasileira. Vale ressaltar a disparidade encontrada nos indicadores relacionados a região Sul, que possui a terceira população regional, com 14,4% do contingente populacional do Pais, e ao, mesmo tempo, responde por mais de um terço dos indivíduos pretendentes a adoção. Como se observa no gráfico, quase 90% dos pretendentes são casados ou vivem em uma união estável. Apenas 8,6% dos registros são de pessoas que se declaram solteiras. Somando-se os separados, viúvos e divorciados aos solteiros, são 11,9% de pessoas cadastradas que desejam adotar individualmente.[97]

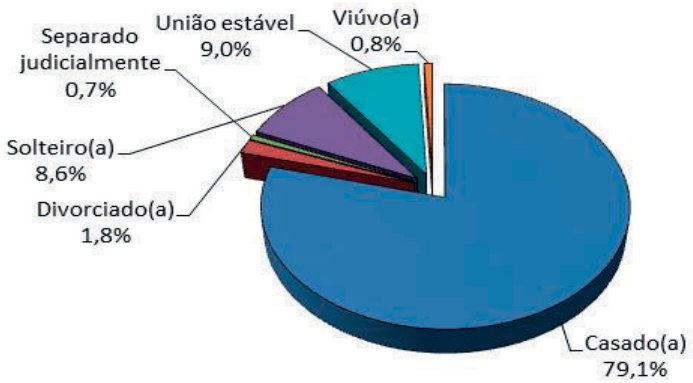

Figura 2 – Estado civil do pretendente à adoção
Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Elaboração: Departamento de Pesquisas Judiciárias

De acordo com esse gráfico, os casados correspondem em 79,1% aos que têm o intuito de adotar, seguido daqueles em regime de união estável (9,0%). Podemos perceber que o âmbito familiar, o fato de estarem em um contexto de casal é um estímulo essencial para a adoção. Nesse sentido, considerando-se o crescente reconhecimento de casais homoafetivos, é de se questionar se o a característica de homoafetividade seria obstáculo para a adoção.

6 ASPECTOS PSICOLÓGICOS DE ADOÇÃO E ADOTANTES DOS CASAIS HOMOAFETIVOS

Os acontecimentos ocorridos ao longo da história, propiciaram diversas mudanças no conceito de configuração familiar. Essas mudanças têm a ver com evoluções pelas quais a sociedade tem passado, de tal maneira, que passa a aceitar que casais do mesmo sexo, adotem crianças. Por outro lado se percebe que ainda há um forte preconceito enraizado na sociedade. Essas pessoas estão na busca de seus direitos tanto individuais como sociais para terem o direito de adotar crianças.

De acordo com Denise Maria Peressini da Silva,

> [o] psicólogo que atua nas Varas da Infância e da Juventude, nas Varas de Família e Sucessões e nos tribunais de Justiça dos Estados devem se submeter a psicoterapia, a fim de lidar com emoções e dificuldades por trabalhar com situações limites.[98]

Podemos perceber na afirmação acima, que é de suma importância o trabalho do psicólogo para o acompanhamento desses casos de adoção. É imprescindível observar a frequência de pares homossexuais nas questões de paternidade.

Há de se considerar que o fator biológico (sanguíneo) não e importante para essas pessoas, mas sim a vontade delas constituírem família, dando carinho e amor para seus adotados.

Entretanto, é de se considerar que, considerando-se o contexto atual, não será fácil para essas crianças pois, superarão várias dificuldades até chegarem a vida adulta. Essas dificuldades não estão relacionadas com a homoparentariedade, mas com situações

97 BARBOSA, Joaquim. Encontros e desencontros da adoção do Brasil. In: BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Uma analise do Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.gov.br/adocao. Acesso em 16 de set.2014.

98 SILVA, Denise Maria Perissini da . **Psicologia juridica no processo civil brasileiro: a interface da psicologia com direito nas questoes de familia e infancia**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 31.

preconceituosas e discriminatórias de nossa sociedade. Há algumas correntes mais conservadoras que alegam que crianças socializadas nesse contexto de hompoarentalidade teriam dificuldade para definição de sua opção sexual, pois não lhes seria apresentado, no contexto familiar, referência a um dos sexos. Contudo, trata-se de opinião a ser submetida ao crivo da ciência. E é no discurso científico que a jurisprudência tem buscado respaldar decisões nessa seara.

7 NOVA JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA Á ADOÇÃO DOS CASAIS HOMOAFETIVOS

Hoje, está cada vez mais frequente, as decisões judiciais referentes a esse tema, sendo possível visualizar uma grande leva de interpretações jurisprudenciais das principais cortes de nosso país, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

Existe grande celeuma em torno deste tema:

> Direito civil. Família. Adoção de menores por casal homossexual. Situação já consolidada. Estabilidade da família. Presença de fortes vínculos afetivos entre os menores e a requerente. Imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores. Relatório da assistente social favorável ao pedido. Reais para os adotados. Artigo da lei n. 12.010 09 e 43 do ECA. Deferimento da medida. 1.A questão diz respeito a possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstancia a particularizar o caso de julgamento.2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação. Sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.3. O artigo 1º da lei n. 12.010 prevê a garantia do direito a convivência familiar a todas e crianças e adolescentes. Por sua vez no artigo 43 do ECA estabelece que a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e funda-se em motivos legítimos. 4.Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.5. A matéria relativa a possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente a necessidade de verificar qual e a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases cientificas (realizados pela Universidade de Virginia), não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as ligas a seus cuidadores.7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acordão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.8. E incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores-sendo a afetividade o aspecto predominante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se sabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção e medida que se impõe. 10. O judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da realidade, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.11.Nao se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo nas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotados em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada o objetivo de atender aos interesses do menor, e um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou-se em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação a situação fática consolidada, seja no tocante a expressa previsão legal de primazia a proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotados, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrera verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. [99]

De acordo com esse julgado, houve uma primazia do amor que esses pais vai ter com essas crianças, sendo aceito esse entendimento pelos os magistrados referentes a esse assunto. Empregou-se, portanto, como elemento de fundamentação da decisão, os laços de afetividade, aproximando-se assim da abordagem dada na decisão conjunta das citadas ADPF 132 e ADI 4277 (sobre união homoafetiva). Segundo Pablo Stoze Gangliliano,

> como bem observou o Ministro Luiz Felipe Salomão, a adoção e um ato sagrado de amor, não cabendo ao Judiciário, sob nenhum argumento, se verificada a garantia do bem-estar da criança ou do adolescente, impedir a sua concretização, pois, em assim agindo, desrespeitaria a maior das leis, *segundo a qual devemos sempre amar o nosso semelhante como nos mesmos*. [100]

Há de se perceber, que a Constituição de 1988, só se referia a que a família era constituída entre homem e mulher, não reconhecendo a homoafetividade como sendo uma via legítima para a união familiar. Mas sabemos que nossa sociedade sofre constantes transformações e o direito não pode passar ao largo

99 Recurso especial improvido(Resp 889.852 RS, rel. Min. Luiz Felipe Salomao, julgado em 27-4-2010,Dje 10-8-2010, 4ª Turma).

100 GANGLILIANO, Pablo Stoze; PAMPLONA FILHO, **Rodolfo. Novo curso de direito civil**. 3.ed.Sao Paulo: Saraiva, 2013.v.6. p. 507-509

delas. De acordo com George Marmelstein,

> não há base constitucional para impedir que os casais de pessoas do mesmo sexo possam aproveitar os mesmo direitos conferidos aos casais heterossexuais. Deve ser ressaltado, por honestidade acadêmica, que há entendimento em sentido contrário. A esse respeito, Supremo Tribunal Federal proferiu uma importante decisão em 2011, reconhecendo a validade jurídica das uniões homoafetivas (ADPF 1321DF e ADI 4.277|DF). Segundo o STF, a norma constante do art.1.723 do Codigo Civil –CC não obsta que união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Assim, reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo deveria ser feito segundo as regras e com idênticas consequências respeito da união estável heteroafetiva. Para o STF existia uma lacuna constitucional a respeito das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Em razão disso, deveria prevalecer a regra geral de não discriminação, aplicando-se as relações homoafetivas o mesmo tratamento jurídico dado as uniões heteroafetivas sobretudo para reconhece-las como entidade familiar.[101]

Márcio André Lopes Cavalcante formulou diversas perguntas cujas respostas podem ser encontradas na jurisprudência:

> E possível a adoção homoafetiva, ainda que unilateral? É possível a adoção de uma criança por casal homoafetivo.e possível também a adoção unilateral do filho biológico da companhia homoafetivo. Ex: Joao e filho biológico de Maria. A criança foi fruto de uma inseminação artificial heterologa com doador desconhecido. Maria mantem união estável homoafetiva com Andreia, que deseja adotar o menor. E possível a adoção de uma criança por casais homoafetivo(dois homens ou duas mulheres)? Sim. O STF já decidiu que a união homoafetiva possui os mesmos direitos de união heteroafetiva e está incluída no conceito de família (ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05|05|2011). Assim, e plenamente possível a adoção realizada por um casal homoafetivo, nos mesmos moldes do que ocorre com casais heteroafetivos. O juiz pode negar o pedido sob a alegação genérica de que adoção por casais homoafetivos pode gerar problemas psicológicos na criança? Não. Este argumento genérico não e acolhido pelos Tribunais Superiores por que os diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases cientificas (realizados na Universidade de Virginia), não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores. (STJ. REsp 889.852-RS, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27.04.2010)[102]

Vê-se portanto que a linha argumentativa trazida a lume pela jurisprudência recente pauta-se, tal como fizera o Supremo Tribunal Federal nas ADPF 132 e ADI 4277, nos aspectos relacionados à afetividade. São esses aspectos que devem contar para uma decisão favorável ou não à adoção. Isso corrobora para uma nova orientação jurídica que aproxima o Direito e a prática forense de outras disciplinas, necessárias à aferição da capacidade de casais – independentemente de serem homoafetivos ou heteroafetivos – de adotarem uma criança, acompanhando seu desenvolvimento integral e inserindo-a na sociedade.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa procurou investigar os novos posicionamentos da jurisprudência brasileira em relação à adoção por casais homoafetivos, no contexto de resistência social.

Merece destaque o fato de que os aspectos psicológicos dos adotantes passam a ser essenciais na definição de quem pode ou não adotar. Há uma clara tendência jurisprudencial a substituir critérios objetivos previstos pelo legislador, tais como a heteroafetividade, para passar a aceitar elementos ligados à afetividade.

Pode-se afirmar que essa tendência é embalada pela decisão paradigmática da ADPF 132 e ADI 4277 que reconheceu a afetividade como elemento chave para a possibilidade jurídica da união estável.

9 REFERÊNCIAS

ARAUJO, ludyglendson Fernandes de; OLIVEIRA, Josevania da Silva Cruz de; SOUZA, Vandileia Carvalho de; CASTANHA, Alessandra Ramos. Adoção de casais homoafetivos: um estudo comparativos entre os universitários de direito e psicologia. **Revista Psicologia e Sociedade**, São Paulo, ano 2, n. 19, p.95-102, fev-maio, 2007.

BARBOSA, Joaquim. Encontros e desencontros da adoção do Brasil. In: BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Uma análise do Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.gov.br/adocao. Acesso em 16 de set.2014.

CAVALCANTE, Marcio André Lopes. **Principais julgados do STF e STJ comentados 2013**. Manaus: dizer o direito, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das familias**.5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

GANGLILIANO, Pablo Stoze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo**. Novo curso de direito civil**. v.6. 3.ed. São Paulo: Savaira, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto**. Direito civil brasileiro**. v.6. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARMELSTEIN. George. **Curso de direito fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, Lucia Vaz de Campos. **Psicologia, família e direito: interface e conexões**. Curitiba: Juruá, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. v.5. 22.ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2014.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro:** a interface da psicologia com direito nas questões de família e infância. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

101 MARMELSTEIN. George. Curso de direito fundamentais.5.ed. Sao Paulo: Atlas, 2014 p. 80-81

102 CAVALCANTE, Marcio Andre Lopes. **Principais julgados do STF e STJ comentados 2013**. Manaus: dizer o direito, 2014 p. 307-308

ADEQUAÇÃO DA MEDIAÇÃO AOS DIVÓRCIOS: DESATANDO NÓS E CRIANDO LAÇOS

Igor Aguiar Andrade[103]
Mara Lívia Moreira Damasceno[104]

RESUMO

Esse estudo analisa a importância da mediação dos casais em divórcio. Apresenta os benefícios dessa técnica, que está sendo muito utilizado com intuito de tratar adequadamente essas situações e desafogar o judiciário que atende essa alta demanda de processos todos os dias. Esse trabalho verifica também os aspectos sociais do divórcio, apresenta dados estatísticos atualizados sobre o divórcio, e explica os princípios e objetivos da mediação, com objetivo de fazer uma conexão da mediação com o divórcio, favorecendo assim as partes envolvidas no litígio. A metodologia utilizada foi um estudo doutrinário baseado em artigos e livros de direito civil,família e de mediação.

PALAVRAS-CHAVES: divorcio, mediação, princípios, direito civil(família), objetivos

SUMMARY

This study examines the importance of mediação of couples in divorce. Showing the benefits of this technique, which is being widely used this method in order situations and vent the judiciary that meets the high demads of everyday processes. This job aspects also checkes the social divorce, presents statistical data updated on divorce, and explains the principles and goals of mediação, with a goal of making the connection with the divorce mediação, favoring the parties involved in the dispute. The methodology used was a doutrinario study based in articles and books of civil law,family, e de mediação.

KEYWORD: divorce, mediação, principles, civil law(family), objectives

103 Discente do curso de Direito – Unichristus. Aguiarigor5@gmail.com
104 Mestre em Direito Constitucional pela Unifor. Advogada e Mediadora de conflitos. Professora do curso de Direito na Unifor e Unichristus. Mara_lmd@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira está em constantes transformações econômica, financeira, política, criando assim desigualdades em todos os lugares do Brasil, resultando portanto pobreza na maioria da população. Com isso as pessoas se tornam individualistas, prejudicam a comunicação, principalmente nos relacionamentos, fazendo surgir o conflito. As mediações surgem para melhorar o diálogo dessas pessoas com intuito de resolver os conflitos existentes.

É compreensível que alguns casamentos não sejam permanentes, podendo acabar por diversos fatores/ conflitos, havendo assim sua dissolução, ou seja, divórcio. No decorrer de suas relações vão existir casamentos malgrados, convivências conjugais em crise, alienação parental, entre outras situações. Então o divórcio surge a partir do direito que a pessoa tem em por fim ao relacionamento com a outra pessoa. Segundo o autor Luiz Edson Fachin:

> Quando o projeto parental vai cessando, no voo em curso diminui-se, voluntária ou involuntariamente, a velocidade que impulsiona a comunhão de vida. Sobre uma espécie de "pista de taxiamento", terminando esta o voo que levou, antes, ao início, aqueles passageiros a decolar. Ao termo eventual dessa viagem principiada pela união matrimonializada, a dissolução "publiciza'' dramas e as vezes tragédias. A fundação daquela historia pode ter acabado. No leviatã das separações e divórcios, cotidianamente o inferno e o paraíso tem realmente a mesma porta.(FACHIN, 2002, p. 195)

O escritor faz uma reflexão bem apurada, de como o fenômeno divórcio atua, destruindo a relação dos cônjuges.

Antigamente, a palavra divórcio era uma expressão que a Igreja Católica não aceitava, pois o casamento era uma coisa divina. Mas hoje, após a Emenda Constitucional 66/10, esta situação se tornou mais aceita na sociedade, é uma expressão mais ética e humanizada no qual se refere à dignidade da pessoa humana na essência de sua palavra.

A mediação procede do latim *mediare*, que significa mediar, dividir ao meio ou intervir. É um dos tipos alternativos de resolução de conflitos, que através do diálogo e de suas técnicas resolve o conflito, existindo um terceiro imparcial aos dois. Segundo Francisco Jose Cahali:

> A mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito. (CAHALI, 2014, p. 69)

Pode-se perceber com essa citação do autor, que há um terceiro, imparcial ao processo, atuando para melhorar a comunicação entre as partes, devido ao diálogo que está muito desgastado, por conta da crise do relacionamento que resultou no divórcio.

A palavra mediação, no Brasil, só se referia a matérias trabalhistas, referindo nas negociações individuais ou coletivas. No decorrer da evolução histórica, foi se percebendo a sua importância para resolução de diversos tipos de conflitos. Em virtude da relevância desse método, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) elaborou e publicou a Resolução 125/2010, para dar tratamento adequado aos conflitos sociais. O objetivo desse trabalho e apresentar os benefícios da mediação em relação ao divórcio, melhorando assim a convivência dos cônjuges.

O presente estudo foi realizado por meio de estudo bibliográfico, em que se pesquisou na doutrina brasileira, livros, e artigos de renomados autores da área.

2 DIVÓRCIO NO BRASIL

O Direito de Família está sofrendo grandes transformações nos últimos anos, em decorrência de inevitáveis mudanças político-sociais. Essas mudanças abalaram profundamente a antiga base de concepção de família, estruturada no tripé casamento- procriação-patrimônio. O divórcio desestabiliza toda essa estrutura, mexendo assim com a vida das pessoas.

2.1 Aspectos legais do divórcio no Brasil

Como determina o Art. 1571, do Código Civil de 2002 (*caput)* que a sociedade conjugal termina:

> I- pela morte de um dos conjugues;
>
> II- pela a nulidade ou anulação do casamento;
>
> III- pela separação judicial;
>
> IV- pelo DIVÓRCIO. (grifou-se)

Como explica Pablo Stolze Gagliano: "o divórcio é a medida dissolutória do vínculo matrimônial válido, importando, por consequência, a extinção de deveres conjugais. '' (GAGLIANO, 2013, p. 522). O autor conceitua a expressão do divórcio, na forma mais simples possível, em que todos os casais põe fim à sua união, tendo que obedecer o que foi estabelecido, de acordo com a lei.

Nos primórdios desse tema, na história brasileira, houve uma grande resistência jurídica à extinção do vínculo matrimonial, em que só era permitido no caso de morte ou reconhecimento de nulidade do matrimônio. A Igreja Católica tinha muita influência nessa época, preconizando que o casamento era uma força divina, que não podia ser dissolvido. Como explica muito bem o autor Rodrigo da Cunha Pereira:

> O divórcio foi introduzido no Brasil em um contexto histórico-político-social em que a liberdade dos sujeitos e a expressão que deve dar o comando, já que a família se despartrimonializou, perdeu sua hierarquia e deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução. Na verdade, ela ganhou vida, autenticidade, desprendeu-se mais do Estado, e suas essências reguladoras passaram a ser, principalmente, o amor e o afeto. (PEREIRA, 2013, p.30)

Na verdade o divórcio no Brasil, sofreu muita influência da Igreja, que estabeleceu que a união conjugal era indissolúvel. A igreja católica tinha muita influência perante o imperador, portanto as constituições não aceitavam o divórcio por questões éticas e morais dos bons costumes da época. Mas com o passar dos anos, a lei tem que se adaptar com as mudanças da sociedade.

No Decreto n. 181, de 1890, reconhecia o casamento civil no Brasil, no qual era previa o divórcio a *thoro et mensa* (divórcio canônico), que instituía somente a separação dos corpos, mas não rompia o vinculo matrimonial.

O Código Civil de 1916 regulamentava o desquite como forma de extinção da sociedade conjugal. De acordo com Maria Berenice Dias: "O casamento era indissolúvel segundo o Código Civil de 1916. Só a morte de um dos cônjuges o dissolvia (parágrafo único do art. 315), mas a sociedade conjugal podia terminar pelo "desquite''.(DIAS, 2013, p. 2) . A expressão desquite era uma expressão usada na época, que se usava no Código de 1916.

De acordo com a emenda Constitucional n. 9, de 28 de julho de 1977, veio a ser inserido o divórcio no Brasil, regulamentado pela Lei n 6.515, de 26 de dezembro de 1977. De acordo com a vigência dessa lei, o Direito de Família ganhou uma grande importância no país, porque antigamente o vínculo matrimonial inseparável durante a vida dos nubentes, caracterizando as hipóteses de nulidade ou anulação. De acordo com Maria Berenice Dias (2013): "a Lei do Divórcio nada mais faz do que exaustivamente regulamentar a separação (arts. 3 a 24, 34, 39 e 41 a 49). A conversão da separação em divorcio está disciplinada nos arts 35 e 37''(DIAS, 2013, pg. 3). Essa lei inovou a questão do divórcio no Brasil, em que sofria muita resistência da época, sendo incorporada a Constituição Federal e o Código Civil de 1916.

Em face com o autor Arnaldo Rizzardo: "o artigo 2 da Lei n° 6515 contempla a separação judicial como causa de dissolução da sociedade conjugal. Não há, na hipótese, dissolução do vínculo conjugal, como se dá com a morte e o divórcio''. (RIZZARDO, 2013, pg. 3) Anteriormente a essa Lei, o sinônimo perfeito para essa separação judicial era o desquite, no qual essa expressão era bastante usada no Código passado.

Em 14 de julho de 2010, foi criada a Emenda Constitucional, conhecida com " PEC do Divórcio'', dando uma nova redação ao parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal, retirando do texto, o requisito temporal e da prévia separação. O ilustríssimo autor Carlos Roberto Gonçalves faz essa diferença:

> Anterior redação do parágrafo 6º do art. 226 da Constituição Federal: " o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais um ano''. Atual redação do parágrafo 6° do art. 226 da Constituição Federal: " o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".(GONCALVES, 2014,p. 203)

Como expõem sua opinião de maneira clara e objetiva em relação a essa PEC, o autor Pablo Stolze Gagliano:

> Salienta a ideia de ser um legítimo reclamo da sociedade brasileira a desburocratização do divorcio, especialmente em se considerando que a exigência de um processo prévio de separação traduz doloroso *strepitus fori*, ou seja, desnecessária repercussão psicológica danosa na alma das partes envolvidas (GAGLIANO,2013, p. 543).

Para o autor Carlos Alberto Dabus Maluf: "como efeitos do divórcio devemos inicialmente considerar que a sentença que o decretar tem eficácia *ex nunc*, não sendo, portanto, atingidos os efeitos anteriores a ela.''(MALUF, 2013, p.331). Para esse mesmo autor:

> Os principais efeitos do divórcio são: Dissolução do vínculo matrimonial, término das obrigações matrimoniais recíprocas dos cônjuges, extinção do regime de bens, com realização de partilha, extinção do direito sucessório entre os conjugues, impossibilidade do restabelecimento da sociedade conjugal (MALUF, 2013, p.331).

Esses efeitos, refere-se á importância do divórcio no Brasil, caracterizando o fim do casamento, com vários fins em que as partes se submetem.

2.2 tipologia contemporânea do divórcio no Brasil

Antes da Emenda Constitucional n. 66/2010, o divórcio era visto como EXTRAJUDICIAL(sempre consensual) e JUDICIAL, que era subdividido em indireto (consensual ou litigioso) e direto (consensual ou litigioso), com advento da referida emenda, o divórcio teve o mesmo nome para as duas divisões, mudando só o nome da JUDICIAL , que subdividiu em consensual e litigioso.

O divórcio judicial é o divórcio propriamente dito, em que se caracteriza pela a orientação do art. 226 da Constituição Federal, sendo resolvido pela via judiciária. Segundo Maria Berenice Dias:

> O divórcio judicial esta acanhadamente regulado no Código Civil. Afirma a lei que o divórcio é uma das causas do **término da sociedade conjugal**(CC1 1.571,IV), alem de ter **o cordão de dissolver o casamento**. Com o divórcio, há alteração do estado civil dos cônjuges, que de casados passam a ser divorciados.(DIAS, 2009, p.294)

Esse tipo de divórcio é o mais importante do Brasil.

Já o divórcio extrajudicial, ele é de acordo com a vontade das partes, havendo um acordo entre elas, sem a via judicial. De acordo com autor Washington de Barros Monteiro:

> Com a Lei n. 11.441, de 4-1-2007, foram introduzidos os procedimentos extrajudiciais na dissolução da sociedade e do vinculo conjugal, desde que a via escolhida seja a consensual e que não haja filhos menores ou incapazes, assim como diante da observância dos requisitos e prazos legais. (MONTEIRO, 2010, p.380).

O efeito mais relevante do divórcio é pôr termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso. De acordo com o professor Silvio de Savio Venosa: ´´Dissolvida a sociedade conjugal pelo divórcio, os cônjuges podem contrair novas núpcias, desaparecendo o impedimento legal''(VENOSA, 2014, p.220). De acordo com citação acima, só vai se instituir o novo casamento, se pôr fim o antigo pelas vias jurídicas, senão vai ser uma união estável com o novo companheiro, mas as obrigações da união passada tem que ser obedecidas pelos conjugues, se não forem, haverá sanção por parte do Direito.

2.3 Aspectos sociais do divórcio no Brasil

No Direito Brasileiro, a legitimidade de certos aspectos das relações de família teve amplitude da norma para resolver as questões jurisprudenciais. Atualmente, as questões que cercam o casamento, o divórcio, os alimentos, entre outras modalidades, encontram no Judiciário um espaço bem definido. Essas consequências serão analisadas por dois pontos. Um deles será a estrutura do Direito Civil no que insere as normas que regem as relações de família. E o segundo ponto é a organização do campo da Justiça, em consequência da função socioeconômica da sociedade para resolver seus litígios nos tribunais.

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2013), mostram os números de divórcio nas regiões do Brasil, com total de 254.251, respectivamente. Já na região Sudeste foi a que teve maior número de divórcio com 119.146 casos, seguido pela região Nordeste com 57.254, em terceiro lugar a região Sul com 36.048 de casos, Centro-Oeste com 23.148 e por fim a região Norte por 18.647. Esses dados constatam que na região onde tinha maior número de pessoas por metro quadrado, apresentava o maior número de divórcio, sendo o Nordeste e Sudeste. Já a região que tem maiores proporções de hectares, mas pouco povoado, tem menores números de divórcio. Na mesma tabela faz-se a diferença entre o sexo masculino e feminino, em que o requerimento pela mulher é de 50.148 e do homem de 36.917. Essas estatísticas se referem a autonomia da mulher perante ao homem, e sua maior inserção ao mercado de trabalho. Abaixo apresenta a tabela do IBGE.

Tabela 6.1 - Processos de divórcios encerrados em 1ª instância, por tipo, natureza, sentença proferida e regime de bens do casamento, segundo o lugar da ação do processo - 2013

(continua)

Lugar da ação do processo	Processos de divórcios encerrados em 1ª instância								
	Total	Tipo			Natureza				
		Direto	Indireto	Sem declaração	Consensual	Não-consensual			Sem declaração
						Total	Requerido pelo marido	Requerido pela mulher	
Brasil	254 251	253 087	1 160	4	166 974	87 065	36 917	50 148	212
Norte	18 647	18 623	24	-	12 019	6 593	2 883	3 710	35
Nordeste	57 264	57 218	45	1	35 047	22 178	10 988	11 190	39
Sudeste	119 146	118 268	875	3	79 972	39 091	15 559	23 532	83
Sul	36 048	35 920	128	-	24 054	11 953	4 648	7 305	41
Centro-Oeste	23 146	23 058	88	-	15 882	7 250	2 839	4 411	14

O divórcio é um fenômeno que desestabiliza toda a família. Quando isso acontece, não atinge somente os pais, mas afeta

também seus descendentes, pois eles são atingidos pela ruptura do relacionamento dos pais. A autora Luciana Suarez Grzybowski retrata bem isso:

> Falamos aqui em inicio da parentalidade, pois a parentalidade pós-divórcio parece ter diferenças significativas daquela exercida em conjunto na mesma casa, já que existem uma serie de reformulações quanto aos hábitos, a rotina e ao padrão econômico da família. Além dessas mudanças que começam a acontecer, os membros do sistema familiar precisam adaptar-se a um aumento da complexidade no desempenho das tarefas desenvolvi mentais. (GRZYBOWSKI, 2010, p. 77)

A autora da citação acima, expõe muito bem as questões que envolvem o pós-divórcio, em que atingem todos os membros da família, filhos e pais, até outros integrantes, como por exemplo os avós. É um momento muito difícil na vida dos filhos, gerando traumas a eles. É muito importante que sejam acompanhados por um psicólogo, dando assim um suporte psicológico, fazendo que desapareça algum conflito com os pais, evitando a alienação parental. Um mecanismo adequado a esse tipo de litígios familiares é a mediação de conflitos, que objetiva tratar adequadamente as disputas em que os envolvidos possuem uma relação contínua e precisam manter-se pacificados após a resolução da lide.

3. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

De acordo com Luiz Alberto Warat: ´´A mediação é uma forma de resolução de conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal.´´(WARAT,1999, p.15) O autor expõe de forma clara e objetiva o conceito sociológico da mediação, pois ele não fala só do conflito jurídico mas também o social por esse litígio afeta toda a sociedade, não só as partes. Já autora Rozane da Rosa Cachapuz conceitua: ´´ A mediação estabelece que é um meio extrajudicial de resolução de conflitos, onde o terceiro é chamado para encaminhar as partes a chegarem a uma solução ou acordo``.(CACHAPUZ, 2004, p. 28) Esse conceito refere a intervenção de um terceiro dentro do processo, muito usual perante mediadores. Mas é possível discorda do conceito da supracitada autora que afirma que se deve chegar a um acordo, pois na pratica pode se chegar ou não ao acordo, posto que este é uma consequência.

De acordo com Adolfo Braga Neto:

> Diversos autores afirmam que as origens da mediação remontam a tempos antigos. Confúcio, sua época, por volta do ano 700 a.C. , já pregavam uma melhor forma de resolução de questões conflituosas eram pela utilização da mediação. É sabido que o confucionismo sustentava que a ordem social ideal se fundamentava na observância de regras morais entre homens e que os conflitos deveria ser resolvido fora dos tribunais, por um processo no qual o compromisso e uma palavra de ordem.(BRAGA NETO, 2010, p. 20-21)

Fazendo referência com texto acima, o autor explica as origens da mediação, no qual Confúcio dando inicio a técnica, não sabia como conceituar a técnica mas falava dos princípios que até hoje regem a mediação. No Brasil, na Constituição Federal de 1988, os legisladores deram início para criação de um ambiente adequado para que os instrumentos de pacificação de conflitos possam atuar. Com advento da Carta Magna, outras leis surgiram, como por exemplo a Lei dos Juizados Especiais(lei n 9.099/99).

3.1 Princípios norteadores da mediação

De acordo com Lilia Maia de Morais Sales elenca esses princípios:

> Autonomia da vontade das partes (o processo de mediação tem caráter voluntario na sua mais completa dimensão), Imparcialidade (impõem ao mediador para que seus valores pessoais não interfira na condução do procedimento), Independência (o mediador não deve ter qualquer vinculo com as partes), Credibilidade (as partes elegem a mediação para facilitar a auto composição por acreditarem neste instrumento), Competência (e a tarefa do facilitador em relação ao conflito), Confidencialidade (e o absoluto sigilo do quanto nele se apresenta), Não-competitividade (na mediação, o conflito deve ser abordado de maneira positiva, ou seja, como parte da evolução e amadurecimento do ser humano, as partes não estão em campos opostos), Poder de decisão das partes (só cabe as partes o seu poder de decisão), Informalidade no processo (o processo e extremamente informal). (SALES, 2004, p 45-51)

Esses princípios referem a base de toda a mediação, no descumprimento de um desses princípios, compromete-se a realização ética da mediação, não tendo eficácia o método proposto. No método da mediação, o mediador tem que ser imparcial ao processo, sem dar sugestões para as partes e sem decidir o conflito no final. As partes não podem ser coagidas, elas tem que estar naquele momento por livre vontade delas, obedecendo assim o princípio da autonomia das partes.

A confidencialidade também é um importante princípio, pois na sessão da mediação as partes vão desabafar coisas íntimas, portanto o mediador não pode sair descrevendo o que aconteceu.

As pessoas envolvidas em um conflito não podem chegar à mediação, com sentimento de serem rivais ou adversarias, se acontecer isso vai infligir o processo da técnica e ferir o princípio da não-competitividade, pois as partes tem que sair da mediação sentindo-se beneficiados.

O mediador não pode usar palavras de difícil compreensão, com termos jurídicos, tem que haver uma informalidade perante o processo de acordo com princípio da informalidade. O mediador tem sempre que explicar para as partes a importância do processo, para que elas acreditem nisso e colaborem com a técnica, de acordo com o principio da credibilidade.

3.2 As etapas da Mediação

Diversos autores apresentam suas divergências referentes a esse tema. O Adolfo Braga Neto diz que são oito etapas, que são: " pré-mediação; abertura; investigação; agenda; criação de opções; avaliação das opções; escolha das opções; solução''. (BRAGA NETO, 2008, p. 4) Já a Tânia Almeida enumera nove etapas que são essas: " pré-mediação; declaração ou discurso ou abertura; relato das historias; definição da

pauta de trabalho; ampliação de alternativas; elaboração do termo de acordo e assunção de compromisso; derivação; monitoramento; avaliação de resultados"(ALMEIDA, 2013, p. 156-192) Não importa se um autor fala oito etapas ou nove, o que é importante é que o mediador siga uma sequencia lógica com a finalidade de por fim o conflito pré-existente.

A pre-mediação, consistem ser uma fase constitutivamente informativa, no qual se dar antes da mediação, mantendo presente o princípio da autonomia da vontade. O conveniente é que as pessoas estejam juntas na mediação, com a finalidade de ouvirem o mediador na mesma apresentação e para que seus questionamentos contribuam para reflexão de todos. Mas algumas pessoas estão estressadas com a situação, que não podem ficar no mesmo ambiente. Essa recomendação tem que ser atendida na medida do possível.

É importante que os advogados estejam presentes na pré-mediação, com intuito de explicar para as partes, a importância da mediação e termos jurídicos desconhecidos.

Na fase da pré-mediação, o mediador expõem dados sobre o instituto, servido de informação para os mediandos. No entanto, dados oferecidos pelos mediando traz grande importância para sessão, se transformado em informações relevantes.

O discurso de abertura é a fala estruturada do mediador, que acontece no inicio da mediação. Essa é propriamente dita a primeira etapa, se confundindo com a pré-mediação.

Essa técnica há assinatura de acordo com a participação, documento que oficializa ritualisticamente a adesão da mediação, contendo em sua redação elementos éticos sendo mecionados pelo mediador. Esse momento prévio dar início a técnica da mediação.

A moldura dessa fase, o mediador explica como se dará a mediação, falando que ele é imparcial a técnica, sendo diferente como juízes e árbitros. Fala aspectos mais relevantes desse processo do diálogo, seu passo a passo, limites e princípios éticos.

A segunda técnica é o relato das historias, no qual as pessoas envolvidas no litígio, vão contar o que aconteceu perante esse anos. É um instrumento que não se apresenta provas ou relatos escritos e adverte que não haja representação dos interessados.

É muito importante, que o mediador der oportunidade para que as duas partes falem, dando a chance só de um falar e outro não, criando estresse perante a técnica.

O mediador tem que ser paciente e calmo para prestar bem atenção do que as partes estão falando. Nesse processo é importante praticar a escuta ativa, a escuta interveniente, permeada de indagações, resumos, parafraseados, redefinições perante a fala.

A terceira etapa é ampliação de alternativas e as interferências das emoções , no contexto da mediação com a participação do mediador, analisando ele os custos e benefícios , no processo de tomada de decisões. É a etapa de ampliação de alternativas e de eleições de opções para resolver o conflito.

As incertezas e riscos podem ser resolvidos com soluções temporárias, passiveis de serem avaliadas constantemente, e não devem ser empecilho para a tomada de decisão. Decidir e empoderar as pessoas da relação e colocar os proativos no processo de Mediação. A proatividade é essencial instrumento voltado para manter os envolvidos no desentendimento a autoria das decisões sobre seus momentos de vida.

As tomadas de decisões são processos fundamentais para criar oportunidade para os desafios e as incertezas. As decisões nos direcionam e potencializa um conjunto de ações.

A quarta etapa é a elaboração do termo de acordo, em que as partes oficializam no que foi acertado na mediação. É o compromisso que elas fizeram perante o mediador, demarcando assim sua finalização.

A mediação pode finalizar de acordos orais ou escritos, informais ou formais, totais ou parciais, definitivos ou transitórios, sem acordo de qualquer natureza.

3.3 Os objetivos da mediação x Poder Judiciário

Pode-se perceber, que há inúmeras discussões sobre os problemas mundiais do acesso à Justiça e da crise do Poder Judiciário. Muitos dizem que a justiça é lenta, outros dizem que ela não funciona, enfim existem inúmeros processos em diversas varas, em que os juízes estão atolados de processos todos os dias. De acordo com autora Adriana S. Silva, ela enquadra os principais fatores que colocam em crise do poder judiciário:

> Morosidade, O Surgimento de Novos Direitos, Custas Processuais, Sobrecarga do Poder Judiciário, Desaparelhamento Pessoal e Material e a Burocratização , Fatores Externos(recursos financeiros, aptidão para reconhecer um direito, desinformação, aspectos psicossociais, confiabilidade). (SILVA, 2005, p 112-124)

Como observa-se nas informações acima, o Poder Judiciário apresenta muitos problemas que tem que ser resolvidos. A mediação é um instrumento eficaz para ajudar e resolver esses problemas com a finalidade de dar o tratamento adequado aos conflitos para diminuir a superlotação de processos que chegam todo dia no Poder Judiciário.

De acordo com a Lilia Maria de Morais Sales, elenca um número de objetivos referentes a mediação:

> A mediação possuem vários objetivos , dentre os quais se destaca a solução dos conflitos (a boa administração do conflito), a prevenção da má administração do conflito, a inclusão social (a participação efetiva, a conscientização de responsabilidade dos direitos, acesso a justiça) e a paz social . (SALES, 2010, p. 5)

Esses objetivos citados acima são muito importantes para esse método. Um que é mais importante do que todos é a solução de conflitos, sendo ele que engloba os outros. Resolvendo ele, prevê uma boa administração, fazendo assim que ele desapareça ou minimizando seus efeitos. A inclusão social é um dos efeitos da mediação, pois as partes sabem exatamente o que tem que ser feito, seus direitos e deveres, sendo orientado pelo mediador. A paz social é um objetivo muito importante, pois quando o conflito é resolvido, não é só para as partes, mas sim para sociedade toda.

4 A ADEQUAÇÃO DA MEDIAÇÃO PARA RESOLVER CONFLITOS ENTRE CASAIS NOS CONFLITOS DE DIVÓRCIO

No ambiente tão diversificado, as intervenções multidisciplinares veem ganhando espaço na sua atuação. Os divórcios de casais é uma situação muito difícil, mesmo quando consensual. Apresenta dor e sofrimento para as pessoas envolvidas. O amor perfeito que existia perante o casal, acabou, de forma turbulenta da relação. Quando a separação é consensual é possível colocar um ponto-final áquele amor que se desfez, sofrer menos e proteger mais seus filhos das consequências, as vezes maléficas, de separação. Se não está dando certo em relação aos cônjuges, é melhor separar, para que cada um procure sua felicidade. Segundo Denise Maria Perissini da Silva:

> [...] o divórcio e considerado por diversos autores como um estressor grave, sendo que nem todas as pessoas conseguem lidar adequadamente com suas circunstâncias e mesmo com as consequências da decisão(sua, do outro ou de ambos), e que trazem repercussões familiares, pessoais, sociais, financeiras, profissionais, dificuldades em lidar as perdas, problemas de relacionamento com os pais ou os filhos, ciúmes, depressão ou ansiedade, hipocondria, obesidade/ anorexia, dificuldade sexuais(hetero e homosexuais), ideias suicidas, sentimentos de solidão, dificuldades de relacionamento com pessoas do mesmo sexo ou oposto..(PERISSINI, 2009, pg. 74)

Pode-se perceber no trecho desse livro, como a autora expõem bem os diversos efeitos do divórcio, sendo complexa sua atuação, atuando em vários sentidos da vida da pessoa, sendo um fenômeno muito desgastante.

Como fala a autora Tânia Almeida:´´o rito do diálogo proposto pela Mediação está acompanhado de técnicas, atitudes e procedimentos, destinados a tornar produtivo o diálogo entre as pessoas que buscam o consenso``.(ALMEIDA, 2012, p. 1). Essa expressão do artigo da autora, expõem muito bem com a finalidade de atuar nos conflitos, por exemplo o divórcio.

De acordo com autora Patrícia Martins Rodrigues Continho *apud* Jurge Harbemas:

> De acordo com o filósofo Harbemas que apresenta sua teoria "agir comunicativo", referente ao seu pressuposto básico entre o sujeitos de iguais no dialogo, nossa hipótese é de que a pratica da mediação estimula este agir em uma sociedade marcada pelo individualismo, pelo conflito, pela relação adversarial e competitiva, ou seja, do predomínio do agir instrumental. Em relação a isso, a mediação propõe uma solução ideal para essa situação.(COUTINHO, 2010, p.4)

De acordo com a expressão acima, o filosofo propõem a ideia que é muito interessante estimular o diálogo entre as partes, com isso elas passam a não ser adversárias, mas propondo um agir instrumental, através da fala, dando um fim no conflito.

A mediação, enquanto técnica para resolver os conflitos, sofre influencia de várias áreas de conhecimento (Psicologia, Psicanálise, Direito, Sociologia, Antropologia, entre outros), e não só se refere a problemas familiares, mas qualquer conflito de ordem humana, que pode ou não existir no litígio. E ai que a mediação vai atuar, não resolvendo o conflito externo(fácil de ser detectado) mas o conflito interno(difícil de ser detectado), com a finalidade de melhorar a relação do homem e da mulher.

Como elenca o autor Rodrigo da Cunha Pereira, que lista as vantagens quando a mediação é concluída:

> Evita a manutenção de impasses; facilitar a comunicação familiar antes, durante e após o divorcio, acabando com os diversos "mal-entendidos'', ocasionados por falhas na comunicação, processos fantasiosos e inconscientes; proporciona o estabelecimento e correto/tempestivo cumprimento dos acordos estimulados; ajuda na elaboração psiquicamente de perdas, magoas, traumas, proporcionando um dialogo e posição respeitosa frente aos diferentes ponto de vista, dificultando, assim, o desmembramento de processos antigos e já finalizadas em ações futuras.(PEREIRA, 2013, p. 289)

A Mediação é uma ação em que consiste ajudar as pessoas a se organizarem para construírem uma ou mais versões que possam ser verdadeira e justa para elas. Caracteriza o sujeito com suas próprias questões através do dialogo, ajudando-o, para que seja resolvido esse conflito, sem a intervenção do terceiro (mediador). De acordo com isso, Luiz Antonio Scavone Junior (2014) afirma: " o mediador, neutro e imparcial, apenas auxilia as partes a solucionar o conflito sem sugerir ou impor a solução ou, mesmo, interferir nos termos do acordo."(SCAVONE, 2014, p.21).

Embora a comunicação seja essencial, as pessoas não lhe dão a devida importância e, em razão disso, interagem-se em vários contextos, não dando conta do efeito daquilo que se comunicaram. Essa relações se desgastam, em que todos os envolvidos sentem falta de algo, que suas necessidades não são atendidas. Em casos de divórcio, ambos os cônjuges brigam pelos os filhos e ninguém quer ser o provedor do outro. Não é fácil o juiz decidir qual de visita mais adequado, quem deve pagar a quem ou quanto. Cada sentença pode ser contestadada por um dos cônjuges em relação ao outro, não se chegando ao fim. Em contraponto com isso a autora Monica Haydee Galano(2014) diz :

> Esse é um dos momentos onde a mediação mais pode auxiliar aos operadores da lei, pois abre um espaço onde as particularidades de cada caso podem ser explicadas facilitando a negociação dos acordos. Pois e necessário que todos os profissionais que trabalham com e em conversação se apropriem das nuanças dessa ferramenta. De tal maneira que quando se utilizem das técnicas e micro técnicas narrativas possam entender não somente a origem teórica dessa pratica, senão também o poder e a magia que as palavras tem para provocar comportamentos, sentimentos e laços emocionais.(GALANO, 2014, p.84)

Pode-se concluir, que é muito importante a mediação nos casos de divórcio, pois facilita o dialogo entre as partes, não resolvendo só o conflito aparente mas o que esta por dentro dele, atingindo a causa implícita do litígio, fazendo assim que ele não dê ensejo a outros litígios.

5. CONCLUSÃO

O divórcio é um momento em que o homem e a mulher estão

fragilizadas em vários sentidos, emocional e psicologicamente, pondo fim ao seu casamento. Mas não só eles que estão envolvidos, mas também seus filhos (se tiverem), os seus pais entre outros. O divórcio sofreu muita resistência perante a Igreja Católica, no qual o casamento era indissociável. Mas com o passar dos anos ela teve que se render a isso, pois as pessoas são diferentes e apresentam muitos conflitos. A legislação brasileira teve que se adaptar a isso, implantando em 1977 a lei do Divórcio, havendo dois tipos de divórcio: o Judicial e o Extrajudicial, existindo prazo para os dois tipos. Já na emenda 66/2010, tirou os prazos e pôs o instituto divórcio sem os tipos acima citados.

Pode-se perceber que a mediação é uma técnica bem utilizada para esses litígios, baseando-se em princípios, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, não-competitividade, poder de decisão das partes, informalidade do processo e objetivos paz social, inclusão social, resolução do conflito, prevenção da mau administração do conflito muito importantes para que a método dar certo.

Para concluir, pode-se observar que a mediação é muito importante para os divórcios, no qual as pessoas através do diálogo, podem expor seus traumas e incertezas no longo de suas vidas, melhorando assim sua comunicação, resolvendo o conflito oculto existente e facilitando o acordo ao final.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Tânia, Mediação familiar na guarda compartilhada. **Revista do CONIMA**, 09/2008. p. 1 a 17, v. 12

ALMEIDA, Tânia. **Caixa de Ferramentas para Mediação:** aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash editora, 2013.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos e suas diferenças com a conciliação. **Revista do CONIMA**, 02/ 2011. p. 1 a 12, v. 21

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos: princípios e norteadores. Revista da Faculdade de Direito UniRitter, 03/2010. p. 19 a 46, v. 11

BRITO, Leila Maria Torraca de, Família pós- divórcio: a visão dos filhos. **Revista Psicologia, Ciência e Profissão**, 2007, v. 27, p.32- 45

CACHAPUZ**,** Rosane da Rosa. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Juruá, 2004.

CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COUTINHO, Patrícia Martins Rodrigues. A pratica da mediação e o Acesso á Justiça: por um agir comunicativo. **Revista do curso de Direito da UNIEURO/BRASILIA,** 2010, v. 23, p. 1 a 18.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das familias**.5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos á luz do novo código civil brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Renomar, 2003.

GANGLILIANO, Pablo Stoze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo**. Novo curso de direito civil**. v.6. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto**. Direito civil brasileiro**. v.6. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. **Manual de Arbitragem, Mediação e conciliação.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem, Alternativas a Jurisdição.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado , 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. v.5. 22.ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divorcio**: teoria e pratica. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALES, Lilia Maria de Morais. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pg-45-51.

SALES, Lilia Maria de Morais. **Mediare**: um guia pratico para mediadores. 3 ed. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro:** a interface da psicologia com direito nas questões de família e infância. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Adriana S**. Acesso a Justiça e Arbitragem**: um caminho para crise do judiciário. São Paulo: Manole, 2005.

WARAT, Luiz Alberto. **Ecologia, Psicanálise e Mediação**: em nome do acordo. 2 ed. Argentina: Almed, 1999.

TOLEDO, Armando Sergio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, Jose Carlos Ferreira. **Estudo avançados de Mediação e Arbitragem.** Rio de Janeiro: Elsevier editora, 2014.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NO ABANDONO SOCIOAFETIVO

Jéssica Lima Nunes[105*]
Alexander Perazo Nunes de Carvalho[106**]

RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito de família se transformou, possibilitando que pessoas antes desamparadas pela legislação brasileira pudessem agora ser protegidas, a exemplo dos filhos havidos fora do casamento, havendo, por consequência, uma mudança do papel da mulher e dos filhos dentro do seio familiar. Uma série de princípios se concretizou para dar mais segurança jurídica às famílias. Toda essa mudança na Carta Maior ensejou um novo olhar ao Direito de Família, albergando todas as pessoas e todos os tipos de famílias. Desse modo, o fundamento para se constituir família deixou de ser o vínculo biológico e passou a ser o afeto, e é dentro desse pilar que esse trabalho irá se desenvolver. É tão forte esse laço que faz com que os filhos adotivos não tenham nenhuma diferença do filho biológico. O presente artigo pretende demonstrar a possibilidade que os filhos têm de pleitear em juízo uma reparação pela ausência desse afeto, ou seja, a configuração dos danos morais agora também existindo dentro das relações familiares.

Palavras-chave: Afeto. Abandono. Família. Dano moral.

ABSTRACT

With the arrival of the 1988 Federal Constitution, the concept of family has changed, making it possible that people, that were once abandoned by the brazilian legislation, could now be protected, for example, children from outside the marriage and also the change of the role of the woman and the children inside a family basis. A serie of principles have been accomplished to give more juridical safety for the families. All this change in the Constitution gives opportunities for a new look to the Family Rights, it gives housing to all the people, every kind of family. Because of that, the foundation to form a family has changed from biological connection to affection, and it is inside this pillar that this work is going to be developed. And these affective ties are so strong that makes the foster kids no different from biological kids. The present article intends to show the possibility for the children to defend a judicial reparation for the absence of this affection, which means, the configuration of moral damages is now also inside family relations.

Key-words: Affection. Abandonment. Family Moral damage.

105 *Graduanda em Direito do terceiro ano, do Centro Universitário Christus. E-mail: jessicalima.estrela@gmail.com.

106 **Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Civil e Direito do Consumidor da Unichristus – Centro Universitário Christus, da Unifor e da Faculdade Luciano Feijão, Professor Visitante da Universidade Potiguar/RN, Professor dos Cursos Prof. Jorge Hélio, Máster concursos, Sentido Único e Professor do site www.euvoupassar.com.br, todos preparatórios para concursos públicos. Chefe da Assessoria Jurídica do Ministério Público Militar Federal, em Fortaleza/Ce e especialista em Direito Militar. E-mail: perazo@globo.com.

1 INTRODUÇÃO

A parentalidade responsável representa, nos dias de hoje, um dos princípios basilares no Direito das Famílias. De fato, não deveria ser pai ou mãe aquela pessoa que não se dispõe a cuidar. Ter filhos sempre foi uma decisão que aparentemente pode ser simples, mas que, na real significação do ser, torna-se bem mais complexo do que se imagina.

Assim, as inúmeras responsabilidades que acompanham os pais representam premissas básicas na relação familiar, e seus descumprimentos podem acarretar danos psicológicos à criança, com a inevitável reparação civil. Torna-se evidente que cada caso deve ser analisado de forma individual, mas o que esse trabalho pretende explorar é a possibilidade concreta dessa reparação, ou seja, do pagamento de indenização por danos morais ao filho que teve negado pelo pai ou pela mãe alguns direitos fundamentais, quais sejam o convívio familiar, a proximidade e o cuidado que, por via de consequência, gera o afeto nas relações familiares.

Na visão jurisprudencial, já existe forte corrente decidindo em favor do cabimento da indenização por danos morais no contexto do abandono socioafetivo. Assim, os tribunais pátrios vêm reconhecendo que o direito da criança em ter um amparo emocional, que seria a afetividade, representa um requisito essencial para o desenvolvimento saudável do ser humano e, quando os pais não cumprem essa obrigação, nada mais justo que surja reparação por esse dano.

Este artigo trata da análise das transformações ocorridas no conceito das famílias e também de um estudo acerca dos princípios que são fundamentais quando se trata de abandono socioafetivo, princípios da afetividade e do melhor interesse do menor; trata também da responsabilidade pelo descumprimento do dever de cuidar e dos graves problemas que podem acarretar aos filhos, caracterizando, assim, eventuais danos morais; por fim, trata também das decisões que já compactuam da possibilidade dessa responsabilidade civil incumbida aos pais.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Novas concepções acerca das famílias

Foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, trazendo com ela a ascensão do Estado Democrático de Direito, que foi possível tratar das novas famílias. Desde os primórdios do Direito Romano, a família era patriarcal, constituída pelo homem, pela mulher e pelos filhos, sendo certo que o Estado protegia, acima de tudo, o instituto do casamento e não propriamente a família em si.

Mesmo com as transformações que antecederam a Carta Constitucional de 1988, o modelo da família ainda se mantinha conservador e patriarcalista, fazendo a mulher assumir, ainda, um papel de figurante.

> O pater exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com manus com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e

jurisdicional. (GONÇALVES, 2012, p. 24)

Não por outra razão, sabe-se que as transformações na sociedade se dão de forma paulatina, e o Direito tenta se adequar a essas mudanças visando à melhoria de vida das pessoas que devem ser protegidas por ele.

Assim se deu esse processo, de forma lenta, mas tentando abarcar o máximo de direitos possíveis para o cidadão, na busca de uma sociedade que procure conviver com o mais próximo de uma igualdade entre as pessoas. Foi esse o grande mérito da Constituição Cidadã, a primazia pela dignidade da pessoa humana e uma série de valores e princípios que visam a proteger o indivíduo, seja ele sozinho seja imerso em uma família.

Nesse diapasão, o pátrio poder se transfigurou em poder familiar, o casamento dividiu espaço com a união estável e, para se configurar família, deixou de ser requisito a diferença de sexo, além de o planejamento familiar passar a ser incumbido ao casal com o mínimo de intervenção do Estado.

Carlos Roberto Gonçalves faz esse reconhecimento de um novo olhar com o advento da Constituição de 1988: "A nova Carta abriu ainda outros horizontes ao instituto jurídico da família, dedicando especial atenção ao planejamento familiar e à assistência direta à família (art. 226, §§ 7º e 8º)." (GONÇALVES, 2012, p. 24)

Princípios como o da solidariedade, do melhor interesse da criança, da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, da igualdade jurídica de todos os filhos e, principalmente, da afetividade fundamentam as novas bases para a definição de família.

Assim, se é certo que a família ainda constitui o pilar da sociedade, sua nova concepção se pauta na socioafetividade, nos vínculos que são instituídos entre as pessoas e nas relação de afeto. O que se espera dessas novas configurações é a valorização do indivíduo dentro da entidade familiar, em qualquer de suas espécies, respeitando, de todas as formas, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda na lição de Carlos Roberto Gonçalves, é possível perceber que essa transformação alargadora no Direito de Família pela nova Constituição deu também o pontapé inicial para a mudança do Código Civil de 1916 para o de 2002.

Dessa forma, todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do século passado e o advento da Constituição Federal de 1988, com as inovações mencionadas, levaram à aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma "paternidade responsável" e à assunção de uma realidade familiar concreta, em que os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA (GONÇALVES, 2012, p. 26).·.

Com todo o exposto, fica claro que a Constituição Federal de 1988 foi o grande marco para hoje, poder se falar em um direito *das famílias,* o manto protetor da Carta Magna se estende agora a todas as pessoas, independente do tipo de família.

2.2 Princípio da afetividade

Esse princípio decorre na interpretação de outros princípios constitucionais, pois não há expressamente o vocábulo *afeto* na legislação vigente, ressalte-se a Constituição Federal de 1988. Presume-se o afeto diante do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção integral à criança e ao adolescente, dentre outros princípios que regulam o direito de família.

> O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. (LOBO, 2012, p. 69)

Assim, as transformações trazidas pelo princípio da afetividade provocaram mudanças de cunho relevante no direito de família brasileiro, pois transformou a família que antes só era reconhecida pelo casamento e pelos laços sanguíneos, que excluía os filhos denominados "espúrios". Estes ficavam totalmente desamparados pelo pai que não podia sequer registrar o filho em seu nome.

Com a consagração desse princípio, trazido pela Carta Magna de 1988, foi possível acabar com as desigualdades entre filhos, porque o núcleo familiar passou a se estabelecer também com base no afeto, mesmo que esse quesito (afeto) não esteja positivado. Nesse sentido, Paulo Lôbo aduz que, com o princípio da afetividade,

> a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares. (LOBO, 2012, p. 71)

Assim, pode-se concluir que, havendo o elemento afeto, pode-se constituir uma família, já que as relações hoje são pautadas em cima desse núcleo central da afetividade. Esse novo modo de se configurar as famílias permitiu que muitas relações antes não reconhecidas e desamparadas fossem albergadas com maior proteção.

2.3 Princípio do melhor interesse do menor

Esse princípio garante ao menor uma segurança no que tange àquilo que lhe mais beneficiará. Quando o juiz se encontra diante de uma ação de divórcio, por exemplo, em que há o interesse de menor, ele prezará por decidir a causa em benefício da criança ou do adolescente envolvido no litígio.

Assim, o art. 227, "caput", da Constituição Federal consagra o seguinte:

> 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. (BRASIL. Constituição Federal, 1988, art. 227).

É fato que o menor se encontra em uma posição de vulnerabilidade, sendo esse um dos motivos para que a legislação lhe assegure uma proteção integral, resguardando a dignidade da criança e do adolescente. E além de estar presente na Lei Maior, o princípio do melhor interesse da criança está amparado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no Código Civil de 2002.

3 A PARENTALIDADE RESPONSÁVEL E O DEVER DE CUIDAR

A decisão de ter um filho, seja ele biológico seja não[107], traz consigo diversas consequências, não sendo correto deixar de lembrar que o resumo dessas consequências se unifica em uma palavra, responsabilidade.

Assim, ter ou não filhos é uma questão que deve fazer parte do planejamento familiar, a ser decidido em conjunto entre os cônjuges, sendo presumido que, ao optarem por ter filhos, eles devem ter total consciência de todos os seus deveres e obrigações a cumprir com aquele novo ser humano, além de assegurar que essa criança tenha garantido todos os seus direitos.

Assim sendo, essa parentalidade[108] responsável, que é também um princípio constitucional que rege o direito de família, "[...] começa na concepção e se estende até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais, respeitando-se assim, o mandamento constitucional do artigo 227, que nada mais é do que uma garantia fundamental". (PIRES, 2013, edição eletrônica)

O Estatuto da Criança e do Adolescente também fez menção ao princípio em questão, quando, em seu art. 27, não abriu nenhuma possibilidade para o não reconhecimento dos filhos, tratando desse direito como imprescritível, personalíssimo e indisponível, como o próprio dispositivo menciona, "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça."

É importante ressaltar que essa responsabilidade atribuída à família do menor não se limita ao casamento ou união estável dos responsáveis pela criança, ela ultrapassa esses limites, estendendo-se por toda a vida do infante, até que ele venha atingir a maioridade civil. Portanto, quando o casal passar pelo processo de divórcio, devem ser, ainda, colocados em primeiro plano as garantias e os direitos do (os) filho (os).

Nesse sentido, assevera Maria Berenice Dias:

> A convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. (DIAS, 2007, p. 407)

O que se pode perceber aqui é a aplicação do princípio do melhor interesse do menor, que, acima de qualquer problema familiar, deve ser respeitado, caso contrário estaria sendo descumprido um preceito fundamental dos filhos.

3.1 O surgimento da responsabilidade

Como se viu, a responsabilidade pelos danos causados ao descumprimento do dever de cuidar é intrínseca, inerente aos pais na obrigação de cuidado com seus filhos. Essa prerrogativa é facilmente percebida quando analisarmos a legislação pátria. O supramencionado art. 227 da Constituição Federal de 1988 garante à criança e ao adolescente a proteção não só familiar, mas também impõe à sociedade e ao Estado esse dever. E, em complemento, o artigo 229 do mesmo diploma é claro ao dizer que não é uma opção e sim um dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores (BRASIL. Constituição Federal, 1988, art. 227 e 229).

Por sua vez, o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente aduz, claramente, que o dever de cuidar não é apenas material, mas também moral e afetivo, pois adentram nas esferas psíquicas e espirituais da criança e do adolescente, dois pontos dos quais sem o afeto é impossível se concretizar. (BRASIL. Lei 8.069, 1990, art. 3º)

Nesse diapasão, o Código Civil também confirma essa responsabilidade obrigatória, quando no art. 1.634 dispõe:

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
>
> I - dirigir-lhes a criação e a educação;
>
> II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
>
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
>
> IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
>
> V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
>
> VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
>
> VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
>
> VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
>
> IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL. Código Civil, 2002, art. 1.634)

Fácil perceber que, com a eventual dissolução do casamento, não se não exclui a responsabilidade. Assim, o dever de cuidado se deve pelo fato de um ser humano ter assumido o compromisso de cuidar de uma criança ou adolescente, seja pela filiação biológica ou não, asseverando o art. 1.579, "O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos." (BRASIL. Código Civil, 2002, art. 1.579) Assim, completa Maria Berenice Dias:

107 E aqui se insere a noção, inclusive de paternidade socioafetiva.

108 Melhor se faz o uso do termo "parentalidade", tanto em virtude das novas famílias, como para que não leve a conclusão de que a responsabilidade seja exclusivamente paterna, e sim da família, ou seja, qualquer dos pais.

> Do mesmo modo, o poder familiar imposto a ambos os genitores,que é muito mais do que poderes, um rol de deveres – não desaparece quando da separação do casal ou no fim da união estável. Também permanece inalterado após o divórcio dos pais. Mesmo se qualquer deles constitui nova família, persistem os deveres e direitos parentais. (DIAS, 2015, edição eletrônica)

Diante de todos esses deveres que decorrem da obrigação dos pais, percebe-se que o descumprimento pode acarretar sanções diversas, que vão da destituição do poder familiar até a possibilidade de danos morais pelo abandono afetivo.

3.2 Da configuração do dano moral

Depois da exposição acerca da responsabilidade inerente aos pais, cuida-se, agora, a análise da esfera da afetividade. É sabido que, em toda a legislação, não se pode encontrar expressamente o termo "afeto", o que não inviabiliza o estudo e a possibilidade de que esse quesito seja de extrema relevância para o crescimento e desenvolvimento saudável de uma criança. O afeto cria laços tão fortes capazes de superar até mesmo o vínculo biológico. Assim preleciona Arnaldo Rizzardo acerca da profunda importância do afeto:

> De todos é conhecida a importância da afetividade, que envolve o vasto mundo de uma subjetividade decisiva na estrutura psíquica da pessoa, não podendo ser desligada de seu crescimento e formação. É incontestável que o afeto desempenha um papel essencial na vida psíquica e emotiva do ser humano. A afetividade é uma condição necessária na constituição do mundo interior.
>
> [...]
>
> Em todas as fases da vida se faz importante a afetividade, a qual facilita a convivência, desarma os espíritos, torna agradável a companhia, elimina a agressividade e cria um constante ambiente de amizade. Na infância, torna a criança dócil, lhe dá segurança, facilita a aprendizagem e imprime ao caráter sentimentos saudáveis. Na adolescência e juventude, fortalece o espírito, afasta os atritos, e cria ambiente para despertar aos sentimentos do amor sadio, desprendido, compreensivo e respeitoso. Na vida adulta, acalenta as uniões, torna mais forte os laços de amizade, conduz à tolerância, e fortalece nas adversidades, levando a não sucumbir.
>
> [...]
>
> Nota-se, pois, que a afetividade constitui um valor inerente à vida humana. A sua essencialidade é dimensionada pelas repercussões negativas na personalidade se não satisfatoriamente realizada essa necessidade. A própria realização e a felicidade dependem desse elemento. (RIZZARDO, 2005, p. 685-686)

O autor demonstra quanto o afeto é significativo. Uma falha nesse quesito pode acarretar consequências de enormes proporções na vida da criança. Claro é que a lei não lhe obriga a amar, como bem mencionou a Ministra Nancy Andrigh, "amar é faculdade, cuidar é dever"(REsp 1.159.242-SP, 3 T., rel. Min. Nancy Andrighi, julgado24-4-2012), porém se uma pessoa toma a decisão de ter filhos, se responsabiliza pela criação de um menor, estará sujeita às consequências tão relevantes quanto a responsabilidade que é educar, criar, amparar e solidificar o caráter de um ser humano. A partir desse entendimento, será calcada a possibilidade de danos morais pelo abandono afetivo.

Ora, as consequências advindas dessa carência de afeto nas relações pai/filho ou mãe/filho são tão prejudiciais que podem trazer transtornos psíquicos, pois o ser humano, quando cresce sem carinho, sem amparo psicológico, pode vir a tornar-se um adulto egoísta, depressivo, agressivo, entre muitos traumas de personalidade.

Assim, sobre esses danos psíquicos/psicológicos, Venosa considera que "O dano psíquico é a modalidade inserida na categoria de danos morais, para efeitos de indenização. O dano psicológico pressupõe modificação de personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, bloqueios etc." (VENOSA, 2005, p. 49)

Mesmo não sendo expressa a menção do afeto na obrigatoriedade legal, é possível fazer a interpretação de sua existência quando a lei disciplina a obrigação de garantir educação, desenvolvimento psicológico, integral proteção, dignidade, ou seja, são obrigações que não podem ser postas em prática sem andar de mãos dadas com o afeto.

Dessa maneira que a responsabilidade civil tem se aproximado cada vez mais do direito de família, possibilitando que ações de danos morais, antes não imaginadas pelo ordenamento jurídico, dentro da área de família, ganhe mais espaço, responsabilizando qualquer dos pais no abandono afetivo, pois o cuidar, hoje, ultrapassa o auxílio financeiro, cometendo um ato ilícito o pai ou a mãe que socioafetivemente abandona o (os) filho (os). Paulo Nader concorda com essa afirmação:

> Os pais que se limitam à assistência material, simplesmente pagando alimentos aos filhos, podem ser acusados de abandono emocional e se sujeitarem à responsabilidade civil pelo descumprimento de seu dever e por causarem danos morais irreversíveis. O judiciário registra casos desta natureza e não há como se negar o direito de ressarcimento, provando-se: o dano moral, o abandono emocional, o nexo de causa e efeito entre ambos e o elemento culpa. (NADER, 2008, p. 335)

Conclui-se, portanto, que poder familiar não está ligado apenas ao auxilio material. A convivência com a família, sendo essa apropriada para o desenvolvimento saudável da criança, é um fator primordial, pois é no convívio dia a dia com os pais que a criança solidifica suas bases para ter contato com o mundo, na falta da família, o desamparo entra corroendo o estado psicológico da criança, trazendo prejuízos, talvez, irreversíveis.

4 METODOLOGIA DA PESQUISA

A pesquisa realizada é qualitativa, pois busca analisar e compreender com profundidade dados de difícil mensuração e tem como método de abordagem o dedutivo, ou seja, faz uma análise do geral para o particular. Em relação aos métodos e procedimentos foi utilizada a pesquisa bibliográfica, legislação que trata do tema, jurisprudências, artigos e doutrinas pertinentes à área.

5 ANÁLISE DE RESULTADOS: A VISÃO DOS TRIBUNAIS DIANTE DO DANO MORAL PELO ABANDONO SOCIOAFETIVO

A reparação civil de danos decorrente do abandono socioafetivo ainda não se trata de tema pacífico. Como já foi

dito no decorrer deste trabalho, a possibilidade de indenização por danos morais pode dar-se pela ausência do cumprimento e dever dos pais no que tange ao afeto, questão essa que vem cada dia mais se solidificando nos Tribunais.

A primeira ação a servir como paradigma para essa questão ocorreu no ano de 2003, na Comarca de Capão Canoa no Rio Grande do Sul. Naquela situação, o genitor foi condenado a pagar 200 (duzentos) salários mínimos à filha que entrou com ação pedindo indenização pelo abandono que sofreu quando criança (Processo número 141/1030012032-0. Juiz de direito Mário Romano Maggioni, da 2ª. Vara da Comarca de Capão Redondo- RS, sentença proferida em 16/09/2003). De acordo com Samira Skaff, o Juiz que julgou o caso acima referido, Mário Romano Maggioni,

> O magistrado explanou que a educação abrangia não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme. (SKAFF, 2011, edição eletrônica)

No ano seguinte, 2004, outra decisão importante ocorreu em Minas Gerais, em grau de 2ª Instância, em que um menino de seis anos foi abandonado afetivamente pelo pai, que constituiu nova família, deixando de prestar assistência afetiva ao garoto. A condenação foi no valor de R$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais) pela configuração dos danos morais. Eis a ementa da decisão, proferida pelo Juiz Unias da Silva:

> EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.
>
> A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (APL 408-550-5, TA/MG-Sétima Câmara Cível, Rel. Juiz Unias Silva, julgado em 01-04-2004).

Resta claro, portanto, que, paulatinamente, ocorre uma mudança na visão dos tribunais quanto ao tema, bem específico do Direito das Familias que se encontra em nítida e efervescente ebulição.

6 CONCLUSÃO

A família, base da sociedade, hoje é definida de forma ampla, sendo pautada pelo afeto. O poder familiar se destina a ambos os pais, e os filhos ocupam uma posição de grande relevância no seio familiar, gozando de total proteção.

Assim, as obrigações/responsabilidades dos pais se ampliaram e hoje podem ser estendidas até a dimensão afetiva, ocasionando a possibilidade de sanções se houver descumprimento desse dever. Certo é que uma dessas punições é a reparação civil pelos danos sofridos, pois tem-se entendido, perante o ordenamento jurídico, que o não cumprimento do dever paterno/materno-filial não incide apenas sobre pensão alimentícia, ou seja, reparação de danos puramente materiais.

O entendimento de alguns tribunais demonstra que há uma forte tendência no sentido de que, sem cuidado e afeto, não se concretiza plenamente o dever de pai e mãe, sendo que a convivência tem sido exigida também, pois, para um ser humano se desenvolver de forma completa e saudável, não basta que ele tenha recursos financeiros, pois quantia alguma pode comprar o amparo, o carinho, e um estado psicológico são de um ser humano.

Conclui-se, portanto, depois de todo o exposto neste trabalho, que se encontra perfeitamente plausível a ideia de indenização por danos morais nas relações paterno/materno – filial, desde que seja provado, de fato, o dano concreto ao menor, em virtude da carência ou falta total de afeto nas relações familiares.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /constituicao/ constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 14 mar. 2015.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_ 03/leis/2002 /l10406.htm>. Acesso em: 14 mar. 2015.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 14 mar. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **A solidariedade familiar e o dever de cuidado nas uniões homoafetivas.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/19 a solidariedade familiar e o dever de cuidado.pdf> Acesso em: 12 mar. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. : Saraiva, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Direito de família. V.5. 2. ed. Rio e Janeiro: Forense, 2008.

PIRES, Thiago José Teixeira. **Princípio da Paternidade Responsável**. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10171 >. Acesso em: 05 mar. 2015.

SKAFF, Samira. **A responsabilidade civil decorrente do abandono paterno – filial**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/Responsabilidade%20Civil %20 21_09_2011.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil:** Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2005.

VENOSA, Silvo de Salva. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

A LITERATURA COMO FERRAMENTA METODOLÓGICA PARA O ENSINO DO DIREITO

Jéssica Lima Nunes[109*]
Fayga Silveira Bedê[110**]

RESUMO

A literatura é uma ferramenta que potencializa o ensino jurídico. Por meio dela, é possível trabalhar elementos da escrita, interpretação, oratória e capacitar os alunos para um melhor desenvolvimento das habilidades exigidas de um profissional do direito. É esse o principal objetivo da disciplina de Tópicos Especiais em Direito I, ofertada pela Unichristus/Ce, proporcionar uma base mais sólida nos elementos base constitutivos da carreira que os alunos irão vivenciar. Essa interdisciplinaridade entre Direito e Literatura busca ampliar a bagagem cultural do alunado, alargando os seus horizontes de mundo e consolidando competências discursivas necessárias ao bom exercício das profissões jurídicas. Como base desse estudo, foi realizada uma pesquisa de campo qualitativa para analisar a visão dos alunos em relação à disciplina, além de perceber se os objetivos estavam sendo alcançados. O presente artigo evidenciou de que forma a Literatura possibilita essa melhor compreensão jurídica e qual a percepção que os alunos têm da proposta disciplinar.

Palavras-Chaves: Direito. Literatura. Ensino.

ABSTRACT

Literature is a tool that enhances the legal education. Through it is possible to work elements of writing, grammar, speaking and enable students to better development of the skills required of a professional's right.That is the main objective of the Special Topics course in Law I, offered by Unichristus / Ce, provide a solid foundation in the constituent base elements of career students will experience.This interdisciplinary Law and Literature aims to motivate students to develop critical sense, making them able to solve complex issues presented by the law.Based on this study, a qualitative field research to analyze the views of students regarding discipline was carried out, and see if the effects were being positive or negative. This article will show how the Literature enables this better legal understanding and the perception that students have of disciplinary proposal.

Key-words: Law. Literature. Education.

109 *Graduanda do terceiro ano do curso de Direito da Unichristus, integrante do Programa de Monitoria. E-mail: jessicalima.estrela@gmail.com.
110 **Professora de Tópicos Especiais em Direito I da Unichristus, Doutora em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Editora da Revista Opinião Jurídica. E-mail: faygabede@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O ensino jurídico é pautado na perspectiva de que os alunos do curso de Direito sejam lapidados para se tornarem advogados, promotores, juízes, defensores públicos, entre várias profissões que a carreira jurídica oferece. Durante todo o curso é apresentada aos alunos a complexidade do sistema normativo, o qual se destina a resolução de conflitos sendo necessário dominar o texto normativo.

Além de decodificar a complexidade do sistema normativo, o ensino jurídico deve proporcionar aos seus alunos a capacidade criadora e interpretativa, para que não produza meros reprodutores daquilo que já foi pensado e criado. Não instigar os alunos a pensar em soluções humanizadas e eficazes poderá gerar apenas aplicadores de um texto normativo posto, sem qualquer adequação à situação.

Então, entra em cena a interdisciplinaridade existente entre Direito e Literatura, com o escopo de proporcionar aos estudantes de Direito um maior domínio da palavra falada e escrita, desenvolvendo e/ou consolidando competências e habilidades discursivas.

Busca-se, no âmbito desse trabalho, evidenciar de que forma a literatura, como ferramenta para o ensino jurídico, poderá auxiliar na compreensão e no domínio do Direito, como ela desprende os alunos do senso comum, mostrando-lhes o real, capacitando-os para se tornarem profissionais com maior domínio de seu ofício.

Por meio de pesquisa bibliográfica, demonstram-se quais os elementos que a literatura pode oferecer para o ensino jurídico na formação dos estudantes, de que forma eles podem invocar esses elementos para desenvolver suas capacidades. Além disso, também foi utilizada a pesquisa de campo de caráter qualitativo, visando a analisar a eficácia do uso da Literatura no ensino do Direito.

Por fim, consta-se que a ferramenta da literatura contribui positivamente para o ensino jurídico, proporcionando ao profissional do Direito maior eficácia na sua atuação, com domínio da palavra, segurança e eficiência na sua atividade jurídica.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O conhecimento jurídico e a lógica argumentativa

A lógica é o instrumento por meio do qual se põe em prática o raciocínio e a argumentação para se chegar a um resultado, é o ato de deduzir algo como ele é conhecido (JOSEPH, 2008) e compõe as artes da linguagem, como bem menciona Miriam Joseph: "a lógica é a arte das artes porque dirige o ato mesmo de raciocinar, o qual dirige todos os outros atos humanos ao seu fim apropriado através dos meios que determina." (JOSEPH, 2008, p. 35)

No Direito, temos o texto normativo, que é posto para que o profissional jurídico possa resolver os conflitos sociais. O texto em si não pode alcançar todos os seus efeitos se o intérprete não se utilizar de técnicas de interpretação/argumentação para que ele venha a ter um sentido satisfatório aplicado ao caso concreto.

O estudo do Direito não implica provar, por meio de fórmulas, em quê ele consiste. O conhecimento jurídico se dispõe a analisar a mais complexa das disciplinas, que é o estudo das

relações humanas, a partir dos conflitos que uma sociedade apresenta, mediante um vasto catálogo de valores, ou seja, o direito adentra em dimensões morais, religiosas, políticas, valorativas, econômicas, históricas, entre muitas outras esferas.

Tercio Sampaio Ferraz Junior entende o quão complexo é o estudo do Direito, afirmando o seguinte:

> [...] compreender o direito não é um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas. O encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e consequente. Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. (FERRAZ JR., 2013, p. 1)

Assim, não se pode reduzir a complexidade das relações reguladas pelo Direito a uma simples aplicação do texto normativo. É bem mais que isso. Não há que se reprovar, simplesmente, uma conduta porque ela é descrita no texto normativo como negativa, é necessário avaliar as condições, as particularidades de cada grupo, de cada ser humano. Nesse quadrante, importa ressaltar que valores não podem ser objeto de prova.

O conhecimento jurídico difere do conhecimento produzido pelas ciências da natureza. Enquanto o primeiro envolve uma análise de valores, decorrentes de conflitos humanos, não operando, assim, com a lógica do binômio **verdadeiro/falso**; o segundo desvela e explica fenômenos da natureza, abordando realidades que podem ser provadas por fórmulas de ordem química, física, matemática etc.

2.2 Os três pilares para constituir o discurso jurídico: interpretação, argumentação e retórica

Sabe-se que a principal ferramenta do jurista é a palavra. É por meio dela que se constrói o discurso. O texto normativo criado pelo legislador, que também é fruto da palavra, coloca-se diante do intérprete, e, em meio a uma sociedade repleta de conflitos, exige-se do profissional do Direito, que ele utilize meios que possam satisfazer plenamente a sua concretização.

A atividade de interpretar um texto consiste em fazer uma leitura do conjunto de símbolos gramaticais e linguísticos e compreender o (s) sentido (s) do que está dito. Há, portanto, um limite a essa interpretação. O que está dito, seja escrito ou falado, constitui o âmbito de possibilidades interpretativas, em síntese: "[...] interpretar é compreender signos linguísticos, nos quais os processos legais" (ROCHA, 2008, p. 18) "autorizam caminhos de comunicação de consciências." (GRAU, 2005, p. 69)

Existem várias possibilidades de interpretação para um texto normativo, observado o limite do que Kelsen chamou de moldura. Tal **moldura** implica que, dentre várias opções que o legislador delimitou no texto normativo, o intérprete deve analisar e escolher, não a **verdadeira** (pois não se trata aqui de verdadeiro/falso), mas sim a mais justa e adequada à situação. Kelsen acredita que "[...] o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem." (KELSEN, 2003, p. 390)

A necessidade da interpretação surge, exatamente, pelo fato de existirem muitas possibilidades para um mesmo texto normativo. O legislador, quando cria o texto da norma, não soluciona os problemas; na verdade, ele coloca à disposição do profissional jurídico uma ferramenta para solução dos conflitos. Nas palavras de Hans Kelsen:

> [...] a necessidade de uma interpretação resulta justamente do fato de a norma aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual dos interesses em jogo é o de maior valor [...]. (KELSEN, 2003, p. 392)

O segundo pilar é a argumentação, que é o exercício de justificar, de dar razões ao que é dito. Com a argumentação, é possível convencer, persuadir. É por meio do argumento que se diz o porquê de se estar defendendo algo. É inegável que no Direito há um jogo enorme de persuasão e é com a argumentação que o discurso começa a se manifestar e dar voz ao texto normativo:

> O objetivo de toda argumentação [...] é provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu assentimento: uma argumentação eficaz é a que consegue aumentar essa intensidade de adesão, de forma que se desencadeie nos ouvintes a ação pretendida (ação positiva ou abstenção) ou, pelo menos crie neles uma disposição para a ação, que se manifestará no momento oportuno. (PERELMAN; TYTECA, 2005, p. 50)

Para completar a tríade que alicerça o discurso, é necessário falar sobre retórica, que se dá pela organização de forma coesa e coerente de um argumento sustentado. A retórica trabalha com os elementos que fazem com que o discurso, a linguagem (falada e sustentada publicamente), seja harmônica, ampliando as possibilidades de convencimento.

Nas palavras de Miriam Joseph, a retórica "trata a coisa como ela é comunicada e prescreve como combinar frases em parágrafos e estes numa composição completa, que apresente unidade, coerência e a ênfase desejada, bem como clareza, vigor e beleza." (JOSEPH, 2008, p. 33 e 34) A retórica é a arte de falar bem; por meio dela, o orador utiliza o tom adequado à situação, consegue convencer e proclama um discurso que seja, ao mesmo tempo, eficaz e plástico.

A retórica trabalha numa dimensão lógica do intelecto, estruturando o pensamento por meio da fala, do discurso, a partir de uma interpretação prévia. (JOSEPH, 2008)

Aristóteles apresenta a retórica como "a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir" (ARISTÓTELES, 2005, p.89). Para Miriam Joseph, a retórica é a "arte de comunicar pensamento de uma mente a outra, ou a adaptação da linguagem à circunstância."(JOSEPH, 2008, 27)

Chega-se então a constituir o discurso jurídico, calcado na interpretação feita dentro de limites estabelecidos. O intérprete manuseia os recursos da linguagem para chegar a uma conclusão e apreender o significado do texto normativo. Em seguida, ele se vale de argumentos para defender a sua interpretação, para que, por meio da retórica o jurista possa

convencer[111] seu auditório, usando as habilidades da oratória[112], integrando as três dimensões basilares do discurso jurídico.

3 A LITERATURA COMO FERRAMENTA PARA A INTERPRETAÇÃO DO TEXTO NORMATIVO

A partir de agora, será analisado de que forma a literatura pode ser uma ferramenta fundamental ao ensino jurídico e em que ponto esses dois saberes, direito e literatura, encontram-se e podem resultar numa dimensão de conhecimento útil ao estudante futuro profissional do Direito.

O estudo da literatura, no âmbito do ensino jurídico, busca auxiliar os estudantes na compreensão dos textos normativos, pois com a literatura é possível desvelar a teia de sentidos que a linguagem desafia a interpretar, proporcionando o domínio da palavra, formando assim uma base mais sólida quanto ao domínio do conhecimento jurídico.

> A possibilidade da aproximação dos campos jurídico e literário favorece ao direito assimilar a capacidade criadora, crítica e inovadora da literatura e, assim, superar as barreiras colocadas pelo sentido comum teórico, bem como reconhecer a importância do caráter constitutivo da linguagem, destacando-se os paradigmas da intersubjetividade e intertextualidade. (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 12).

O direito e a literatura constituem duas áreas do conhecimento que trabalham primordialmente com a linguagem, como asseveram Trindade e Gubert: "[...] tanto o direito quanto a literatura encontram-se intimamente relacionados à linguagem, pois operam fundamentalmente com a palavra, o texto, o discurso, a narração, enfim, a comunicação" (TRINDADE; GUBERT, 2008, p.21), não podendo deixar de haver uma linha de interseção que contribui de forma grandiosa para o profissional do Direito.

Aliar a literatura ao direito equivale a potencializar as capacidades do aluno na sua (futura) vida prática, desenvolvendo habilidades e competências discursivas, o que auxiliará significativamente na vida profissional desses futuros juristas, em suas sustentações orais, produções de peças processuais, em participações no Tribunal do Júri etc., bem como, de resto, em toda a base discursiva em que se lastreiam as atividades dos profissionais da área jurídica.

Utilizar a arte literária na busca da compreensão e aplicação do Direito é um método que transforma a visão, a eficácia e os resultados que o profissional desse ramo poderá obter. Nesse pensamento, Gubert e Trindade concordam que:

> [...] à literatura, portanto, atribui-se a difícil missão de possibilitar a reconstrução dos lugares do sentido, que no direito estão dominados por senso comum teórico que amputa, castra, tolhe as possibilidades interpretativas do jurista, na medida em que opera com um conjunto de pré-conceitos, crenças, ficções, fetiches, hábitos, estereótipos, representações que, por intermédio da dogmática jurídica e do discurso científico, disciplinam, anonimamente, a produção social da subjetividade dos operadores da lei e do saber do direito. (TRINDADE; GUBERT, 2008, p.15)

Para solucionar os problemas enfrentados pelo Direito, é necessário se despir de muitos preconceitos advindos do senso comum, pois o que se coloca diante de um advogado, por exemplo, são situações conflituosas, repletas de subjetividade e de particularidades. Para adentrar nesses conflitos e encontrar a solução adequada e eficaz para cada caso, é preciso que o advogado compreenda o sentimento, a realidade que está diante de sua responsabilidade profissional, e é essa a tarefa que a literatura se propõe a promover, a sensibilidade, um novo olhar para problemas que circundarão todo o trabalho desses profissionais.

"Enquanto a literatura libera os possíveis, o direito codifica a realidade, a institui por uma rede de qualificações convencionadas, a encerra num sistema de obrigações e interdições" (OST, 2005, p. 13). A literatura expõe a realidade dos problemas e conflitos que uma sociedade apresenta, já o direito os resolve, dentro dos seus ditames, em um sistema codificado de leis, impondo obrigações e deveres às partes em conflito.

O que ocorre é que o direito, positivado que é, parte de uma premissa ficcional de que o ordenamento é uno e completo, como se no sistema não houvesse falhas ou lacunas, o que, a rigor, não é verdade. E desse modo é que a literatura promove o inverso, pois ela dá passagem à realidade, acolhendo-a, em suas imperfeições, ela "cria, antes de tudo, a surpresa: ela espanta, deslumbra, perturba, sempre desorienta" (OST, 2005, p. 15), mostrando para os juristas que os sistemas sociais não são perfeitos, intactos. Ost observa que:

> Essa "indisciplina" literária que se insinua nas falhas das disciplinas excessivamente bem instituídas realiza assim um trabalho de interpretação do jurídico, fragilizando os pretensos saberes positivos sobre os quais o direito tenta apoiar sua própria positividade. (OST, 2005, p. 15)

O que se conclui diante de toda a exposição feita acerca do diálogo existente entre direito e literatura é que um encontra o seu complemento no outro, nas palavras de Ost, "há pelo menos, tanto interação quanto confronto" (OST, 2005, p. 23). A literatura proporciona uma ancoragem no real, capacitando os futuros profissionais do direito para que possam executar seu trabalho de forma mais realista, lúcida e efetiva.

Nesses termos, é que a disciplina de Tópicos Especiais em Direito I, criada pela Unichristus (CE), vem propor aos alunos de direito uma articulação mais estreita entre direito e literatura, objetivando o desenvolvimento de competências e

111 Chain Perelman faz a distinção entre convencer e persuadir da seguinte forma: se o objetivo for alcançar um resultado melhor se adequaria o uso da persuasão; se a intenção for fazer com que o outro venha a aderir, acreditar na sua ideia, melhor se faz o uso do convencimento. Ele ainda acrescenta que a argumentação persuasiva se propõe a valer para um auditório particular, específico, e a argumentação convincente é aquela que objetiva a adesão de qualquer pessoa, ou como ele mesmo chama: "todo ser racional". (PERELMAN; TYTECA, 2005)

112 A oratória se distingue da retórica pelo fato de aquela ser feita, necessariamente, diante de um público, é um meio de comunicação oral. Por meio dela, o orador demonstra que possui domínio acerca do que fala, ele organiza o discurso em começo, meio e fim, utiliza o tom adequando à situação, articula bem as palavras e encanta o público; já essa última pode ser usada no texto escrito e no texto falado. A retórica se vale de todos os meios para convencer e/ou persuadir o ouvinte/leitor. Essa distinção evidencia que aliar retórica à oratória potencializa as capacidades do profissional do Direito. (MIRANDA, 2012, edição eletrônica)

habilidades discursivas, necessárias ao Direito, por meio da Literatura.

4 METODOLOGIA DA PESQUISA

O presente trabalho tem como esteio metodológico a pesquisa bibliográfica, mediante revisão de literatura, e a pesquisa qualitativa, utilizando o método indutivo, por meio de entrevistas, respondidas por escrito, em procedimento desindentificado, com o intuito de liberar os respondentes para se manifestarem com o máximo de autonomia.

5 ANÁLISE DE RESULTADOS: PESQUISA DE CAMPO REALIZADA COM ALUNOS DE TÓPICOS ESPECIAIS EM DIREITO I – 2013.2 (DUAS TURMAS – MANHÃ E NOITE)

Com o escopo de analisar se a disciplina estava alcançando os objetivos almejados, foi elaborada uma pesquisa de campo de caráter qualitativo, por meio do qual foram obtidos os resultados que serão analisados a seguir.

O questionário utilizado para a pesquisa foi elaborado com base no programa da disciplina de Tópicos em Direito I, para analisar o nível de aproveitamento da cadeira pelos alunos, e por meio dessa pesquisa foi possível perceber várias nuances de como os estudantes a percebem e a vivenciam.

Como a pesquisa fez uma análise geral de toda a disciplina, serão tratados apenas os quesitos específicos acerca do tema do presente artigo, quais sejam:

- (01) Você vê algum sentido na inclusão desses conteúdos (movimentos estéticos) em relação à sua formação como acadêmico de Direito?
- (02) Você considera que o sarau literário contribuiu de alguma forma para o exercício da sua profissão?

Nos estritos limites do presente trabalho, foi selecionado apenas as falas mais representativas do montante das respostas colhidas com a pesquisa de campo.

Iniciando a análise do resultado obtido, partimos do aluno 05, que não logrou fazer um diálogo entre a literatura e o Direito, quando respondeu à questão 01, afirmando não perceber nenhuma relação entre esses conteúdos, o que significa que, para esse aluno, a disciplina não alcançou os seus efeitos, e ele não pôde se apropriar da ferramenta da literatura, como aporte para o seu desenvolvimento acadêmico.

Já em sentido antagônico ao anterior, o aluno 06 respondeu à mesma questão nas seguintes palavras: "Sim. Eu entendo que a Unichristus tem um ótimo desempenho no ENADE graças a uma grande influência que essa cadeira tem." Dessa resposta, percebe-se que esse estudante compreendeu que o objetivo da disciplina é fazer com que os alunos possam imergir em uma dimensão bem mais ampla do que a do Direito, por si só, e que essa imersão promove o alargamento do seu horizonte hermenêutico. Esse tipo de relação, entre a literatura e o direito, torna o profissional dessa área mais preparado em face de situações concretas e com uma visão mais ampla das possíveis soluções aos problemas.

O aluno 18, que respondeu à questão 01, estabelecendo uma ponte entre Direito e Literatura asseverando que "com certeza esses conteúdos têm relação com o direito e devem continuar, pois o próprio ENEM e ENADE usam esses conteúdos."

O aluno 20 também demonstrou uma apreensão satisfatória quanto ao sentido de estudar literatura no contexto do curso de direito. Respondendo à pergunta 01, ele disse que a inclusão do estudo dos movimentos estéticos "Ajuda-nos a pensar, dialogar e isso é fundamental no curso de direito" e que o sarau literário "Ajuda-nos a interpretar, e todo bom advogado precisa falar bem e fazer boas interpretações". O aluno percebeu que ter o domínio da literatura pode ajudar na capacidade intelectual do profissional do direito e que o sarau literário contribui para o desenvolvimento de um dos pilares do discurso jurídico, a interpretação.

Nessa mesma esteira de pensamento, o aluno 30 também atingiu às expectativas, respondendo à questão 01, nesses termos: "A literatura desperta senso crítico e reflexão, que são de fundamental importância para o direito", demonstrando, portanto, a conexão entre a literatura e a arte com o estudo jurídico, por meio da interpretação e do senso crítico, como atividades basilares para uma adequada formação jurídica.

Em contrapartida, o aluno 08, teve uma apreensão negativa, quanto à proposta da disciplina, respondendo à pergunta 01, nas seguintes palavras: "Não, porque nem aula, nem conteúdo se dar [sic], apenas tudo que já vimos no ensino médio". É possível perceber, diante da resposta desse aluno, que ele não se apoderou da disciplina, mantendo-se infenso a qualquer percepção quanto à sua relação com o Curso de Direito, por não lograr compreender de que modo a Literatura poderia conferir-lhe maior desenvoltura quanto ao manejo do discurso, nem tampouco as suas possíveis aplicações no exercício das profissões jurídicas.

Faltou ao aluno 08 abertura para que ele pudesse compreender a disciplina e usufruir de suas possibilidades. Nas questões sobre o Sarau Literário, ele também disse não ver relação nenhuma com o exercício de sua profissão, afirmando que essa atividade não lhe despertou interesse algum. Alunos assim sugerem a formação de profissionais com um perfil muito atrelado à literalidade da lei, com possíveis dificuldades vindouras quanto às atividades jurídicas que implicam interpretação, decodificação, seleção e/ou ressignificação de sentidos para o texto (normativo) – além, por óbvio, das dificuldades correlatas quanto à produção textual de toda sorte de peças processuais.

O aluno 28 conseguiu perceber a conexão das atividades propostas na disciplina com o estudo do direito. O sarau literário, por exemplo, levou o aluno a considerar a importância de falar em público para o profissional do direito. Ele soube identificar que o uso da oratória fará parte da sua vida profissional. Respondeu à pergunta 02, nesses termos: "Sim, para muitos, assim como para mim, [representou] o desafio de falar em público de forma não convencional (interpretativa)".

Com essa pesquisa, foi possível verificar que a disciplina de Tópicos tem alcançando boa parte dos seus objetivos quanto a muitos alunos do curso de direito da Unichristus. É nítido perceber, por meio das respostas de vários alunos, que eles demonstram uma compreensão de que o Direito aliado à

Literatura os ajudará a resolver os problemas jurídicos com mais propriedade. Essa percepção é importante, pois quando o aluno sai do senso comum e adentra em outra esfera de conhecimento, ele começa a sentir de que forma poderá atuar com mais segurança.

A disciplina de Tópicos Especiais em Direito I tem como principais metodologias de ensino: estudo dirigido de textos, produções textuais, dinâmicas variadas de interpretação textual, análise estilística de prosa e poesia, saraus, júris simulados, seminários etc.

Porém, ainda existem desafios a serem tratados, quando se percebe, pelas respostas, alunos que não conseguem, sequer, fazer uma intercessão entre as duas áreas trabalhadas, direito e literatura. É necessário, portanto, investigar metodologias que possam trazer a alunos com esse perfil um maior envolvimento com a disciplina, a fim de que eles possam, assim como os demais, sair do primeiro semestre do curso de Direito, com uma base mais sólida para enfrentar os desafios inerentes ao universo jurídico.

6 CONCLUSÃO

Como foi apresentada durante esse trabalho, a Literatura constitui uma ferramenta de grande relevância para o ensino jurídico. Por meio dela é possível consolidar o domínio da palavra escrita e falada – principal instrumento de trabalho dos futuros juristas.

Técnicas de produção e interpretação textual, retórica e argumentação podem ser lapidadas e melhor desenvolvidas, quando aliamos a literatura ao universo jurídico. Um bom profissional do Direito deve estar sempre atento ao cultivo de competências discursivas que constituem condição sine qua non ao bom desempenho de suas funções profissionais. É com esse objetivo, de melhor preparar os estudantes do Curso de Direito, que a Disciplina de Tópico propõe essa interdisciplinaridade.

Com a pesquisa de campo realizada, foi possível verificar que a disciplina tem alcançado boa parte dos alunos, os quais conseguem identificar a necessidade de estudar literatura e percebem que sua contribuição é positiva. Por outro lado, há estudantes que permanecem fechados para essa percepção e olham para a disciplina de forma ainda negativa.

Conclui-se que estudos como este revelam-se imprescindíveis, seja em face da relevância da utilização da literatura como ferramenta de promoção do ensino jurídico; seja como meio de promover um diagnóstico mais realista acerca das dificuldades inerentes a um projeto de nivelamento dessa natureza; seja como espaço de reflexão acerca de possíveis soluções para os problemas enfrentados por esse projeto piloto, que é a disciplina de Tópicos Especiais em Direito I – criada pela Unichristus, em caráter pioneiro, quanto ao conjunto de conteúdos trabalhados e, sobretudo, quanto às metodologias de abordagem.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, **Retórica.** 2. ed. rev. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão e dominação. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre o interpretação/ aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

JOSEPH, Irmã Maria. **O Trivium:** as artes liberais da lógica, gramática e retórica: entendendo a natureza e a função da linguagem. São Paulo: É Realizações, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MIRANDA, Sidnei Barbosa de. Oratória ou retórica?. **Portal Educação**. Disponível em: <http://www.portaleducacao.com.br/marketing/artigos/18897/oratoria-ou-retorica>. Acesso em: 02 maio 2015.

PERELMAN, Chain; TYTECA, Lucie Olbrechts. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2005.

ROCHA, Fernando Antônio Dusi. **Direito e literatura em circularidade discursiva:** o matiz dialógico em Sófocles, Dostoiévski e Machado de Assis. 2008, nº fls. 120 f. Dissertação. (Mestrado em Literaturas) – Departamento de Teoria Literária e Literaturas do Instituto de Letras, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

TRINDADE, A. K.; GUBERT, R. M. Direito e literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In: TRINDADE, A. K.; GUBERT, R. M.; COPETTI NETO, A. (Orgs.). **Direito e literatura:** reflexões teóricas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OS DIREITOS HUMANOS NAS ESFERAS NACIONAL E INTERNACIONAL

Jordana Pinheiro Saraiva[113]
Paulo Henrique Gonçalves Portela[114]

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar os direitos humanos nas searas nacional e internacional, salientando a sua importância, consequência e repercussão na esfera privada de cada indivíduo, abordando o princípio da dignidade da pessoa humana como base axiológica da Constituição Federal, possuindo a capacidade de fundamentar e orientar todo o ordenamento jurídico. Importa-nos, também, discorrer acerca das características dos Direitos Humanos bem como sobre sua internacionalização.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Dignidade humana.

ABSTRACT

This paper aims at assessing human rights in national and international spheres, emphasizing their relevance and their consequences for every individual. This paper also refers to the principle of human dignity as axiological basis of the Federal Constitution, possessing the capacity of orienting the development of all the juridical order. The author also examines the characteristics of human rights and the process of their internationalization.

Keywords: Human Rights. International Law on Human Rights. Human dignity.

[113] Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus). jordanapsaraiva@gmail.com
[114] Mestre em Direito. Diplomata de Carreira (1996-2006). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus). Professor de pós-graduação em cursos de especialização e em cursos preparatórios para concursos públicos. Link do lattes: http://lattes.cnpq.br/8878642569262223

1 INTRODUÇÃO

Todo ser humano, antes mesmo de nascer, já possui uma coletânea de direitos que, por si só, exigem uma contraprestação do Estado bem como o respeito dos particulares.

Os ditos direitos humanos possuem uma temática bastante discutida na atual sociedade, sendo a sua abordagem, porém, muitas vezes, banalizada e objeto de polêmica, devido à má utilização do termo, às vezes empregado em situações que geram revolta por parte da população, como quando são invocados para a proteção de algum criminoso, causando, dessa forma, uma certa antipatia a tais direitos e, consequentemente, uma descrença no seu caráter de algo voltado para o bem da sociedade.

No entanto, a sua construção histórica nos mostra a importância que tais direitos possuem tanto no âmbito nacional quanto no âmbito internacional, estando tais direitos presentes em muitas ações cotidianas, embora o seu conteúdo e o seu significado comumente passem despercebidos aos que possuem conhecimentos mais desatentos e pouco trabalhados, que, para serem realizadas, pressupõem um direito anterior que as defendam e as tornem possíveis de serem efetuadas, seja de atitudes de exigências de igualdade, seja esta por parte das mulheres, homossexuais, etc., que pressupõem o direito humano de igualdade, a liberdade que possuímos de ir e vir, de expressar as nossas opiniões em redes sociais, frutos do direito à liberdade que as antecedem, dentre outras.

A internacionalização dos direitos humanos, embora construída historicamente perante motivos diversos e infundados, atualmente apenas denota a importância destes ao serem tratados em normas internacionais, consolidando a sua interpretação universal e a percepção de que são abordados direitos essenciais dos indivíduos.

Dessa feita, constata-se a relevância dos direitos humanos para os indivíduos, sendo estes a prerrogativa para a construção, a manutenção e a promoção de uma sociedade justa e igualitária para toda e qualquer pessoa humana, a qualquer tempo e em qualquer sociedade, seja esta nacional ou não. São direitos do povo e para o povo e não dos Estados, devendo ser o seu valor e o seu papel afirmados em todo o tempo, impugnando todas as formas de desigualdades e discriminações, ressaltando, dessa maneira, o seu imprescindível papel perante a atual sociedade e devendo ser desmistificado o tabu de que tais direitos apenas socorrem os delinquentes, dentre outros que são marginalizados pela comunidade social.

O presente trabalho tem por escopo abordar o conceito dos direitos humanos, versando a sua importância no ordenamento jurídico tanto brasileiro quanto mundial. Tratou-se, também, do marco histórico de tais direitos no processo de elaboração da Constituição Federal brasileira de 1988 e como os direitos humanos influenciaram no renascimento da democratização. Por fim, abordou-se ainda as características de tais direitos bem como a sua internacionalização

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Conceito de direitos humanos e a sua importância na ordem jurídica brasileira vigente e mundial

Primeiramente, antes de adentrarmos na seara dos direitos humanos, faz-se mister abordar a concepção de tais direitos bem como discorrer sobre a sua essencialidade para uma vida digna.

O campo de definições acerca de tal matéria é bastante amplo e diversificado, encontrando várias concepções na doutrina, gerando certa dificuldade em sua definição, pois, dessa maneira, produz-se uma vulgarização do termo ao não se definir um conceito como padrão, deixando, assim, a escolha de conceito ao interesse de quem porventura o procure.

No entanto, todos os conceitos acerca dos direitos humanos devem se basear, no mínimo, na ligação que estes

possuem com a dignidade da pessoa humana, sendo esta o seu alicerce, o seu embasamento, a sua premissa, a base propulsora que fundamenta e justifica todo o âmbito dos direitos humanos como direitos inerentes a todos os seres humanos, sem quaisquer distinções, seja esta de etnia, credo, sexo, nacionalidade, cultura, classe social, profissão, seja de escolha política, etc.

A dignidade da pessoa humana é a base axiológica que legitima e orienta a atual ordem constitucional brasileira, sendo considerada, dessa forma, uma norma-princípio, capaz de fundamentar todo o sistema jurídico vigente.

No entanto, a Constituição brasileira não é a única que reconhece tal princípio, pois este já fora aceito por constituições estrangeiras. A Constituição italiana de 1947 foi a primeira a reconhecê-lo, estando o princípio da dignidade preceituado em seu art. 3º, *in verbis*: "Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei". A Constituição Alemã de 1949, em seu artigo 1º, ressaltou o princípio da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, ora vejamos: "A dignidade do homem é intangível. Os Poderes Públicos são obrigados a respeitá-la e protegê-la". Os Estatutos Supremos de Portugal e Espanha também acolhem o princípio retromencionado (BARBOSA, 2012, edição eletrônica). Destarte, a República Federativa do Brasil apresenta o princípio da dignidade da pessoa humana previsto como fundamento da Lei Maior, em seu artigo 1º, III, CF, *in verbis*: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana".

A dignidade da pessoa humana também foi expressamente adotada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 1º, sendo esta promulgada em 10 de dezembro de 1948, na cidade de Paris, na França, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), cuja elaboração uniu representantes de diversas culturas e origens, gerando um documento que é considerado, desde então, um marco mundial na história dos Direitos Humanos.

A respeito da dignidade da pessoa humana, o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade".

Diante do exposto, é sabido que todos os seres humanos são titulares de direitos, sendo proibida a sua privação ou negociação em razão do seu princípio da indisponibilidade, ou seja, nenhum ser humano pode deles dispor, ou sequer abrir mão.

Tais direitos têm por objetivo a proteção e a promoção do ser humano, assegurar a igualdade entre os indivíduos, repudiando qualquer forma de desigualdade, o combate ao desrespeito bem como a preservação de sua integridade e dignidade.

Portanto, de acordo com os ensinamentos de Jorge Miranda, direitos humanos seriam, assim, "toda posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental" (MIRANDA, 1993, p. 09). Na conveniência de se estabelecer uma definição a respeito da matéria, André de Carvalho Ramos entende que os direitos humanos são "um conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade" (RAMOS, 2014, p. 34).

A garantia da dignidade da pessoa humana, como dito anteriormente, é a base axiológica dos direitos abordados e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, a qual eleva o indivíduo na sua condição humana, não o rebaixando a menos do que isso, promovendo, dessa forma, o respeito entre os indivíduos tanto por parte de particulares como por parte do próprio Estado, sendo, portanto, imprescindível para a construção e conservação de uma sociedade justa e igualitária.

Outro ensinamento é trazido por Ingo Wolfgang Sarlet a respeito da definição da dignidade da pessoa humana, no qual se encontra o seguinte esclarecimento:

> A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, P.62)

A ideia de direitos humanos está intimamente ligada com a noção de limitação do Estado assim como com a dignidade da pessoa humana, sendo esta toda a base axiológica de tais direitos, como anteriormente afirmamos.

Na trajetória traçada quanto à definição dos direitos humanos, é importante que se realize a distinção entre os conceitos de direitos humanos e de direitos fundamentais, visto que ambos são comumente confundidos e empregados de forma indistinta como sinônimos, gerando muitas vezes, desta forma, certa banalização dos termos, que ignora diferenciações importantes entre ambos.

A respeito, George Marmelstein caracteriza os direitos fundamentais com o segundo ponto de vista:

> Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2013, p.17)

Enquanto os Direitos Fundamentais são aqueles positivados no plano interno de um determinado país, ou seja, no âmbito nacional deste, os Direitos Humanos são aqueles nos quais são positivados no plano internacional, como os tratados internacionais de Direitos Humanos. Outro ensinamento trazido por George Marmelstein nos remete a uma importante observação acerca do tema, ora vejamos:

> Vale ressaltar que essa distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais é plenamente compatível com o texto constitucional. Toda vez que

> a Constituição se refere ao âmbito internacional, ela fala em "direitos humanos". E, quando ela tratou dos direitos que ela própria reconhece, chamou de "direitos fundamentais", tanto que o Título II da Constituição de 88 é intitulado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais. (MARMELSTEIN, 2013, p. 24)

Desse modo, compreendemos que os direitos humanos versam sobre o interesse comum a todos os seres humanos, abrangendo toda a ordem internacional, enquanto os Direitos ditos fundamentais são afamados pela sua característica de serem positivados na ordem jurídica de determinado país, com a qual é objeto de proteção de posições jurídicas, sendo, dessa maneira, imprescindíveis tanto ao indivíduo quanto à coletividade. (LOPES, 2005, edição eletrônica)

Feita a distinção entre tais direitos, partimos, então, para o conceito dos Direitos Humanos, que, segundo o professor Paulo Henrique Gonçalves Portela, são:

> [...] aqueles direitos essenciais para que o ser humano seja tratado com a dignidade que lhe é inerente e aos quais fazem jus todos os membros da espécie humana, sem distinção de qualquer espécie. Os direitos humanos configuram defesa contra os excessos de poder, tanto o estatal como aquele exercido por entes privados, sejam pessoas naturais ou jurídicas. Entretanto, consistem também em pauta voltada a orientar as políticas públicas e as ações privadas. É nesse sentido que não mais deve persistir o entendimento tradicional, pelo qual apenas o Estado seria obrigado a promover e proteger os direitos humanos. (PORTELA, 2014, p. 81)

Dessa forma, concluímos que, por direitos humanos, se entende que são aqueles inerentes a todo ser humano, sem distinção de qualquer natureza, garantindo a estes uma vida digna, proporcionando uma existência com um mínimo de qualidade, não sendo esta, porém, promovida de qualquer jeito, mas devendo ser de tal modo que proporcione ao indivíduo o pleno gozo de todos os seus direitos previstos constitucionalmente bem como o suprimento de suas necessidades básicas, como saúde, educação, segurança, moradia, transporte, lazer, abrangendo um bem estar amplo, dentre os demais direitos previstos na Constituição Federal de 1988.

2.2 Marco histórico dos Direitos Humanos no renascimento do Estado Democrático de Direito brasileiro em 1988

O marco histórico dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro está ligado à promulgação das constituições brasileiras, mas a sua institucionalização se deu, principalmente, a partir da Constituição da República Federativa brasileira de 1988, simbolizando, assim, uma conquista para os brasileiros, mobilizando as pessoas para novos avanços, sendo, portanto, um sentimento constitucional.

A Carta Magna de 1988 foi o resultado de um processo de ruptura com o passado opressor, sendo este consequência do período referente ao regime militar, que teve uma duração 30 anos, tendo o seu início no dia 31 de março de 1964, com o Golpe Militar, sob a alegação dos militares de que o Brasil estava com uma forte ameaça comunista, afastando, assim, o então Presidente da República, João Goulart, mais conhecido como *Jango*, e assumindo o poder em seu lugar o Marechal Castelo Branco, durando até o ano de 1985, na eleição de Tancredo Neves. Tais anos foram regidos por supressões de liberdade, sob os seus diferentes prismas, com a liberdade de locomoção, artística, política, de expressão e até mesmo sobre o próprio corpo, dentre outras (DITADURA MILITAR, edição eletrônica).

O período da Ditadura Militar foi uma fase fortemente marcada por diversas formas de repressão, que incluíam torturas das mais diferentes formas, perseguições, principalmente, de cunho ideológico, censura, etc.

Porém, no início da década de 80, surgiu o movimento "Diretas Já!" no qual a sociedade brasileira saiu às ruas em busca do renascimento da democracia e da concretização dos direitos humanos e fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou, portanto, um novo ciclo jurídico nacional, sendo, assim, o fruto do clamor popular por mudanças, representando o retorno da democracia no Brasil.

A existência de direitos humanos no ordenamento constitucional brasileiro é bastante positiva, refletindo-se, de acordo com os dizeres de Arício Vieira da Silva, "notadamente sob a roupagem de normas-princípio, o que lhes garante uma posição de proeminência interpretativa".

Ainda que exista uma diferença entre o Texto Constitucional e a atual realidade socioeconômica brasileira, são visíveis os avanços em relação aos direitos humanos e fundamentais, mesmo que vagarosos e extemporâneos, desde a sua vigência, em 1988, configurando, ainda, um compromisso com o futuro.

2.3 Características dos Direitos Humanos

Os direitos humanos possuem características que elevam os seus valores, justificando, dessa forma, a respeitável posição que encontram na ordem jurídica e social internacionais.

Destacaremos, adiante, algumas de suas caraterísticas, essenciais para o entendimento e para a compreensão do valor normativo que tais direitos possuem:

a) Historicidade: os direitos humanos são reflexos de uma construção histórica, marcada por lutas a favor do seu estabelecimento, promoção e defesa social, não sendo algo estático no tempo, mas sempre se amoldando e se adequando às constantes evoluções e aos avanços da sociedade atual (SILVA, 2010, p. 31) ;

b) Universalidade: como dito anteriormente, toda e qualquer pessoa é titular de tais diretos, aplicando-se indistintamente a todos os seres humanos, apenas pelo fato de a pessoa ser pessoa;

c) Indivisibilidade: os direitos humanos se constituem em um conjunto indivisível, no qual a lesão de um deles configurará lesão a um todo. Os direitos humanos unos e indivisíveis, não podendo ser analisados de forma isolada;

d) Interdependência: para que um dos direitos humanos seja de fato efetivado, automaticamente, todos devem ser igualmente assegurados, pois existe uma relação de dependência entre eles e, portanto, todos precisam ser eficazes.

e) Inexauribilidade: de acordo com o art. 5º, § 2º, da CF/88, o rol dos direitos humanos não é taxativo. Portanto, podem nascer outros direitos a qualquer tempo, ou estes podem ser modificados para melhorar a proteção de um valor ao qual a sociedade atribui relevância.

f) Interrelacionariedade: não há uma hierarquia entre tais direitos, ou seja, todos possuem o mesmo patamar de importância, não sendo um mais importante do que o outro.

g) Inalienabilidade: tais direitos não podem ser comercializados, tranferidos ou negociados. Nenhum ser humano pode usufruir de sua liberdade ou autonomia privada em detrimento de qualquer direito humano.

h) Indisponibilidade: deles não se pode dispor. Isto é, o indivíduo não pode renunciar a seus direitos, pois estes estão intimamente ligados à sua essência.

i) Irrenunciabilidade: nenhuma pessoa pode abrir mão de seus direitos, visto que estes possuem a dignidade da pessoa humana como seu fundamento.

j) Complementariedade: os direitos humanos, por sua relação de dependência, complementam uns aos outros, apesar de cada um versar sobre uma matéria e um aspecto diferente, fazem parte de um conjunto, no qual cada um é imprescindível para a formação do todo.

k) Imprescritibilidade: os direitos supracitados não perdem a sua validade com o passar do tempo, não sendo afetados por seu não uso. Eles se perpetuam no decorrer da história. Como nenhum direito é absoluto, existem as exceções, como no caso da propriedade, que pode ser usucapida.

l) Efetividade: o Estado, no desempenho do seu papel, deve criar mecanismos capazes de efetivar continuamente o exercício dos direitos humanos, sendo este um dever seu.

m) Limitabilidade: como dito anteriormente, nenhum direito no sistema jurídico brasileiro é considerado absoluto. Os direitos humanos possuem limitações. No entanto, tais limitações são impostas a bem da ordem pública ou dos direitos dos demais, dentro do regime democrático e respeitando-se o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade. No próprio inciso XLVII, alínea '*a*', do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, o direito à vida é relativo na hipótese de guerra, sendo admissível, nesse caso, a pena de morte para crimes militares.

n) Concorrência: um mesmo sujeito pode exercer, concorrentemente, de forma cumulada, mais de um direito humano.

o) Vedação ao retrocesso: os direitos humanos são frutos de lutas, e sua diminuição seria um retrocesso às conquistas obtidas. Portanto, sua proteção alcança a todos os indivíduos assim que positivados, não podendo ser diminuídos.

p) Aplicabilidade imediata: quando invocados, sua aplicação não depende de nenhum órgão estatal, devendo produzir seus efeitos de pronto.

2.4 A internacionalização dos Direitos Humanos

Atualmente, os direitos humanos vêm passando por um processo de internacionalização, de acordo com o qual, basicamente, sua proteção passa a ser tema de interesse internacional.

Nesse processo, surge o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ramo de Direito Internacional que visa a proteger e a promover os direitos humanos em escala internacional, chamando a atenção para a necessidade de um breve exame acerca desta área do Direito. (NEVES, 2012, p.15)

De acordo com Gustavo Bregalda Neves:

> O Direito Internacional pode ser tratado, preambularmente, como o conjunto de princípios e normas, positivos e costumeiros, representativos dos direitos e deveres aplicáveis no âmbito da sociedade internacional. Será público quando se referir aos direitos e deveres dos próprios Estados em suas relações; e privado quando se tratar da aplicação, a particulares sujeitos a um determinado Estado, de leis civis, comerciais ou penais emanadas de outro Estado. (NEVES, 2012, p.15)

O Direito Internacional possui grandes marcos em seu histórico, sendo alguns deles o Tratado de Westfália de 1648, a Revolução Francesa, o Congresso de Viena bem como a Organização das Nações Unidas (ONU) (NEVES, 2012, p.15).

Um dos marcos do Direito Internacional é exatamente a preocupação que esse ramo do Direito passa a ter com a proteção da dignidade da pessoa humana a partir da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, sendo a partir de tais momentos que se iniciou a estruturação de um sistema de proteção internacional dos direitos humanos, voltando a proteger e a promover a pessoa humana pautando e complementando o papel dos Estados nessa área, por meio de tratados internacionais de direitos humanos e de órgãos voltados a monitorar seu cumprimento.

Segundo André de Carvalho Ramos, a internacionalização dos direitos humanos possui dois sentidos: o sentido amplo e o sentido estrito (RAMOS, 2014, p.56).

Quanto ao primeiro sentido, a internacionalização dos direitos humanos diz respeito às normas de Direito Internacional regulamentadoras de tal matéria, como os tratados.

Tal internacionalização se deu de forma distorcida e fraccionada no século XIX, nascendo a partir de diversas situações, dentre as quais podemos citar a luta contra a escravidão, que se iniciou na época da industrialização e possuía o intuito de gastar pouco com a mão de obra e, assim, faturar mais, a proteção de feridos e doentes, advinda pelo grande índice de mortalidade resultante de guerras, e a proteção da minoria, motivada logo após a Primeira Guerra Mundial. Esses períodos, embora nos remetam a momentos históricos complexos e de sofrimento, foram importantes para a construção da internacionalização dos direitos humanos, surgindo, a partir de então, o desejo de mudança para que tais situações não se repetissem e ensejaram, assim, a internacionalização (RAMOS, 2014, p.57).

No entanto, tais normas possuem caráter temporário e difuso, pois antecedem o sentido estrito da internacionalização dos direitos humanos, cuja proteção, atualmente, é maior e mais

ampla, abarcando muito mais situações do que antigamente, embora não se possa negar que as normas ligadas ao sentido amplo da internacionalização dos direitos humanos também foram importantes nesse processo de construção da proteção internacional dos direitos humanos.

O sentido estrito abrange uma estrutura mais metodizada e lógica, com matéria, estrutura e princípios próprios, diferentemente do período anterior. Tal processo é resultado da época após a Segunda Guerra Mundial, fase na qual possuía um impacto maior em relação à proteção dos direitos humanos. Verificou-se, então, que seria necessária uma proteção que ultrapassasse o âmbito local, algo capaz de manter o bom relacionamento entre os Estados de um modo geral, regulando as relações entre eles de forma pacífica.

A partir de então, foi discutida a criação de uma organização capaz de internacionalizar a proteção dos direitos humanos, assegurando a paz e a segurança mundial. Foi nesse contexto que nasceu a Organização das Nações Unidas (ONU).

A ONU foi, portanto, fundada em 24 de outubro de 1945, logo após a Segunda Guerra Mundial, e sucedeu a Liga (Sociedade) das Nações (A HISTÓRIA, edição eletrônica). Possui, atualmente, sua estrutura central na cidade de Nova York, nos Estados Unidos da América, porém também possui sede em outros países, como Chile e Suíça , e tem como ato constitutivo a Carta das Nações Unidas (Carta da ONU). Os seus objetivos estão disciplinados em seu artigo 1º, como veremos a seguir, dentre os quais destacamos os seguintes:

a) Promover relações amistosas entre os povos;

b) Promover a cooperação internacional em tema de interesse comum da humanidade e o pleno gozo dos direitos humanos, pois acredita que as pessoas que possuem a sua liberdade respeitada não resolverão seus conflitos fazendo guerra.

A Organização das Nações Unidas defende, assim, um relacionamento pacífico entre os estados e uma proteção em especial aos direitos humanos, elevando o homem a um status diferenciado que, de acordo com Arício Vieira da Silva:

> A proteção internacional dos direitos humanos preconiza no sistema onusiano, um *status* e um *standard* diferenciado para o indivíduo, isto é, apresenta um sistema de proteção à pessoa humana, seja nacional ou estrangeiro, diplomata ou não, um núcleo de direitos insuscetíveis de serem derrogados em qualquer tempo, condição ou lugar. É o reconhecimento planetário da proteção à dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2010, p. 27)

As Nações Unidas têm como princípios o respeito ao Direito Internacional, a solução pacífica de controvérsias, a proibição do uso de força nas relações internacionais, exceto nos casos de legítima defesa e legítimo interesse da comunidade internacional (leia-se ONU) na manutenção e promoção da paz, a soberania internacional e não intervenção, a cooperação internacional, na qual os países podem agir do modo pelo que optarem, porém não de modo a prejudicar outros, a proteção dos direitos humanos, dentre outros elencados no artigo 1º de sua Carta, a qual veremos logo adiante.

Possui os seguintes órgãos principais:

a) A Assembleia Geral, que é o órgão plenário da ONU, o qual reúne todos os membros da entidade, reunidos de acordo com o princípio da igualdade jurídica. Tem como principais atividades o âmbito de negociação de tratados, questões administrativas de grande importância e o tratamento de qualquer questão que seja de interesse da ONU. Sua principal forma de manifestação é a resolução, que normalmente não é juridicamente vinculante. No Brasil, tais resoluções podem ser aplicadas internamente por meio de decreto.

b) O Conselho de Segurança, que é o principal órgão responsável pela manutenção da paz e da segurança internacional. É o órgão competente para administrar o chamado mecanismo de segurança coletivo da ONU, que, diante de uma ameaça à paz ou de guerra, profere, inicialmente, meras recomendações. Mantida a instabilidade, o Conselho pode tomar medidas de cunho econômico, bloqueios no transporte e comunicações etc. Caso o problema não seja resolvido, pode a ONU se utilizar do uso da força de paz ou autorizar países a utilizarem, em seu nome, a força;

c) O Conselho Econômico e Social, que é o órgão coordenador do trabalho econômico e social da ONU, das Agências Especializadas e das demais instituições integrantes do Sistema das Nações Unidas (A HISTÓRIA, edição eletrônica);

d) A Corte Internacional de Justiça (CIJ), que é o principal órgão jurisdicional do sistema das Nações Unidas, regulada pela Carta da ONU e pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Possui competência material em questões ligadas ao Direito Internacional Público, só podendo julgar tais matérias. Apenas os Estados podem ser partes, e estes só poderão ser *réus se* aceitarem que a Corte os julgue, de acordo com a previsão em tratado, a aceitação da cláusula facultativa de jurisdição contenciosa da CIJ, que inclusive o Brasil não aceitou. A Corte poderá também solucionar conflitos quando as partes decidem levar o litígio à sua consideração ou com previsão em tratado. Importante ressaltar que a sentença da Corte é obrigatória (A HISTÓRIA, edição eletrônica).

e) Por fim, o Secretariado, que é o órgão administrativo da ONU, tendo como chefe o Secretário Geral da ONU. Seu mandato tem duração de 5 anos, podendo ser mais no caso de reeleição. O Secretário Geral da ONU pode exercer também função diplomática, podendo, inclusive, chamar a atenção do Conselho de Segurança para situações que, a seu juízo, configurem ameaça à paz e à segurança internacionais.

Constata-se, assim, na Carta da ONU de 1948, em seu preâmbulo e nos artigos 1º e 2º, dentre outros, que se deve buscar a solução pacífica nos embates entre os Estados bem como a institucionalização dos direitos humanos, a cooperação entre as nações e a promoção e o estímulo de respeito mútuos, ora vejamos:

> Artigo 1º
>
> Os propósitos das Nações unidas são: 1. **Manter a paz e a segurança internacionais** e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para **evitar ameaças à**

> **paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz** e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz; 2. **Desenvolver relações amistosas entre as nações**, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; 3. Conseguir uma **cooperação internacional** para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para **promover e estimular o respeito aos direitos humanos** e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e 4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns. **(grifo nosso)**
>
> Artigo 2º
>
> A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: 1. A Organização é baseada no **princípio da igualdade de todos os seus Membros**. 2. Todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membros, deverão cumprir de **boa fé** as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta. 3. Todos os Membros deverão **resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais**. 4. Todos os Membros deverão **evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial** ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas. 5. Todos os Membros darão às Nações toda **assistência em qualquer ação** a que elas recorrerem de acordo com a presente Carta e se absterão de dar auxílio a qual Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo. 6. A Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais. 7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capitulo VII. **(grifo nosso)** (ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948)

O fundamento de tal Carta é resguardar e proteger a dignidade da pessoa humana por meio de um relacionamento pacífico entre as nações, na qual todos os Estados se relacionem de modo a não prejudicar um ao outro, cooperando para o bem mútuo e que, assim, possam viver com integridade.

A partir da Carta da ONU, formou-se todo um sistema, cuja construção começou mais efetivamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e teve como grandes marcos a celebração dos chamados "Pactos de Direitos Humanos", no caso o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, formando a chamada "Carta Internacional dos Direitos Humanos".

É importante indicar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos vai deixar mais explícita a orientação, anteriormente apontada pela Carta das Nações Unidas, de que a garantia dos direitos humanos é fundamento da paz entre os povos.

Foram também negociados tratados específicos, que tutelavam questões particulares da proteção dos direitos humanos, como a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), a Convenção Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1968), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1979) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), dentre outras.

Foi também criada uma estrutura de órgãos voltados a monitorar o cumprimento dos tratados, dentre os quais se destacam o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e os chamados "órgãos de tratados", voltados a acompanhar apenas tratados específicos, como o Comitê dos Direitos Humanos, voltado a velar pela aplicação do Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos, e o Comitê contra a Discriminação contra a Mulher (CEDAW), dirigido a assegurar a aplicação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

Apareceram também os chamados sistemas regionais de direitos humanos, que são sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, mas cujos tratados e órgãos se encontram abertos apenas à participação de Estados encontrados em determinadas regiões, como o sistema europeu, o sistema africano e o sistema interamericano, do qual o Brasil faz parte.

Começam, ademais, a aparecer entidades que abrem possibilidades mais efetivas de aplicação dos direitos humanos, discrepando da maioria dos órgãos existentes, que emitem apenas recomendações, de forte teor político, mas que não são juridicamente vinculantes.

No caso, há órgãos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, vinculada à Organização dos Estados Americanos (OEA), cujas sentenças são obrigatórias e, em sua parte indenizatória, podem ser executadas como qualquer outra sentença proferida contra o Estado.

Há também o Tribunal Penal Internacional (TPI), regulado pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que prevê penas de prisão, perda de bens, multa e obrigação de reparar, aplicáveis a indivíduos que cometam os chamados "crimes internacionais", alguns dos quais incluem violações dos direitos humanos.

Por fim, alguns órgãos aceitam denúncias individuais, que são petições relativas às violações de tratados de direitos humanos, apresentadas por indivíduos ou ONGs.

3 METODOLOGIA

O presente artigo tem por escopo realizar uma abordagem acerca dos Direitos Humanos tanto no âmbito nacional

quanto no âmbito internacional.

Para a realização deste estudo, foi utilizada a pesquisa do tipo bibliográfica e documental, sendo feita em livros, artigos, documentos em meio eletrônico assim como documentos impressos. Utilizou-se o método dedutivo.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

A partir da pesquisa realizada para a produção do presente artigo, foi possível se obter uma base a respeito da importância e da repercussão que os direitos humanos possuem dentro da sociedade e do ordenamento jurídico brasileiro bem como acerca de seu impacto no mundo como um todo.

Desse modo, no presente artigo foi possível analisar algumas particularidades da matéria e compreender a sua repercussão na sociedade contemporânea.

5 CONCLUSÃO

Apesar de os direitos humanos serem tão comumente objeto de comentários na vida social, poucas são as pessoas que os conhecem verdadeiramente e possuem um conhecimento mais aprofundado sobre o tema.

A ideia à qual os direitos humanos são ligados possui um desvio de significado, que pode contaminar toda uma sociedade acostumada com o comodismo de ficar apenas no ouvir e não no aprender com a falta de conhecimento a respeito da matéria, que deveria ser amplamente dominada por todo e qualquer ser humano, visto que se trata de interesse comum dos indivíduos em razão das benesses que os direitos humanos trazem às pessoas.

É necessária a instalação de uma cultura em direitos humanos em que estes sejam aprendidos e vivenciados em uma perspectiva de cidadania ativa, havendo, assim, uma implantação de uma política voltada para o trabalho e aprimoramento acerca da matéria, investindo, principalmente, na educação das gerações mais jovens, para que estes cresçam e repercutam tal aprendizagem na cultura como um todo e, desse modo, instaure-se um novo ciclo social voltado para a contínua promoção e defesa dos direitos humanos.

Os direitos humanos buscam, portanto, assegurar uma sociedade mundial voltada para seu o respeito e a sua proteção, devendo ser continuamente reforçada a sua importância e o seu valor para a comunidade social a fim de que todos possam ter conhecimento de seus direitos inerentes.

REFERÊNCIAS

A HISTÓRIA da Organização. **Nações Unidas no Brasil**. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/conheca/historia/>. Acesso em: 02 abr. 2015.

AS CARACTERÍSTICAS dos Direitos Humanos. **DHNet**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/sc/scdh/parte1/c4.html>. Acesso em: 02 abr. 2015.

BARBOSA, Cecília Pinheiro. Dignidade da pessoa humana no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente. Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12452&revista_caderno=12>. Acesso em 25 mar. 2015.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais. **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aspectos-gerais-das-caracteristicas-dos-direitos-fundamentais,37841.html>. Acesso em: 29 mar. 2015.

DIREITOS HUMANOS no Brasil. **Wikipedia**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_humanos_no_Brasil>. Acesso em: 29 mar. 2015.

DITADURA MILITAR no Brasil – 1964 – 1985. **Só História**. Disponível em: <http://www.sohistoria.com.br/ef2/ditadura/>. Acesso em 01 abr. 2015.

DUARTE, Leonardo Lopes de Almeida. Pontos e aspectos relevantes sobre os direitos humanos. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13317&revista_caderno=29>. Acesso em: 05 abr. 2015.

LEE, Elizabeth Höller. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/declaracao/> Acesso em

Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11170&revista_caderno=16>. Acesso em: 05 abr. 2015.

LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004. 2005. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 549, 7 jan. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/6157/a-forca-normativa-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-e-a-emenda-constitucional-n-45-2004>. Acesso em 28 fev. 2015

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993, v. 4.

ONU (Organização das Nações Unidas). **Sua Pesquisa**. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/geografia/onu.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.

PEQUENO, Marconi. O fundamento dos direitos humanos. **DHNet**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/02_marconi_pequeno_fundamento_dh.pdf3>. Acesso em: 29 mar. 2015.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado.** 6. ed. Bahia: Jus Podivm, 2014.

NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional**, 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Arício Vieira da. A ausência da defensoria pública no estado de goiás como ofensa à dignidade da pessoa humana. **Biblioteca UCG**. Disponível em: < http://tede.biblioteca.ucg.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1108>. Acesso em 02 abr. 2015.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À EDUCAÇÃO

Kerley Christine Fernandes Ribeiro
Gerardo Clésio Maia Arruda

RESUMO

Este artigo tem por objetivo demonstrar que, apesar de o texto constitucional afirmar que todos são iguais perante a lei e que a educação é um direito de todos e dever do Estado, esse direito ainda não foi totalmente efetivado, violando a dignidade da pessoa humana, princípio basilar dos direitos humanos e de um Estado Democrático de Direito. Assim, argumentaremos a necessidade da união de esforços entre o Poder Público e a sociedade para o enfrentamento dessa problemática, que, ao ser superado, gerará um ganho coletivo para a sociedade nesta e em futuras gerações.

Palavras-chave: Igualdade. Educação. Justiça. Dignidade.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate that despite the Constitution stating that everyone is equal before the law and that education is a universal right and duty of the State, this right is far from being effected; violating human dignity, fundamental principle of human rights and a democratic state. Thus, we argue the necessity of joint efforts between government and society to confront this problem, which when exceeded, will generate a collective gain for society in this and future generations.

Key-Word: Equality. Education. Justice. Dignity.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho contempla o direito à educação como forma de se efetivar a dignidade da pessoa humana. Abordará que, apesar de o direito à educação ser um dever do Estado, também é um dever de todos, incluindo toda a sociedade civil, em um processo de cooperação capaz de modificar a realidade social, reescrevendo uma nova história, galgada em uma sociedade mais justa e igualitária.

Contemplará atitudes dos Poderes Públicos em minimizar as desigualdades sociais e o hiato que existe entre a igualdade formal e a igualdade material em relação à educação.

O intuito da abordagem é demonstrar que, ao haver a violação dos direitos humanos, pela falta do direito à educação, a sociedade passa a ter outros direitos não efetivados em um efeito cascata, que reflete em um agravamento de vários conflitos sociais e em uma prejudicada capacidade de qualidade de vida de toda a sociedade.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Os direitos do homem são aqueles direitos inerentes à condição humana. São direitos que remontam ao próprio surgimento da sociedade e que possuem a base no direito natural e a na dignidade da pessoa humana.

De toda sorte, sabe-se que todos os conceitos ligados aos direitos do homem, como liberdade, igualdade, justiça, solidariedade, devem ser analisados a partir de valores de cada época social, e a maior ou menor intensidade de um ou outro conceito revelam também tais valores.

Nesse diapasão, ao analisar o Código de *Hamurabi,* o código mais antigo da história, datado de 1.700 a.C, observa-se o dispositivo "olho por olho e dente por dente", institucionalizando a vingança privada, e a ideia de justiça da época que não se assemelha às ideias atuais.

Para Platão, a dignidade do homem estava em cada um desempenhar a sua função dentro da sociedade, isso era a ideia de igualdade e de justiça do filósofo, "a cada um o que lhe é devido".(PLATÃO, 2012). Para seu discípulo Aristóteles, a justiça também consistia em igualdade, mas não para todos, senão para os iguais; e a igualdade parece ser justa e, de fato, o é, mas não para todos, senão para os desiguais. (HENRIQUES,1998)

O conceito de dignidade humana foi engrandecido pela contribuição do teólogo espanhol Francisco de Vitória, considerado por muitos um homem à frente do seu tempo e o precursor dos direitos humanos no sangrento processo de colonização espanhola ante a aniquilação, escravização e exploração dos índios na América. Tomando por base o pensamento estoico e cristão, afirmava que, em função do direito natural e de sua natureza humana, embora não sendo cristãos, católicos ou protestantes, eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos, proprietários na condição de signatários dos tratados firmados com a coroa espanhola. (SARLET, p.32, 2007)

Nas palavras do professor George Marmelstein, os códigos das religiões existentes no mundo pregam valores morais: "as correntes religiosas pregam o respeito ao semelhante, o respeito à vida, à fraternidade, à caridade, à compaixão, à piedade, valores que estão na base da noção de dignidade humana." (MARMELSTEIN,p. 28, 2014)

Coadunando com as ideias propostas por esse autor, Ingo Sarlet atribui o significado da dignidade humana, sua valoração intrínseca, em suas raízes no pensamento clássico e no ideário cristão. (SARLET,2007).

Em 1215, a Carta Magna do Rei João sem Terra proclamava que ninguém poderia ter seus bens subtraídos ou ser sumariamente condenado sem um prévio processo legal. Esse documento pode ser considerado uma das gêneses dos direitos humanos, pois foi a primeira vez na história que o poder do rei estava sendo limitado, modificando as relações estabelecidas em regimes absolutistas que, segundo Lenio Streck e José Morais, caracteriza-se por ser o regime em que há a personificação do estado na figura do rei. (STRECK; MORAIS, p.46,2014)

Nessa época, em resposta a uma população europeia cansada de viver miseravelmente e condenada a pagar altos impostos

para sustentar a nobreza, iniciam-se revoluções burguesas na França e na Inglaterra, surgindo o Estado Democrático, e ideias de liberdade e respeito aos direitos humanos.

No mundo moderno, a problemática dos direitos humanos tomou dimensões nunca antes vista na história. A sociedade buscava moralizar o direito, respeitar a condição humana, evitar que o mundo nunca mais vivenciasse as atrocidades presenciadas contra a humanidade na Segunda Guerra Mundial. Nesse contexto, em 1948, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), documento que delineia os direitos humanos básicos e que, para muitos, é uma norma consuetudinária do Direito Internacional, em que demonstra o comprometimento de todos os povos e países em salvaguardar os diretos ali proclamados, conforme seu Preâmbulo (DUDH, 1948).

> A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios estados-membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Por tratar-se de uma resolução, distinto de tratados com observância compulsória de seus signatários, a DUDH prestou-se como fundamento para o surgimento, em 1966, de dois protocolos obrigatórios: o Protocolo de Direitos Civis e Políticos e também o Protocolo de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, que embasam milhares de normas constantes nos ordenamentos de cada país no mundo.

Após a DUDH, várias declarações, convenções, protocolos e resoluções surgiram em busca de promover a dignidade da pessoa humana, princípio basilar dos direitos humanos.

O Brasil assinou os dois protocolos acima citados, trazendo mais essa fonte heterônoma para compor nosso ordenamento e ratificar os compromissos da dignidade da pessoa humana que é a viga mestra dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

Quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos completou 45 anos da sua publicação, os países signatários reuniram-se em Viena para a II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, com o intuito de reafirmar os valores outrora elencados na resolução, enfatizaram o caráter histórico dos direitos humanos e suas características de irrenunciabilidade, imprescritibilidade, complementariedade e interdependência. Além disso, pontuaram a relação entre democracia, cidadania, desenvolvimento e direitos humanos.

2.1 A Constituição Federal de 1988

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, também chamada de Constituição Cidadã, foi um divisor de águas em relação à positivação dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. As aspirações de finalidade do legislador originário demonstraram a vontade da Constituição em garantir uma sociedade mais igual, apesar das desigualdades, conforme assevera Marlmenstein. (MARMENSTEIN, p. 62, 2014),

> Desde o preâmbulo o texto constitucional demonstra a que veio. Nele esta posto que a finalidade da República federativa do Brasil é instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Mesmo que se diga que o preâmbulo constitucional não tem natureza jurídica, ainda assim não se pode negar a sua força simbólica e a sua função de orientar a interpretação de outras normas, pois representam as aspirações axiológicas do constituinte.

Outro fator que demonstra o tratamento especial que a Constituição Cidadã deu aos direitos fundamentais foi colocar como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e como objetivo fundamental construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O legislador, ainda em um momento inovador, privilegiou os direitos fundamentais nos primeiros artigos constitucionais e também no artigo 60, que a doutrina classifica como cláusula pétrea, ou seja, cláusulas imutáveis pelo legislador ordinário, os direitos e as garantias individuais.

A Carta de 1988 não foi apenas generosa na exposição dos direitos fundamentais, mas também foi bastante incisiva nas garantias para a efetivação de tais direitos, seguindo os conselhos de Norberto Bobbio que defendia que "não basta enunciar os direitos, é preciso, sobretudo, protegê-los e concretizá-los." (BOBBIO, 1992) e também dos autores Boaventura de Souza Santos, Maria Manuel Leitão Marques, João Pedroso e Pedro Lopes Ferreira "não há democracia sem o respeito pela garantia dos direitos dos cidadãos". (SANTOS, MARQUES, PEDROSO, FERREIRA, 1996, p.483)

A Constituição Cidadã também corrobora com vários princípios capazes de promover a dignidade da pessoa humana, como o princípio da igualdade, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e o princípio da solidariedade.

Como se pode depreender, o legislador não foi omisso em relação à norma, pois dispositivos garantidores de tais direitos humanos e fundamentais são muitos, mas, apesar de legitimados em pactos, resoluções, convenções e na Constituição, tal direito encontra contradição quando nos deparamos com a dicotomia igualdade formal *versus* igualdade material.

Nesse contexto, destaca-se a dicotomia acima mencionada no que se refere ao direito à educação, à sua efetivação, às políticas públicas e às políticas de inclusão social.

2.2 A classificação dos direitos humanos e o direito à educação

Em 1979, Karel Vasak propôs uma classificação dos direitos humanos em três gerações, baseado no lema da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Os direitos considerados de primeira geração são os direitos civis e políticos; os de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais e os de terceira geração são os

chamados direitos de fraternidade. (MARMELSTEIN,2003, edição eletrônica)

Segundo a classificação de Vasak, o direito à educação é um direito humano de segunda geração ou dimensão, rol de direitos que cobram um fazer por parte do Estado, ou seja, o indivíduo pode cobrar do Estado ações capazes de satisfazer suas necessidades quer seja em prestações materiais (educação, saúde, segurança pública), quer seja em prestações normativas (criação de normas jurídicas que tutelam interesses individuais).

Internacionalmente, esse direito é positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), artigo XXIV:

> 1.Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Conforme determinou o artigo acima citado da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é inegável a universalidade e a gratuidade do direito à educação pelo menos no que tange à educação nos graus elementares e fundamentais, destacando que a efetivação desse direito proporcionará uma sociedade fortalecida no respeito aos direitos humanos e na promoção da paz.

Percebe-se também a positivação do direito à educação, a nível internacional, por meio do Protocolo sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (1966) no artigo 13, conforme transcrição abaixo:

> Artigo 13, §1° [...] "Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. §2. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito: 1. A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos. 2. A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito. 3. A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito. 4. Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária. 5. Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente. 6. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais, de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. 7. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1º do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado" .

O protocolo supracitado ratifica as intenções da Declaração Universal dos Direitos Humanos e delimita o objetivo de assegurar o direito à educação, de forma ampla desde a educação de base até a educação de nível superior, melhorando o nível do corpo docente, garantindo os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Percebe-se que a problemática dos direitos humanos é assunto recorrente junto às sociedades contemporâneas. Efetivados ou violados, afirmados ou negados, no plano interno ou externo, esses direitos vêm tendo um destaque muito especial na vida cotidiana, individual ou coletiva no mundo moderno, conforme preconiza Norberto Bobbio (BOBBIO, 1992, p.75)

> Não existe atualmente nenhuma carta de direitos que não reconheça o direito à instrução – crescente, de resto, de sociedade para sociedade – primeiro, elementar, depois secundária, e pouco a pouco, até mesmo, universitária. Não me consta que, nas mais conhecidas descrições do estado de natureza, esse direito fosse mencionado. A verdade é que esse direito não fora posto no estado de natureza porque não emergira na sociedade da época em que nasceram as doutrinas jus naturalistas, quando as exigências fundamentais que partiam daquelas sociedades para chegarem aos poderosos da Terra eram principalmente exigências de liberdade em face das Igrejas e dos Estados, e não ainda de outros bens, como o da instrução, que somente uma sociedade mais evoluída econômica e socialmente poderia expressar.

No Brasil, o direito à educação está positivado no título dos Direitos e das Garantias Fundamentais da CF/88, no art6º: "[...] São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

O legislador afirmou que tais direitos possuem aplicabilidade imediata, conforme artigo 5º,§2º, "[...] as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Trata-se de uma presunção de imediata aplicabilidade para o alcance da máxima eficácia dos direitos fundamentais.

Segundo a professora Carmem Lúcia Antunes Rocha, a educação é um direito sem cujo exercício todos os demais remanescerão. (ROCHA,1997,p.82)

A Constituição de 1988 ainda explica a função da educação e a necessidade da priorização desse direito visando a construir uma sociedade mais justa e igualitária, conforme o artigo 206, "[...] A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

O Brasil participou da Conferência realizada em Jomtien na Tailândia de 5 a 9 de março de 1990, evento esse organizado pela Organização das Nações Unidas para a Educação e Cultura (UNESCO). Esse evento ficou mais conhecido como Conferência Mundial sobre Educação para Todos e resultou no documento intitulado de Declaração Mundial sobre Educação para Todos. Suas principais determinações e objetivos foram acatados por diversos governos, principalmente o brasileiro, fato visível por meio da elaboração da Lei das Diretrizes e Bases da Educação (LDB) (1996) e Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN) (1997).

Malgrado a boa intenção do legislador em priorizar tais direitos, na realidade, o direito à educação está longe de ser efetivado. Segundo dados da própria UNESCO, do total dos 774 milhões de adultos analfabetos no mundo, 72% deles estão em dez países, entre eles, o Brasil, ocupando o 8º lugar. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), o Brasil possuía, no ano de 2013, 13,2 milhões de analfabetos, com idade superior a 15 anos. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2015, edição eletrônica)

Esses dados são assustadores, e, se considerarmos que não foram contabilizados nesses números os analfabetos funcionais, que são aqueles presentes principalmente nos países industrializados ou em desenvolvimento, que possuem falta de acesso ao conhecimento impresso, às novas habilidades e tecnologias, podemos dizer que são irreais.

É urgente a necessidade de um olhar mais detalhado do Poder Público em relação ao direito à educação, mas também existe uma necessidade ainda maior da sociedade em entender que esse direito à educação não é somente um direito, mas também um dever e que todos os atores sociais precisam reunir esforços em prol dessa conquista, pois é assunto superado, que países que possuem alto índice de analfabetismo e que, portanto, não efetivaram o direito à educação são países os quais têm seu crescimento econômico e cultural mitigado, visto que a falta de educação irradia consequências negativas em vários outros fenômenos sociais, como a criminalidade e o desemprego.

Sergio Haddad afirma, na Introdução do Relatório sobre o Direito à Educação, realizado pela Plataforma Brasileira de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais, em 2004. (HADDAD, 2004, p.1)

> Conceber a Educação como Direito Humano diz respeito a considerar o ser humano na sua vocação ontológica de querer "ser mais", diferentemente dos outros seres vivos, buscando superar sua condição de existência no mundo. Para tanto, utiliza-se do seu trabalho, transforma a natureza, convive em sociedade. Ao exercitar sua vocação, o ser humano faz História, muda o mundo, por estar presente no mundo de uma maneira permanente e ativa.
>
> A educação é um elemento fundamental para a realização dessa vocação humana. Não apenas a educação escolar, mas a educação no seu sentido amplo, a educação pensada num sistema geral, que implica na educação escolar, mas que não se basta nela, porque o processo educativo começa com o nascimento e termina apenas no momento da morte do ser humano. Isto pode ocorrer no âmbito familiar, na sua comunidade, no trabalho, junto com seus amigos, nas igrejas, etc.
>
> Os processos educativos permeiam a vida das pessoas. Os sistemas escolares são parte deste processo educativo em que aprendizagens básicas são desenvolvidas. Ali, conhecimentos essenciais são transmitidos, normas, comportamentos e habilidades são ensinados e aprendidos. Nas sociedades modernas, o conhecimento escolar é quase uma condição para sobrevivência e bem estar social.

Corroborando com a necessidade de uma cooperação dos Poderes Públicos e da sociedade, a Declaração Mundial sobre Educação para Todos pontua:

> As autoridades nacionais e locais responsáveis pela educação têm a obrigação prioritária de proporcionar educação básica a todos, mas não se pode esperar delas que proporcionem a totalidade dos elementos humanos, financeiros e organizacionais necessários para essa tarefa. Será necessária a harmonização de ações entre todos os subsetores e todas as formas de educação [...] a harmonização de ações entre o Ministério da Educação e outros ministérios [...] a cooperação entre organizações governamentais e não governamentais, o setor privado, as comunidades locais, os meios de comunicação, os grupos religiosos e a família[...]

Pode-se depreender, a partir desse documento, que os caminhos para a efetivação do direito à educação ultrapassam sua mera positivação, requerendo um esforço de caráter coletivo e inter setorial, que a assegure como um caminho efetivo para redução das desigualdades sociais.

2.3 Educação como caminho para igualdade substancial

O princípio da igualdade encontra amparo no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição Federal de 1998, art 5°, caput "[...] Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade." (BRASIL, 1998)

Conforme o texto constitucional supracitado, o legislador originário mencionou a igualdade formal.

Após o movimento do Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica constitucional, ultrapassado é o método de interpretação literal outrora defendido pela melhor doutrina e pelos juristas.

No contexto atual, a interpretação correta ao princípio da igualdade suplantou a igualdade formal e passou à igualdade material que é aquela em que o Estado é capaz de propiciar meios de uma igualdade efetiva, substancial, usufruída por todos na sua plenitude. Conforme o entendimento de Reali, essa igualdade perpassa os caminhos da educação e, consequentemente, desdobra-se em um crescimento para toda humanidade.

> Pretendem ainda converter a aprendizagem numa atividade que ocorra ao longo da vida, de modo diverso a um modelo que privilegia a sua concentração nos anos da educação básica. Percebe-se que, quando o país se preocupa com a qualidade da educação, não privilegiando somente algumas classes sociais, automaticamente o rendimento acadêmico dos alunos aumentando, consequentemente com o passar dos anos, o nível socioeconômico deste país tende a melhorar. (2015 apud REALI, 2015, edição eletrônica),

Objetivando reduzir esse hiato, medidas afirmativas são desenvolvidas pelo Estado, com o intuito de efetivar a igualdade de oportunidades para todos, possibilitando a inclusão social.

Analisando as medidas afirmativas desenvolvidas no Brasil, desde o governo de Fernando Henrique Cardoso, Luís Inácio Lula da Silva e Dilma Roussef, percebe-se uma tendência estatal em propiciar recursos para que o indivíduo possa competir em igualdade de oportunidades, como os programas Bolsa Escola, Fundescola, Fundef Bolsa Família, Prouni, Fies, Programa de parâmetros curriculares nacionais, Programa de inclusão digital, Programa de merenda escolar e de transporte escolar, Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico.

O Fundo de Manutenção do Ensino Fundamental e de valorização do magistério (FUNDEF) foi o maior projeto relativo à educação do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, sendo criado com o intuito de universalizar o Ensino Fundamental e melhorar a remuneração e o nível pedagógico do magistério por meio de um rateio de arrecadação de impostos para os estados e municípios proporcionalmente ao número de alunos matriculados nas escolas, conforme assevera a professora Gina Vidal Marcílio Pompeu. (POMPEU,2005, p. 162).

O Bolsa Escola foi idealizado por Cristovam Buarque, enquanto reitor e professor da Universidade de Brasília, e copiado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso. O presidente Luís Inácio Lula da Silva unificou alguns programas do governo de Fenando Henrique, como Bolsa Escola, Programa Nacional de acesso à Educação, Bolsa Alimentação, Programa de Auxílio Gás, em um único programa chamado Bolsa Família, conforme o parágrafo único do artigo 1º. Da Lei 10.836 de 2004, ampliando os programas existentes e trazendo um acesso mais amplo à educação de todo país. Um dos requisitos mais importantes para o recebimento do benefício é que o estudante comprove a frequência de 85% na escola.

O Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico (PRONATEC) foi criado no governo da presidente Dilma Roussef, em 2011, por meio da Lei 11.513/2011, com o objetivo de expandir, interiorizar e democratizar a oferta de cursos de educação profissional e tecnológica no país, além de contribuir para a melhoria da qualidade do Ensino Médio público. Segundo dados do MEC entre os anos de 2011 e 2014, por meio do Pronatec, foram realizadas mais de 8 milhões de matrículas, entre cursos técnicos e de formação inicial e continuada. (www.pronatec.gov.br)

Toda essa fundamentação jurídica é importante, mas ainda muito incipiente para alcançar o objetivo de uma sociedade livre, justa e igualitária como preconiza a Constituição Federal. É sabido que tal objetivo só será conseguido se a sociedade passar por um processo gigantesco de educação entendida não apenas como a transmissão de conhecimento, mas também no sentido de formação de cidadania, e, de acordo com Ialê Falleiros, "o papel da escola é ensinar as futuras gerações a exercer uma cidadania de qualidade nova, a partir da qual o espírito de competitividade seja desenvolvido em paralelo ao espírito de solidariedade"(FALLEIROS,2005,p.211)

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

Esta pesquisa foi desenvolvida a partir de revisão bibliográfica do marco teórico escolhido, e ocorreu com visitas a bibliotecas e a sítios eletrônicos da Internet.

Foi utilizado o método dedutivo a partir da reflexão dos pensamentos colhidos durante as leituras empreendidas.

Vale salientar que os autores Ingo Sarlet, George Marmelstein e Gina Pompeu foram fundamentais para as reflexões desenvolvidas, pois tratam com maestria questões referentes à teoria geral dos Direitos Humanos, tendo Gina Pompeu, contribuído de forma contundente nas pesquisas em relação ao direito à educação.

4. ANÁLISE DOS RESULTADOS

Analisando a construção histórica dos direitos humanos e admitindo a dignidade da pessoa humana como princípio ético basilar dos direitos fundamentais, necessário se faz a efetivação de políticas públicas e da união de esforços de toda sociedade para a concreção do direito fundamental à educação.

Nessa toada, observa-se que o ganho advindo dessa possibilidade é um ganho individual, para aquele que tem acesso à educação de qualidade, e também um ganho para o país, visto que a educação é a mola propulsora capaz de impactar positivamente a economia, diminuindo o flagelo da fome e da pobreza, além de ampliar a capacidade para o trabalho.

Conclui-se que o direito à educação ainda está longe de ser efetivado devido à grande dificuldade de efetivação das politicas públicas, por inúmeros motivos como falta de vontade política, por dificuldade cultural de priorização da educação, por falta do agir da sociedade no sentido de cobrar e punir os atores políticos que não priorizam a efetivação desse direito.

5 CONCLUSÃO

Após uma análise do processo histórico de conquistas dos direitos humanos, percebe-se uma evolução em relação ao direito à educação, mas ainda há um caminho longo e árduo a ser percorrido para que tal direito seja efetivado de maneira substancial.

Portanto, necessária se faz a união de esforços do Poder Público e da sociedade para a concreção desse objetivo. Se tal intento for perseguido e concretizado, será algo capaz de construir uma nova realidade social, calcada com bases sólidas na dignidade da pessoa humana, na cidadania, na democracia, no livre acesso ao poder, à política, aos bens de consumo, às oportunidades.

Sociedades que não conseguem desenvolver esse espírito igualitário, de solidariedade, de partilha, carregarão o estigma de que uns podem alimentar-se, comer, vestir, possuir trabalho, lazer, educação e dignidade; enquanto outros têm esses direitos negados.

REFERÊNCIAS

PLATÃO. **A República**. Tradução Édson Bini. São Paulo. Edipro, 2012.

HENRIQUES, Mendo Castro. **Introdução à Política de Aristóteles** Edição Bilíngüe, Lisboa. Vega, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgong. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo. Atlas, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciências Políticas e Teoria do Estado**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro. Campus,1992.

LIMA, George Marmelstein. Crítica à teoria das gerações dos direitos fundamentais **Jus Navigandi**, Disponível em: http://jus.com.br/artigos/4666. Acesso em: 22 de junho de 2015.

HADDAD, Sergio. **O Direito à educação no Brasil**. Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação. Curitiba. DhEsc Brasil, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA , Pedro Lopes**. Os tribunais nas sociedades contemporâneas.** Porto: Afrontamento, 1996.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação controle social e exigibilidade judicial.** São Paulo**.** ABC Editora, 2005.

DOROTEU, Leandro Rodrigues. apud Reali. Políticas Públicas pelo Direito à educação no Brasil. **Artigos Jurídicos.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12209 Acesso em: 7 de abril de 2015.

FALLEIROS, I. Parâmetros Curriculares Nacionais para a Educação Básica e a construção da nova cidadania. **A nova pedagogia da hegemonia:** estratégias do capital para educar o consenso. São Paulo: Xamã, 2005. p. 211.

FOLHA DE SÃO PAULO, www1.folha.uol.com.br/educacao/2014/01/1404371-brasil-e-o-8-pais-com-mais-adultos-analfabetos-aponta-unesco.shtml

O DIREITO A UMA DEFENSORIA PÚBLICA TRABALHISTA

Kerley Christine Fernandes Ribeiro
Vivianne Machado Bezerra
Ana Virgínia Porto

RESUMO

Este artigo tem por objetivo demonstrar que o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, apesar de, a priori, ser entendido como um facilitador para que o hipossuficiente consiga adentrar, de forma mais célere e menos burocrática, na Justiça Laboral, na verdade, ele macula princípios constitucionais, como da isonomia, da ampla defesa e do contraditório, da não afastabilidade do judiciário, do processo em tempo hábil, da socialização e, portanto, em um contexto mais amplo, fere a dignidade da pessoa humana que é um dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito. Assim, argumentaremos a necessidade da instituição de uma Defensoria Pública do Trabalho para que o trabalhador possa lutar com paridades de armas junto ao empregador e que, dessa maneira, ele seja detentor do direito substancial e não apenas formal consagrado constitucionalmente pelo princípio do acesso à justiça.

Palavras-chave: *Jus postulandi*. Hipossuficiente . Justiça. Dignidade.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate that *jus postulandi* in labor courts, although a priori be understood as a facilitator that poorer workers can use to enter in a faster and less bureaucratic way in Labor Justice, in truth it damages constitutional principles of equality and the ampla defesa and contraditória, the afastabilidade do judiciário, the process in due time, the socialization and therefore in a larger context it hurts Human Dignity which is one of the foundations of the democratic state. So, we will argue the need of the institution of a Public Defender Labour so the employee can fight with arms parities next to the employer and this way he will be the holder of a substantial law and not just formally enshrined constitutionally on the Principle of Access to Justice.

Key-Word: *Jus Postulandi. Poorer works. Justice. Dignite*

1 INTRODUÇÃO

Pretende o presente artigo tecer considerações acerca do princípio do livre acesso à Justiça no âmbito da Justiça do Trabalho, notadamente diante do princípio do j*us postulandi* aplicado na área do processo laboral, tendo em vista a inexistência de Defensoria Pública organizada para prestar a assistência judiciária gratuita aos trabalhadores.

O acesso à justiça, enquanto princípio constitucional, tem sido entendido como instrumento de efetivação dos direitos humanos, o que se viabiliza no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio de inúmeros métodos, dentre os quais se pode destacar, no Processo do Trabalho, o alargamento da capacidade postulatória e a assistência sindical.

Nessa toada, será debatido o princípio da isonomia perante o princípio do j*us postulandi*, para fomentar a análise da problemática da igualdade de condições entre as partes para deduzir suas pretensões em juízo. Para tanto, descreveremos a evolução dos direitos humanos assim como sua efetivação por meio do acesso à justiça, a problemática do *jus postulandi* e as implicações advindas deste dispositivo e, por fim, a necessidade da implantação de uma defensoria pública trabalhista.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Direitos humanos e acesso à justiça

Desde a Carta Magna de 1215, já se proclamava que ninguém poderia ter seus bens subtraídos ou ser sumariamente condenado sem um prévio processo legal. Tal dispositivo prenuncia o livre acesso à justiça e ao devido processo legal conhecido nos dias atuais. Com o surgimento do Estado Democrático, tendo como marco histórico a Constituição da França de 1778 e a Constituição Americana de 1781, tais direitos foram positivados.

Em 1948, com a resolução da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o princípio normativo do amplo acesso à justiça passa a integrar o ordenamento jurídico de todos os seus signatários, resguardando, em especial, a efetividade dos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições nacionais. Nessa senda, o artigo 8º da DUDH prevê que: "Toda pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei."

O Brasil, em 1966, assinou o Protocolo dos Direitos Civis e Políticos e o Protocolo dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, trazendo mais essa fonte heterônoma para compor nosso ordenamento e ratificar os compromissos da dignidade da pessoa humana que é a viga mestra dos direitos fundamentais.

A promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) traz como fundamento a dignidade da pessoa humana e como objetivo fundamental construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Os bens da vida, considerados superiores e inalienáveis, uma vez garantidos na Constituição, não mais são meras expectativas decorrentes de cartas de intenções e passam a condição de direitos positivados, passíveis, assim, de proteção jurídica, de maneira que qualquer análise teórica em torno do assunto não tem como deixar de considerar o problema sob a óptica de direito posto. (Alexy, 2008)

Nesse contexto, o acesso à justiça passa a ser considerado como requisito fundamental do nosso sistema jurídico, que pretende, de modo igualitário, garantir, e não apenas proclamar os direitos, no sentido de que a previsão de um rol de direitos materiais seria inócuo sem a previsão de mecanismos para assegurá-los.

O acesso à justiça é, ao mesmo tempo, uma garantia e, em si mesmo, também um direito fundamental; mais do que isso, é

o mais importante dos direitos fundamentais e uma garantia máxima, pelo menos quando houver violação a algum direito, porque, havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral ficam na dependência do acesso à justiça. (SOUZA, 2011, p.84)

Para Wilson Alves de Souza.

> Não resta dúvida de que o princípio do acesso à justiça apresenta-se como essencial à vida em sociedade, de maneira que sem tal garantia jamais se poderia falar em Estado de direito, de nada adiantando todo arcabouço de direitos matérias fundamentais previsto por esse suposto Estado de direito. (SOUZA, 2011, p.84)

No artigo 5º, XXXV, da CF/88: "[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito". Tal dispositivo nos confirma o Princípio do Livre Acesso à Justiça e o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

Ainda no artigo 5º,§1°, da Carta Magna, é estabelecido que "[...] as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Trata-se de uma presunção de imediata aplicabilidade para o alcance da máxima eficácia dos direitos fundamentais.

A capacidade de acessar ao judiciário foi garantida ao cidadão por meio da Constituição Federal em vários artigos, tais como o artigo 5º, XXXV, dispondo que "[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", caracterizando o Princípio da não Afastabilidade do Judiciário e do Livre e Amplo Acesso à Justiça.

No artigo supra citado, inciso XXXIV, ressalta-se que "[...] são a todos assegurados, independente do pagamento de taxas: a) o direito de petições aos poderes públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder".

Como se pode depreender, o legislador não foi omisso em relação à norma, pois dispositivos garantidores de tais direitos humanos e fundamentais são muitos, mas, apesar de legitimados em pactos, resoluções, convenções e na Constituição, tal direito encontra contradição quando nos deparamos com a dicotomia igualdade formal *versus* igualdade material.

2.2 Do acesso à justiça ao *jus postulandi* na justiça do trabalho

Nesse esteio, chega-se à problemática do acesso à justiça, especificamente, à Justiça do Trabalho.

A capacidade postulatória é um dos institutos processuais que estão implicados na viabilização do acesso à justiça. Tem capacidade postulatória, por previsão constitucional e infraconstitucional, o Ministério Público, a Defensoria Pública (CF, art. 134 e LCF 80/94, art. 4º, parágrafo 6º) e o advogado, conforme artigo 36 do Código de Processo Civil, cite-se: "A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver."

A Defensoria Pública tem, por uma de suas finalidades, a representação, no desempenho da assistência judiciária gratuita, da pessoa natural ou jurídica de direito privado.

Importante ressaltar que a capacidade postulatória é um pressuposto de validade processual, ou seja, sua falta gera a nulidade do processo.

Há, entretanto, exceções, quando em alguns casos, é conferida capacidade postulatória diretamente às partes, dentre outras: o *habeas corpus*, impetrável por qualquer cidadão, conforme o artigo 654 do Código de Processo Penal; as causas cíveis com valor menor do que vinte salários mínimos, que podem ser propostas pelos próprios interessados, conforme artigo 9º da Lei dos Juizados Especiais (BRASIL. Lei 9.099, 1995); e as ações trabalhista, para quaisquer dos polos processuais.

A Justiça do Trabalho tem como princípio basilar a defesa do hipossuficiente e, com o intuito de tornar mais célere o acesso à justiça sob a égide dos princípios da informalidade, oralidade e simplicidade, o legislador manteve o instituto do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, que dele se argui que para o empregado contestar suas pretensões em juízo, não há necessidade de um advogado, conforme artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) "[...] os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final".

Jus postulandi é um termo em latim que significa **direito de postular**, ou seja, é o direito de alguém pedir insistentemente, na Justiça, o que julga lhe ser devido. Trata-se do direito de agir em nome das partes. Em regra, essa é uma prerrogativa dos advogados. De acordo com o artigo 36 do Código de Processo Civil, "a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Porém ser-lhe-á lícito, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver". (SOUZA, 2011, p.94)

Não há um entendimento pacificado na doutrina sobre os atributos do *jus postulandi*. O Supremo Tribunal Federal (STF), os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), assim como o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que é a mais alta corte trabalhista, tem o entendimento pacificado que "A Constituição Federal não exclui o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho" (TST -4ª. Turma - RR 32943/91.2 – rel. Ministro Marcelo Pimentel – DJU 30.10.92)

Seguindo o mesmo entendimento dos tribunais trabalhistas, estão os juristas Luciano Viveiros, "É válida a capacidade das partes para postularem, pessoalmente, até que outra lei especial venha manifestar-se contrariamente," (VIVEIROS, 1997, p.90) e Vicente José Malheiros da Fonseca, "A tutela jurisdicional não pode ser negada àqueles que não tenham condições ou que não queiram contratar advogados aos que não desejam ou não podem contar com a assistência do Sindicato ou do Estado, na defesa de seus direitos ou interesses". (FONSECA, 1993, p.126/127)

Apesar da boa intenção do legislador ordinário e também do legislador constitucional em procurar facilitar a vida do trabalhador, buscando um acesso mais rápido ao Judiciário e também um processo mais célere, feriu-se um dos princípios mais consagrados na defesa da dignidade da pessoa humana: o Princípio da Isonomia (KELSEN, 1999) haja vista o trabalhador

não possuir o devido conhecimento técnico, nem entender a complexidade das normas processuais, que conteste suas pretensões em juízo, sendo, portanto, uma luta de desiguais, na qual o trabalhador é ludibriado, em algumas vezes, e, em outras vezes, contenta-se com um acordo vergonhoso pela necessidade urgente de perceber qualquer valor, já que a decisão da lide geralmente é a verba necessária para seu próprio sustento e da sua família.

No entendimento de Mario Antônio Lobato de Paiva, (PAIVA, 2001, edição eletrônica)

> O cidadão que exerce o *jus postulandi* tem um falso acesso à Justiça, pois assegurar a um leigo seguir em frente com sua reclamação trabalhista pelos degraus da Justiça do Trabalho e obter êxito é ilusório, uma vez que, em algum momento, a falta de técnica lhe será cobrada.Se imaginarmos que o reclamante ao estar sozinho perante o Judiciário, sem as devidas condições técnicas para tanto, de certo modo, torna a justiça mais lenta, visto não ter conhecimento do direito material e processual a ser perseguido.

Portanto, o magistrado que deveria preocupar-se unicamente em resolver a lide e devolver a paz social com justiça, terá que se preocupar em analisar todos os pressupostos formais do processo, o que seria desnecessário se o requerente estivesse acompanhado de um profissional com conhecimento técnico.

Percebe-se que o Princípio do Acesso à Justiça, que está sendo mitigado pelo exposto acima, acaba por também mitigar outro princípio constitucional, o Princípio do Processo em Tempo Razoável.

O processo, o tempo do processo e a justiça são elementos indissociáveis para a finalidade maior do Direito que é a de devolver a paz social, com justiça e em tempo hábil.

É importante ressaltar que muitas vezes, o autor da lide chega ao final do processo, tendo ganhado a ação trabalhista, mas, devido à morosidade da justiça, aquele direito pleiteado ou já não o serve mais ou existe uma sensação social de impunidade. O intuito do Direito não é este. Assim, espera-se do ordenamento jurídico de um país a elaboração de procedimentos mais céleres, não obstante ter o devido cuidado para que a celeridade não perpasse os caminhos da ineficiência, perdendo a qualidade das decisões.

Fere-se também o princípio constitucional implícito do Contraditório e da Ampla Defesa, visto que a parte que se apresenta sem advogado não está lutando com paridade de armas como a parte mais desenvolvida economicamente.

Além disso, quando o empregado sente a necessidade de ter ao seu lado um profissional do direito, por perceber que não é detentor de conhecimento técnico do direito material violado, o advogado solicita cerca de 20% (vinte por cento) do valor da causa o que, certamente, fará falta ao empregado, que, na maioria das vezes, ainda não conseguiu sequer voltar ao mercado de trabalho.

De outra sorte o *jus postulandi* é considerado em juízos de primeira e segunda instância, sendo impossível chegar em grau de recurso aos Tribunais Superiores sem a presença de um advogado, conforme já sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) por meio da Súmula 425*:* "[...] O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho". (duplo grau de jurisdição).

Dr. Paulo Roberto Pereira, Procurador Chefe do Ministério Público do Trabalho do Estado de Santa Catarina, considera que "às vésperas do Terceiro Milênio, não é mais possível admitir que o cidadão venha postular na Justiça, seja comum ou especializada, federal ou estadual, sem a presença de um patrono capaz de assisti-lo e orientá-lo devidamente na busca de seus direitos". (PAIVA, 2001, edição eletrônica)

Dr. Luiz Alberto de Vargas, Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, (PAIVA, 2001, edição eletrônica)

> Na falta da presença do advogado, tem-se uma queda considerável da qualidade do serviço prestado ao cidadão e sérias consequências à própria justiça. A própria segurança jurídica fica comprometida, pois, dependendo do poder econômico da parte, a contratação de advogados mais ou menos qualificados certamente influenciará no resultado da lide.

A melhor solução é a obrigação de que toda a parte se faça acompanhar de advogado e que a esse se garanta uma remuneração condigna, vinculada à sorte da demanda. Quanto aos carentes, é obrigação do Estado a assistência judiciária integral.

Portanto, em respeito ao acesso à justiça, à igualdade, à isonomia, ao contraditório e à ampla defesa, à dignidade da pessoa humana, sem dúvida, o *jus postulandi* conferido ao empregado não é algo que traga mais benefícios do que malefícios. Não adianta ter acesso à Justiça se essa justiça não é de qualidade. O litigante, ao fim do processo, geralmente, sente-se injustiçado, e o maior objetivo do Poder Judiciário é maculado, trazendo insegurança jurídica para toda sociedade.

2.3 Assistência judiciária e defensoria pública no âmbito trabalhista.

Seguindo essa linha de pensamento, torna-se clara a necessidade real, apesar de prescindida em lei, de se constituir advogado para ingressar na Justiça do Trabalho. Se analisarmos que os direitos fundamentais, como acesso à justiça, são irrenunciáveis e indisponíveis, não podendo o próprio ser humano dele dispor ou renunciar jamais, poderíamos aceitar que o legislador de alguma forma possa ferir esses direitos.

Faz-se necessário ser observada a nova hermenêutica constitucional, consagrada no movimento do Neoconstitucionalismo, a qual deve ser ampliada a interpretação da Carta Magna, irradiando essa mutação constitucional a interpretação de todo ordenamento jurídico. Nesse contexto, não se pode interpretar a Constituição Federal e nenhuma lei de forma apenas gramatical ou literal.

Assim, ao interpretar o artigo 791 da CLT, supracitado, temos de levar em conta os princípios norteadores dos direitos fundamentais e, sem dúvida, chegarmos à conclusão da

necessidade de adimplir nossos compromissos internacionais e internos de respeito aos direitos e às garantias fundamentais, instituindo defensores públicos para assegurar a defesa dos litigantes junto à Justiça do Trabalho.

Conforme o art.14 da Lei Complementar n° 80 de 12 de janeiro de 1994(BRASIL, Lei Complementar 80,1994, art 14) a Defensoria Pública da União atuará junto, dentre outras, à Justiça do Trabalho, conferindo à ceara trabalhista a possibilidade de criação da referida instituição para conferir representação jurídica àqueles que dela necessitam.

Na prática, tal dispositivo da Lei Complementar não se efetiva, haja vista a Defensoria Pública da União não ter atingido o número de defensores suficientes para atuarem nos fóruns federais.

A União deixa esse assunto esquecido para evitar gastos de estruturação com pessoal e estrutura pública para a efetivação da ampliação da competência da Defensoria Pública na Justiça do Trabalho.

Mas, em 4/6/2014, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias receberam a Emenda 80, passando a vigorar acrescidos do artigo 98, que estabelece:

O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

> § 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.
>
> § 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo às regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.
>
> Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Doravante a emenda supracitada, percebemos que o legislador constitucional estabeleceu prazos para que fossem estabelecidas defensorias públicas que suprissem a demanda, entendendo o legislador que a atual situação em muito fere a proposta oferecida por um Estado Democrático de Direito no item acesso à justiça.

Certamente, esse maior número de servidores atenderá de forma mais célere aqueles que necessitam, e, consequentemente, essa emenda irá beneficiar e pôr em prática a Lei 80 de 1994, anteriormente citada.

Outro ponto relevante é a previsão legal da assistência judiciária a quem dela necessitar, conforme alui a Lei 1060/50 (BRASIL, Lei 1060, 1950, art 2°)

> Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.
>
> §Único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

No âmbito da Justiça do Trabalho, a Lei 5584/70 (BRASIL, Lei 5584, 1970) dispõe no art 14 [...] "na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador"

O art 16 da supracitada lei [...] "Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente".

Ruy de Azevedo Sodré (2015 apud PAIVA, 2015, edição eletrônica),

> Em primeiro lugar, o operário tem à sua disposição o seu sindicato, que é o seu órgão de defesa, o qual, por intermédio de seus advogados, dará a necessária assistência, não só investigando sobre a procedência ou não da sua queixa, como a levando ao pretório trabalhista, para o seu normal processamento. Aliás, o artigo 513 da Consolidação das Leis do Trabalho outorga ao sindicato a prerrogativa de representar perante as autoridades judiciais os interesses individuais dos associados. No sindicato, portanto, encontrará o operário a sua defesa. E, por outro lado, a intervenção daquele órgão, ouvindo o associado, fará com que haja diminuição de um grande número de questiúnculas desprovidas de qualquer fundamento, evitando, por essa forma, enorme dispêndio de energia, de tempo, de dinheiro, o congestionamento da justiça, e, mais do que tudo isso, o acirramento de ânimo entre empregados e empregadores.

Mais uma vez, malgrado a intensão do legislador em proteger o hipossuficiente, disponibilizando a pessoa do Sindicato profissional da categoria para a prestação da assistência jurídica, na prática, compromete o livre acesso à justiça, visto a demanda ser muito grande e os assistentes jurídicos dos sindicatos não conseguirem supri-la.

Esse poder conferido ao sindicato é também uma fonte de renda, pois, conforme citado anteriormente, os honorários pagos pelo vencido reverterão em favor do sindicato, e muitos deles não querem perder tal benefício. Novamente nos deparamos com uma luta de interesses, e o órgão que deveria ser pró- empregado será parcial e obviamente irá obstar qualquer movimento social ou legislativo em defesa do amplo acesso à Justiça do Trabalho por meio da contratação de defensores públicos do trabalho.

Friza-se que não há como se falar em acesso à justiça monopolizando esse acesso aos sindicatos. Não pretende este artigo eliminar o *jus postulandi* nas primeiras instâncias da Justiça do Trabalho. O intuito de propor-se a Defensoria Pública do Trabalho é ampliar o acesso, pulverizando esse acesso, garantindo uma isonomia material e corroborando com a dignidade da pessoa humana, princípio basilar de um Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil.

Dessa forma, injustificável tanta polêmica a respeito, já que se admitir o *jus postulandi*, hoje, não é sinônimo do melhor raciocínio e conhecimento jurídico mas sim de mais uma maneira de atacar os advogados". Em seu trabalho, conclui que a postulação é um direito irrenunciável que se estampa como exigência indeclinável da própria Justiça, porém a

postulação no processo trabalhista não há que figurar como simples fantasia legal, colocada em ângulo sombrio e a título de mera espectadora.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

A pesquisa foi desenvolvida a partir de revisão bibliográfica do marco teórico escolhido. As pesquisas se deram com visitas a bibliotecas e sítios eletrônicos da internet.

Foi utilizado o método dedutivo a partir da reflexão dos pensamentos colhidos durante as leituras empreendidas. A análise dos dados deu-se a partir da perspectiva da teoria geral dos Direitos Humanos.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Há de se ponderar que o litigante, para o manejo do *Jus postulandi* de forma efetiva, deve ter condições para reconhecer seus direitos e os ilícitos que lhe cercam, bem como para propor a ação ou apresentar uma defesa técnica, o que implica, em tese, o pleno conhecimento de todos os elementos jurídicos para sua atuação e a análise das circunstâncias, quando terá maior êxito. Por outro lado, a impossibilidade de identificar um direito passível de ser reivindicado ou, ainda, de reconhecer a possibilidade de uma objeção ao que lhe é vindicado, expõe o cidadão a explícita desvantagem na relação processual.

Não se pretende dizer que essa postulação deva ser brilhante e erudita, mas que, não deva ser restringida a argumentos esdrúxulos e, muitas vezes, vazios de consistência por parte do postulante leigo que notoriamente não possui qualificação profissional adequada para garantir a efetividade da prestação jurisdicional e, consequentemente, a Justiça por todos almejada.

Nas palavras do Dr. Ives Gandra Martins (1998, p.32): "O Direito é a mais universal das aspirações humanas, pois sem ele não há organização social. O advogado é seu primeiro intérprete.". Faz-se necessário lembrar e nunca esquecer a seguinte frase que exprime ao longo da história, sem dúvida alguma, o pensamento majoritário dos mais nobres juristas, advogados, promotores, juízes e do povo em geral que é a seguinte: "sem advogado não há justiça e sem justiça não há democracia".

Para Wilson Alves de Souza, juiz federal, (SOUZA, 2011, p.99)

> O conceito de democracia envolve os aspectos políticos, econômico e social, a partir da ideia de igualdade de oportunidades a todos, e do objetivo constante de uma garantia de igualdade digna a todos os cidadãos. Assim, se o princípio do acesso à justiça está relacionado com o princípio democrático, relacionado está igualmente com o princípio da socialidade, ou seja, todos esse princípios estão inter-relacionados. Em síntese, o princípio do acesso à justiça mostra-se mais claramente relacionado com o princípio da solidariedade, quando se verifica a necessidade de preocupação do Estado em atender a população mais pobre mediante política que garanta efetivamente a gratuidade do acesso à justiça e dos serviços de assistência jurídica e assistência judiciária.

O aludido juiz federal ainda enfatiza: "o Estado que não garantir a via judiciária, impondo soluções aos conflitos por ato próprio, não pode, evidentemente, ser qualificado como Estado democrático". (SOUZA, 2011, p.99)

Nas palavras de Boaventura de Souza Santos, Maria Manuel Leitão Marques, João Pedroso e Pedro Lopes Ferreira:

> O acesso ao direito e à justiça é a pedra de toque do regime democrático. Não há democracia sem o respeito pela garantia dos direitos dos cidadãos. Estes, por sua vez, não existem se o sistema jurídico e o sistema judicial não forem de livre e igual acesso a todos os cidadãos, independentemente da sua classe social, do sexo, da raça, da etnia e da religião. (SANTOS; MARQUES; PEDROSO; FERREIRA, 1996, p. 483)

Alguns doutrinadores defendem o papel do Ministério Público do Trabalho (MPT) como um dos atores facilitadores do acesso à justiça. Vale frisar que o MPT atua para garantir e promover os direitos sociais dos trabalhadores. Atua na defesa dos interesses difusos e coletivos da sociedade.

Apesar da vasta competência do Ministério Público do Trabalho (MPT), este irá atuar quando o interesse público estiver sendo mitigado, quando os interesses coletivos e individuais indisponíveis na área trabalhista estiverem sendo violados.

Assim, percebe-se que a atuação do MPT é restrita ao interesse púbico e aos interesses coletivos e individuais indisponíveis, deixando, no caso concreto, os interesses individuais fora da sua competência, devendo ser ampliada para a efetivação do Princípio da Isonomia e do Amplo Acesso à Justiça.

5 CONCLUSÃO

Analisando a construção histórica dos Direitos Humanos, percebemos que a dignidade da pessoa humana, como princípio ético basilar dos direitos fundamentais, tem como principal instrumento para seu resguardo o livre acesso à justiça. Isto porque todos os demais direitos fundamentais, uma vez lesionados, hão de encontrar na prestação jurisdicional sua efetividade e concreção.

Nessa perspectiva, o amplo acesso ao judiciário, a princípio, veicula intenção legislativa de reafirmar a instrumentalização de direitos fundamentais. O *jus postulandi*, na Justiça do Trabalho, portanto, materializa tal intuito legislativo de garantir esse acesso, emprestando capacidade postulatória às partes litigantes na seara laboral, na qual inexiste atuação de Defensoria Pública, por ausência de previsão legal.

Entretanto, esse instituto se mostra frágil e incabível em um Estado Democrático de Direito, pois o direito de postular em juízo sem a presença de um profissional com conhecimentos técnicos acaba por viabilizar afronta inequívoca ao Princípio da Isonomia, à medida que expõe o trabalhador, desprovido de conhecimentos técnicos, a circunstância processual de vulnerabilidade perante a outra parte devidamente representada por profissional habilitado.

De outro lado, a assistência judiciária facultada às entidades sindicais não se mostra suficiente para viabilizar o acesso seguro do trabalhador.

Desse modo, o Estado que se diz democrático não pode eximir-se de tutelar tal direito ao hipossuficiente e, como

garantidor da igualdade, da isonomia, não pode eximir-se de propiciar meios ao livre acesso à justiça; o acesso à justiça em seu significado mais amplo não pode ser entendido apenas como acessar, adentrar no Judiciário, e sim acesso no sentido de ter uma resposta justa e célere Estatal ao conflito social.

Faz-se necessária a criação da Defensoria Pública do Trabalho, garantindo à justiça, à igualdade, à solidariedade, à dignidade da pessoa humana e, por fim, a democracia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução brasileira: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

FONSECA, Vicente José Malhadeiros da **Reforma da Execução Trabalhista e outros estudos**. São Paulo: LTr, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA , Pedro Lopes**. Os tribunais nas sociedades contemporâneas.** Porto: Afrontamento, 1996.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça.** Salvador: Dois de Julho, 2011

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. A importância do advogado na Justiça do Trabalho. **Artigos Jurídicos**. Disponível em http://www.advogado.adv.br/artigos/2001/mlobatopaiva/importanciadoadvogado.htm. Acesso em 19 de fev. 2015

SODRÉ, Ruy Azevedo.apud PAIVA, Mário Antônio Lobato de. A importância do advogado na Justiça do Trabalho. **Artigos Jurídicos**. Disponível em http://www.advogado.adv.br/artigos/2001/mlobatopaiva/importanciadoadvogado.htm. Acesso em 19 de fev. 2015

VIVEIROS, Luciano **Direito do Trabalho.** Conflitos soluções e perspectivas, 2. ed. Rio de Janeiro : Trabalhistas, 1997.

TRANSGENERISMO INFANTIL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CIVIL

Laura da Silva Reis (Aluna Pesquisadora)[115]
Gabrielle Bezerra Sales (Professora Orientadora) [116]

RESUMO

O presente trabalho é fruto de um projeto de Iniciação Científica do Centro Universitário Christus, o qual se propõe a falar sobre o Transgenerismo, mas especificamente a ocorrência desse fenômeno em crianças, tendo em vista os casos atuais de crianças transgêneros, conforme serão explicitados. O cerne do artigo será analisar a ocorrência do transgenerismo infantil no que diz respeito a uma análise Constitucional e Infraconstitucional, com ênfase na legislação do Código Civil de 2002, investigando até em que vão os níveis de aceitação social e jurídica desse fenômeno, em âmbito constitucional e infraconstitucional. Será feita também uma análise sociológica, permeando a questão do pluralismo jurídico e por fim, o direito à diferença como corolário essencial à concretização do direito à igualdade pautada na ideia de autonomia do ser humano, tendo em vista que as crianças também possuem autonomia, mas com tratamento especial por se apresentarem como seres em desenvolvimento.

Palavras-chave: Transgnerismo Infantil; Constituição Federal de 1988; Igualdade.

RESUMEN

El presente trabajo se propone hablar sobre el transgenerismo, pero específicamente la incidencia de este fenómeno en los niños, a la vista de los casos actuales de los niños transexuales, como se explicará. El núcleo artículo analizará la incidencia de la transexualidad niño con respecto a un análisis constitucional infra constitucional y, haciendo hincapié en la legislación del Código Civil de 2002 , para investigar dónde vendrán los niveles de aceptación social y legal de este fenómeno en el marco constitucional e infra. También se realizará un análisis sociológico, impregnando la cuestión del pluralismo jurídico y, por último , el derecho a la diferencia como un corolario esencial para la realización del derecho a la igualdad guiado la idea de la autonomía del ser humano, con el fin de que los niños también tienen autonomía, pero con un tratamiento especial mediante la representación de sí mismos como en el desarrollo.

PALABRAS-CLAVE: Transexualidad niño; Constitución Federal 1988; Igualdad.

115 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Christus- 6º Semestre. Aluna participante da Iniciação Científica com o tema Transgenerismo Infantil: Uma Análise Civil-Constitucional. Email: laura13001@hotmail.com

116 É Doutora em Direito pela Universidade de Augsburg (Alemanha)- UNIA sob a orientação do Prof. Dr. Joerg Neuner, graduada e mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará- UFC. Professora e Coordenadora Geral do curso de Direito do Centro Universitario Christus. Professora-Orientadora do Projeto de Iniciação Científica- Transgenerismo Infantil: Uma análise Civil-Constitucional. Email: gabriellelinhares@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Cumpre esclarecer que o transgenerismo é concebido, por alguns integrantes da classe médica como um tipo de transtorno mental. Recentemente, no dia 02 de julho de 2014, o Dr. Mchugh, psiquiatra, declarou no *Wall Street Journal*, por meio de um texto intitulado *"Transgender Surgery Isn't The Solution"* que o transgenerismo consiste em uma doença mental. Ele afirmou ser biologicamente impossível a mudança de sexo, e que os médicos que promovem a transgenitalização[117], que é a cirurgia para mudança de sexo, estão colaborando para o agravo de uma desordem mental. (BLOGSPOT, 2014).

No entanto, o transgenerismo pode igualmente ser

117 Franco, ao falar da sua experiência no Hospital Universitário da Universidade do Rio de Janeiro- UFRJ, no que tange aos métodos da cirurgia de transgenitalização aduziu que "A seleção dos pacientes para operação de transgenitalismo obedeceu à avaliação de equipe multidisciplinar, atendendo aos critérios definidos, após dois anos de acompanhamento conjunto: diagnóstico médico de transexualismo; paciente maior de 21 anos; ausência de características físicas inapropriadas para a mudança; apoio de pelo menos um familiar próximo. Tendo em vista a complexidade e a irreversibilidade destes procedimentos, vários especialistas estão envolvidos, entre os quais psiquiatras, assistentes sociais, endocrinologistas, geneticistas, urologistas e cirurgiões plásticos." A rotina do atendimento interdisciplinar da cirurgia de transgenitalização, consiste nas palavras de Franco em: triagem; Demanda espontânea ou referida para cirurgia de transgenitalização; Avaliação Psiquiátrica no ambulatório de Saúde Mental; Entrevista para avaliação e esclarecimento do funcionamento do Programa de acordo com os critérios do Conselho Federal de Medicina; · Abertura do Prontuário; Entrevista com o Serviço Social; Avaliação pela Endocrinologia; Encaminhamento para Psicoterapia no Ambulatório de Saúde Mental; Avaliação pela Urologia; Avaliação pela Cirurgia Plástica; Concordância e assinatura no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido; Realização da cirurgia de transgenitalização; Acompanhamento pós-operatório de, pelo menos, seis meses. (2010, p. 427).

A Resolução nº 1955 de 2010 do Conselho Federal de Medicina regulamenta a cirurgia de transgenitalização no ordenamento jurídico brasileiro.

considerado como fruto da expressão de gênero do indivíduo, atrelada à identidade, isto é, como um direito de ter reconhecida a sua identidade em toda a sua complexidade, devendo prevalecer a noção de dignidade da pessoa humana, sobretudo, daqueles que são rotulados como "diferentes".

Atualmente, nos movimentos pelas lutas dos direitos dos indivíduos transgêneros, considera-se que o transgenerismo refere-se à condição e à expressão da identidade de gênero de uma pessoa.

Os indivíduos transgêneros são aqueles designados pelo senso comum como travestis, *drag queens*, transexuais, transformistas, dentre outros, que se encaixem na acepção do termo transgênero. Nesse sentido, o prefixo *trans* serve para designar os atravessamentos do corpo e da alma, ao qual o indivíduo se submete para empreender a plena expressão da sua identidade.

A Doutrina da Proteção integral da Criança elevou a criança e o adolescente ao status de sujeito de direitos. Diógenes (2010, p. 10) expõe, em sua obra, que na antiguidade crianças que não nasciam saudáveis chegavam a ser descartadas, ou até os bebês chegavam a ser mortos, pelo simples pretexto de ter que haver um controle de natalidade.

Segundo a autora, na idade média o que era mais comum era o abandono de crianças pelo fato de serem indesejadas, sobretudo, as crianças do sexo feminino. Outro momento que demonstra a ocorrência de descaso com as crianças ocorreu durante a Revolução Industrial, pois nesse período as crianças chegavam a ser escravizadas, trabalhando mais que adultos e ganhando bem menos que eles. Isso configurava um verdadeiro abuso, de acordo com a autora, pois usufruíam da mão de obra infantil e não valorizavam as crianças, estando estas longe de serem consideradas sujeitos de direitos.

Em razão da sua condição de ser em pleno desenvolvimento, à criança deve ser assegurada a máxima tutela. Isso se deve, via de regra, à vulnerabilidade que é ínsita a essa condição e igualmente em termos de princípios e valores morais, religiosos, políticos e éticos que definitivamente formatarão a sua personalidade.

Uma criança transgênero normalmente tem toda a sua infância marcada pelo trauma, pela descriminação em razão de sua identidade de gênero por parte daqueles que que poderiam e deveriam fazer para garantir a sua dignidade de forma integral e com absoluta prioridade. Ocorre que, de modo geral, as tratam como um ser que deve seguir a regra imposta pelo círculo social em que vivem, devendo compor um quadro de acordo com o status social de "família perfeita", que seria composta por pai, mãe e filho, ou seja, que não se desvie do padrão irreal de família normal e feliz.

2. A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITO E A OCORRÊNCIA DO TRANSGENERISMO INFANTIL

A Doutrina da Proteção Integral da Criança, amparada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, elevou a criança ao status de sujeito de direito, pois:

> A Constituição Federal de 1988 e a Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1995, 1999), denominada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), trouxeram inúmeras inovações na área de políticas públicas dirigidas a esse segmento; consideraram a infância e a juventude como prioridade absoluta, merecedoras de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado; consideraram crianças e adolescentes como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e merecedores de proteção especial. A mudança nesse modo de sentir e pensar o mundo infanto-juvenil deve-se a um novo sistema que está sendo construído para o século 21: o sistema de Proteção Integral. **Nele se quer a proteção de meninos e meninas não em instituições, mas no sistema multiparticipativo e aberto da cidadania social, cujos sujeitos são anciãos, adultos, adolescentes e crianças**. (OLIVA; KAUCHAGE, 2010, p. 23).

Nesse sentido, Gomes aduz que:

> Dentro dos direitos sociais encontram-se os relativos à criança e ao adolescente. A Constituição de 1988 reconhece a criança e o adolescente **como sujeitos de direitos** (Arts. 5º e 227), lhes garantido o direito à proteção integral (Art. 227) (...). (...) Os direitos da criança fazem parte integrante dos direitos humanos, que o Brasil está obrigado a respeitar por força dos tratados internacionais em vigor, nomeadamente a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989) e os seus Protocolos Facultativos. (2009, p. 03).

Considerando o conceito de transgenerismo, definido pela *Rede Ex Aequo*[118]*,* notabiliza-se que este é "*a ruptura com os papéis de gênero tradicionais*". A aludida rede de apoio enfatiza que na nossa sociedade existem dois papéis sociais clássicos: o de homem e o de mulher, e estes dois papéis sociais estão intimamente ligados à noção de "sexo biológico". (2002-2015).

No que tange aos papéis tradicionais de gênero, cabe dispor do conceito de gênero exposto por Saffioti (2006, p. 4), que, ao tratar da Ontogênese e Filogênese do Gênero, afirma que *"o g*ênero diz respeito às imagens do feminino e do masculino, historicamente construídas". Dessa forma, o papel tradicional que é rompido pelos indivíduos transgêneros consiste nos comportamentos padrões que foram instituídos para homens e mulheres no decorrer da história da evolução social.

Percebe-se então que o transgenerismo infantil seria a ocorrência desse fenômeno com crianças, ou seja, consiste em crianças rompendo com os papéis tradicionais de gênero impostos pela sociedade, que estão ligados à noção de sexo biológico. Assim teríamos crianças, que nascem com sexo biológico feminino, se comportando como se fossem do sexo biológico masculino e vice-versa. Ressalte-se que o conceito não faz referência à doença. Adrián (2010, p. 15) aduz que o "*Trastorno de la identidad sexual en la niñez: se manifiesta antes de la pubertad y se caracteriza por un profundo y persistente malestar en relación con el sexo anatómico y el deseo de pertenecer al otro sexo".*

O cerne da questão do presente trabalho está na análise civil

118 A rede ex aequo é uma rede de apoio, quebra de isolamento e ativismo para jovens lésbicas, gays, bissexuais, trans, intersexo e apoiantes entre os 16 e os 30 anos. É uma associação de âmbito nacional e está sediada no Centro LGBT (Rua dos Fanqueiros 38, 3ºesq 1100-231 Lisboa), espaço este cedido pela Associação ILGA Portugal. (Rede Ex Aequo, 2002-2015)

e constitucional do direito que as crianças dispõem ou não de se identificarem como seres transgêneros, ou seja, as crianças podem dispor de identidade de gênero? Se as crianças são sujeitos de direitos, elas são detentoras de todos os direitos dispostos no Ordenamento Jurídico Brasileiro, levando em consideração as limitações impostas, como no que tange à capacidade jurídica (Código Civil de 2002), e no que tange à garantia do direito à igualdade (Constituição Federal de 1988), pois as crianças merecem um tratamento igual e ao mesmo tempo diferenciado. Essa diferença irá contribuir para sua igualdade, no sentido de que esta é um ser em um estado de peculiar desenvolvimento físico, psicológico e mental.

Para respondermos essa indagação, é importante que citemos o dispositivo constitucional que aduz a proteção integral da criança, principalmente no que concerne à garantia de seus direitos, vejamos:

> Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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. (BRASIL, 1988).

O dispositivo evidencia, com bastante clareza, a absoluta prioridade do direito à dignidade e ao respeito, dentre outros, mas a noção de dignidade merece destaque, uma vez que esta, nas palavras de Sarlet (2002, p. 68):

> (...) a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1o., inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Se o Estado existe em função da pessoa, e esta é a sua finalidade, então a garantia da sua dignidade deve se dar por meio de mecanismos que promovam o exercício de seus direitos, e as crianças, que se reconhecem como seres transgêneros, devem ser tratadas tendo em vista a proteção integral e a sua absoluta prioridade.

A discussão acerca do transgenerismo infantil perpassa ainda questão da disposição do próprio corpo para fins de cirurgia de transgenitalização, pois alguns indivíduos, não contentes com o fato de comportarem-se do sexo diferente ao que nasceram, resolvem passar por uma cirurgia de transgenitalização, que consiste numa adaptação do sexo biológico a identidade de gênero do indivíduo.

O Código Civil Brasileiro (2002), em seu artigo 13, caput, consagra que:

> Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Apesar do teor do dispositivo, de modo geral, proibir a disposição do corpo, no que tange à diminuição permanente da integridade física, temos que o Conselho Federal de Medicina inovou por meio da Resolução nº 1.955/2010, reconheceu como legítima a cirurgia de transgenitalização como forma de tratamento do Transexualismo.

Essa resolução também dispõe acerca da definição de transexualismo, que deve obedecer três critérios, quais sejam: desconforto com o sexo anatômico natural; desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; ausência de transtornos mentais. A resolução ainda coloca a idade mínima de 21 anos, para o indivíduo que quer se submeter a esse procedimento, dentre outros critérios de seleção.

Porém, além de a idade mínima ser 21 anos, importa salientar que essa cirurgia é irreversível, ou seja, as crianças que se submetessem a essa cirurgia não poderiam voltar a ser do sexo biológico que nasceram.

Para melhor justificar a ocorrência do transgenerismo podemos citar alguns casos que ficaram conhecidos internacionalmente, os quais dispunham de indivíduos que ainda na infância passaram por uma transformação passando a se vestir e se comportar como se fosse do sexo oposto ao que nasceram, crianças que já a partir de 1,5 de idade demonstraram querer vestir-se diferente do "normal", mudaram as roupas, os brinquedos, e as atitudes passando a agir como um ser do sexo oposto, seja nas brincadeiras, seja no diálogo.

O mesmo ocorreu com crianças de seis anos de idade que também desafiavam a lei nos Estados Unidos, para conseguir ser reconhecida do sexo oposto ao que nasceu um caso que ficou mundialmente conhecido foi o do menino de seis anos, Coy Mathis (The New York Times, 2013), que seus pais lhe apoiando travaram uma batalha para que ele pudesse comportar-se como menina e não sofrer repulsa social e estatal, pois a luta ia do direito mais simples ao mais complexo, partia do direito a frequentar o banheiro de meninas na escola ao direito de mudar sua fisionomia para adaptá-la corpo/fisionomia que desejava, tendo por fim chegar até á cirurgia de transgenitalização.

Assim como Coy, muitas outras crianças vêm sofrendo, não somente nos Estados Unidos, vez que se tratam de crianças que querem ser vistas do sexo que desejam ser, mas que chegam a ter que estudar em casa porque a escola não as aceita, ou quando as aceitam, os outros alunos e pais de alunos se unem em movimentos contra essa aceitação por acreditarem que a escola está dando tratamento diferenciado para alguém.

Destaca-se igualmente, pela mesma fonte, um caso que ocorreu na Alemanha, no qual o pai resolveu usar saia para apoiar seu filho de cinco anos que prefere usar vestidos. Resta a indagação pungente: não seria esse o objetivo da consecução do direito à igualdade para todos os seres humanos, isto é, tratar com desigualdade os desiguais para garantir a sua igualdade?

3. O TRANSGENERISMO INFANTIL E A LEI CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

Antes de adentrarmos na seara de leis nacionais é importante destacarmos a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1989, que Piovesan (2009), em sua obra Temas de Direitos Humanos, informa que esta acolheu o entendimento do desenvolvimento integral da criança, sendo a partir daí reconhecida como sujeito de direitos.

Machado, pautado no pensamento de Lansdown, destaca o conceito de *"evolving capacities"*, ou seja, capacidades em desenvolvimento, que vem prescrito na Declaração Universal dos Direitos das Crianças. Segundo Machado (2011, p 28), esse conceito de capacidades em desenvolvimento, relativo às crianças:

> Tem sido descrito como um novo princípio interpretativo em direito internacional, reconhecendo que as crianças adquirem paulatinamente habilidades melhores, de maneira que há uma reduzida necessidade de direção parental quanto maior for a capacidades para assumir decisões afetas a suas próprias vidas.

Em âmbito nacional a Constituição Federal de 1988, especificamente em seus artigos 227, que já foi mencionado, e os artigos 228 e 229, dispõem acerca da proteção integral da criança por parte da família, da sociedade e do Estado. Quanto à lei nacional infraconstitucional cumpre igualmente destacar o Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA foi aprovado "*sob o manto da nova proposta mundial de tratar as crianças como legítimos sujeitos de direitos e não apenas como seres inferiores, incapazes".* (DIÓGENES, 2010, p. 12).

A Constituição Federal de 1988, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente com sua nova perspectiva, ao disporem sobre a proteção integral da criança nos garantem uma ocorrência do transgenerismo infantil tratada com o devido respeito que merecem todas as crianças, no sentido de serem propostas políticas públicas de conscientização sobre o fenômeno, e objetivando o respeito e tratamento correto por parte da sociedade.

Ao mesmo tempo em que justificam também a criação de clínicas e contratação de profissionais especializados em tratar o caso de transgenerismo infantil, garantindo à criança, desde os primeiros sinais de ocorrência do fenômeno, um acompanhamento psicológico, que deve ser proposto não só para esta, mas também para a família, que deverá ser esclarecida acerca da ocorrência e devido tratamento familiar das crianças para que optam por uma identidade de gênero diferente do sexo biológico que nasceram.

Os artigos 15, 16, 17 e 18, dentre outros, do ECA (Lei Federal nº 8.069, 1990) servem de amparo jurídico para o devido respeito e tratamento que deve ser assegurado às crianças transgêneros, face à garantia do direito às dimensões da identidade, de sua identidade de gênero.

O artigo 15 consagra que a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis, bem explicitada fica a dignidade e sua condição de sujeito de direitos fundamentais.

No artigo 16 podemos destacar o direito à liberdade, que dentre outros aspectos, compreende a liberdade de opinião e expressão, crença e culto religioso, bem como participar da vida política na forma da lei.

O artigo 17 traz o direito ao respeito, que consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais, frise-se a identidade e a autonomia, que serão tratadas num outro tópico e, sobre este artigo Machado (2011, p. 35) prescreve que:

> Sob o dístico "direito ao respeito" na verdade estatui a proteção jurídica de diversas situações subjetivas existenciais, arroladas exemplificativamente, das quais a adolescente figura como titular: integridade psicofísica, direito à imagem, privacidade entre outras.

A citação fala de adolescente porque é o tema do texto do aludido autor, mas o ECA refere-se a crianças e adolescentes. No que tange à identidade, é cabível destacar que *"A teoria do reconhecimento de Hegel permite reconhecer que a identidade de gênero consiste em um dos direitos da personalidade que se fundamentam nas garantias constitucionais".* (UFSC, 2013)

The last but not the least, o artigo 18 que diz ser dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

O indivíduo é considerado criança, de acordo como ECA, até os 12 (doze) anos de idade, no Código Civil de 2002, sendo estes detentores dos direitos de personalidade, uma vez que o artigo 2º prescreve que *"a personalidade da pessoa começa a partir do nascimento com vida"*. (DINIZ, 2003) Acerca da Personalidade, Weber (2014, p. 388) orienta que:

> A personalidade começa quando o sujeito tem consciência de si. Ser pessoa de direito significa ter competência para ser sujeito de direitos. É essa capacidade jurídica que confere dignidade e requer tratamento igual para todos. É a primeira expressão da dignidade.

Apesar de o Código Civil de 2002, colocar as crianças como seres absolutamente incapazes de exercerem por si só os atos da vida civil, torna-se relevante a afirmação de que:

> Ter direito ao respeito à dignidade significa ter o direito de ser respeitado como pessoa enquanto pessoa ou pelo fato de ser Homem. (...) É importante notar que a igualdade decorrente da noção de pessoa de direito diz respeito à capacidade jurídica, portanto, ao ser pessoa, e não ao possível resultado do exercício dessa capacidade. (WEBER, 2014, p. 389).

Se todos, em termos constitucionais e infraconstitucionais,

possuem direito à dignidade[119], e a primeira expressão desta é o tratamento igual, então por que não permitirmos que as crianças expressem, com ajuda e apoio de seus pais e/ou responsáveis, bem como com a ajuda de profissionais especializados no assunto, sua identidade de gênero, já que o desconforto em viver comportando-se de acordo com o gênero (sexo biológico) com o qual nasceu, além de uma afronta à sua dignidade, viola sua liberdade, mesmo que limitada, e viola seu direito à igualdade no que tange à efetivação dos direitos humanos e fundamentais para todos?

Não só a Constituição, mas também a lei infraconstitucional resguarda a proteção com prioridade absoluta, o respeito à liberdade e à autonomia das crianças, devendo ser limitada por se tratar de um ser em desenvolvimento, mas será que essa limitação iria até o ponto de proibi-las de expressar sua identidade de gênero? Será que ter sua identidade reconhecida já na infância não faria parte da sua formação? Até que ponto a família e o Estado devem intervir na educação de uma criança ao ponto de constranger sua identidade de gênero?

4. A PSICOLOGIA DO DESENVOLVIMENTO E O TRANSGENERISMO

A psicologia do desenvolvimento pode ser entendida com uma área do conhecimento que se interessa pelas mudanças constituídas ao longo da vida humana e que busca explicar os fatores que as produzem, ou seja, procura compreender como, por que e para que as pessoas mudam. (PILETTI, 2014, p. 11).

No que concerne ao transgenerismo infantil, é importante analisarmos o desenvolvimento desse fenômeno nas crianças, levando em consideração as fases do desenvolvimento humano em relação ao ambiente. Piletti (2014, p. 33) aduz que:

> O ambiente tem papel essencial em nossa forma de ser humano. Assim, nosso desenvolvimento tem influências e é determinado pelas condições que nos cercam, pelo que está à nossa volta, pela experiência no meio social e físico, como a escola em que estudamos, a família e aqueles com os quais convivemos.

Nessa perspectiva, se faz importante um olhar acerca do ambiente onde se desenvolve a criança transgênero, pois dependendo da forma que os que lhe cercam lidam com essa situação, isso poderá comprometer o seu desenvolvimento de forma saudável.

Terra (2010, p.4) ao citar Piaget, aduz para os 04 períodos no processo evolutivo da espécie humana que são caracterizados "por aquilo que o indivíduo consegue fazer melhor" no decorrer das diversas faixas etárias, quais sejam: 1º período: Sensório-motor (0 a 2 anos); 2º período: Pré-operatório (2 a 7 anos); 3º período: Operações concretas (7 a 11 ou 12 anos) e o 4º período: Operações formais (11 ou 12 anos em diante).

Importante destacarmos o 3º e 4º período, que nas palavras da autora supracitada, temos que:

> **Período das operações concretas (7 a 11, 12 anos):** neste período o egocentrismo intelectual e social (incapacidade de se colocar no ponto de vista de outros) que caracteriza a fase anterior dá lugar à emergência da **capacidade da criança de estabelecer relações e coordenar pontos de vista diferentes (próprios e de outrem) e de integrá-los de modo lógico e coerente**. Outro aspecto importante neste estágio refere-se ao aparecimento da capacidade da criança de interiorizar as ações, ou seja, ela começa a realizar operações mentalmente e não mais apenas através de ações físicas típicas da inteligência sensório-motor (se lhe perguntarem, por exemplo, qual é a vareta maior, entre várias, ela será capaz de responder acertadamente comparando-as mediante a ação mental, ou seja, sem precisar medi-las usando a ação física); **Período das operações formais (12 anos em diante): nesta fase a criança, ampliando as capacidades conquistadas na fase anterior, já consegue raciocinar sobre hipóteses na medida em que ela é capaz de formar esquemas conceituais abstratos e através deles executar operações mentais dentro de princípios da lógica formal.** Com isso, conforme aponta Rappaport **a criança adquire "capacidade de criticar os sistemas sociais e propor novos códigos de conduta**: discute valores morais de seus pais e constrói os seus próprios (adquirindo, portanto, **autonomia)**". (TERRA, 2010, p. 5).

Apesar de a criança se encontrar em uma fase de desenvolvimento de suas capacidades, observamos que esta na idade entre 07 e 12 anos já vai adquirindo a capacidade de estabelecer relações e coordenar pontos de vista diferentes seus e de outrem, e de integrá-los de modo lógico e coerente, sendo assim, não há porque não aceitar a vontade desta, querendo, de se expressar como menina, tendo nascido do sexo biológico masculino e vice-versa, pois levando em consideração sua autonomia, mesmo que limitada, e o seu bem estar, devendo ser garantido com prioridade absoluta.

O transgenerismo infantil ocorrendo, os pais e/ou responsáveis, ao invés de negá-lo, restringindo a educação do filho à imposição de suas vontades, devem deixar que as crianças vivam a expressão de sua identidade de gênero, devem procurar um acompanhamento psicológico para melhor lidar com a situação, podendo o profissional trabalhar melhor o desenvolvimento psicológico da criança, lhe proporcionando uma melhor percepção de suas descobertas e escolhas.

5. AUTONOMIA E EXPRESSÃO DO TRANSGENERISMO INFANTIL E ACEITAÇÃO COM BASE NO PLURALISO JURÍDICO

Na etimologia da palavra autonomia significa o poder de dar a si a própria lei, *autós* (por si mesmo) e *nomos* (lei). Weber (2009, p. 232) adianta que "*a autonomia e a dignidade da*

119 Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet "a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe — ou é reconhecida como tal — em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Ainda nesta linha de entendimento, houve até mesmo quem afirmasse que a dignidade representa o valor absoluto de cada ser humano, que, não sendo indispensável, é insubstituível". Na Constituição Federal de 1988 a dignidade da pessoa humana vem prevista como fundamento do Estado Democrático de Direito, no Título I- dos princípios fundamentais.

pessoa humana, são os dois pilares de um Estado Democrático de Direito". Ao analisar a autonomia em Kant, o autor depreende que:

> Autonomia, portanto, significa escolher aquelas máximas que podem ser queridas como leis universais. A essência do princípio de autonomia é a sua função autolegisladora. Cumprir a lei da qual se é autor é o núcleo chave da concepção de liberdade como autonomia. (WEBER, 2009, p. 236).

As crianças, apesar de serem absolutamente incapazes, em termos de direitos civis, assim como estão em desenvolvimento, não pode ser absolutamente negada a sua autonomia, como já ficou demonstrado no ECA, artigo 17, em consonância com a Constituição Federal de 1988, bem como segue as proposições da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1989.

Desse modo, uma expressão da autonomia da criança estaria em expressar sua liberdade no que tange às escolhas que atenderiam suas necessidades específicas, como no caso do transgenerismo, sua necessidade de comportar-se e ser vista de forma diversa a do sexo do qual nasceu.

Weber (2009, p. 235) ao se referir à filosofia hegeliana, destaca que *"aquele que não reconhece o outro como livre, isto é, não o reconhece como igual na competência da titularidade de direitos ou como indivíduo particular com suas necessidades específicas, degrada-o"*.

Daí, ao rejeitarmos uma expressão de identidade de gênero de uma criança, que deverá crescer sob o manto de uma imposição, pautada em preceitos construídos por uma sociedade que não aceita o diferente, ou não aceita o novo, melhor explicitando, estaríamos degradando não só a sua identidade como também estaríamos degradando o seu direito de existir e de coexistir em harmonia com os preceitos de liberdade, igualdade, autonomia e democracia. Estariam distanciando esses seres em desenvolvimento do entendimento do que seria uma sociedade livre, justa e solidária.

Ao tratar da solidariedade Bodin (1988, p. 169) explica que, esta:

> (...) é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana, e no contexto atual a lei maior é quem determina, ou melhor, exige que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, pois a construção da, já mencionada, sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós.

Então não há motivos para rejeitarmos uma expressão de um direito de um ser que detém dignidade, dentre muitos outros direitos, norteados por princípios e valores que embasam o ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, há quem indague a seguinte questão: crianças não votam, então como deixá-las expressar sua identidade de gênero? Porém, uma coisa é uma criança escolher o representante de toda uma federação, de um estado ou de um município, outra coisa é ela poder exercer sua identidade de gênero levando em consideração seu corpo, sua individualidade.

A autonomia que levaria a criança a poder expressar-se como transgênero, seria limitada assim como todo direito o é, no entanto, esta deve abranger o direito da criança poder escolher vestir-se, dialogar, evidenciar todas as características do sexo oposto ao que ela nasceu se assim o desejar, devendo limitar-se, por exemplo, no que tange a violação da sua integridade física no caso de uma cirurgia de transgenitalização, como já mencionada anteriormente, uma vez que é irreversível, e até mesmo porque nos termos da Resolução nº 1955/2010 do CFM a idade mínima é de 21 anos e a criança ainda está se desenvolvendo suas capacidades.

Os indivíduos transgêneros, em geral, adulto ou criança, sempre sofreram uma repulsa por parte da sociedade, um preconceito advindo de uma sociedade que impunha um padrão de vida voltado para uma construção de "bons costumes", em que o homem deveria se comportar de forma cartesiana, a dizer, de um determinado modo e a mulher de outro, não havendo espaço para aquele indivíduo que quisesse se comportar de maneira diferente do gênero que lhe foi designado ao nascer.

A Constituição Federal de 1988, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, no seu artigo 5º, consagra que *"todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)"*. Nesse sentido, foram travadas diversas lutas de grupos de minorias para assegurar o direito de serem reconhecidos como seres iguais e detentores de dignidade humana.

Saindo um pouco da autonomia como forma de expressão da personalidade e da identidade e, adentrando na seara do pluralismo jurídico, como forma de aceitação desta, Teixeira, dispõe que cabe precipuamente à Constituição democrática garantir o pluralismo jurídico e a tutela da dignidade da pessoa humana:

> O pluralismo consiste em aceitar que uma Constituição democrática não se contente apenas em aplicar a regra da maioria, pois esta ignora as aspirações individuais, bem como os desejos das minorias; corre-se o risco de a realidade se transformar na ditadura da minoria. (...) Em razão do pluralismo, não pode o Estado interferir nas visões substantivas de mundo dos indivíduos. "A prioridade dos direitos fundamentais é o que assegura a configuração de um Estado neutro, isto é, sem compromissos culturais que possam ir além da liberdade individual e do bem-estar dos indivíduos". (2010, p. 93).

O debate acerca do pluralismo jurídico é amplo, mas segundo a autora, trata-se de uma forma de garantia das aspirações individuais, de modo que o Estado e a sociedade não coíbam a autonomia do indivíduo, e trazendo a questão para o contexto do transgenerismo infantil, podemos asseverar que o estado deve garantir os direitos destas que são consideradas sujeitos de direitos e também possuem aspirações individuais.

Estado e sociedade devem adaptar-se às novas aspirações individuais, não sendo cabível um discurso e uma imposição de um segmento jurídico, pautado puro e simplesmente na vontade da maioria, pois um plural é composto por singulares, e esses singulares, possuem anseios específicos e particulares que não devem passar despercebidos, muito menos serem rechaçados pelo simples fato de destoar do entendimento e aceitação da maioria.

Em uma perspectiva de aceitação das aspirações individuais, cabe relembrar que o pluralismo jurídico se perfaz com o conceito de liberdade. Bodin (2003) profere que:

> O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier.

Segundo a doutrinadora, é cabível que, pelo princípio da liberdade, seja garantido o exercício da vida privada, na qual o indivíduo sem interferências de qualquer gênero, possa concretizar suas aspirações, da maneira que lhe for aprazível. As dimensões da identidade, sobretudo, a da intimidade deve ser preservada, respeitada e vivida sem intervenções, nos limites da garantia da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pela aceitação do diferente é consubstanciada por uma luta contra preconceitos, rejeição, constrangimento, desprezo, dentre muitos outros fatores, que permeiam a luta entre o indivíduo diferente da maioria e o indivíduo que vive em consonância com as regras, impostas por um ciclo social, mas que foi fruto de uma construção, e essas regras foram construídas em um contexto social diferente do hodierno e com anseios sociais diferentes.

O trabalho acerca da busca pela aceitação da criança transgênero está longe de ser concluído. Antes de resolver o problema da rejeição social, a criança precisa lidar com repulsa familiar, em que seus pais e/ou parentes, não querem aceitar uma menina comportando-se como um menino e vice-versa, seja por vergonha, seja por ideologia, por convicção religiosa etc.

Parafraseando o posicionamento de Sandel (2013, p. 109), temos que valorizar os filhos, ou qualquer outra criança, como dádivas e aceita-los como são, e não vê-los como objetos projetados por nós, ou produtos de nossa vontade, ou instrumentos de nossa ambição.

Bobbio (1991), ao tratar da Constituição e do tempo, preconizou que uma boa Constituição é aquela que, mesmo não sendo dada a priori, mesmo não contradizendo ou não forçando o espírito de um povo, se adapta pouco a pouco, ou até imediatamente, ao espírito do tempo.

Härbele (1997) ao tratar da teoria da interpretação constitucional dispôs de um controle de participação dos diferentes grupos (a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição), ele propõe uma hermenêutica constitucional para uma sociedade aberta, pluralista. Portanto, a exegese das normas deve adaptar-se as prerrogativas dos cidadãos, e não fechar-se a uma só interpretação. Dessa forma, as crianças transgêneros devem ser amparadas e protegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, e não serem discriminadas por uma expressão de gênero diferente da maioria.

Portanto, os anseios atuais de algumas crianças por liberdade de expressão de gênero, longe de divergir com o que prescreve a Constituição brasileira, só aprofunda a interpretação de seus dispositivos, levando em consideração a dignidade, a igualdade, a liberdade, a autonomia, a sua proteção integral e a absoluta prioridade com a qual devem ser tratadas.

Apesar de muitos que se opõem à expressão do transgenerismo infantil, defenderem seu posicionamento alegando que este fenômeno consiste em um transtorno mental, uma doença, e que os pais ao permitirem e contribuírem para essa expressão de identidade dos filhos e os médicos, ao praticarem a cirurgia de transgenitalização, por exemplo, estariam contribuindo para o agravamento de uma doença, o Ordenamento Jurídico Brasileiro dispõe de legislação cabível para a prática da cirurgia, que é a já mencionada resolução nº 1955/2010 do Conselho Federal de Medicina. Longe de ser um transtorno mental, temos que o transgenerismo é uma expressão de direito que consiste na identidade do indivíduo.

Diante da complexidade do tema, que envolve crianças, seres que dispõe de uma proteção especial, um fenômeno de expressão de gênero, que ainda dispõe de movimentos de luta pela aceitação em adultos, e agora com crianças, não há uma conclusão definitiva, mas só uma breve disposição acerca da necessidade de continuar uma pesquisa nessa seara e acompanhar a construção desse direito de expressão sendo garantido para crianças, bem como suas limitações e possíveis aceitações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. Estudos sobre Hegel. **Direito, Sociedade Civil, Estado**, v. 2, 1991.

Blogspot. Homossexualismo. Psiquiatra afirma**: Transgenerismo é doença mental**. Publicado em 29 de Setembro de 2014.

___. Constituição (1988). Artigo 227. Brasília: Senado Federal, 1998.

Direitos humanos *in legis*: a criança **e o adolescente como sujeito de direito.** Organizado por Christianny Diógenes Maia e Denise Almeida de Andrade. Fortaleza: Faculdade Christus, 2010. 210 p. (Coleção Cadernos EDH, v.3).

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Maria Celina Bodin de Moraes, 2003.

Fundamentais & Justiça, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS, p. 236, 2009.

FEDERAL, Governo. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei Federal**, v. 8, 1990.

Fazendo Gênero 10. Identidade de Gênero: Direitos da Personalidade e Luta por Reconhecimento. UFSC, 2013. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/minicurso/view?ID_MINICURSO=2>. Acesso em: 16 de jan. 2015.

FRANCO, Talita et al. Transgenitalização masculino/feminino: experiência do Hospital Universitário da UFRJ. **Rev. Col. Bras. Cir**, v. 37, n. 6, 2010.

GOMES, Fabio Luiz. Princípio da proteção integral da criança e do adolescente e o princípio da transitoriedade dos abrigos. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 6, n. 6, 2009.

Hermenêutica Constitucional- **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição**. Peter Härbele, traduzido pelo Dr. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio. Fabris. 1997.

MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado. **Revista trimestral de direito civil**, v. 46, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. **Os princípios da Constituição de**, p. 167-190, 1988.

OLIVA, J. C. G. A.; KAUCHAKJE, Samira. As políticas sociais públicas e os novos sujeitos de direitos: crianças e adolescentes. **Revista Katálysis**, v. 12, n. 1, p. 22-31, 2009.

PILETTI, Nelson; ROSSATO, Solange Marques; ROSSATO, Geovanio. **Psicologia do Desenvolvimento**. São Paulo: Contexto, 2014.

Rede *Ex Aequo*. Transgenerismo- Associação de Jovens LGBT's. Disponível em: <https://www.rea.pt/transgenerismo/>. Acesso em: 22 de jan. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: saraiva, 2009.

SAFFIOTTI, Heleieth. **A Ontogênese e Filogênese do Gênero**. Reflexões derivadas da pesquisa, co-financiada pela FAPESP, Violência doméstica: questão de polícia e da sociedade. Outras entidades financiadoras: CNPq, UNIFEM, Fundação Ford, Fundação MacArthur.

SANDEL, Michael J. Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética. Rio de Janeiro: **Civilização Brasileira**, p. 109, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional**, n. 9, p. 361-388, 2007.

SARLET, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Renovar, 2010.

TERRA, Márcia Regina. O desenvolvimento humano na teoria de Piaget. Disponível em: <**http://www. unicamp. br/iel/site/alunos/publicacoes/textos/d00005. htm [2005 jul 15]>**. Acesso em: 27 de fev. de 2015.

UOL Educação. **Nos EUA pais seguem luta para que criança transgênero seja tratada como menina.** Do New York Times, em Fountain, Clorado (EUA). Publicado em 19 de março de 2013.

WEBER, Thadeu. Dignidade humana e liberdade em Hegel/human dignity and freedom by Hegel. **Espaço Jurídico: Journal of Law [EJJL]**, v. 15, n. 2, p. 388, 2014.

WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. **Direitos**

A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO PARA A TAXA DE SOBREVIVÊNCIA EMPRESARIAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

*Renan Gomes de Mesquita**
*Lucas Ernesto Gomes Cavalcante ***
*Abimael C. F. de Carvalho Neto****

Sumário: 1 Introdução 2 Referencial teórico 2.1 Taxa de sobrevivência empresarial das microempresas e empresas de pequeno porte 2.2 Planejamento Tributário: Uma ferramenta de sobrevivência empresarial 2.3 Estudo de caso 3 Metodologia 4 Análise dos resultados 5 Conclusão 6 Referências

RESUMO

O artigo tem a preocupação de investigar a taxa de sobrevivência das microempresas e empresas de pequeno porte, especialmente a partir de estudos estatísticos realizados pelo Serviço Brasileiro de apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE. O trabalho parte de uma característica peculiar da economia brasileira, a importância econômica desse setor no empreendedorismo nacional, representando cerca de 25% do Produto Interno Bruto – PIB nacional. Some-se a isso o mandamento constitucional que determina um tratamento diferenciado a esses pequenos empreendimentos. Assim, tendo em vista a considerável carga tributária do Brasil, o trabalho busca estudar especificamente a influência do planejamento tributário na taxa de sobrevivência dessas empresas. A metodologia utilizada foi de análise de dados e pesquisa bibliográfica, tendo como materiais livros, artigos científicos e de opinião de conceituadas revistas, dissertações e teses. Ademais, utilizou-se o estudo de caso detalhado sobre uma empresa agroindustrial, com dados obtidos junto à Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará (SEFAZ-CE), resguardando, por óbvio, o sigilo fiscal, demonstrando o impacto das pr**áticas** elisivas na microempresa objeto do estudo. Buscou-se também privilegiar uma pesquisa interdisciplinar, relacionando conceitos jurídicos com conhecimentos da administração, das ciências contábeis, da estatística e da economia.

Palavras-Chave: Taxa de sobrevivência empresarial. Planejamento Tributário. Microempresa e empresas de pequeno porte.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, nos últimos anos, percebe-se o crescimento na constituição de novas empresas, sobretudo com o advento do Simples Nacional, que instituiu regimes fiscais diferenciados para as Micro e Pequenas Empresas.

Diversas medidas em prol do microempreendedorismo estão sendo tomadas, como a Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, a desoneração da folha de pagamentos para alguns setores e a elevação do limite de faturamento para o Simples Nacional.

Todos esses fatores tendem a contribuir sobremaneira para o desenvolvimento econômico e social do país, pois, com o aumento do número de empresas no Estado, estimula-se a competitividade, tendendo a gerar impactos positivos para a população, tanto diretamente, pelo aumento das ofertas de empregos, quanto indiretamente, pelo aumento da arrecadação de tributos.

Em que pese a existência insofismável dos reflexos positivos advindos do estímulo à constituição de novas empresas e da, consectária, competitividade, mais importante seria o estímulo à exequibilidade da continuidade da atividade empresarial, maximizando os índices de sobrevivência empresarial, como se percebe nos últimos anos por meio de estudo realizado pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE, 2013), sobretudo por meio da desoneração tributária incidente sobre as organizações.

A Carga Tributária Brasileira, segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT, 2012), é uma das maiores do mundo, tornando-se necessária, por consectário, a implementação de políticas de planejamento tributário no ambiente empresarial, visando à maximização da sobrevivência por meio de práticas lícitas, almejando à economia fiscal.

Destarte, a competitividade e a carga tributária no tocante ao âmbito empresarial tornam profícuas e oportunas trazer a lume as práticas elisivas, tendo em vista, parafraseando Chiavenato (CHIAVENATO, 2011), a necessidade das organizações racionalizarem seus custos, para que obtenham vantagem competitiva no ambiente extremamente competitivo em que estão inseridas.

Nessa senda, permeiam calorosas discussões na comunidade jurídica acerca da licitude do planejamento tributário, tornando-se imprescindível o estudo desse instituto. Ademais, no Brasil, apenas 41% das empresas de grande porte conseguem aferir o montante de suas despesas tributárias, restando 59% que não adotam, sistematicamente, qualquer prática elisiva. (GAMBIAGI. ALÈM. 2000)

Por fim, instrumentalizando a elisão tributária, o presente estudo também terá por escopo avaliar se a forma de enquadramento tributário impacta significativamente no resultado empresarial.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Taxa de sobrevivência empresarial das microempresas e empresas de pequeno porte

De acordo com o Banco Mundial, o Brasil é a 7ª economia do mundo (VALOR, 2014). Isso é reflexo em grande parte do crescimento do mercado brasileiro, tanto interno, quanto externo. Medidas que busquem trazer uma maior competitividade às empresas nacionais são sobremaneira louváveis e tem sido exitosas.

Ocorre que no Brasil há uma peculiaridade econômica que merece destaque. Os pequenos empreendimentos constituem

boa parte dos negócios. Em 1985 já representavam 21% do PIB, de acordo com a pesquisa do SEBRAE. (SEBRAE, 2014)

Em 2011, o SEBRAE chegou à conclusão que microempresas e empresas de pequeno porte compõem 27% do PIB nacional, e que a produção gerada por esse setor empresarial quadruplicou em dez anos, saltando de R$ 144 bilhões em 2001 para R$ 599 bilhões em 2011, em valores da época. (SEBRAE, 2015)

Diante do peso que os pequenos empreendimentos possuem na economia nacional, é natural que qualquer Governo tenha uma atenção especial para com este setor. Se esse fato já não fosse suficiente, a Constituição de 88 ainda estabeleceu, em seu artigo 179, que se dedicasse um tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, a fim de simplificar suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.[120]

A fim de se alcançar tal mandamento, em 2006, por meio da Lei Complementar 123, foi instituído o Simples Nacional, que é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicáveis às microempresas e empresas de pequeno porte. [121]

O primeiro Governo Dilma (2011-2014) foi vanguardista no assunto, quando, por meio da Lei 12.792/2013, criou a Secretaria da Micro e Pequena Empresa, com status de Ministério, ligado à Presidência da República. Dentre os seus objetivos, pode-se destacar a formulação, coordenação e articulação de programas de promoção da competitividade e inovação voltados à microempresa e empresa de pequeno porte.[122]

Essa atitude do Governo refletiu de uma antiga preocupação que buscava oferecer um tratamento diferenciado e benéfico a esses pequenos empreendimentos, especialmente tendo em vista o seu efetivo crescimento e sobrevivência.

Apesar do SEBRAE ser um serviço de apoio às microempresas e empresas de pequeno porte, ele tem desenvolvido um importante trabalho no sentido de monitorar a taxa de sobrevivência das empresas no Brasil, pelo estudo "Sobrevivência das Empresas no Brasil: Coleção Estudos e Pesquisas".

O estudo do SEBRAE é sobremaneira relevante para os empreendedores. Pode-se dizer que se trata de um medidor da mortalidade das empresas no Brasil, servindo de diagnóstico para o estudo e aprimoramento do sucesso empresarial.

O estudo se utiliza de dados fornecidos pelo sistema da Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). O relatório leva em consideração a taxa de sobrevivência das empresas com até 2 anos de atividade no Brasil.

No presente trabalho, utilizamos como base para nossa pesquisa o estudo publicado em 2011, referente às taxas de sobrevivência das empresas criadas em 2005, 2006 e 2007, utilizando todas as informações disponíveis dessas empresas até o ano de 2010 (SEBRAE, 2013). Ressalte-se que o sigilo fiscal foi fator determinante e limitante de um maior aprofundamento dessa pesquisa, razão pela qual o estudo teve que se adstringir às informações oficiais mencionadas. Embora

Como reflexo dessas atitudes, percebe-se um considerável avanço, em âmbito nacional, da taxa de sobrevivência das empresas, conforme se pode inferir na figura abaixo relacionado.

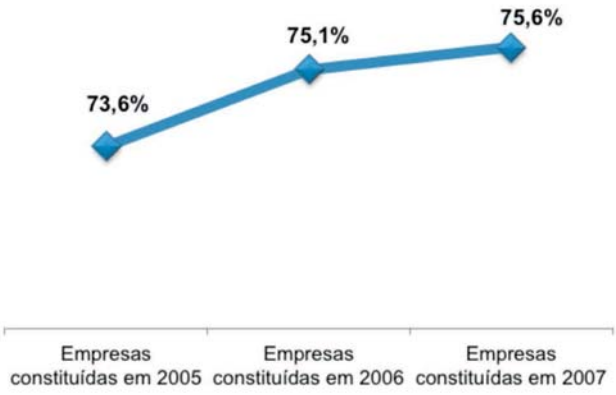

Figura I – Taxa de sobrevivência de empresas de 2 anos, evolução no Brasil (SEBRAE, 2013).

Dessa forma, percebe-se que, apesar de uma boa taxa de sobrevivência, cerca de 75%, em média, houve um considerável crescimento dessa taxa no período estudado (2005 a 2007).

Em outra pesquisa, intitulada "Fatores condicionantes e taxas de sobrevivência e mortalidade das micro e pequenas empresas no Brasil 2003–2005" (SEBRAE, 2007), o SEBRAE desenvolveu um estudo específico para as micro e pequenas empresas, em que chegou a conclusão demonstrada na tabela abaixo.

120 Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

121 Destaque-se que já havia leis infraconstitucionais sobre o tema em vigência antes da promulgação da CF/88, Lei nº 7.256/1984, Lei nº 8.864/94. Contudo, no presente trabalho, busca-se um análise a partir da Constituição de 88.

122 Art. 24 – E, Lei 12.792/2013.

Tabela I – Taxas de sobrevivência no Brasil 2003-2005 (SEBRAE, 2007)..

Tabela 4 – Taxas de sobrevivência

Anos de existência das empresas	Ano de constituição formal das empresas (Triênio 2002–2000)	Taxa de sobrevivência (A)	Ano de constituição formal das empresas (Triênio 2005– 2003)	Taxa de sobrevivência (B)	Variação da taxa de sobrevivência (B–A)
Até 2 anos	2002	50,6%	2005	78,0%	+27,4%
Até 3 anos	2001	43,6%	2004	68,7%	+25,1%
Até 4 anos	2000	40,1%	2003	64,1%	+24,0%

Por uma simples leitura do gráfico acima, pode-se perceber que o percentual de pequenas empresas que sobrevivem pelo menos dois anos passou de 51% em 2002 para 78% em 2005, ou seja, 27% a mais de empresas que não fecharam suas portas.

Apesar das pesquisas do SEBRAE serem bem mais completas, especificamente fazendo estudos por setores da economia, indústria, comércio, serviços e construção civil, por regiões do país, por unidades da federação, para o objetivo do presente trabalho não será necessário tamanho detalhamento.

Importa aqui é discutir uma importante ferramenta de sucesso empresarial, com o objetivo de influenciar na taxa de sobrevivência dos pequenos empreendimentos, o planejamento tributário. Buscar-se-á delinear o seu conceito, sua viabilidade e sua aplicação nas microempresas e pequenas empresas.

Também ficou inviabilizado o estudo mais presente da taxa de sobrevivência, haja vista o sigilo fiscal como já mencionado e a inexistência de estudos oficiais mais recentes. Nesse tocante, imperioso salientar que desde 2008 a atividade econômica sofreu significativas variações decorrentes da Crise Mundial (Bolha Imobiliária Americana), instabilidade econômica na Europa e retração dos investimentos no Brasil, em decorrência dos fatores retromencionados, além dos problemas políticos econômicos tupiniquins, com reflexos e efeitos duradouros e, por fim, pela recalcitrância do atual Governo (desde o primeiro mandato do Governo Dilma Roussef) em adotar medidas para revigorar e fortalecer a economia e barrar a estagnação e retração dos setores produtivos que se agrava.

Afora isso, a instabilidade do mesmo Governo e a significativa perda de sustentabilidade política, leva a uma queda de braço no Congresso Nacional, levando investidores nacionais e estrangeiros a um estado de insegurança e debandada generalizada do capital do mercado brasileiro. A recente alteração na desoneração de folha, com retrocesso e aumento da carga, é demonstrativo irrefutável desse quadro.

Saliente-se, por oportuno e necessário, que o atual quadro é extremamente favorável ao capital especulativo, no que concerne às aplicações em ações e valores mobiliários, cuja volatilidade e risco interessa apenas aos grandes investidores e especuladores, mas muito pouco contribui para o desenvolvimento dos micro e pequenos empresários.

Outrossim, o capital especulativo é parasita e nômade, instalando-se enquanto o cenário acena com descontos, isenções ou outras vantagens tributárias e se esvai tão logo referidos benefícios se encerram.

2.2 Planejamento Tributário: Uma ferramenta de sobrevivência empresarial

Conforme ficou demonstrado acima, as microempresas e empresas de pequeno porte representam uma fatia considerável da economia nacional. Isto, por si só, gerou um interesse preponderante em se desenvolver políticas que pudessem facilitar e aprimorar esses empreendimentos.

Não é novidade que o Brasil é um país com uma pesada carga tributária. Tanto a grande quantidade de tributos, quanto o caos tributário, fazem com que o ônus fiscal seja um fator impactante no sucesso empresarial, ou seja, na taxa de sobrevivência empresarial.

Para Heleno Taveira Torres, planejamento tributário é "a técnica de organização preventiva de negócios, visando a uma lícita economia de tributos, independentemente de qualquer consequência dos atos projetados" (TORRES, 2002).

A efetiva importância dos tributos no mundo empresarial vem exigindo das organizações vultosos investimentos nas práticas voltadas à economia fiscal, ou seja, planos que possibilitem consequências fiscais menos onerosas.

Quanto à conceituação de planejamento tributário, o instituto consiste na prática de atos lícitos tendentes à economia fiscal. Borges, destacando a posição de vanguarda do planejamento tributário na estratégia global das organizações, enumera regras práticas que outorgam juridicidade ao planejamento tributário, quais sejam: I) Verificar se a economia de impostos é oriunda de ação ou omissão anterior à concretização da hipótese normativa de incidência; II) Examinar se a economia de impostos é decorrente de ação ou omissão legítimas; III) Analisar se a economia de impostos é proveniente de ação realizada por meio de formas de direito privado normais, típicas e adequadas; IV) Investigar se a economia de impostos resultou de ação ou conduta realizada igualmente a suas formalizações nos correspondentes documentos e registros fiscais. (BORGES, 2011).

Em que pese as exceções que afetam a primeira regra prática enumerada pelo autor supramencionado, como a prática da escolha da forma de declaração do imposto de renda (mesmo sendo um ato posterior ao fato gerador) ser lícita, os requisitos arrolados pelo autor são demasiadamente didáticos.

Ainda quanto à importância do planejamento tributário para a gestão empresarial, nas lições de Miranda e Lemos (2004), prelecionam:

> Não por outra razão é que percebemos a prática do planejamento tributário no Brasil como alternativa necessária e essencial à otimização dos resultados dos empreendimentos negociais ou, em não raros casos, como condição *sine qua non* de sobrevivência das organizações.
>
> No setor de serviços, frente às recentes e substanciais alterações do peso da tributação de competência federal, o planejamento tributário se revela imprescindível para evitar o confisco do resultado líquido do exercício da atividade empresarial.

Segundo os ensinamentos de Amaral, o planejamento tributário empresarial pode ser operacionalizado de três formas, quais sejam:

a) Na própria empresa, através de medidas gerenciais que possibilitem a não-ocorrência do fato gerador do tributo, que diminua o montante devido ou que adie o seu vencimento. Exemplo: para possibilitar o adiamento do tributo na prestação de serviços, o contrato deve estabelecer o momento da realização da receita;

b) Na esfera administrativa que arrecada o tributo, buscando a utilização dos meios previstos em lei que garantam uma diminuição legal do ônus tributário. Exemplo: para possibilitar o enquadramento de um produto numa alíquota menor de IPI, deve a empresa adequá-lo tecnicamente e requerer a nova classificação junto à Receita Federal;

c) No Poder Judiciário, através da adoção de medidas judiciais, com o fim de suspender o pagamento (adiamento), diminuição da base de cálculo ou alíquota e contestação quando à legalidade da cobrança. Exemplo: como a ânsia do poder público em arrecadar é enorme e urgente, nem sempre o legislador toma as cautelas devidas, instituindo ou majorando exações inconstitucionais e ilegais. Outro fator favorável é relativo à quantidade de normas tributárias, ocorrendo, muitas vezes, contradição entre elas. Como no Direito Tributário vige o princípio da dúvida em favor do contribuinte, compete a ele, então, descobrir estas contradições (AMARAL, 2001).

Feitos os esclarecimentos necessários acerca do planejamento tributário, resta adentrar sobre a polêmica dos atos evasivos, elisivos e elusivos. Nesse liame, é oportuno trazer a lume sua distinção conceitual.

Pela didaticidade na conceituação e diferenciação dos institutos por Carvalho (2008), transcreve-se a seguir:

a) evasão: conduta praticada pelo indivíduo tendente a fugir preventivamente (lícita) ou escapar furtivamente (ilícita) da tributação, sendo a primeira antes da ocorrência do fato jurídico tributário e a segunda após a ocorrência deste;

b) elisão: conduta praticada pelo indivíduo, mediante atos ou negócios jurídicos válidos e permitidos pela ordem jurídica, no intuito, exclusivo ou não, da economia fiscal, ao que chamamos de planejamento tributário; e

c) elusão: conduta praticada pelo indivíduo, mediante a realização de atos ou negócios jurídicos permitidos pela ordem jurídica, mas desprovidos de causa, com intuito exclusivo de economia fiscal, por intermédio de violação indireta da lei.

Em suma, a prática de atos lícitos, geralmente anteriores à ocorrência do fato jurídico tributável, voltados à economia fiscal denomina-se planejamento tributário (elisão tributária). A prática de atos ilícitos, geralmente posteriores à ocorrência do fato gerador, voltados à economia fiscal consiste em evasão tributária. Por fim, a prática de atos supostamente lícitos, porém anuláveis, voltados à economia fiscal denomina-se elusão tributária.

É imperioso destacar que os pequenos e médios negócios são, em sua maioria conduzidos integral e exclusivamente pelos próprios sócios e familiares, muitas vezes de forma empírica e sem o zelo do acompanhamento jurídico contábil necessário, alijando-os das boas práticas e da economicidade alcançável por um perfeito e correto acompanhamento tributário dos lançamentos e operações da empresa.

Além da insipiência do negócio e seus corajosos empreendedores, os custos do acompanhamento profissional é, na maioria das vezes, proibitivo.

2.3 Estudo de Caso

De proêmio, profícuo e oportuno trazer a lume a origem dos dados alvo do estudo em comento. As informações foram obtidas junto à Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará (SEFAZ-CE), resguardando o sigilo fiscal constante no artigo 198 do Código Tributário Nacional, de modo que foram fornecidos apenas os dados imprescindíveis ao desenvolvimento do estudo. Desta feita, o estudo fora mais fidedigno possível, diante das informações disponibilizadas.

A empresa em estudo trata-se de Indústria, localizada no estado do Ceará, de Cultivo de Flores, com Código Nacional de Atividade Econômica de nº 122900. Considera-se o período de um ano, analisando dois dos tipos de enquadramento que a empresa pode optar, quais sejam: Simples Nacional e Lucro Presumido.

Essa empresa pratica suas operações dentro do Estado do Ceará e com outros Estados, tendo como produtos flores naturais de corte e em vaso. De acordo com as informações prestadas pelo Fisco Estadual, a empresa teve faturamento anual de 2.441.459,56, sendo optante pelo Simples Nacional no ano do respectivo faturamento. Destarte, considera-se que a empresa em questão teve faturamento mensal médio de 203.454,96 (duzentos e três mil reais, quatrocentos e cinquenta e cinco reais e noventa e seis centavos), de modo que o faturamento permaneceu constante por todo o ano.

Para o cálculo, na forma abaixo, do montante a ser recolhido na sistemática do Simples Nacional basta fazer uma multiplicação do faturamento por determinada alíquota constante no anexo da Lei Complementar 123/06. No caso do Faturamento da empresa a alíquota é de 10,73%. Essa receita obtida é repartida entre os entes federados a partir de outra alíquota constante também na dita lei.

Vale salientar, entretanto, que mesmo a empresa se enquadrando na sistemática do Simples Nacional, podem

também optar livremente por não se enquadrar nesse sistema diferenciado, escolha a ser realizada no início de cada exercício financeiro. Por fim, por ser o Simples um regime diferenciado, com uma série de alíquotas reduzidas, não admite a cumulação de benefícios fiscais de tributos abrangidos por esse regime.

	SIMPLES NACIONAL	LUCRO PRESUMIDO
IRPJ	(2.441.459,56 x 0,47%) = **R$ 11.474,85**	(2.441.459,56 x 8% x 15%) = **R$ 29.297,51**
CSLL	(2.441.459,56 x 0,47%) = **R$ 11.474,85**	(2.441.459,56 x 12% x 15%) = **R$ 26.367,76**
PIS	(2.441.459,56 x 0,34%) = **R$ 8.300,96**	(2.441.459,56 x 0,65) = **R$ 15.849,48**
COFINS	(2.441.459,56 x 1,42%) = **R$ 34.668,72**	(2.441.459,56 x 3%) = **R$ 73.243,78**
CPP	(2.441.459,56 x 4,05%) = **R$ 98.879,11**	(2.441.459,56 x 2,5%) = **R$ 61.036,49**
ICMS	(2.441.459,56 x 3,48%) = **R$ 84.962,80**	**R$ 00,00**
IPI	(2.441.459,56 x 0,5%) = **R$ 12.207,30**	**R$ 00,00**
TOTAL	**R$ 261.968,61**	**R$ 205.815,02**

Fonte: Elaborado pelo Autor.

Tabela II – Enquadramento e tributação. Elaborado pelos autores.

Em relação ao Lucro Presumido para a empresa em estudo, simplificando-se ao máximo, os tributos são calculados com uma mera multiplicação do faturamento por alíquota para se encontrar a base de cálculo e, ato contínuo, multiplica-se por uma outra alíquota e apura-se o montante do tributo devido (IRPJ e CSLL) ou pela multiplicação do faturamento por uma alíquota e encontra-se diretamente a importância a ser recolhida. (PIS, COFINS, CPP).

Sabe-se que é comum os gestores pensarem erroneamente que as espécies de enquadramento tributário são uma escala de acordo com seu faturamento, obedecendo à ordem: Simples Nacional, Lucro Presumido e Lucro Real. Pensando dessa forma, deixam de analisar a legislação específica ao seu negócio, optando diretamente pelo Simples Nacional, caso esteja na faixa de faturamento até R$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais). Isso ocorre, sobretudo, dada a facilidade de contabilidade no Simples Nacional e pela menor oneração previdenciária em relação às demais formas de enquadramento.

No caso em tela, devido aos benefícios fiscais aplicados especificamente ao ramo da empresa: Contribuição Previdenciária Patronal incidente sobre o faturamento, e não sobre a folha de salários (artigo 22-A, Lei 8.112); crédito fiscal presumido de 100% de ICMS (artigo 64, VII, Lei 24.569); e não incidência do IPI (capítulo 5, TIPI), a opção pelo Simples Nacional maximizaria os resultados da empresa.

Como a empresa adotou o Simples Nacional, recolheu R$ 261.969,61 (duzentos e sessenta e um mil, novecentos e sessenta e nove reais e sessenta e um centavos) de tributos. Caso optasse pela sistemática do Lucro Presumido, recolheria apenas R$ 205.815,02 (duzentos e cinco mil, oitocentos e quinze reais e dois centavos), isto é, R$ 56.154,59 (cinquenta e seis mil, cento e cinquenta e quatro e cinquenta e nove centavos).

Com esse exemplo de planejamento tributário, atividade notoriamente lícita, tomando em consideração apenas as formas de enquadramento que a empresa poderia optar, pode-se perceber a diferença substancial de tributação incidente nos dois tipos de enquadramento estudados.

3 METODOLOGIA

Inicialmente a pesquisa consistiu em uma rica análise de dados, especificamente das informações sobre a taxa de sobrevivência empresarial, de forma genérica. Depois o trabalho, pelo corte metodológico, buscou analisar a taxa de mortalidade das microempresas e empresas de pequeno porte. Os dados foram coletados a partir de pesquisas disponíveis no site do Serviço Brasileiro de apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, como também por solicitação junto a Secretaria da Fazendo do Estado do Ceará (SEFAZ-CE), reiterando que foi resguardado o sigilo fiscal.

Em seguida, a pesquisa passou a uma fase bibliográfica, na análise de artigos, dissertações, teses e livros sobre os conceitos, limites, discussões sobre planejamento tributário.

É pertinente destacar que foi essencial uma análise interdisciplinar da pesquisa. Embora o trabalho se encaixe em uma perspectiva tributária empresarial, a todo momento estava em diálogo com outras ciências, como a administração, ciências contábeis e a economia.

4 ANÁLISE DE RESULTADOS

Pela presente pesquisa, pode-se constatar que devido à grande importância econômica das microempresas e empresas de pequeno porte na economia nacional, representando cerca de 27% do PIB, tais empreendimentos merecem uma atenção maior.

Percebeu-se também que meios que facilitem suas obrigações empresariais, tributárias e administrativas são demais exitosas e efetivas, principalmente a fim de influenciar na taxa de sobrevivência empresarial desses empreendimentos.

Por fim, notou-se a importância do planejamento tributário como forma de aprimorar a taxa de sobrevivência dessas empresas. Pelo estudo de caso, a simples aplicação do Simples nacional não enseja a melhor opção tributária à empresa. Sendo mais eficiente e econômica a opção pelo regime de tributação lucro presumido.

5 CONCLUSÃO

O trabalho se propôs a analisar os impactos do planejamento tributário na sobrevivência das micro empresas e empresas de pequeno porte. Foi demonstrando que a carga tributária brasileira apresenta uma crescente, chegando a 36,42% em 2013.

Desse modo, o ônus tributário, insofismavelmente, gera um impacto substancial no resultado das atividades empresariais. Além disso, o mercado altamente competitivo em que as empresas estão inseridas, torna necessária a adoção técnicas eficazes para garantir a continuidade dos empreendimentos, sobretudo por parte das micro e pequenas empresas.

Nesse diapasão, o planejamento tributário mostrou-se como técnica imprescindível à atividade empresarial, uma vez que, na empresa analisada, por ter o benefício de uma série de incentivos fiscais, o custo com tributos, anualmente, representaria apenas 8,43% do seu faturamento, caso optasse pelo Lucro Presumido. Por ser optante do Simples Nacional – que é o mais comum, para as empresas que podem optar por esse regime – o custo com tributos representou 10,73% de seu faturamento, recolhendo 27,28% a mais de tributos do que recolheria caso optasse pelo Lucro Presumido.

Ante o exposto, restou evidente a importância da prática do planejamento tributário para a atividade empresarial, uma vez que essa técnica pode inviabilizar a atividade de uma empresa, caso não seja adotado, ou reduzir gradativamente os custos com a tributação, caso seja adotado de forma satisfatória.

Oportuno destacar, entretanto, que o Planejamento Tributário não é uma prática padrão, com fórmula pré-estabelecida e aplicação imediata em qualquer atividade empresarial. Essa ferramenta deve estar associada às particularidades do mercado em que cada empresa está inserida. Explique-se melhor. A empresa estudada, caso estivesse em um mercado diferente, não necessariamente a melhor forma de enquadramento seria a opção pelo Lucro Presumido.

Conforme mencionado, para o melhor enquadramento e a perfeita aplicação do planejamento tributário, é imperiosa a participação ativa de profissionais de contabilidade e direito, quer porque aqui se aplica diretamente o jargão "cada caso é um caso", e ainda pela permanente dinamicidade do sistema tributário brasileiro, impondo um estudo e aprimoramento constante das práticas elisivas, mantendo-as eficazes ao longo do exercício empresarial.

6 REFERENCIAS

AMARAL, Gilberto Luiz do. **A nova ótica do Planejamento Tributário**. 2001. Disponível em http://www.tributario.adv.br/3/textos.asp?assunto=13&texto=39. Acesso em: 23 de out. de 2014.

BORGES, Humberto Bonavides. **Gerência de impostos: IPI, ICMS e ISS**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. **Elisão Tributária no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: MP Editora. 2008.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração** – 8. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GAMBIAGI, Fabio. ALÈM, Ana Cláudia Duarte de. **Finanças Públicas**, 2ª Ed. Campus. Rio de Janeiro, 2000.

MIRANDA, João Damasceno Borges de; LEMOS, Alexandre Marques Andrade. **Planejamento tributário para empresas prestadoras de serviços em face das recentes alterações legislativas**. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). Planejamento Tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

SEBRAE. **Fatores condicionantes e taxas de sobrevivência e mortalidade das micro e pequenas empresas no brasil 2003–2005. 2007. Disponível em:** http://201.2.114.147/bds/bds.nsf/8F5BDE79736CB99483257447006CBAD3/$File/NT00037936.pdf. Acesso em 25 de março de 2015.

SEBRAE. **Sobrevivência das empresas no brasil coleção estudos e pesquisas. 2013. Disponível em:** http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Sobrevivencia_das_empresas_no_Brasil=2013.pdf. Acesso em 15 de fevereiro de 2015.

SEBRAE. **Pesquisa aponta crescimento da participação das Micro e Pequenas Empresas na economia brasileira. 2014** Disponível em: http://www.al.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/AL/Pesquisa-aponta-crescimento-da-participa%C3%A7%C3%A3o-das-Micro-e-Pequenas-Empresas-na-economia-brasileira. Acesso em 25 de março de 2015.

SEBRAE. **Micro e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil. 2015b. Disponível em:** http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/Micro-e-pequenas-empresas-geram-27%25-do-PIB-do-Brasil. Acesso em 25 de março de 2015.

SEBRAE. **Sobrevivência das empresas no Brasil.** Disponível em: http://gestaoportal.sebrae.com.br/uf/rio-de-janeiro/sebrae-no-rio-de-janeiro/estudos-e-pesquisas-1/conjuntura-economica/Sebrae_CE_jul13_Sobrevivencia_MPE_%20Brasil.pdf. 2013 Acesso em: 23 de mar. de 2015.

Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. **Carga Tributária Brasileira em 2012.** Disponível em: <https://www.ibpt.org.br/img/uploads/novelty/estudo/559/CargaTributaria2012IBPT.pdf>. Acesso em: 23 de mar. de 2015.

TORRES, Heleno Taveira. Limites ao planejamento tributário: Normas antielusivas (gerais e preventivas): A norma geral de desconsideração de atos ou negócios do direito brasileiro. In: **Tributação e antielisão**. Coordenação: James Marins. Curitiba: Juruá, 2002.

VALOR ECONÔMICO. Estudo do Banco Mundial mostra Brasil como a 7ª maior economia do mundo. Disponível em: http://www.valor.com.br/internacional/3532202/estudo-do-banco-mundial-mostra-brasil-como-7. Acesso em 23 de março de 2015.

IMPENHORABILIDADE DOS GANHOS COM O TRABALHO

Marcela Menezes Santana Franco[123]
Damião Soares Tenório[124]

RESUMO

O presente artigo científico tem como escopo o estudo da impenhorabilidade absoluta dos ganhos com o trabalho prevista no Código de Processo Civil, em contradição com decisão recente do Superior Tribunal de Justiça, que decide excepcionalmente pela penhorabilidade de parte do salário do executado que excede o mínimo necessário para sua subsistência digna e de sua família, gerando assim, insegurança jurídica e a ideia de elaboração de lei que ampare a penhorabilidade parcial dos rendimentos do devedor como solução para as decisões contraditórias à impenhorabilidade absoluta dos mesmos.

Palavras-chave: Impenhorabilidade. Dignidade da pessoa humana. Subsistência.

ABSTRACT

The scientific article aims to study the unseizability earnings with the work provided for in the Civil Procedure Code, it 's contrary to the recent decision of the Court of Justice, that decides deptor's seized part of salary which exceed the minimum necessary to subustence yourself and family too, then arise their legal uncertainty and the idea of drafting law that sustain seizad part of the debtor's income as a solution to the decisions contradictory to absolute unseizability them.

Key-words: Unseizability. Human dignity. Subsistence.

123 Aluna do 9º semestre do Curso de Direito. marcelamsf@hotmail.com
124 Orientador, professor do Curso de Direito da UNICHRISTUS e mestrando na Universidade de Fortaleza. damiaobc@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O processo de execução tem como objetivo satisfazer uma prestação de forma forçada quando a obrigação é cumprida por meio da prática de atos executivos do Estado, ou de forma voluntária, quando o devedor cumpre sua obrigação de forma espontânea. (DIDIER, 2013)

Apesar de existirem essas duas formas de execução, o presente artigo irá se ater a execução forçada, tendo em vista que o mesmo visa analisar a impenhorabilidade dos ganhos com o salário prevista no artigo 649, IV do Código de Processo Civil, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, já que em uma decisão recente o Superior Tribunal de Justiça julgara um Recurso Especial de forma contrária ao disposto em tal artigo.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Princípio da patrimonialidade

Como forma de proteção do executado, o princípio da patrimonialidade previsto no artigo 591 do Código de Processo Civil, surge para evitar que a pessoa do devedor responda pelas dívidas contraídas, divergindo do primitivo Direito Romano. Nos primórdios do Direito Romano, os devedores os quais não satisfizessem suas prestações, poderiam responder com o próprio corpo, tornando-se escravos ou até mesmo sendo seus corpos divididos entre os demais credores. (DIDIER, 2013)

Tal prática, apesar de ferir a dignidade da pessoa humana, existia com frequência nos tempos do primitivo Direito Romano, em razão da obrigação possuir caráter pessoal, devendo o executado responder pessoalmente pelas suas obrigações e não seu patrimônio. Porém, com a evolução do conceito de obrigação e com a humanização do direito, a execução passou da pessoa do devedor ao seu patrimônio, de forma que apenas o patrimônio do devedor poderia responder pelas dívidas e não seu corpo. (DIDIER, 2014)

Sendo assim, em ambas as formas de execução (coerção pessoal e sujeição patrimonial), o cumprimento da obrigação não se dá sobre o corpo do executado, de maneira que, prender o devedor não salva a dívida, devendo a execução recair sobre o patrimônio. Entretanto, apesar da existência do princípio da patrimonialidade, tal princípio não é abrangido para todo o fenômeno executivo, pois o mesmo destina-se apenas às obrigações de dar coisa e pagar quantia, tendo em vista que as obrigações de fazer ou não fazer têm como prioridade a tutela específica, com a obtenção da satisfação da pretensão pessoalmente pelo devedor. (DIDIER, 2013)

É compreensível que o surgimento do presente princípio inovou o processo executivo, de forma a resguardar a dignidade da pessoa humana, o qual determina que apenas o patrimônio do executado deva responder pelo cumprimento das obrigações. Todavia, mesmo que tal princípio tenha surgido pela humanização do Direito a fim de proteger o devedor indicando seu patrimônio como forma de satisfação das pretensões, a humanização fez ainda que alguns bens não se submetessem à execução, tornando-os impenhoráveis.

2.2 Penhora

Para que se possa discutir sobre o tema do presente artigo, faz-se necessário primeiramente à compreensão sobre a penhora de bens, ato fundamental no processo executório.

Segundo Alexandre Freitas Câmara, penhora é o ato pelo qual se apreendem bens para empregá-los, de maneira direta ou indireta, na satisfação do crédito exequendo, ou seja, é o ato pelo qual os bens pertencentes ao patrimônio do devedor serão apreendidos para a posterior satisfação do direito do credor. Sendo assim, a penhora é uma forma de efetivação do princípio da patrimonialidade, já que por meio deste ato, o patrimônio do executado responderá pelas suas obrigações perante o exequendo. (CÂMARA, 2013)

A penhora individualiza a responsabilidade patrimonial do devedor através da escolha e isolamento de um bem do

executado que responderá pelo débito, surgindo assim, três funções básicas dela: a individualização e apreensão do bem, o depósito e a conservação do bem, e atribuição do direito de preferência ao credor. (CÂMARA, 2013)

Apesar da penhora estar prevista no artigo 659 do Código de Processo Civil, e ter como objetivo a satisfação do direito do credor mediante a constrição patrimonial do devedor, o legislador garantirá através de previsão legal a impenhorabilidade de certos bens, como forma de proteção de alguns bens jurídicos relevantes, como a dignidade do executado, o direito ao patrimônio mínimo e a função social da empresa.

2.3 Impenhorabilidade

A impenhorabilidade está prevista no artigo 649 do Código de Processo Civil, e consiste numa forma de proteger alguns bens da possível penhora. Tal benefício trata-se de um meio de restrição ao direito fundamental à tutela executiva, já que ao credor é amplamente garantido o direito de satisfação de seu crédito. (DIDIER, 2013)

As regras de impenhorabilidade servem como limitações à execução forçada, sendo criadas pelo legislador a fim de resguardar alguns bens jurídicos do devedor (dignidade, patrimônio mínimo e função social da empresa). Apesar de a impenhorabilidade servir como proteção do executado, sua aplicação no caso concreto deve ser proporcional, tendo em vista que ao mesmo tempo na qual há uma proteção do devedor com a aplicação de tal benefício, há uma restrição ao direito do credor.

Por tratar-se de um direito do executado, a impenhorabilidade só poderá ser renunciada se o bem impenhorável for disponível, já que não faz nenhum sentido o devedor poder alienar seu bem e não poder penhorá-lo. Sendo assim, nesse mesmo diapasão, a impenhorabilidade pode ser dividida em duas espécies, a impenhorabilidade absoluta e a impenhorabilidade relativa.

A impenhorabilidade absoluta é aquela que impede os bens elencados no artigo 649 do Código de Processo Civil de serem penhorados em qualquer hipótese, pouco importando se existem ou não outros bens no patrimônio do devedor capazes de garantir a satisfação do direito do credor. Já a impenhorabilidade relativa está prevista no artigo 650 do Código de Processo Civil e determina que os bens elencados em tal artigo só poderão ser penhorados de forma excepcional, quando o executado não dispuser de outros bens suficientes para assegurar o cumprimento da obrigação. (CÂMARA, 2013)

2.4 Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana está visceralmente ligada à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, sendo assim, um complexo de direitos e deveres fundamentais que protegem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe assegurar as condições mínimas para uma subsistência digna. (SARLET, 2007)

Portanto, já que o princípio da dignidade da pessoa humana além de estar previsto na Constituição Federal e mostrar-se tão importante para a vida dos cidadãos, as regras de impenhorabilidade surgem como forma de proteger o devedor do exercício abusivo do direito do credor. Em razão da impenhorabilidade de alguns bens resguarda e promove a proteção da dignidade do executado, garantindo que o mesmo tenha o mínimo necessário para sua subsistência digna.

O princípio da dignidade é garantido e efetivado quando a dignidade do devedor é protegida no momento em que bens essenciais para sua subsistência são impedidos de garantir o cumprimento de suas obrigações, de maneira a prevalecer à dignidade da pessoa humana sobre o direito de crédito do credor, já que a partir do impedimento da penhora desses bens essenciais, o devedor poderá ter o mínimo necessário para manter sua subsistência digna e de sua família.

Desse modo, percebe-se que o fundamento da impenhorabilidade é a proteção da dignidade do executado, tendo em vista que a subsistência digna do devedor sobrepõe-se ao direito de crédito do credor, sendo impedido o exercício abusivo do direito do exequente. (RODRIGUES, 2008)

2.5 Impenhorabilidade dos ganhos com o trabalho

Ao abordar sobre a impenhorabilidade, surge uma questão bastante relevante nos dias de hoje, o tema do presente artigo: a impenhorabilidade dos ganhos como trabalho, prevista no artigo 649, inciso IV do Código de Processo Civil. Essa impenhorabilidade prevista e garantida pelo legislador tem como objetivo resguardar o patrimônio mínimo necessário para a subsistência do executado, de modo que os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, não poderão ser penhorados como forma de garantir o cumprimento da obrigação. (DIDIER, 2013)

Sendo assim, a impenhorabilidade absoluta prevista no artigo 649, inciso IV do CPC, guarda relação com todos os rendimentos provenientes do trabalho exercido pelo devedor, como os vencimentos, subsídios, salários, soldos, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, de forma que nenhum desses rendimentos poderá ser penhorado como forma de execução da obrigação, já que possuem caráter alimentar e são utilizados para garantir a subsistência digna do devedor e de sua família.

Esse entendimento pertence tanto ao legislador quanto a maioria da doutrina, pois está previsto expressamente no Código de Processo Civil, como forma de segurança ao executado. Sendo assim, mesmo que o rendimento proveniente do trabalho do executado exceda o mínimo necessário para sua subsistência digna e de sua família, o legislador garante sua impenhorabilidade, ainda que o direito fundamental ao crédito do exequendo seja mitigado.

2.6 A posição do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça em 18 de novembro de 2014 proferiu decisão relativa ao RESP 1.363.248/SP, contraditória ao disposto no artigo 649, inciso IV, do CPC, reconhecendo a possibilidade de penhora de parte dos honorários advocatícios recebidos pelo executado, tendo em vista seu valor excessivo. Neste julgado, o STJ argumentara que parte dos salários excessivos podem ser penhorados para garantir

o direito de crédito do credor, visto que as vezes os valores percebidos pelo devedor ultrapassam o mínimo necessário para sua subsistência digna e de sua família, de forma que o excesso de valores seria utilizado de forma supérflua se não fossem destinados à satisfação do crédito do exequendo.

Portanto, mesmo o legislador tendo determinado a impenhorabilidade dos rendimentos do executado, o STJ em decisão excepcional decidira pela penhorabilidade de parte dos mesmos, contrariando o disposto no CPC, com a justificativa de que os salários excessivos mesmo possuindo caráter alimentar, podem ser também destinados a obtenção de supérfluos. Sendo assim, de acordo com a decisão proferida pelo STJ, os valores destinados aos supérfluos podem ser penhorados, desse modo não faria sentido não poder penhorar valores que excedem o mínimo necessário para a subsistência digna do executado e de sua família.

Dessa maneira, na primeira parte do julgado o STJ reconhece a existência da impenhorabilidade das remunerações provenientes do trabalho prevista no Código de Processo Civil, senão vejamos:

> (...) 1. É firme nesta Corte Superior o entendimento que reconhece a natureza alimentar dos honorários advocatícios e a impossibilidade de penhora sobre verba alimentar, em face do disposto no art. 649, IV, do CPC. 2. Contudo, a garantia de impenhorabilidade assegurada na regra processual referida não deve ser interpretada de forma gramatical e abstrata, podendo ter aplicação mitigada em certas circunstâncias, como sucede com crédito de natureza alimentar de elevada soma, que permite antever-se que o próprio titular da verba pecuniária destinará parte dela para o atendimento de gastos supérfluos, e não, exclusivamente, para o suporte de necessidades fundamentais.

Entretanto, na segunda parte do julgado percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça permite a mitigação da garantia de impenhorabilidade absoluta dos ganhos com o trabalho, mesmo que eles possuam caráter alimentar. Já na terceira parte do julgado, o STJ garante que esta decisão não contraria o disposto no CPC e não viola a proteção concedida ao executado, já que apenas parte dos rendimentos provenientes do trabalho do devedor (o que exceder ao mínimo necessário para a subsistência digna) poderá ser penhorada.

> (...) 3. Não viola a garantia assegurada ao titular de verba de natureza alimentar a afetação de parcela menor de montante maior, desde que o percentual afetado se mostre insuscetível de comprometer o sustento do favorecido e de sua família e que a afetação vise à satisfação de legítimo crédito de terceiro, representado por título executivo.

Por fim, nas três últimas partes do julgado o STJ deixa claro que a possibilidade de penhora da parte excessiva dos rendimentos percebidos pelo devedor é uma forma de proteger também o credor, para que o devedor não experimente uma sensação vantajosa com a mitigação do direito de crédito do exequente, já que o excesso de rendimentos poderia ser utilizado pelo devedor de forma supérflua e não apenas para garantir sua subsistência digna, enquanto o credor não usufruiria de seu direito de crédito.

> (...) 4. Sopesando criteriosamente as circunstâncias de cada caso concreto, poderá o julgador admitir, excepcionalmente, a penhora de parte menor da verba alimentar maior sem agredir a garantia desta em seu núcleo essencial. 5. Com isso, se poderá evitar que o devedor contumaz siga frustrando injustamente o legítimo anseio de seu credor, valendo-se de argumento meramente formal, desprovido de mínima racionalidade prática. 6. Caso se entenda que o caráter alimentar da verba pecuniária recebe garantia legal absoluta e intransponível, os titulares desses valores, num primeiro momento, poderão experimentar uma sensação vantajosa e até auspiciosa para seus interesses. Porém, é fácil prever que não se terá de aguardar muito tempo para perceber os reveses que tal irrazoabilidade irá produzir nas relações jurídicas dos supostos beneficiados, pois perderão crédito no mercado, passando a ser tratados como pessoas inidôneas para os negócios jurídicos, na medida em que seus ganhos constituirão coisa fora do comércio, que não garante, minimam ente, os credores. 7. Recurso especial a que se nega provimento (STJ. RESP 1.363.248/SP. Rel. Ministro OG FERNANDES, 2. T., julgado em 18.11.2014, DJE de 21.11.2014)

Desse modo, com a análise do presente julgado, nota-se a existência de insegurança jurídica no que tange à impenhorabilidade dos ganhos com o trabalho, tendo em vista que o legislador prevê algo diverso do que fora decidido pelo STJ. Sendo assim, mesmo que o julgado possa trazer uma suposta ponderação entre o direito do executado e o direito do exequendo, tal decisão põe em risco a segurança do Código de Processo Civil, já que o STJ em tal decisão age de forma subjetiva ao permitir a penhora do excesso de rendimento percebido pelo devedor, sem determinar o valor exato do que poderia ser considerado "excesso de rendimento", além de agir de forma contraditória ao disposto no artigo 649, IV, do CPC, já que há previsão expressa da impenhorabilidade dos ganhos com o trabalho.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

A pesquisa foi realizada por meio de uma análise bibliográfica, sendo levado em consideração o que os doutrinadores abordam sobre o tema da impenhorabilidade dos ganhos com o trabalho, já que consiste num tema relevante, no qual se faz necessária uma pesquisa aprofundada nas doutrinas existentes, como forma de consolidar um entendimento sobre o referido assunto. Assim, a abordagem mais adequada para o tema em estudo fora a qualitativa, uma vez que esta pesquisa visa compreender a impenhorabilidade prevista no artigo 649, inciso IV, do CPC, diante da decisão excepcional e contraditória do STJ.

A natureza do estudo tem uma abordagem dedutiva, porque fora levando em consideração os entendimentos e opiniões formados pelos doutrinadores sobre o presente tema, tendo em vista a importância do conhecimento e pesquisa na área do Direito Processual Civil, como forma de abranger a compreensão sobre o processo de execução e impenhorabilidade de alguns bens jurídicos. Por fim, no que tange ao objetivo do referido estudo, a pesquisa fora feita de forma exploratória, haja vista que buscara investigar o processo de execução e a impenhorabilidade dos ganhos com o trabalho.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Após a análise da impenhorabilidade prevista pelo artigo 649, inciso IV, do CPC, é clara a impossibilidade de penhora dos ganhos com o trabalho, já que tal impenhorabilidade visa à proteção do executado, de forma a garantir o mínimo necessário para sua subsistência digna e de sua família. Porém, ao nos depararmos com a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, surge o questionamento sobre a real existência da impenhorabilidade absoluta dos salários prevista pelo legislador.

Entretanto, apesar do recente julgado, é de se perceber que a impenhorabilidade absoluta dos ganhos com o trabalho existe, já que o CPC a prevê como forma de proteger a dignidade da pessoa humana, sendo este fundamento de suma importância para o devedor, podendo ser o direito do credor mitigado em respeito a tal impenhorabilidade.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é de concluir-se que o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça apesar de justificar a sua decisão excepcional e contraditória ao CPC, na ponderação entres os direitos do devedor e do credor, gera uma séria insegurança jurídica, pelo fato dos ganhos com o trabalho serem expressamente impenhoráveis absolutamente.

Desse modo, mesmo que o STJ tenha inovado no seu entendimento em relação ao tema abordado, afirmando que os valores que excedem o mínimo necessário para a sobrevivência do executado podem ser penhorados, o legislador mantém-se inerte, preservando a regra da impenhorabilidade dos rendimentos provenientes do trabalho, devendo a mesma ser respeitada.

Entretanto, como forma de solução para a insegurança jurídica nascida pelo desrespeito da norma prevista no Código de Processo Civil, poderia ser criada pelo legislador norma com previsão de penhorabilidade parcial dos ganhos com o trabalho, de maneira que o Superior Tribunal de Justiça não agiria de forma subjetiva nas decisões sobre a impenhorabilidade dos rendimentos percebidos pelo devedor, e os direitos tanto do credor como do devedor não seriam mitigados, já que parte dos rendimentos do executado (mínimo necessário para a subsistência digna) não seria penhorada e a outra parte (supérflua) seria penhorada para garantir o direito do credor ao crédito. Dessa maneira, ambos os direitos seriam respeitados e resguardados, não gerando insegurança jurídica e garantindo a subsistência digna do executado e o direito de crédito do exequente.

REFERENCIAS

ABDALA, V. Da possibilidade da penhora de salário. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 72, n. 1, p. 31 – 35, jan./abr. 2006.

ARENHART. S. C. A Penhorabilidade de altos salários. Revista Forense, São Paulo, v. 398, p. 617 – 626, jul./ago. 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas, Lições de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2013.

DIDIER JR., Fredie, Curso de Direito Processual Civil. Execução. Salvador: JusPODIVIM, 2013.

FRANCO, Wanner, Direito Processual Civil. Cumprimento de Sentença. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, A. S. Penhora de Salário, Princípio da Proporcionalidade. Revista IOB, São Paulo, p. 211 – 214, mar. 2010.

PEREIRA. P. J. S. Possibilidade e Requisitos para a Penhorabilidade Salarial: Direito do Credor versus Direito do Devedor. Revista de Direito, ADVOCEF, Porto Alegre, n. 14, p. 19 – 24, mai. 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha, Manual de execução civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ACESSO À JUSTIÇA: A PROBLEMÁTICA DE SUA EFETIVAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Marcus Jiwago Rodrigues Veloso, autor[*]
125Alexsandro Machado Mourão, professor orientador[**]

[126]RESUMO

Um dos direitos mais importantes a serem garantidos por um Estado Constitucional é o acesso à justiça, que consiste em relevante proteção oferecida às pessoas, quando estas se veem envolvidas em conflitos. No entanto, a fim de tornar este direito real e eficiente, alguns problemas e obstáculos devem ser superados. Para solucioná-los, é fundamental entender sua relação com esse direito tão importante e com a atuação de um Estado Democrático de Direito. Neste artigo, por meio da pesquisa bibliográfica e do método qualitativo, serão analisados esses problemas, como eles prejudicam o eficiente acesso à justiça no Brasil e algumas soluções encontradas para fazer este direito realmente verdadeiro e acessível para todos.

Palavras-chave: acesso. justiça. direito. problema.

ABSTRACT

One of the most important rights to be ensured by a Constitutional State is the access to justice, which consists in a relevant protection offered to its people, when they are involved in conflicts. Nevertheless, in order to make this right real and efficient, some problems and obstacles must be surpassed. In order to solve them, we need to understand how they are related to the analysed right and to the acting of a Democratic State of Law. In this article, by using the bibliographic research and the qualitative method, we shall analyse these problems, how they prejudice the efficient access to justice in Brazil and some solutions found to make this right really true and accessible for everyone.

Key-words: access. justice. right. problem.

1 INTRODUÇÃO

125 [*]Granduando em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus), terceiro semestre. marcus.jiwago@gmail.com
126 [**]Graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus). Possui graduação em Filosofia pela Universidade Estadual do Ceará. Mestrando em Políticas Públicas e Sociedade pela Universidade Estadual do Ceará. Professor de Filosofia, Criminologia e Direitos Humanos. Assessor Jurídico da Procuradoria Regional do Trabalho da Sétima Região - PRT 7. alex.mourao5@gmail.com

Um dos principais direitos a serem assegurados aos indivíduos para que um Estado se afirme como Democrático de Direito, o acesso à justiça constituiu ferramenta fundamental para a tutela do indivíduo.

No Brasil, é assegurado, isto é, afirmado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, inovadora em relação à proteção do indivíduo e à sua atuação perante o Estado. O direito ao acesso à justiça integra o rol dos direitos e garantias fundamentais e individuais, o que reforça sua importância dentro do contexto da ordem jurídica de um Estado de Direito, de um Estado destinado a assegurar, da melhor maneira possível, a dignidade da pessoa humana.

O Estado deve, portanto, promover a realização de medidas que visem a efetivar esse direito em sua plenitude. Contudo, quando se busca assegurar a todos o acesso à justiça na prática, verificam-se diversos problemas de grande relevância que devem ser solucionados para que seja possível a concretização desse direito.

O presente trabalho procura, logo, analisar os principais problemas relacionados à efetivação do acesso à justiça no Brasil, destacados aqueles relacionados aos custos, ao tempo e à representação. Visa-se, ainda, a estudar a influência e os efeitos de algumas soluções e medidas elaboradas para contornar esses obstáculos, procurando assegurar ao indivíduo a efetiva proteção jurisdicional, a efetiva atuação do Poder Judiciário na solução de controvérsias.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Eficiência

Nos estados de Direito, sobretudo naqueles em que se verifica o vigor de um regime democrático, como no Brasil, é garantido o acesso à justiça, ou seja, a possibilidade dos cidadãos de recorrerem ao Poder Judiciário para preservar ou para restituir quaisquer direitos que possam ter sido lesados (BULOS, 2014). A efetiva vivência desse direito pode se mostrar difícil de ser concretizada, visto que há diversos obstáculos que devem ser superados. Entretanto, surgem, em vários países, como nos Estados Unidos e na Suécia, algumas medidas que visam à garantir uma justiça eficiente e de qualidade para todos os seus cidadãos. Além disso, o avanço da tecnologia e a elaboração de novos métodos de solução de conflitos parecem contribuir para a superação desses obstáculos, que serão a seguir analisados.

Pode-se verificar que os principais problemas enfrentados ao se tentar promover o acesso à justiça a todos, independentemente de quaisquer condições, são a efetividade do Poder Judiciário na resolução dos conflitos que a ele chegaram, o tempo em que são resolvidas as disputas, os custos do processo judicial e a representação das pessoas envolvidas e, eventualmente, de grupos.

Comenta Mauro Cappelletti, em sua obra, de maneira introdutória, sobre a expressão acesso à justiça, afirmando:

> A expressão 'acesso à Justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 3)

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988,

conhecida como **Constituição Cidadã**, o acesso à justiça foi reconhecido como um direito e uma garantia constitucional e fundamental, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, com a seguinte redação: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O mencionado dispositivo é, também, denominado de princípio da inafastabilidade da jurisdição (BULOS, 2014).

Nota-se expressiva inovação trazida pela Constituição de 1988 a proteção à ameaça de lesão a um direito, fazendo expandir ainda mais o âmbito do direito de acesso ao Judiciário, proporcionando, logo, uma melhor proteção do indivíduo, uma vez que este não mais precisa ter seu direito lesado para buscar o amparo do Estado (SILVA, 2006).

A partir do direito ao acesso à Justiça, o Poder Judiciário passou a ser um importante instrumento de transformação social, de promoção da cidadania (na medida em que o indivíduo participa da sociedade e reivindica e exige o reconhecimento de seus direitos) e, ainda, da democracia, sobretudo com a promulgação da Constituição de 1988, que definiu esse direito como fundamental (NUNES; TEIXEIRA, 2013).

Embora seja um direito e, também, uma garantia constitucional, não basta que o direito ao acesso à justiça permaneça somente escrito; ele deve ser efetivado. Logo, deve produzir efeitos concretos. O Estado, ao reconhecer esse direito, deve tomar as medidas necessárias para torná-lo efetivo, eficiente (PADILHA, 2014). Assim, deve o Estado fornecer estruturas adequadas e proporcionar profissionais qualificados, por exemplo. Um acesso à justiça eficiente ocorreria, também, quando o Poder Judiciário resolvesse conflitos de modo a garantir os direitos dos indivíduos, observando, assim, a qualidade de suas decisões.

Os direitos garantidos aos cidadãos apenas tornam-se efetivos quando seus titulares passam a ter acesso à justiça propriamente dita, quando veem seus conflitos resolvidos de forma justa e de modo a proteger e garantir seus direitos, e, ainda, quando têm acesso a um Judiciário eficiente, que possibilite a integral, efetiva e justa resolução de qualquer litígio que possa vir a requerer sua atenção. Destarte, é mister observar-se, portanto, o disposto no artigo 5°, XXXV, da Constituição Federal de 1988, cuja redação possibilita compreender que este suscita o direito e a garantia de uma justiça presente e pronta para atender aos anseios e demandas da sociedade.

O acesso à justiça eficiente se concretizaria, ainda, quando houvesse, entre as partes envolvidas em qualquer processo, a verificação real, efetiva e verdadeira do denominado princípio da paridade de armas, quando são oferecidas às partes as mesmas oportunidades e faculdades durante a busca por seus direitos. Deve-se, em uma perspectiva que se foca, principalmente, no processo judiciário, proporcionar a garantia do devido processo legal e de todas as garantias advindas com ele (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009).

Reforçando a relevância do tema, preconizam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p.5) que "o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos".

O direito ao acesso à justiça, à proteção jurisdicional, deve ser efetivamente concretizado, para que possa, assim, ter sua máxima expressão e produzir efeitos satisfatórios na vida dos indivíduos. Esse direito, logo, passaria a ser mais presente e a tutelar ainda mais aqueles que precisam da atenção do Estado para a solução de suas controvérsias.

Além disso, quando se busca, realmente, promover esse direito de forma integral e satisfatória, deve-se levar em conta que o acesso à justiça não se restringe apenas à atuação do Poder Judiciário em determinado conflito e à decisão que aproveite apenas aos envolvidos. O acesso à justiça suscita que sejam observados, também, os anseios da sociedade e o papel do Judiciário como meio de transfomação social, sendo essa, logo, a perspectiva social e, sobretudo, democrática do acesso à justiça (NUNES; TEIXEIRA, 2013).

2.2 Custos

Outro problema que os Estados enfrentam para proporcionar a seus cidadãos esse direito são os custos do processo judicial. Geralmente, os custos são bastante elevados, o que, muitas vezes, faz que aqueles que não podem arcar com eles não tenham a devida proteção judicial. Destarte, apenas aqueles que possuem recursos suficientes para arcar com as despesas que surgem com um litígio teriam suas lesões a direitos apreciadas pelo Poder Judiciário. Pode-se, ainda, mencionar as palavras de Mauro Cappelletti, quando, em seu trabalho, comenta sobre os altos custos do processo judicial, sobretudo na fase denominada de Estado Liberal:

> Afastar a 'pobreza no sentido legal' — a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições — não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens; no sistema do "laissez faire" só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram condenados responsáveis por sua sorte o acesso formal, mas não efetivo justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, não material. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 4)

Assim, ao não terem como recorrer ao Judiciário para reivindicar quaisquer direitos, muitos poderiam recorrer à autotutela, o que seria perigoso, ineficiente e, certamente, um retrocesso (HASSE, 2014). Também Ada Pellegrini tece comentários acerca do problema que é o elevado custo do processo:

> Ao lado da duração do processo (que compromete tanto o penal quanto o civil ou trabalhista), o seu custo constitui outro óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora através dele. O processo civil tem-se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado (os preparos), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, como é perceptível à primeira vista, concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 32)

Os altos custos do processo judicial, além de não permitirem o acesso de todos à justiça, não trazem estímulos para que as chamadas causas menores sejam levadas ao Poder Judiciário.

Sendo bastante comum no dia a dia, o mencionado tipo de causa, por não proporcionar ao litigante um ganho, uma indenização, que compense o que foi gasto com as despesas decorrentes do processo, não é levado à apreciação do Judiciário (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). Devido a esse fato, muitos direitos são lesados e assim permanecem.

Observando essa realidade, muitos Estados tomaram algumas medidas para combater essa desigualdade existente. O Brasil, a título de exemplo, instituiu a Defensoria Pública, responsável por proporcionar os benefícios da justiça gratuita. Destarte, quando uma pessoa tem um direito lesado, mas não possui os recursos necessários para arcar com as despesas do processo, como pagar um advogado e seus honorários, é possível que recorra à Defensoria, e um defensor público, concursado e remunerado pelo Estado, será nomeado para atuar naquele processo. A defensoria, entretanto, não se faz presente em todos os municípios brasileiros, o que gera os mesmos problemas decorrentes dos altos custos. Porém, quando isso ocorre, pode ser nomeado um advogado para atuar naquele caso, sendo remunerado pelo Estado. Este é chamado de advogado dativo, defensor dativo ou defensor *ad hoc*. Todavia, essa medida deve, também, ser revista e analisada, pois, muitas vezes, o advogado dativo, por não haver fiscalização de sua atuação e haver demora do Estado em remunerá-lo, não desempenha sua função de modo eficiente (NASCIMENTO, 2010).

2.3 Tempo

A prestação jurisdicional, para que seja realmente efetiva, deve ser realizada em tempo razoável. É bastante corriqueiro se escutar que determinado processo está tramitando há muitos anos na justiça. Essa excessiva duração de um litígio constitui outro problema que surge ao se procurar promover um acesso à justiça eficiente para todos os que se encontram sob a proteção de um Estado.

Quando se verifica que até mesmo um simples processo demora tempo demasiado para ser analisado e para que seja tomada uma decisão referente a ele, a credibilidade do aparato jurídico, da atuação do Poder Judiciário, passa a ser questionada. As pessoas que procuraram o amparo do Judiciário passam a duvidar da eficiência de seus serviços.

Devido à demora na resolução dos conflitos e à descrença na eficiência da justiça, as pessoas não se sentem estimuladas a recorrer ao Judiciário para ter seus direitos protegidos. Sendo assim, o acesso à justiça é restrito somente àqueles que estão dispostos a enfrentar a demora e a arcar com as desvantagens dela decorrentes.

Essa demora possui algumas causas, dentre as quais, podem ser citados, observando-se a realidade brasileira, o excesso de processos, gerado pela intensa **judicialização** dos conflitos, e a excessiva burocracia exigida, sendo esta a principal causa da demora.

A judicialização dos conflitos passou a ser algo comum na realidade jurídica brasileira. Consiste no fato de que muitos conflitos, que poderiam ser resolvidos de maneira extrajudicial, são levados à apreciação do Poder Judiciário, gerando, consequentemente, um exagerado número de processos a serem analisados. Verifica-se, portanto, que isso contribui para a demora na resolução de conflitos (MEIRELES, 2014).

Algumas medidas foram elaboradas para evitar esse fenômeno, sendo a conciliação, a mediação e a arbitragem[127] os principais exemplos. Estas consistem nas denominadas formas alternativas de conflitos. Essas formas de resolução, por serem, geralmente, extrajudiciais, são rápidas e evitam que muitos conflitos simples e de fácil resolução precisem ser levados à apreciação do Poder Judiciário, o que levaria à tramitação de mais um processo entre os vários. A mediação, a conciliação e a arbitragem, portanto, auxiliam na redução do número de processos levados à justiça, visando a proporcionar, assim, uma decisão mais efetiva, menos demorada e com menos dispêndios acerca dos processos já apreciados pelo Poder Judiciário.

É importante frisar que, no Brasil, a Emenda Constitucional nº 45, conhecida como Reforma do Judiciário, instituiu a denominada duração razoável do processo, enumerado no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, com a seguinte redação: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Essa duração razoável do processo, um direito e garantia constitucional, como visto, não é determinada no dispositivo. Isto ocorre porque ela sofrerá variação a depender do caso que está sendo analisado e de sua urgência (SILVA, 2006).

2.4 Representação

Como se pode perceber por meio da leitura do trabalho de Mauro Capelletti, a representação em um litígio constitui um outro obstáculo quando se procura proporcionar um acesso à justiça eficiente e de qualidade.

Uma das questões que se deve analisar é a representação de grupos, característica essencial do denominado direito difuso[128]. O processo e os litígios, por exemplo, eram vistos sob a perspectiva de que figuravam apenas duas partes, duas pessoas, o que gerava problemas na solução de controvérsias envolvendo grupos específicos de indivíduos. Em casos assim, cada indivíduo teria que figurar em um processo próprio,

127 Apesar de terem como finalidade facilitar a resolução de um litígios, a mediação, a conciliação e a arbitragem guardam relevantes diferenças entre si. A mediação visa a trabalhar o conflito ainda em andamento, estimulando, assim, o diálogo entre as partes envolvidas. A solução do litígio, logo, é elaborada pelas próprias partes. Esse método é utilizado, principalmente, para solucionar conflitos familiares e de vizinhança, visto que procura manter uma boa convivência entre os envolvidos. A conciliação, por sua vez, é utilizada quando é visualizado um problema que já ocorreu, e quando este é a própria razão do conflito. Diferentemente do que ocorre na mediação, o conciliador tem uma atuação mais direita e de maior percepção, pois pode sugerir possíveis soluções para o conflito, podendo as partes aceitar ou não. A conciliação é utilizada, sobretudo, para solucionar causas trabalhistas. Por seu turno, a arbitragem, método extrajudicial de solução de conflitos, é visualizada quando as partes escolhem um árbitro, um terceiro imparcial, para decidir a controvérsia. É importante frisar que decisão proferida pelo árbitro tem a força de sentença judicial e não admite recurso (DEFENSORIA PÚBLICA, 2013).

128 O conceito e as características do direito difuso podem ser observadas no artigo 81, I, do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078: "interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas pelas circunstâncias de fato".

suportando, por si mesmo, as desvantagens deste, como os altos custos da ação, a necessidade de contratar um advogado e o desgaste gerado devido ao tempo excessivo de tramitação do processo. Verificar-se-ia, neste caso, a hipossuficiência do indivíduo, que poderia não ter seus direitos devidamente assegurados. Assim, a representação do grupo em que esse indivíduo estaria inserido, sem dúvidas, diminuiria essas desvantagens.

Com as mudanças sociais e o surgimento de legislações inovadoras, tendo grande destaque o Código de Defesa do Consumidor – que dispõe sobre o direito consumerista, um exemplo de direito difuso –, viu-se a necessidade de oferecer uma maior atenção e uma tutela mais ampla à representação de uma coletividade em um processo (SILVA, 2006). Esta viria a ser, destarte, uma outra perspectiva do acesso à justiça.

Além do Direito do Consumidor, veem-se outros exemplos de direitos considerados difusos, como o Direito Ambiental, o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário, visto que visam a oferecer melhor proteção a grupos específicos da sociedade. Também é interessante frisar a importância da ação popular, um remédio constitucional, na necessidade de promover a adequada representação desses grupos.

Garantir a real e eficiente representação desses grupos, *v.g.*, os consumidores, e a possibilidade de requerer a atuação do Estado na solução de suas controvérsias é, por conseguinte, imprescindível para a eficaz concretização do direito de acesso à justiça. Esse direito, ainda, numa perspectiva social e democrática, seria um importante instrumento para que esses grupos buscassem e reivindicassem seus direitos e sua participação na sociedade (NUNES; TEIXEIRA, 2013).

2.5 Medidas que visam a facilitar o acesso à justiça

Analisados os principais problemas enfrentados pelo Estado para promover a concretização do direito de acesso à justiça, faz-se relevante observar algumas medidas e políticas públicas, de relevante destaque, que possuem a plena realização desse direito como sua principal finalidade.

Valendo-se do conhecimento de que o Direito, como instrumento com influência social, visa a acompanhar as mudanças que ocorrem na sociedade, para que possa da melhor forma cumprir seus objetivos, destacados o controle da liberdade excessiva dos indivíduos e a solução dos conflitos entre estes, percebe-se a grande relevância exercida pelos diversos avanços tecnológicos do século XXI.

Relacionando-se com o tema do presente trabalho, faz o Direito, também, uso desses meios tecnológicos para buscar concretizar um efetivo e eficaz acesso à justiça, como suscitado pela própria Constituição Federal, em dispositivo já mencionado.

Destaca-se, neste contexto, principalmente, o processo eletrônico, advindo do grande avanço da informática. Com ele, o processo passa a não ser físico, o que reduz os custos de um processo comum, já que não seriam utilizados papéis, por exemplo. O processo eletrônico torna menos dispendioso, mais ágil e mais rápido o trabalho dos envolvidos no processo, sobretudo quando observada a perspectiva do advogado e do juiz, *verbi gratia.*

Merecem também destaque os chamados Juizados Especiais. Estes constituem em importante ferramenta para o acesso à justiça, visto que foram instituídos para proporcionar um melhor exercício da jurisdição. Para cumprir sua finalidade, que é a de oferecer uma melhor tutela aos cidadãos ao proporcionar mais um meio de ingresso ao Judiciário e buscar concretizar o direito analisado no presente artigo, o procedimento dos Juizados é diferente daquele dos demais tribunais. Destacam-se, entre outros benefícios, a possibilidade de uma pessoa poder ingressar com uma ação sem a necessidade de um advogado e a isenção de custos do processo quando em primeiro grau (PADILHA, 2014).

Faz-se mister mencionar também os benefícios trazidos pela instituição da Defensoria Pública, tema mencionado em tópico anterior, em sua atuação destinada a promover a Justiça Gratuita e democratizar o acesso à justiça, oferecendo àqueles que não possuem condições a possibilidade de requerer a atenção do Poder Judiciário na solução de litígios em que estejam envolvidos (PADILHA, 2014).

Os métodos alternativos de solução de conflitos, que são a mediação, a conciliação e a arbitragem, de relevante destaque, constituem outro meio disponibilizado pelo Estado para que os indivíduos possam requerer uma solução para seus litígios, para seus conflitos.

Nota-se que essas medidas elaboradas e realizadas pelo Poder Público, principalmente, que visam a concretizar esse direito essencial à vida em sociedade e à afirmação de um país como Estado de Direito, estão produzindo bons resultados. Entretanto, ainda não cumpriram, de maneira eficaz e integral, seus objetivos. São, ainda, de grande importância investimentos, por parte do Estado, que visem a fazer que essas medidas, com destaque à Defensoria Pública, venham, realmente, a produzir os resultados e os efeitos esperados e necessários.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

Para a realização do presente trabalho, utilizou-se o método indutivo, ou seja, foi feita uma análise de um conteúdo específico, relacionando-o com um mais abrangente. A pesquisa é de cunho qualitativo, uma vez que visa a estudar a problemática de um acesso à justiça eficiente e de qualidade. Foi utilizada, ainda, a pesquisa bibliográfica e documental.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Após breve análise dos principais obstáculos a serem transpostos para se promover a todos os indivíduos a concretização de seu direito a um acesso à justiça de eficiência e qualidade, para que possam solucionar as controvérsias em que estejam envolvidos por meio da requisição da atuação do Poder Judiciário, ou seja, do Estado, pôde-se verificar que a efetivação de um real acesso à justiça é uma tarefa árdua e que exige considerável atenção por parte do Estado.

As políticas públicas e as diversas medidas promovidas para tentar assegurar a todos o direito de ter lesão ou ameaça a direitos cessada vêm produzindo resultados interessantes e importantes, com destaque para os métodos alternativos de solução de conflitos e a Defensoria Pública. Todavia, essas medidas ainda não cumprem sua finalidade da melhor forma possível. É necessário que o Estado realize mais investimentos

nesse sentido, procurando assegurar uma atuação ainda melhor e mais presente da Defensoria Pública e dos Juizados Especiais, por exemplo, visto que estes constituem importantes medidas para se promover um acesso à justiça para todos.

Logo, vê-se que as medidas tomadas são interessantes e vêm produzindo resultados até satisfatórios, mas não são suficientes para, sozinhas, assegurar esse direito tão importante.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho, foi analisada, sob a perspectiva da realidade brasileira, a problemática relacionada à efetivação de um dos direitos mais importantes: o acesso à justiça. Dentre os obstáculos analisados, destacam-se os problemas da eficiência, dos custos, do tempo e da representação. Procurou-se entender como estes constituem óbice à efetivação desse direito.

Por sua vez, a partir dessa perspectiva, foram também analisadas algumas medidas que tinham como finalidade facilitar a concretização de tão relevante direito. Verificou-se que estas produzem efeitos de grande relevância. Todavia, vê-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido pelo Estado para que este possa realmente proporcionar a seus cidadãos esse direito, que é, inclusive, um direito fundamental elencado em nossa Constituição.

Pode-se concluir, destarte, que o direito de acesso à justiça é complexo, suscita variados problemas acerca de sua efetivação e requer grandes investimentos e relevante atuação do Estado para ser plenamente assegurado, isto é, para que possa ser vivido pelos indivíduos. Exercem papel fundamental, logo, as políticas públicas que tenham como finalidade proporcionar a concretização e a vivência desse direito de tamanha importância, demonstrando o dever do Estado de efetivar os direitos por ele reconhecidos e proclamados.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro, **GARTH, Bryant**. **Acesso** à **Justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antonio **Fabris, 2002**.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta juridica, 2013.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NASCIMENTO, Meirilane Santana. **Acesso à Justiça: abismo, população e Judiciário.** 2010. Âmbito Jurídico**.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7498>. Acesso em: 26 abr. 2015.

HASSE, Djonatan. **Garantia constitucional do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional.** 2014. **JusBrasil.** Disponível em: <http://djonatanh01.jusbrasil.com.br/artigos/111943370/garantia-constitucional-do-acesso-a-justica-e-a-efetividade-da-tutela-jurisdicional>. Acesso em: 26 abr. 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA. **Saiba a diferença entre mediação, conciliação e arbitragem.** 2013. **JusBrasil.** Disponível em: <http://dp-mt.jusbrasil.com.br/noticias/3116206/saiba-a-diferenca-entre-mediacao-conciliacao-e-arbitragem>. Acesso em: 26 abr. 2015.

MEIRELES, Gustavo Fernandes. **Profissões Jurídicas e Cidadania:** Fortaleza: Gustavo Fernandes Meireles, 2014. 31 slides. Color.

EDUCAÇÃO POPULAR: UMA CONTRIBUIÇÃO SIGNIFICATIVA NA FORMAÇÃO DE CIDADÃOS CONSCIENTES EM DIREITOS HUMANOS

Maria Cristina R. C. de Barros Leal [129*]
Leidiane Sousa Barros[130]
Jacqueline Alves Soares[131***]

RESUMO

Os Direitos Humanos são produtos de lutas e conquistas sociais, anônimas e cotidianas, oriundos de novas demandas individuais e coletivas por consagração e efetivação dos direitos inerentes à pessoa humana que permearam o longo histórico da humanidade. Indubitavelmente, é por meio da Educação Popular que ocorre um movimento contínuo e permanente de conscientização de direitos, sendo esta mola propulsora para a formação de uma sociedade participativa. A partir dessa mentalidade que repousa na metodologia freireana da construção coletiva do saber por meio do diálogo, refletindo uma educação libertadora que rompe os grilhões da ignorância, a Educação Popular em Direitos Humanos forma cidadãos comprometidos com a comunidade, norteados pelo princípio da dignidade humana, tornando-se construtores de uma sociedade mais justa e igualitária. O presente artigo apresenta uma pesquisa qualitativa com base na revisão bibliográfica de vários autores, concluindo-se com o método dedutivo a partir de reflexões feitas pelo estudo da temática.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Educação Popular. Paulo Freire. Cidadania.

ABSTRACT

Human rights are products of everyday anonymous social struggles and achievements. They come from ongoing individual and collective demands for the recognition and realization of inherent human along mankind history. Undoubtedly, this continuous of rights awareness movement happen through Popular Education, which is a driving force to the formation of a participating society. According to Freire's methodology of collective construction of knowledge through dialogue, which reflects a liberating education that breaks the chains of ignorance, Popular Education in human rights is responsible for creating citizens committed to the community, who are guided by the principle of human dignity, and who will become builders of a more just and egalitarian society. This article presents a qualitative research based on literature review of several authors, concluding with the deductive method based on the thematic study reflections.

Keywords: Human Rights. Popular Education. Paulo Freire. Citizenship.

129 *Acadêmica do 4º semestre do Curso de Direito da Unichristus. E-mail: cistinabarrosleal@hotmail.com
130 Acadêmica do 4º semestre do Curso de Direito da Unichristus. E-mail: Leidianesousa.84@gmail.com
131 ***Professora orientadora e coordenadora do Projeto Defensores Populares, EDH da Unichristus. Email: jacsoares81@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A sociedade está em um contínuo movimento de criação e de recriação. Assim, como o homem é um ser em processo de formação, os Direitos Humanos, como frutos da dinâmica social, também estão em constante processo de idealização. Essa construção em devir do ser humano, como bem preleciona Paulo Freire, faz que o homem, como cidadão que é, inteire-se como autor da frequente transformação social. A partir dessa realidade, percebe-se a grande importância da Educação Popular em Direitos Humanos como instrumento formador e orientador de cidadãos ativos, verdadeiros protagonistas das constantes lutas por uma sociedade mais justa e igualitária.

O presente artigo tem por escopo apresentar, de forma clara e objetiva, a significativa colaboração da Educação Popular, embasada na metodologia freireana da educação libertadora, da construção coletiva do saber, por meio do diálogo e da reflexão crítica acerca da realidade vivenciada, na construção de um cidadão efetivamente consciente de direitos e deveres, solidário com a comunidade e participativo nas decisões sociais. Para que o objetivo seja alcançado, faz-se necessária uma breve abordagem sobre o que são os Direitos Humanos e, sobretudo, sobre o que é a Educação Popular em Direitos Humanos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Breve histórico dos Direitos Humanos

Para falar de Direitos Humanos, antes de qualquer coisa, torna-se indispensável uma pequena elucidação acerca do conceito que o envolve. Apesar da notória evolução dos Direitos Humanos ao longo da história, com todas as lutas e conquistas sociais em prol da proteção e da efetivação de direitos, ainda não existe um conceito uníssono que o defina, em virtude de sua complexidade e riqueza de sentidos.

A percepção histórica acerca dos Direitos Humanos defende que o cerne da compreensão moderna referente a esses direitos e a motivação das constantes lutas em prol de sua consagração não estão fundamentados na estrutura jurídica normativa que os reconhecem. Antes mesmo, está alicerçado no esforço contínuo de homens e mulheres, ao longo dos séculos, em favor da efetivação de direitos por meio de "lutas emancipatórias e libertárias do povo". (CARBONARI, 2010, p. 37) Não se pode afirmar que os Direitos Humanos são documentos tão somente literais que declaram direitos, ou mesmo que são frutos de uma cultura unilateral historicamente imposta. Todavia, é certo atestar que os Direitos Humanos constituem o ambiente propício para a luta e para a reclamação por efetivação de direitos, introduzindo o homem na sociedade como protagonista de transformações. "São processos dinâmicos que permitem a abertura e a conseguinte consolidação e garantia de espaços de luta pela dignidade humana." (FLORES, 2009, p. 169)

Em uma visão ética dos Direitos Humanos, pode-se conceituá-lo como sendo os direitos que se constituem "em exigências basilares referenciadas na dignidade humana dos sujeitos de direito". (CARBONARI, 2010, p. 39) A concepção mais acertada

acerca de Direitos Humanos é aquela que tem como base o reconhecimento dessa dignidade humana, encontrada na observação prática do cotidiano dos homens. São enganosas, falaciosas as teorias que se fiam na observação exclusiva dos textos positivados, olvidando as contradições da realidade enfrentada pelos povos. (FLORES, 2009)

Pode-se dizer que direitos humanos ensejam, sobretudo, comprometimento com a plena efetivação da dignidade humana. "Enquanto uma só pessoa tiver um de seus direitos violados ou ainda não realizados, estar-se-á longe de ser uma sociedade justa e de paz". (CARBONARI, 2010, p. 41) Para isso, o que importa, na sua inteireza, não é identificar o conceito em si, mas o que ele representa para a sociedade, ou seja, a própria essência de seu conteúdo. O que importa é a motivação de toda luta enfrentada ao longo do processo histórico vivenciado pela sociedade. (DORNELLES, 2006)

Os Direitos Humanos têm caráter eminentemente histórico. São direitos conquistados ao longo do desenvolvimento social. São produtos de conquistas sociais que fazem parte da história dos povos que, ao longo do tempo, lutaram e conquistaram direitos, hora recuando, hora avançando, garantindo gradativamente a emancipação frente ao Estado, a liberdade perante os senhores escravocratas, a independência em face da colonização que, por longos anos, subjugou muitos povos, além de muitas conquistas que ficaram esquecidas nesse processo histórico de construção de Direitos. (BRAGATO, 2014)

Já na Antiguidade, podem-se visualizar resquícios de Direitos Humanos, uma vez que estes *são entendidos* por "quaisquer direitos atribuídos a seres humanos". Tem-se como exemplos o reconhecimento de direitos vislumbrados já no "Código de Hamurábi, na Babilônia, séc. XVIII a. C., [...] na República de Platão (Grécia, séc. IV a. C.), no Direito Romano e em inúmeras civilizações e culturas ancestrais". (HERKENHOFF, 1994, p. 51)

Na Idade Média, a sociedade medieval foi caracterizada historicamente pela descentralização política, com seus inúmeros centros de poder influenciados pelo Cristianismo e pelo feudalismo. A partir da segunda metade da Idade Média, houve um grande movimento em prol da defesa de direitos a favor de alguns estamentos, de forma privilegiada, materializados nos forais e cartas de franquia. Como bem afirma João Baptista Herkenhoff, "não eram cartas de liberdade do homem comum. [...] Não afirmavam direitos "humanos", mas direitos de estamentos. [...] Em tais declarações de direitos não se cogitava de seu eventual sentido universal". (HERKENHOFF, 1994, P. 56)

Há de se ressaltar a grande diferença entre a origem dos direitos e os direitos consagrados hodiernamente. A limitação do poder estatal, bem como a dignidade da pessoa humana, de forma indissociável, são como balizas norteadoras para a consagração dos Direitos Humanos. Essa noção dos direitos era bastante precária na Antiguidade e na Idade Média. (HERKENHOFF, 1994)

Com a formação do Estado Moderno, de caráter peremptoriamente centralizador, houve, a partir da ascensão da burguesia, um grande movimento em prol de aniquilar o abuso estatal do *Acien Régime*, dando ensejo às grandes revoluções burguesas, a citar a Revolução Inglesa, a Americana e a Francesa. Esta, carregando consigo o lema liberdade, igualdade e fraternidade. Não se pode olvidar, todavia, que, com o advento da modernidade liberal, muitos dispositivos que versavam sobre Direitos Humanos afloraram na sociedade, a exemplo da "Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, mas principalmente a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789". (BRAGATO, 2014, p. 208) Esses dispositivos anexaram, além do mais, "a expressão legal do projeto iluminista fundado na promessa de emancipação do indivíduo das formas de opressão política". (BRAGATO, 2014, p. 208)

Contudo, o conceito de pessoa humana, por muito tempo, adquiriu uma conotação elitista e preconceituosa. Nem todos eram reconhecidos juridicamente por "pessoa". A limitação do poder, por sua vez, não esteve presente em toda a história dos Direitos Humanos, quer por não existir um Estado formalizado, quer por haver um absolutismo totalitário. "A ideia de limitação do poder foi precedida de uma longa gestação histórica". (HERKENHOFF, 1994, p. 53) O histórico dos Direitos Humanos foi marcado por diversas lutas contadas e por tantas outras lutas anônimas que, ao longo do tempo, solidificaram o que temos atualmente como Direitos Humanos, que têm como ponto central o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em todo processo de reconstrução histórica nota-se invariavelmente uma tomada de posição frente aos fatos, impregnando a realidade, por sua vez, de uma visão extremamente parcial, sendo esta, na maioria das vezes, a visão de quem tem legitimidade para reconstruir os fatos. A história dos direitos humanos não ficou à margem dessa afirmação. A ótica sob a qual foi contada é a ótica do liberalismo moderno, sendo "apresentados como um desdobramento natural do pensamento liberal e das lutas políticas europeias da Modernidade, cujo liberalismo clássico e suas ideias de liberdade individual e igualdade formal são consideradas o núcleo duro destes direitos." (BRAGATO, 2014, p. 204)

Essa visão hegemônica dos Direitos Humanos a partir da ótica Moderna da burguesia ocidental, enraizada na sociedade ao longo dos tempos, sedimentou a ideia equivocada de uma história construída unicamente por um povo, o europeu, e "exportado" para os povos recém-descobertos, os bárbaros, para o "resto do mundo". "Como consequência, as origens dos Direitos Humanos têm pouco ou nada a ver com a história e a racionalidade dos povos não ocidentais". (BRAGATO, 2014, p. 205)

Diante desse contexto, é preciso desconstruir a ideia implantada na sociedade sobre Direitos Humanos segundo a visão europeia hegemonicamente predominante, definidas e apresentadas como axiomas e verdades absolutas. A exemplo da emancipação colonial dos povos sob o jugo ocidental da monopolização do conhecimento faz-se necessário a descolonização desse pensamento hegemônico europeu acerca dos Direitos Humanos, fundado na constatação da presença de uma posição preponderante acerca dos Direitos Humanos, mas, especialmente, apoiado na possibilidade de protesto contra essa realidade, com base a partir de "consideração de conhecimentos, histórias e racionalidades tornadas invisíveis pela lógica da colonialidade moderna". (BRAGATO,2014, p. 205)

Não obstante, malgrado a concepção hegemônica ocidental, o entendimento sobre Direitos Humanos tem auferido demasiada importância ao longo do percurso histórico dos povos, levando em consideração que seus pressupostos e princípios têm como fundamento a observância e a proteção da dignidade da pessoa humana. Não é demais ressaltar que o processo de educação em Direitos Humanos e para os Direitos Humanos muito contribui para a difusão do entendimento acerca da dignidade humana, além de ser instrumento útil para a desconstrução de conceitos culturalmente impostos sobre Direitos Humanos.

2.3 Educação Popular em Direitos Humanos

Apesar de a evolução histórica dos Direitos Humanos ter posto em evidência certos valores, como solidariedade, conceito de dignidade humana e igualdade, muitos desses direitos, contudo, ainda reclamam por garantias. De tal modo que a comunidade mundial tem um longo caminho a percorrer até presenciar uma efetivação satisfatória dos direitos inerentes ao homem. (LOPES, 2011, V. 192) Nesse ínterim, a sociedade tem um papel primordial na busca pela concretização de direitos, cujo caminho, mais direto e eficaz, é a educação em Direitos Humanos. Desse modo, a educação se apresenta como um instrumento indispensável para o conhecimento, para a luta por concretização e para o exercício desses direitos, por meio de um processo sistemático de atuação em diversos setores sociais. (MELO NETO, 2007)

Na concepção de Maria Victoria Benevides, a educação em Direitos Humanos é um processo cultural de aprendizagem mútua, que envolve valores humanos, redimensionando preceitos de modo permanente e contínuo, abrangendo princípios universais que vão além do método puro de transmissão de conhecimento. "É uma educação, permanente, continuada e global", (BENEVIDES, 2001, p. 43) que caminha em uma via de mão dupla, contemplando ensino e aprendizagem de forma recíproca. "É a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz". (BENEVIDES, 2001, p. 43) É sem dúvida uma mudança de conceitos culturais, uma tentativa constante de transformação de mentalidades e posturas. É um movimento permanente por um redirecionamento intelectual e comportamental, subordinado ao princípio da dignidade da pessoa humana. (BENEVIDES, 2001)

Essa mudança cultural, tão necessária à sociedade, exige desta uma posição de confronto com conceitos pejorativos de Direitos Humanos culturalmente construídos que estão arraigados na consciência social. Toda essa construção deturpada acerca desses direitos acaba por comprometer e enfraquecer o alcance e a efetivação destes. (BENEVIDES, 2001)

A Educação em Direitos Humanos tem como ponto central a formação de cidadãos conscientes de seus direitos e partícipes do processo democrático, capazes de analisar a realidade vivida de forma crítica e comprometida com a comunidade. Ela instiga no cidadão uma postura de confronto com o que está dissonante com os direitos; uma postura ativa e consciente diante dos conflitos entre as normas e a realidade vivenciada. Tem por finalidade a ampliação desse processo educativo de conhecimento e conscientização em Direitos Humanos, de forma a sair do papel e se concretizar no plano social. (BENEVIDES, 2001) Em síntese, a construção coletiva de cidadania democrática, crítica e ativa, insere-se nessa perspectiva da educação em Direitos Humanos.

Para que a Educação em Direitos Humanos alcance seus propósitos, torna-se indispensável implementar uma educação voltada para a realização dos desejos humanos por uma sociedade mais justa e igualitária, que respeita o direitos de todos, e o caminho mais adequado para galgar esse objetivo passa pela Educação Popular. Certamente, este é o meio mais eficaz e apropriado para a difusão dos direitos inerentes ao homem, bem como para o fortalecimento de regimes democráticos. (MELO NETO, 2007) "A Educação Popular foi e é uma proposta pedagógico-política com grande capacidade de promover e realizar os direitos humanos, na medida em que contribui na elevação do ser humano à condição de Sujeito Cidadão". (BOTH; BRUTSCHER, 2004, p. 193)

É uma educação caracterizada, segundo José Francisco de Melo Neto, pelo movimento de discussões e diálogos realizados na comunidade, quer nas escolas ou fora delas, acerca de determinado fenômeno social, de forma crítica e reflexiva. É uma educação que faz despontar uma movimentação social, ensejando uma efetiva participação do cidadão nos sistemas de decisão. Toda essa organização social torna-se prática em Direitos Humanos. O ponto alto da Educação Popular está precisamente no fato de envolver, de forma participativa, a sociedade, retirando o povo da inércia e formando cidadãos conscientes em Direitos Humanos. É exatamente essa consciência de cidadania que impulsiona as lutas e as reivindicações por efetivação de direitos. Esse processo educativo leva a comunidade a sair da alienação e reconhecer a existência de direitos violados diariamente, funcionando como propulsor na formação de grupos difusores e defensores de direitos humanos: os defensores populares. (MELO NETO, 2007)

> O movimento pedagógico, desencadeado pela educação popular, fundamenta uma nova concepção de mundo, de relações humanas e sociais, provocando uma revolução cultural. Enquanto pedagogia, a educação popular sustenta uma educação não para o povo, mas do povo. Uma educação que o povo cria e recria na sua organização e luta por libertação, conduzindo à transformação social e cultural. (BOTH; BRUTSCHER, 2004, p. 195)

"A Educação Popular para os Direitos Humanos, assim, permeia a vida de uma sociedade". (MELO NETO, 2007, p. 438) Ao apostar "na cultura popular e na classe popular como sendo o principal sujeito da própria educação, a educação popular promove a cidadania". (BOTH; BRUTSCHER, 2004, p. 195) "Como produto do esforço humano e expressão de um trabalho de superação da alienação", (MELO NETO, 2007, p. 438) a partir de constantes lutas nas mais diversas searas por consagração e proteção de direitos, a Educação Popular torna-se um instrumento indispensável para concretização de direitos.

2.5 A pedagogia de Paulo Freire e a educação popular

Paulo freire, pedagogo e filósofo, aclamado como patrono da educação no Brasil, desenvolveu um novo método de

ensino que revolucionou as bases da educação brasileira, ganhando proporções internacionais, sobretudo nos países de língua portuguesa. Um dos problemas propulsores para essa revolução pedagógica foi, sem margem de dúvidas, o grande índice de analfabetismo percebido entre os membros da sociedade economicamente vulneráveis à manipulação política no país. Dessa forma, as pesquisas elaboradas pelo pedagogo tiveram como objeto central aqueles que se encontravam à margem social, os "fora da história", como bem asseverava. Dirigiu-se sempre às massas oprimidas, com a finalidade de lançar-lhes a luz do conhecimento como prática libertadora e emancipatória, construindo, de forma coletiva, uma consciência crítica e reflexiva sobre os problemas que enfrentavam. (FREIRE, 1979, p. 12)

Para aplicar sua pedagogia, Paulo Freire denunciou a velha "concepção bancária" de aprendizagem, alicerçada na hierarquia professor-aluno, na qual o professor era o depositante de conhecimentos, por isso estava sempre em uma postura superior, e os educandos eram os depositários, os que não detinham conhecimentos algum e dependiam da sabedoria do mestre, assumindo uma postura inferior de subserviência. Segundo ele, esse método de repetição era apenas mais um meio de opressão social. Percebia, na concepção bancária, a total absolutização da ignorância, em que o educador era um sábio que doava seus conhecimentos àqueles que nada sabiam. (FREIRE, 1987, p. 33)

A concepção bancária cedeu lugar à construção coletiva do saber, sem impressões hierárquicas, embasada na troca mútua de conhecimentos e experiências, na partilha cultural e no diálogo reflexivo de indagações que giram em torno do homem, de sua responsabilidade perante a sociedade e de sua posição no mundo como agente transformador. O papel do educador é formar pessoas conscientes e capazes de arquitetar suas próprias ideias e seus questionamentos acerca do que está à sua volta. Nesse paradigma, o olhar se volta essencialmente para o homem, ser individual e concreto, como criador da própria cultura e protagonista de mudanças sociais impulsionadas pela emancipação do conhecimento. Essa nova postura direciona a educação para uma finalidade humanista. (FREIRE, 1974. p. 124)

A educação crítica considera os homens como seres em devir, inacabados, em uma realidade igualmente inacabada, atribuindo a estes a criação e a modificação do curso da sociedade. Esse caráter incompleto do homem, como agente social, faz que a educação seja uma atividade contínua de uma práxis que caminha para a libertação e a autonomia humana. O método bancário põe o acento sobre a estabilidade e chega a ser conservadora. A educação problematizadora - que não aceita nem um presente bem conduzido, nem um futuro predeterminado - enraíza-se no presente dinâmico, granjeando ares de revolucionária. (FREIRE, 1979)

Paulo Freire tinha o olhar voltado para a perpetuação da opressão por parte das classes dominantes em face dos menos favorecidos. A par disso, sua educação era voltada para uma emancipação das correntes opressoras, libertando, por meio do conhecimento, os grilhões da servidão. A educação, nesse viés, é um importante instrumento de alforria da ignorância política enraizada na sociedade, a partir de um processo de modificação do sujeito social. É por meio da luta por emancipação do oprimido, para que este tenha voz e tenha autonomia, o fazendo sabedor de direitos, que a Educação Popular aufere status de fundamental para a sociedade.

Certamente, o objetivo da Educação Popular, apresentada nos ensinamentos de Paulo Freire, sobretudo na "Pedagogia do Oprimido", é fazer com que o homem assuma uma postura de confronto frente à opressão imposta pela classe dominante, tornando-se protagonista de mudanças culturais de ideologias e comportamento. (BOTH, BRUTSCHER, 2004) Diante disso, não há como negar a grande importância da metodologia educacional desenvolvida por Paulo Freire na construção do saber em Direitos Humanos, sobretudo na libertação do homem frente à alienação social e política. O legado deixado por esse ilustre pedagogo comporta o arcabouço pedagógico da Educação Popular, orientado "por princípios da autonomia e da emancipação. Em qualquer ambiente onde ocorra o fenômeno da educação, aí esses valores precisam estar presentes – os valores dos direitos humanos." (MELO NETO, 2007, p. 437)

Essa metodologia, do povo e para o povo, que perpassa todos os ambientes sociais, caminhando lado a lado no cotidiano da comunidade, faz que haja uma maior interação social por meio da reivindicação por melhores condições de vida, promovendo a integração do cidadão nos "mecanismos de decisão. [...] Os conteúdos e as práticas dessas reivindicações tornam-se efetivos como direitos humanos." (MELO NETO, 2007, p. 437)

O instrumento essencial para que a Educação Popular alcance resultados positivos é, sem dúvidas, o diálogo. É a partir da abertura para a discussão e para o debate, vivenciados pela comunidade e na comunidade, que, por meio de uma "leitura do mundo", torna-se possível a transformação social. Esse diálogo "acontece nas relações do cotidiano e que está presente na educação popular freireana, com validade para todo canto e lugar", (MELO NETO, 2007, p. 438) expressando a certeza de que os Direitos Humanos estão presentes em todos os setores da sociedade. (MELO NETO, 2007)

A educação Popular em Direitos Humanos, fundamentada na metodologia educacional de Paulo Freire, está voltada para a emancipação política, social e cultural do homem, conduzindo a sociedade para assumir uma postura crítica e ativa, que tende, cada vez mais, a promover, reparar, proteger e defender os direitos hora violados. (MELO NETO, 2007, p. 430)

2.6 A Educação Popular na promoção da cidadania

Não há que se falar em defesa de Direitos Humanos oriunda apenas do múnus estatal, pois o cidadão também tem o dever de zelar por direitos, bem como de defendê-los, sempre que violados, em face do Estado ou de quem quer que os desrespeite. Partindo dessa premissa, a Educação Popular é instrumento social que viabiliza a educação para a cidadania, pois, "além de fazer do educando sujeito da sua própria educação, faz dele sujeito da vida social, faz dele sujeito de participação e decisão política. Faz dele um cidadão, que toma consciência dos direitos humanos e seu papel para com eles". (BOTH; BRUTSCHER, 2004, p. 195-196)

A educação popular em Direitos Humanos não se resume

apenas a uma formação teorética acerca de direitos, e está ligada indiscutivelmente a uma práxis permanente de luta por efetivação dos Direitos Humanos, aliando a teoria contemplada à prática vivenciada. Nesse desiderato, a Educação Popular assume um mister na construção de uma sociedade mais democrática e na consolidação da cidadania, (MELO NETO, 2007) ficando patente sua importância na formação cidadã. Torna-se necessário, contudo, investigar qual a relevância da cidadania na sociedade, como um dos focos do trabalho hora apresentado.

Assim como os Direitos Humanos, "a cidadania é um processo em constante construção" (MAZZUOLI, 2002, p. 21) que perpassou por vários conceitos ao longo da história. O termo cidadania está imbricado *à concepção* de cidadão, que, por muito tempo, relacionou-se adjetivamente *à* ideia de "*status",* (MAZZUOLI, 2002, p. 21) de "nacionalidade" ou de "direitos políticos", (MAZZUOLI, 2002, p. 22) com a possibilidade de votar e de ser votado. Nas palavras de Mazzuoli, hodiernamente, deve-se compreender que a cidadania é mecanismo indispensável para a promoção da soberania popular. Compreende um campo vasto de direitos que vão além do direito eleitoral, abrangendo, sobretudo, obrigações para com a comunidade. (MAZZUOLI, 2002)

Dessa forma, é simplista afirmar que cidadania se resume ao mero conceito político de direitos, deveres e participação democrática do cidadão, pois sua definição estende-se para além do âmbito estatal. Configura o cidadão, outrossim, como agente partícipe na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, por meio de uma postura consciente em face dos direitos, bem como "pelos deveres de respeito à dignidade do outro, de cooperação para a formação de um mínimo senso político nos demais integrantes da comunidade de que se faz parte." (MAZZUOLI, 2002, p. 108) Para que a sociedade alcance, portanto, a consolidação da cidadania e o respeito à dignidade humana de modo pleno e integral, faz-se indispensável a promoção da Educação Popular em Direitos Humanos.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

O presente artigo de revisão foi elaborado a partir de uma pesquisa qualitativa e tem por objetivo ressaltar a importância da Educação em Direitos Humanos no formato da Educação Popular para o fortalecimento da cidadania. Com tal finalidade, recorremos a um prévio esclarecimento acerca do conceito de Direitos Humanos, bem como de um panorama geral de sua histórica evolução. Para tanto, fez-se uso do conhecimento de autores como Joaquin Herrera Flores, Paulo César Carbonari, Fernanda Frizzo Bragato, João Baptista Herkenhoff, Ana Maria D'Ávila, Ricardo Dornelles e outros mais.

Estando a par desse estudo, fez-se necessário adentrar um pouco na seara da Educação em Direitos Humanos, sobretudo na Educação Popular. Foi apresentada, de forma sucinta, uma explanação conceitual sobre o tema, bem como uma exposição das finalidades e das características, enfatizando a metodologia freireana da educação popular, do povo e para o povo, como um instrumento libertador e emancipatório. Por fim, como escopo principal, tentou-se demonstrar, por meio da sapiência de vários colaboradores, a importância e a influência da Educação Popular para a formação de cidadãos conscientes em Direitos Humanos. Muitos autores foram recrutados para contribuir nessa empreitada, a dizer Maria Victoria Benevides, José Francisco de Melo Neto, Valerio de Oliveira Mazzuoli e o inesquecível Paulo Freire.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Após breve análise acerca de todos os dados, devidamente embasados, apresentados no corrente artigo, torna-se inequívoco afirmar que a Educação em Direitos Humanos, no formato da Educação Popular, do povo e para o povo, favorece, de forma direta, a estruturação de um cidadão cada vez mais consciente de direitos e de deveres, que assume uma postura participativa no seio social como agente criador e transformador do meio em que vive.

É cediço que a imbricada formação da Educação Popular em Direitos Humanos aliada à metodologia freireana muito contribui para que essa emancipação do homem frente à sociedade seja possível. Essa aliança ultrapassa as bases da formalidade e alia a teoria à prática, de modo a contemplar a igualdade entre educadores e educandos, na busca da construção mútua do saber. A Educação Popular está para além dos muros enclausurados da educação formal. Já alçou voos rumo à emancipação do cidadão em face de um Estado muitas vezes omisso. Tem por escopo a libertação de ideologias culturalmente arraigadas de preconceitos, transmitindo a certeza de que todos são iguais formalmente e materialmente perante a lei.

Por fim, em apertada síntese, a Educação Popular em Direitos Humanos forma o cidadão presente e participativo na comunidade, consciente do seu papel na sociedade, autônimo e independente da alienação cultural imposta ao longo de anos, imbuído de pensamentos críticos e reflexivos que são como combustíveis para militâncias, individuais e coletivas, por efetivação de direitos, tanto os violados quanto os que ainda estão por ser contemplados. Em suma, a Educação em Direitos Humanos e para os Direitos Humanos é como uma mola propulsora das constantes lutas por transformações sociais na busca por concretização de direitos.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, a Educação Popular em Direitos Humanos contribui significativamente na formação do cidadão ativo e consciente de direitos e deveres, por meio da metodologia freireana da educação libertadora, sem preconceitos e com humildade, promovendo valores de igualdade e respeito à diversidade, cooperação e responsabilidade, para uma nova cultura ancorada nos princípios da democracia e da dignidade da pessoa humana.

A promoção de Direitos Humanos por meio da Educação Popular interioriza no cidadão um senso de responsabilidade e compromisso para a comunidade. O cidadão consciente em Direitos Humanos deixa de ser autor coadjuvante no cenário político e passa a assumir a posição de protagonista, conjuntamente com o Estado, na construção de uma sociedade mais democrática e igualitária, que luta de forma direta por efetivação de direitos.

A participação social na defesa e na proteção dos direitos inerentes ao homem é fruto de uma educação voltada

para a formação do cidadão consciente e conhecedor de direitos, que vive em harmonia com o todo social na busca por concretização de direitos. Destarte, a Educação Popular contribui de forma singular para a construção coletiva de cidadania democrática, crítica e participativa, contemplando valores outros como solidariedade, respeito à diversidade, cooperação e compromisso social.

REFERÊNCIAS

BENEVIDES, M. V.. Educação em direitos humanos: de que se trata? **Convenit Internacional** (USP), São Paulo, v. 6, p. 43-50, 2001.

BOTH, V.; BRUTSCHER, V. . Educação Popular e Direitos Humanos: pautas pedagógicas para a atuação. In: CARBONARI, Paulo César; KUJAWA, Henrique Aniceto (Orgs.). **Direitos Humanos de Passo Fundo**. Passo Fundo, Instituto Superior de Filosofia Berthier, p. 193-210, 2004.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos Direitos Humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 19 - n. 1 - jan-abr., p 201-230, 2014. Disponível em: www.univali.br/periodicos

CARBONARI, Paulo César. **Direitos Humanos:** sugestões pedagógicas. Passo Fundo: Instituto Superior de Filosofia Berthier, 2010.

DORNELLES, João Ricardo W. **O que são Direitos Humanos.** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. Coleção Primeiros Passos.

FLORES, Joaquin Herrera. **A reinvenção dos Direitos Humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FREIRE, Paulo. **Conscientização, teoria e prática da libertação**: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire / Paulo Freire; [tradução de Kátia de Mello e Silva; revisão técnica de Benedito Eliseu Leite Cintra] - São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido.** 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987

FREIRE, Paulo. **Uma educação para a liberdade**. 4 Ed. Textos Marginais 8, Porto: Dinalivro, 1974, p. 7-21, foi reproduzido com a autorização do professor Moacir Gadotti, Diretor Geral do IPF – Instituto Paulo Freire.

HERKENHOF, João Baptista. **Curso de Direitos Humanos.** Gênese dos Direitos Humanos. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, v. 1.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A era dos direitos de Bobbio: entre a historiciedade e a atemporalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 192, p. 7-19, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos e cidadania:** à luz do novo direito internacional. Campinas: Minelli, 2002.

MELO NETO, José Francisco de. Educação popular em direitos humanos. In: SILVEIRA, R. M. G. et all. (Orgs.). **Educação em Direitos Humanos:** Fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora da Universidade Federal da Paraíba, 2007, v., p. 429-440

FUNÇÕES DA PENA COM APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL CONTRASTADO COM O CENSO PENITENCIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ – 2013/2014

*Maria Helenice Pereira Vasconcelos**
*Antônio Rodolfo Franco Mota Veloso***

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fundamental analisar as funções da pena e verificar se estas funções estão sendo atingidas em suas plenitudes. De acordo com o Direito Penal, a pena tem como pressuposto a culpabilidade. As funções da pena são as de retribuir ao delinquente o mal causado à sociedade, ocasionado pela violação do ordenamento jurídico, assim como a de prevenir a reincidência do apenado, ressializando-o para que este volte a conviver em sociedade, respeitando as normas do ordenamento jurídico. Durante todo o processo de aplicação da pena ao delinquente, deve ser preservada a sua dignidade como todos os direitos e garantias fundamentais. Analisando as funções da pena, observamos que estas estão intimamente ligadas à Teoria Absoluta e à finalidade de retribuir, à Teoria Relativa e à finalidade preventiva, como também à Teoria Mista ou Unificada e à dupla finalidade: retributiva e preventiva. A Teoria Absoluta tem como finalidade retribuir, de forma justa, o mal causado pelo condenado. Essa é a teoria mais aceita pela sociedade, pois traz aos seus membros uma ideia de justiça. Ao contrário da Teoria Absoluta, a Teoria Relativa não tem a intenção de retribuir o mal causado, e sim de ressocializar o apenado para que este não volte a violar as normas penais, estando diretamente relacionada à prevenção de novas infrações penais. A Teoria Mista tem a finalidade de retribuir o mal causado, assim como de ressocializar o preso para que este volte a conviver em sociedade sem cometer reincidência. Analisando a realidade atual, observa-se que as funções da pena não são cumpridas na sua integralidade. Observando o Censo Penitenciário do Ceará (2013-2014) constata-se o alto índice de reincidência entre os presos, colocando em dúvidas o cumprimento de suas funções.

Palavra-chave: Funções da Pena, Retribuição e Ressocialização, Reincidência, Teoria Absoluta, Teoria Relativa, Teoria Mista, Censo Penitenciário, Ceará.

ABSTRACT

This work is fundamental to analyze the functions of the pen and see if these functions are being affected in their fullness. According to the Criminal Law, the penalty presupposes guilt. The functions of the sentence are to return to the offender the harm caused to society, caused by violation of the law, such as to prevent the recurrence of the convict, re-socializing it so that it returns to live in society, respecting the rules of law . Throughout the process of application of the penalty to the offender, it must be preserved his dignity as all rights and guarantees. Analyzing the functions of the sentence, we note that these are closely linked to Absolute Theory and purpose of repaying, the Relative Theory and preventive purpose, as well as the Joint or Unified Theory and a dual purpose: retributive and preventive. The Absolute Theory aims to give back, fairly, the harm caused by the offender. That's the theory more accepted by society as it brings its members a sense of justice. Unlike Absolute Theory, the Relative Theory does not intend to repay the damage caused, but of re-socialize the convict so that it does not again violate the criminal laws, being directly related to the prevention of new criminal offenses. The Joint Theory aims to repay the damage caused as well as re-socialize the prisoner so that it returns to live in society without committing repeat offenses. Analyzing the current situation, it is observed that the functions of the sentence are not met in full. Watching the Penitentiary Census Ceará (2013-2014) notes to the high rate of recidivism among prisoners, putting in doubt the performance of its functions.

Key-word: Functions Pena, Retribution and re-socialization, Recidivism, Absolute Theory, Relative Theory, Mixed Theory, Penitentiary Census, Ceará.

1 INTRODUÇÂO:

Sendo o crime formado pela configuração do fato típico, da ilicitude e da culpabilidade, o presente artigo tem como objetivo fundamental esclarecer as funções da pena impostas ao delinquente, tendo em vista o Estado Democrático de Direito, com escopo na retribuição e na prevenção do delinquente perante a sociedade.

É notório o encarceramento em nosso país, em especial no Estado do Ceará. Assim, surge o questionamento da pena estar realmente cumprindo suas funções perante a sociedade, pois há um considerado índice de reincidência no presente Estado. Dessa forma, indaga-se: A pena exerce realmente as suas funções?

Para a solução desta pergunta, o presente trabalho adotou como metodologia as seguintes etapas: 1) levantamento bibliográfico com o fito de buscar conceitos, origens e evoluções das teorias responsáveis pelo estudo das sanções penais; 2) jurisprudencial para analisar como o Judiciário se porta perante a aplicação da pena, bem como a sua execução; 3) análise de relatórios elaborados pela Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado do Ceará (SEJUS) do Estado do Ceará com o intuito de verificar os dados estatísticos acerca da quantidade de pessoas condenadas pela prática de crimes, bem como o número de pessoas que voltam a delinquir, ingressando no quadro de reincidência.

Para alcançar os objetivos pretendidos, este trabalho divide-se em três partes. A primeira terá o fito de analisar o crime e suas consequências, no qual o indivíduo é desestimulado a cometer o crime mediante a imposição de sanção. A segunda analisará as teorias que analisam os objetivos da pena, ou seja, verificar-se-á que a pena não possui apenas um caráter retributivo, defendido pela teoria absoluta, mas também ressocializador, como expõe a teoria preventiva. Por fim, far-se-á um estudo sob o Censo Penitenciário do Estado do Ceará - 2013/2014, elaborado pela Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado do Ceará.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O crime e suas consequências

Os indivíduos são incentivados, perante o Direito Penal, mediante ameaças de aplicação de sanção, a não violarem suas normas. Quando os comandos das leis lenais são violados, deve-se estabelecer uma sanção ao infrator. É da função judicante, com exclusividade, a atividade de analisar

o caso, por meio de um processo, e estabelecer uma pena, conforme o direito penal material. A execução da sanção fica sob a responsabilidade do Estado, único detentor do *jus puniendi*. De acordo com Rogério Greco: "A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*." (GREGO, 2013)

Para que a pena seja aplicada, é necessário o magistrado, primeiramente, verificar a existência de um crime, ou seja, a existência de um fato típico, ilícito e culpável. Para isso, é necessário que haja um processo, em que argumentos serão levantados e provas serão constituídas por meio de um devido processo legal (art. 155 do Código Processo Penal).[132] Verificado o crime, o juiz criminal deverá estabelecer uma pena, sendo obrigatória a observância dos procedimentos estabelecidos no art. 68 do Código Penal. Destarte, dever-se-á estabelecer, primeiramente, a pena base, em que far-se-á a análise de oito circunstâncias dispostos no art. 59 do Código Penal. Posteriormente, analisar-se-á se há a presença de alguma atenuante (art. 65, CP) e agravante (art. 61, CP). Por fim, verificar-se-á se existe alguma circunstância de diminuição ou aumento de pena.

Por corolário, a pena consiste na privação ou na restrição de um bem jurídico do condenado. Tal bem jurídico a ser privado poderá ser a liberdade ou aplicação de alguma limitação a outro direito, como prestação de serviço à comunidade (art. 46, CP) ou limitação de final de semana (art. 48, CP), em face do cometimento de infração penal. Para punir a atitude ilícita, dar-se ênfase a reprovabilidade da conduta do agente. Em um outro plano, tem a pena, uma função de ressocialização, de integrar o condenado à vida em sociedade.

É mister ressaltar que a pena, conforme art. 59 do Código Penal[133] tem uma função retributiva, consistindo na devolução ao infrator o mal causado à sociedade. Em um segundo momento, tem uma função social, ou seja, restaurar o delinquente, para que este se torne útil a sociedade. Confirmando a respeito da funções da pena.

> Muito se tem discutido ultimamente a respeito das funções que devem ser atribuídas às penas. O nosso Código Penal, por intermedio de seu art. 59, prevê que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais. (GREGO, 2013, P. 475)

O Direito Penal tem como escopo pacificar a sociedade da qual se destina, com fulcro de proteção aos seus membros. Dessa forma, a pena não seria bastante se fosse somente simples retribuição. No entanto essa pena é proporcional e direcionada à infração cometida, tenta o Direito Penal ser o mais justo perante a sociedade na realização da punição.

Faz-se necessário para um Estado Democrático de Direito que a pena atenda aos anseios da sociedade, criando uma tutela aos bens jurídicos indispensáveis à proteção da sociedade e a cada um de seus membros. É imprescindível afirmar que a recuperação do condenado é uma preocupação do Direito Penal. Isso ocorre, quando o Estado, em teoria, passa a se preocupar com o infrator e traz para si a responsabilidade de ressocializá-lo, entrando na sociedade com dignidade, que é inerente ao ser humano, para que este não venha a praticar novas infrações.

A concepção de Estado está ligada a utilização do Direito Penal, e este com a pena. Assim o Estado protege os bens jurídicos mais relevantes da sociedade por meio do emprego da pena, conforme leciona Cezar Roberto Bittencourt:

> Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena. Para uma melhor compreensão da sanção penal, deve-se analisá-la levando-se em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve esse sistema sanciona. (BITENCOURT, 2014, P.130)

O Ordenamento Jurídico presente assegura a dignidade (CF, art. 1° III) inerente à natureza do ser humano e que ninguém será submetido a tratamentos desumanos ou degradantes (CF, art. 5°, III). Também assegura que a pena é individual (princípio da individualização), que não passará da pessoa do condenado (princípio da pessoalidade, CF, art. 5°, LXV), tendo a obrigação de reparar o dano e determina que a perda de bens será estendida aos sucessores no limite do patrimônio transferido.

Faz-se necessária a efetivação das leis presentes em nosso Ordenamento Jurídico, lembrando que os princípios que regem o Direito Penal devem estar presentes em todas as sentenças proferidas, para que não seja o condenado ferido em seus direitos.

Os princípios que são encontrados no artigo 5º da Constituição Federal (incisos III e LXV), relatam como deve a pena ser conduzida, para não ferir os direitos e garantias do réu. De acordo com esses princípios, somente a lei pode cominar a pena (CF, art. 5°, XXXIX). Que toda lei deve ser anterior ao fato que se pretende punir. A pena não pode, em hipótese alguma, ultrapassar a pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação dos perdimentos de bens ser, nos termos da Lei estendida aos sucessores e contra ele executada, até o limite do valor do patrimônio transferido (CF, art. 5°, XLV).

2.2 Teorias que se aplicam a pena

O artigo 59 do Código Penal, as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e à prevenção do crime, ou seja, repreender o mal produzido pela conduta praticada pelo agente e prevenir que o autor e os demais membros da sociedade pratiquem novas infrações penais. A finalidade da pena se relaciona com a própria origem do Direito Penal. As teorias inerentes aos fins da pena são Teoria Absoluta e finalidade retributiva, Teoria Relativa e finalidade preventiva e Teoria Mista ou Unificadora de dupla finalidade: retributiva e preventiva.

132 Segundo o art. 155 do Código Processo Penal, provas só podem ser formadas sob o contraditório judicial. Por isso, que, em regra, não se pode afirmar que o Inquérito Policial, devido ao seu caráter inquisitivo, é um procedimento idôneo para formação de provas.

133 Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

2.2.1 Teoria Absoluta e finalidade retributiva

Essa teoria advoga a retribuição justa, realizada ao condenado que cometeu um crime ou uma contravenção penal, realizada com exclusividade pelo Estado. Tem como finalidade punir, castigar de forma proporcional ao mal causado. Sendo um instrumento de retribuição e nada mais, não se preocupa com a reabilitação do condenado (BUSATO, p. 750). A Teoria Absoluta é a que mais satisfaz a sociedade, pois traz um resultado imediato de pagamento e compensação. A sociedade acredita que a justiça está sendo feita e que essa é a única justiça, no entanto devemos lembrar que a finalidade da pena é muito mais que isso, pois deve haver a sua função social.

Os estudos realizados por Immanuel Kant e Friedrich Hegel (BUSATO, p. 752) deram impulso à Teoria Absoluta. Na perspectiva da retribuição a pena já é conhecida desde a antiguidade e utilizada até os dias atuais. Como já citada anteriormente, essa teoria não tem função social.

> Em síntese, Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinquido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva – especial ou geral – da pena. A aplicação da pena decorre da simples infrigência da lei penal, isto é, da simples prática do delito. (BITENCOURT, 2014, P.138)

Para Hegel, a ação realizada pelo delinquente determina a pena, que tem um conteúdo talional. A pena é para Hegel, "a pena é uma negação do Direito".(BITENCOURT,2014) A fundamentação da pena é jurídica, para estabelecer à ordem social quebrada pelo delinquente.

Hoje, observamos que essa função não é atingida em sua plenitude, pois o que se observa são os presídios lotados, com os presos mantidos em condições desumanas e as frequentes fugas destes dos estabelecimentos nos quais estão cumprindo pena. Assim, a pena se torna desproporcional, não cumprindo sua função retributiva.

2.2.2 Teoria relativa e finalidades preventivas

Essa teoria tem como escopo prevenir que novas infrações penais sejam cometidas. Assim, a pena está voltada à proteger os membros da sociedade, e não à punição do delinquente. A justificativa da pena deixa de relacionar-se aos fatos passados e passa a ter o objetivo de evitar que que os delinquentes cometa novos crimes, ou seja, a fatos futuros.

Essa teoria tenta prevenir que o delinquente cometa novas infrações penais, que assim atende ao aspecto geral, que busca o controle da prevenção da violência, assim incidindo sobre todos os membros da sociedade, e o aspecto especial tenta coagir o indivíduo de forma pisicológica, para que esse se sinta desestimulado a praticar novos crimes e que sirva de exemplo para os membros da sociedade, para que esses reflitam antes de praticar um ato ilícito. Demonstrando que o crime não compensa. Como preleciona Cezar Roberto Bitencourt:

> As teorias da prevenção geral têm como fim a prevenção do delito incidindo sobre da coletividade social. Quanto ao modo de alcançar esse fim, as teorias da prevenção geral são classificadas atualmente em duas versões: de um lado, a prevenção geral negativa ou intimidatória, que assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena, ou predicando com o exemplo do castigo eficaz; de outro lado, a prevenção geral positiva que assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem. (BITENCOURT, 2014, P.143)

Em contrapartidas, a teoria geral positiva busca conscientizar à sociedade o valor da norma penal, reafirmando, assim o Direito Penal. Tem essa teoria o escopo de ensinar os membros da sociedade por meio da motivação, os valores, juntamente com a eficiência das normas penais. Em um outro diapasão, a pacificação da sociedade é alcançada quando a pena é a solução para delito, demonstrando a inviolabilidade do Ordenamento Jurídico.

A prevenção especial está direcionada a periculosidade do condenado e busca evitar a reincidência, como também corrigi-lo e ressocializá-lo, para que depois de cumprir a pena, ele possa retornar ao convívio da sociedade sem voltar a infringir as normas.

O sistema prisional do nosso país encontra-se em condições precárias, sem condições de ressocialização dos detentos que lá estão cumprindo pena. Os presídios lotados, com condições de vida sub-humana, trazendo experiências negativas que devastam a personalidade humana. Como retrata o Censo Penitenciário do Estado do Ceará que na maiorias das celas encontram com superlotação e que o número de reincidentes é de 55,1% (cinquenta e cinco, um por cento), mostrando que a função de ressocialização da pena não é eficaz.

2.2.3 Teoria mista ou unificada (retribuição e prevenção)

A pena tem funções simultaneamente de retribuir (punir e castigar) ao condenado o mal causado, como o de evitar a reincidência, de forma que atinja tanto a sociedade como o criminoso. Por corolário, existe uma junção das duas teorias supramencionadas. Foi a teoria acolhida pelo Código Penal, em seu artigo 59ºque delega ao juiz aplicação da pena "conforme seja necessário e suficiente para a **reprovação e prevenção do crime**". (grifa-se)

> Já para a teoria mista (ecléticas) fundiram-se as duas correntes. Passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção. Para Pellegrino Rossi, Guizot e Cousein, a pena deve objetivar, simultaneamente, retribuir e prevenir a infração a infração: punitur quia peccatum ut ne pecceptum. Segundo tal orientação, a pena deve conservar seu caráter tradicional, porém outras medidas devem ser adotadas em relação aos autores do crime, tendo em vista a periculosidade de uns e a inimputabilidade de outros. Seriam essas as denominadas medidas de seguranças. (MIRABETE E FABBRINI, XX, P.231)

Reafirma-se, portanto, a importância de vincular os princípios e as teorias mencionadas, pois são notórias as relações existentes entre esses e as funções da pena.

Como supracitado anteriormente, na situação em que se encontram os presídios, torna-se difícil uma penalidade que atinja a função de retribuição, sem que os direitos básicos dos detentos sejam lesados. Assim a função preventiva fica comprometida não sendo atingida integralmente.

2.3 Censo penitenciário do Estado do Ceará - 2013/2014

O censo objeto de análise deste artigo foi uma pesquisa feita nas unidades prisionais do Estado do Ceará entre os anos de 2013 e 2014, tendo como objetivos entrevistar os presos e produzir um trabalho informativo da realidade concreta, além de visualizar as necessidades de cada preso. Com os presentes dados, poder-se-ia elaborar políticas públicas mais efetivas com foco na prevenção da violência e da criminalidade.

As pesquisas realizadas nas unidades prisionais do Estado do Ceará foram obtidas por meio de uma parceria entre a Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado do Ceará e a Universidade Federal do Ceará. A pesquisa foi realizada na macrorregião do presente Estado com 12.040 (doze mil e quarenta preso). Tendo como objetivo conhecer com precisão a população carcerária do Estado do Ceará.

O referido censo adotou como metodologia o levantamento dos perfis dos detentos, observando as histórias de vidas que antecederam às detenções, as vivências dos detentos dentro do sistema penitenciário e a possibilidade de reinseri-los na sociedade. Tendo como fito o melhor desenvolvimento nas construções de políticas públicas.

A pesquisa demonstrou que dos 12.040 recenseados 11.457 são do gênero masculino e que 583 do gênero feminino. A faixa etária dos recenseados que foram recolhidos é de 22 a 29 anos. A religião predominante entre os detentos é a católica correspondendo a 43,9% dos entrevistados, sendo 25% evangélicos e os que não possui religião correspondem a 28,0%.

De acordo com a pesquisa sobre o estado civil dos detentos 41,1% são solteiros, vivem em união estável 36,2% e que 12,2% são casados. Com relação a orientação sexual, são heterossexual 95% e os bissexuais e os homossexuais representam 2,9% dos participantes.

Analisando na situação prisionais dos detentos comprava o censo que 49,1% são provisórios e 42,5% são apenados. Assim comprova a situação das unidades prisionais que estão sempre lotadas. Traz o censo os motivos que levaram a detenção entre os participantes do gênero masculino, são 5.527 crimes contra o patrimônio, 2.907 crimes contra a pessoa e 2.267 crimes entorpecentes. Observando o levantamento de infrações penais praticadas por pessoas do sexo feminino, são 334 relacionados a entorpecentes, 163 crimes contra o patrimônio e 59 crimes contra a pessoa.

O acesso a advogado particular entre os detentos do gênero masculino corresponde a 35,4%. Já os que têm acesso à Defensoria Pública condiz com 37,5%. Os que não possuem nenhum tipo de assistência jurídica correspondem a 22,3%. Contudo esse percentual se diferencia quando é feito uma análise das presidiárias: 14,6% não tem assistência jurídica, 41,8% utilizam advogados particulares e 38,8% recebe assistência da Defensoria Pública.

O Censo Penitenciário do Ceará -2013/20014 demonstra, por fim, um significativo crescimento de reincidências (reentradas) no sistema prisional no Estado do Ceará. Foi comprovado que 55,1% (cinquenta e cinco, um por cento) dos 12.040 entrevistados são reincidentes, que compreendem 56,0% homens e 37,0% mulheres.

Dessa forma, torna-se duvidosa a função de ressocialização (preventiva) da pena, que tem como objetivo trabalhar o delinquente dentro do sistema prisional para que ele não volte a delinquir, preparando para retornar à sociedade com outra perspectiva.

3 CONCLUSÃO

A pena não pode deixar de ser aplicada, tendo que ser integralmente cumprida. Deve a pena respeitar os direitos fundamentais, dispostos na Constituição de forma explícita e implícita, do condenado. Portanto, a pena deve ser proporcional à reprovação do ilícito cometido pelo condenado, devendo ser justa e suficiente para prevenir novas reincidências. A individualização da pena, torna o condenado único e distinto dos demais infratores, sendo necessário a sua observância na elaboração da norma, na aplicação e na execução da pena.

Analisando as teorias das funções da pena, observamos que não são alcançadas em suas completudes, conforme análise do Censo promovido pela Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado do Ceará. No entanto, a utilização da pena se faz necessário, pois é a forma que o Direito Penal, protetor dos bens jurídicos mais relevantes da sociedade, tem em expressar as consequências da não observância de suas normas. Ademais, a sociedade sente que a justiça é feita quando há retribuição ao criminoso pelo mal causado, para mostrar aos seus membros que as normas penais se impõem perante a todos.

No entanto, as funções da retribuição e da ressocialização são parcialmente cumpridas, demonstrando que somente o Direito Penal e a aplicação de suas sanções não são suficientes para evitar a reincidência. Não é somente a retribuição que vai evitar que o indivíduo delituoso se afaste da conduta ilícita.

Diante do exposto, deve o sistema carcerário passar por profundas mudanças, sendo necessária a implementação de políticas públicas sérias, bem como uma reanálise do real objetivo da pena, para reverter esse quadro de ineficiência do Estado de ressocializar dos seus apenados.

4 REFERÊNCIAS

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro:** Parte Geral. Volume 1. Revista dos Tribunais. 12.ª Edição.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. Volume 1. Editora Impetus. 15ª Edição.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral. Editora Saraiva. 20ª Edição.

MIRABETE, Julio; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral. Volume 1. Editora Atlas. 30ª Edição.

Censo Penitenciário do Estado do Ceará -2013/2014.

ELEMENTOS HISTÓRICOS DA ARBITRAGEM NO DIREITO E SUA CONTEMPORANEIDADE

Maurício Antonucci Araújo*[1]
Mara Lívia Moreira Damasceno**[2]

RESUMO

Este artigo reúne vários elementos históricos do Juízo Arbitral necessários para uma Hermenêutica atual e eficaz deste instituto, é uma análise apontando componentes indispensáveis para a síntese do instituto, como seu surgimento, desenvolvimento histórico, motivos para recorrer à arbitragem, vantagens e desvantagens à adoção deste juízo, afim de identificar o alcance contemporâneo dessa faculdade e as características inovadoras da Lei n. 9307/96 regente no Ordenamento Jurídico brasileiro assim como evidenciar a sua realidade e aplicabilidade em torno da sociedade.

Palavras-chave: Arbitragem. Elementos históricos. Lei n. 9307/96. Sociedade. Contemporâneo.

ABSTRACT

This article brings together various historical elements of Arbitration necessary for a current and effective Hermeneutics of the institute, is an analysis pointing indispensable components for the synthesis of the institute, as its emergence, historical development, reason to resort to arbitration, advantages and disadvantages of the adoption of this judgment in order to identify the contemporary scope of this faculty and the innovative features of Law n. 9307/96 regent in the Brazilian legal system as well as highlight their reality and applicability around the company.

Key-words: Arbitration. Historical elements. Law n. 9307/96. Society. Contemporary.

1 INTRODUÇÃO

Em meio a crise do judiciário no ano de 1996, emerge uma antiga forma de resolução de litígios, antes ignorada e desapreciada por razões socioevolutivas que ocultara sua utilidade, volta a tona, auxiliando a consolidação da pacificação social.

É importante ressaltar a importância atual que este instituto garante á contemporânea realidade que os tribunais sofrem por causa do congestionamento de processos, escassez de juízes e burocracias procedimentais exigidos por termos legais. Sua emergência se deu graças ao eclodimento da democracia, do desejo social de liberdade e pela valorização do tempo que faz-se fator peremptório de sucesso na atual era da informação. Este artigo analisa o fundamento histórico para entender a atual situação deste instituto, por mais que a prestigiada Lei n. 9.307/96 atribua a este sistema gratificáveis poderes para sua expansão, não sofre da precisa apreciação e devida utilização.

A arbitragem no exterior desempenha ilustre papel decidindo contendas e provendo acordos tanto de cunho privado, como público, ou público-privado, já no Brasil, sua utilidade se volta mais e para as relações internacionais. Este artigo é fruto de pesquisas bibliográficas realizadas através de livros e artigos científicos de renomados autores interessados no juízo arbitral.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.2 arbitragem e seu desenvolvimento histórico.

Desde os primórdios da humanidade, desde os tempos mais remotos, a arbitragem surge antes mesmo da existência do juiz estatal e do próprio legislador. Considerava-se como ferramenta essencial para a resolução pacífica de conflitos, adotada entre os homens, junta à mediação, como maneira justa de juízo. (MARTINS,1999, p. 35, 36,).

Segundo Martins, não havia justiça maior do que a deliberação arbitral e imparcial baseada, na ausência de uma legislação positiva, nos costumes, na moral e na ética que predominavam na época para melhor solucionar litígios entre grupos humanos, sem ela, nas sociedades primitivas prevaleceria a lei do mais forte, a autotutela e, ou, a autocomposição impossibilitando o desenvolvimento do direito e a propagação da paz social. Surge decorrente da composição dos interesses divergentes o primeiro árbitro, o ancião da tribo, individuo sábio, com elevada experiência, era indicado para atuar como terceiro imparcial, na solução da lide, cabendo às partes acatarem a decisão *bona fide,* ou seja, uma deliberação honesta e sincera. *(*MARTINS, 1999).

Há registros que comprovam a prática da arbitragem há mais de 3.000 anos antes de Cristo. Usada pelos babilônicos, este instrumento tinha o papel de solucionar conflitos de interesses públicos tanto no âmbito interno como no externo vinculado às cidades-estados e pelos hebreus para solucionar litígios na esfera do direito privado, decidido por meio da corte rabínica denominada de Beth-Din, um colegiado composto por 3 árbitros intitulados, doutores da lei, competentes para julgar os casos com na torah, a lei de Moisés. (LEMOS, 2003).

É perceptível a necessidade humana ,como animal social que, de um terceiro imparcial para uma solução justa de seus conflitos, é uma forma de desabilitar a lei do mais forte e estabilizar a justiça social de determinada coletividade.

2.1.1 arbitragem na grécia antiga

Citado por Lemos, dizia Laurent, ‘’a sociedade dos deuses é o reflexo da sociedade dos homens’’. As pessoas daquela idade, baseavam suas relações de acordo com as dos deuses que, por ventura, haviam várias histórias de suas convivências e ambições que resultavam em disputas e guerras, e em outros casos geravam litígios pacificamente solucionados por arbitragem ou mediação entre os deuses.

Posteriormente, decorrente da fundação das cidades-estados, (cidades que eram consideradas independentes, de governo próprio), a arbitragem tinha papel fundamental cobrindo a seara do Direito Intermunicipal em que desempenhava o

papel de pacificação entre as capitais por meio dos tratados arbitrais que para gerarem efeitos, assim que declaradas, as sentenças arbitrais eram gravadas em placas de mármore ou de metal e colocadas em templos das respectivas cidades para atualizar e conscientizar a população dos novos termos e decisões, um exemplo de decisões arbitrais intermunicipais foi o Tratado de Paz de 445 a.C entre Atenas e Esparta e o mais famoso, citado por Taube, a disputa entre Atenas e Megara a respeito da ilha de Salamina, que fora julgada pela arbitragem de cinco juízes espartanos a favor do atenienses. (LEMOS, 2003)

Neste momento, havia a necessidade das relações humanas se expandirem de uma coletividade para outra e a arbitragem foi o meio escolhido entre os povos daquela era para que acordos entre os Estados de diferentes culturas pudessem relacionar entre si, criando acordos de paz e regras culturais acatadas pelas civilizações partes do acordo ou contrato.

2.1.2 arbitragem em roma

Em Roma a justiça comum era um privilégio restrito apenas a sacerdotes e nobres, no entanto a arbitragem foi amplamente disseminada e seu campo de atuação logo rompeu as barreiras das relações interestaduais e iniciou sua atuação entre particulares. Segundo Martins, ''Foi criado o *iudum privatum* (listados nomes de cidadãos idôneos) que tinha o objeto de dirimir extrajudicialmente, questões resultantes de negócios jurídicos entre seus nacionais'' (MARTINS, 1999, p. 36). Foi definida como característica contratual da arbitragem, a cláusula compromissória e o compromisso era de respeitar a decisão arbitral, sendo o compromisso um pacto legítimo e válido.

A arbitragem era mais simples e tênue que a competência do pretor (magistrado na Roma antiga encarregado da administração da justiça). Era permitido ao árbitro julgar sem se submeter a qualquer lei, porém inicialmente, se houvesse controvérsia, o árbitro era obrigado a aceitar o julgamento e o demandante prejudicado não tinha como requerer a execução forçada da decisão. Assim se acertava no pacto, pelos litigantes, uma sanção determinada em pecúnia e ou bem patrimonial caso a obrigação não fosse cumprida voluntariamente pela parte sucumbente. (FERNANDES, 2011)

Posteriormente nos tempos de Justiniano, a arbitragem se preocupava em legislar sobre o que o costume havia criado. A decisão do árbitro se tornou obrigatória no caso do laudo (que adquirira valor intrínseco) não ter sido firmado pelas partes ou se não houvesse recurso no prazo de 10 dias, instituía-se uma *conditio ex lege* ou *actio in factun.,* ou seja era permitido aos magistrados compelir parte que se recusasse cumprir o *compromissum* a obrigá-la a firmar o convênio arbitral negando a ele, magistrado, o direito de examinar o mérito da demanda. (MARTINS, 1999)

É proeminente a institucionalização da arbitragem como forma de resolução de contendas, neste momento além de gerir as relações internacionais, teve papel nas relações entre particulares e o arbitro gozava de poderes de decisão que poderiam se equiparar a de pretores da época.

2.1.3 arbitragem na idade média

Neste período surgiu um novo tipo de arbitragem, adotada preferencialmente pelos comerciantes que a escolhiam pela rapidez dos árbitros em comparação aos tribunais na tomada das decisões de suas competências. A arbitragem encontrou nos costumes mercantis, seu local de aconchego, ideal para as soluções de conflitos. A arbitragem comercial entrou tão bem nos costumes mercantis que nas próprias feiras onde se reuniam comerciantes de várias nacionalidades, haviam tribunais arbitrais, Lemos explica:

> [...] tribunais arbitrais, [...], eram mais expeditos que os tribunais judiciários locais, que deveriam, caso a eles recorresse, aplicar leis estranhas ao foro, num sistema onde imperava a extrema personificação da lei e a mais ampla extraterritorialidade dos estatutos pessoais. A arbitragem permite o recurso à equidade e à aplicação de usos e costumes vigentes para as partes, constituindo-se por tais razões um meio de solução pacífica de litígios mais consentâneo com o mundo dos negócios. (LEMOS, 2003, p. 33)

Desde então a arbitragem desempenha até os dias de hoje um papel lustroso no mundo dos negócios, pode-se afirmar que foi descoberto a seara mais congruente com a sua função de solucionar contendas até a atualidade.

2.1.4 arbitragem e revolução francesa

Foi sem dúvida o marco histórico de maior benefícios à arbitragem no que se refere à esfera privada e à sentença arbitral, pois foi fase de disseminação dos princípios de direitos privados uniformes através da publicação Código de Napoleão de 1804.

Antes disto, os Decretos de 16 e 24/8/1791 denominavam a arbitragem como o ''meio mais razoável de terminar contestação entre cidadãos'' e citavam, "os legisladores não poderão baixar nenhuma disposição que tenda a diminuir, seja o favor, seja a eficácia do compromisso''.

O prestígio que vinha adquirindo a arbitragem era tanto que em alguns casos tornavam a arbitragem obrigatória e a Constituição francesa de 3/9/1791 em seu Título III, Capítulo V, art. 5°, declarava, ''o direito dos cidadãos de terminar definitivamente suas constatações pela via da arbitragem não pode sofrer qualquer lesão pelos atos do poder legislativo''. A evolução dos direitos privados atrelados aos princípios da pós revolução francesa mostraram-se bastante beneficentes e contribuintes para a arbitragem moderna, principalmente porque teve como fundamento o Direito do Homem e do Cidadão localizado no umbral da Constituição de 1791. (LEMOS, 2003)

Pela primeira vez a arbitragem foi institucionaliza em dispositivo legal e devidamente atribuída de relevância, visto que, era o meio mais versátil para resolver as contestações entre os habitantes e que nem os legisladores podiam impedir os cidadãos de recorrer a esse instituto, o Estato, tanto quanto a arbitragem, incentivavam a população a resolver seus conflitos entre si, sem recorrer à intervenção estatal, proporcionando a politização da civilização.

2.2 percurso da arbitragem brasileira

2.2.2 arbitragem e o império

Após as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e as Filipinas (que não tem mérito no estudo das questões arbitrais), foi

outorgada em 25/3/1824 a primeira constituição brasileira, o novo texto estabelecia um ''governo monárquico, hereditário e constitucional representativo, e além dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, instituiu também o poder Moderador, exclusivo do imperador". Em seu Título 6° (do Poder Judiciário), art.160, estabelecia que nas causas cíveis e nas penais, civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes-árbitros e que suas sentenças serão executadas em recurso, se assim o convencionarem (MARTINS, 1999, LEMOS, 2003)

Intrigado Pedro A. Batista Martins aponta:

> Curioso notar que nos primórdios do Século XIX já se permitia ao interessado adotar a via arbitral e, somente agora, passados mais de 170 anos da edição dessa Constituição é que temos , no Brasil, uma lei que viabiliza a implementação desse instituto. Salienta-se ainda, essa mesma Constituição Política impunha a tentativa de conciliação prévia das partes, a cargo dos Juízes de Paz, como fase necessária a ser esgotada para a propositura de ação judicial, enquanto, ainda hoje, nossa lei adjetiva determina a conciliação, somente após a distribuição do feito ao juiz togado. (MARTINS, 1999, p. 49)

Em 1831 a arbitragem foi introduzida no sistema positivo brasileiro para solucionar pendências referentes a seguro e em 1837 nas matérias de locação de serviços, porém no que tangia essas duas matérias, a arbitragem tinha caráter impositivo ou obrigatório e estas imposições descaracterizavam uma de suas principais qualidades, viz a consensualidade das partes para se submeterem ao juízo arbitral.

2.2.2.1 código comercial de 1850

Em 1832 foi nomeada uma comissão para elaborar um projeto de Código Comercial. O projeto foi sancionado em 2 de maio de 1850, publicado em 1° de julho para entrar em vigor em 1° de janeiro de 1851 sob o título de Código Comercial do Império do Brasil e em seus artigos 245, 294, 348 e 783 especifica os papeis da arbitragem como o de decidir sobre todas as questões que resultarem de controle de contratos de locação (art.245), decidir sobre todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sob sua liquidação ou partilha (art. 294), julgar acerca da reclamação do sócio que não aprovasse a liquidação e a partilha da sociedade comercial (art.348), julgar a respeito de repartição, regulação ou rateio das avarias grossas no que toca direito marítimo (art. 783).

O Decreto n**.** 737de 1850 que teve vigência no dia 1° de janeiro de 1851 complementou o Código Comercial de 1850 dando-lhe vida e realidade e no juízo do processo comercial, ele estabeleceu ordem através dos seus arts.411 a 475. O própio art. 411 determinava quando o juízo arbitral era voluntário ou necessário, voluntário quando instituído por compromisso das partes, e o necessário era regido pelos arts. 245, 294, 348, 739, 783, 846 do Código Comercial. O art. 457 rezava que os árbitros deviam julgar de fato e de direito conforme a Legislação Comercial. (LEMOS, 2003)

2.2.3 a arbitragem na lei n. 1.350 de 1866 e no decreto 3.900 de 1867

A Lei 1.350 de 14 de setembro de 1866 derrogou parcialmente o juízo arbitral estabelecido pelo Código Comercial de 1850, determinando que o a arbitragem deixara de ser obrigatória e que seria sempre voluntária, mediante o compromisso das partes, estabilizando um dos princípios primordiais da arbitragem, a vontade das partes além de possibilitar as partes a escolherem se desejassem, os árbitros a julgarem por equidade, independente das regras e formas de direito.

O Decreto n. 3900 de 26 de junho de 1867, regulamentou a lei 1.350 de 1866 revogando alguns preceitos acerca do juízo arbitral expressos no regulamento n. 737 de 1850. Abolira por total a obrigatoriedade do Juízo Arbitral e em seu artigo 1° § 2°, autorizou o julgamento arbitral por equidade.

A arbitragem no Decreto n. 3900, caracterizava-se por ter como elementos fundamentais do compromisso o objeto do litígio a ele submetido, os nomes, sobrenomes e domicílio dos árbitros, assim como os dos seus substitutos. Era admitido o compromisso judicial ou extrajudicial, sendo o primeiro, celebrado por termo nos autos. Determinava também que mulheres e crianças não poderiam exercer a função de árbitros. (LEMOS, 2003)

Para que a sentença arbitral fosse executada era necessária ser homologado por Juiz de Direito, porém se houvesse um juiz atuando no caso na função de árbitro, não seria necessária a aprovação judicial.

2.2.4 arbitragem e brasil república

Brasil como república teve sua primeira constituição promulgada em 24 de Fevereiro de 1891, revogou-se o poder moderador, o senado vitalício e a união Igreja-Estado. Como república estabeleceu o presidencialismo e "união perpétua e indissolúvel" dos vinte estados e mais um Distrito Federal e estendeu o direito de voto para cidadãos masculinos, maiores de 21 de anos.

Os Estados brasileiros podiam editar seus próprios Códigos de Processo Civil e a estes, houve um apreço à arbitragem, em que os Estados como São Paulo, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro, dedicaram espaço exclusivo para o juízo arbitral em seus ordenamentos. Pedro A. Batista Martins faz uma nota curiosa em seu artigo em que no caso do

> Estado de Minas Gerais, as regras positivas de constituição do juízo arbitral apreciaram logo no artigo primeiro, como que n'uma indução à utilização desse instituto para fugir ao processo judicial. (MARTINS, p. 44,1999)

Compreende-se ai que já naquele tempo, havia o raciocínio por parte dos legisladores de que a arbitragem era um instrumento de auxilio considerável para resolver as contendas no âmbito jurídico.

A constituição de 1891 adotou a obrigatoriedade da arbitragem internacional para solucionar disputas entre Estados, mas não tratou de nenhum assunto acerca da arbitragem entre particulares.

O Código Civil de 1916 elaborado por Clóvis Beviláqua, saudado com muitos louvores, cuidou do compromisso arbitral em sua Parte Especial, Livro III (do direito das obrigações), Título II, Capítulo X (do compromisso), arts. 1.037 a 1.048 (revogados pela lei n. 9307/96).

Era conferido contornos jurídicos ao compromisso, capazes de derrogar a justiça estatal em benefício da jurisdição arbitral, vale esclarecer, Consiste num negócio jurídico por meio do qual as partes submetem uma questão controvertida específica à decisão de um árbitro. No Código Civil de 1916, o compromisso era geralmente considerado um contrato, porque decorria da vontade das partes, porém ela não criava, não modificava e nem conservava direitos, apenas solucionava obrigações pelo Juízo Arbitral.

O era permito declarar no compromisso apossando-se de Lemos:

> I- o prazo em que deveria ser dada a decisão arbitral; II- a condição de ser ela executada com ou sem recurso para o tribunal superior; III- a pena que, para com a outra parte, ficasse obrigado aquele que não recorresse da decisão, não obstante a cláusula "sem recurso"; IV- a autorização, dada aos árbitros para julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito; V - a autoridade, a eles dada, para nomearem terceiro árbitro, caso divirjam, se as partes não nomearem; VI - os honorários dos árbitros e a proporção em que serão pagos.(LEMOS, 2003, p. 56)

Podia ser árbitro qualquer pessoa que mantinha a confiança das partes, desde que a lei não o vedasse (exemplo, mulheres e menores de idade), e eram considerados juízes de fato e de direito, não sendo vítima seu julgamento da alçada ou de recurso, salvo se as partes acordassem o contrário, e no caso da vaga do terceiro árbitro por vontade das partes ou por não autorização à nomeação, a divergencia entre os dois árbitros extinguiria o compromisso.

Após a Constituição de 1891, adveio a de 1934, e suas descendentes, as Constituições de 1937, 1946 e a atual de 1988. A matéria que legislava a competência da arbitragem se manteve inalterada desde 1934 até 1946, com seu § 4°, dispondo da mesma matéria, porém com singelas modificações no corpo textual do parágrafo, que novamente citava a autoridade da arbitragem para resolver conflitos entre estados internacionais, era usado como instrumento conservador da paz, até que esplendidamente foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 que atribuiu uma maior relevância ao instituto do juízo arbitral atribuindo-lhe aptidão para solucionar conflitos em causa de matéria trabalhista no que se refere seu § 1°, do art. 114, "Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros". (SILVA, 2005)

No Código de Processo Civil de 1973, manteve-se basicamente, os mesmos dispositivos sobre o Juízo arbitral previstos no CPC de 39, ampliando-os , contudo, de 16 para 31 artigos. Disposto nos arts. 1072 a 1102 e revogados posteriormente pela Lei n. 9307/96, Joel Dias Figueira Júnior explica:

> [...] era muito pior que os mecanismos oferecidos pelo Poder Judiciário à solução de conflitos, a ponto de influenciar (negativamente) o espírito dos jurisdicionados que, em quase absoluta unanimidade, ''optavam'' pela justiça estatal, sobretudo porque, mesmo se optassem pelo juízo privado, não conseguiriam escapar da carcomida máquina estatizante, à medida que, em último termo, necessitariam da homologação judicial do laudo arbitral. (FIGUIERA JUNIOR, 1997, p. 44)

A ineficácia da cláusula compromissória por não possuir caráter impositivo, mostrava inviável o instituto da arbitragem pois, a impossibilidade de obrigar a parte a honrar o compromisso e à participar do julgamento resultava na insegurança das partes em optarem pelo arbitramento. (SILVA, 2005.)

O mesmo autorizava o Juízo Arbitral em relação a pendências de qualquer valor sobre direitos patrimoniais sobre os quais a lei admitisse transação, porém, bastantes vezes, tornava-se difícil a aplicação deste Juízo já que, por um exemplo, a exigência contida no art. 1074, III, mencionava de que para haver validade do compromisso, tinha que comprovar o objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusive o seu valor. Essa exigência inviabilizava o compromisso dada a óbvia impossibilidade da previsão do litígio futuro e incerto, muito menos com todas as suas características. (FRÓES, 1999)

Consagrada ainda com apenas 12 artigos no CC/2002 (arts. 1037 e seguintes), este ordenamento regula minuciosamente a matéria que dispõe a faculdade de introdução nos contratos de cláusula compromissória para a solução de divergências, mediante a arbitragem, na forma estabelecida em lei especial.

2.3 lei n. 9307 - arbitragem contemporânea

A Lei n. 9307 de 1996, modernizou drasticamente a arbitragem, atribuindo-lhe maior efetividade e eficácia. Foi produto da vontade da sociedade, derivou do estudo e empenho de seus setores mais interessados para levar adiante as novas ideias para a implantação de uma justiça mais ágil, segura e técnica, além de pouco onerosa e informal. Vitoriosa após três infortunas tentativas de sistematizar a arbitragem (os anteprojetos de 1981, 87 e 88), a prestigiada Lei Marco Maciel, composta de 44 artigos e dividida em sete capítulos: ''Disposições Gerais'', ''Da Convenção de Arbitragem e seus Efeito'', ''Dos Árbitros'', ''Do Procedimento Arbitral'', ''Da Sentença Arbitral'', ''Do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras'' e ''Disposições Finais'', traz consigo novos e conservados valores, dentre eles, Lemos elenca os que revolucionaram o Instituto, são eles:

> o prestígio ao princípio da autonomia da vontade; a distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral; as garantias fundamentais da tutela jurídica; o estabelecimento de um verdadeiro código de ética para o julgador; o estímulo à função conciliadora do(s) árbitro(s) [...], o incentivo ao usa da arbitragem institucional, administrada por entidades especializadas [...]; a expressa possibilidade de substituição do árbitro, em caso de falecimento, impedimento ou suspeição; a desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral, à qual se confere valor de título executivo, dando-se caráter jurisdicional à arbitragem; previsão de embargos de declaração para sanar obscuridade, duvidas ou contradições; possibilidade de a decisão ser impugnada na justiça; e a competência do Supremo Tribunal Federal para homologar as sentenças arbitrais estrangeiras, reforçando assim a paridade entre a sentença arbitral e a sentença judicial. (LEMOS, 2003, p. 79)

É curioso que mesmo dotada de admiráveis e princípios, e de uma legislação eficaz, a arbitragem permaneceu como instituto desconceituado aos olhos da civilização brasileira, motivos pelos quais serão apontados posteriormente.

2.4 obstáculos defrontados pela arbitragem

A arbitragem, ainda que sempre presente no Ordenamento Jurídico brasileiro, não teve a recepção necessária para que ocorresse seu carecido acolhimento pela sociedade, no entanto, já esperado este resultado pois desde sua existência no sistema jurídico brasileiro, nunca foi atribuída o valor necessário para que conquistasse a confiança dos civis. A ineficácia da cláusula compromissória e a necessidade de homologação da decisão arbitral foram grandes problemas para que a arbitragem tivesse sua implementação entravada.

Além do exposto, a alegação de inconstitucionalidade dos art. 6° e 7° da lei pela afronta ao art. 5°, inc. xxxv da mana carta gerou uma certa insegurança e desprezo pelos cidadãos e ministros brasileiros por acharem que a renúncia do cidadão à tutela jurisdicional estatal, antes da existência do litígio, violaria a garantia de acesso ao Judiciário, que a arbitragem funcionaria como uma forma obrigatória de juízo, porém, visto que, mesmo se em cláusula contratual fosse prevista a exigência de solução do litígio pela arbitragem e uma das partes demonstrando resistência quanto à instituição do arbitramento, poderia a parte interessada, requerer citação da outra perante juízo para lavrar o compromisso, designando, o juiz, audiência especial.

Haveria ainda a possibilidade do Judiciário negar a formação da arbitragem, então, para elucidar o verdadeiro motivo da inserção do art. 5°, xxxv, Pedro A. Batista Martins considera que o propósito era de por a termo a experiência ditatorial, em que o Judiciário era impedido de reexaminar as questões decididas em inquéritos levados ao conhecimento de comissões paralegais.

No entanto como Adriana S. Silva expõe, ''Da análise dos arts. 6° e 7°, pode-se concluir que o juiz não estará substituindo as partes, invocando a contratação ou perpetrando nenhuma ação contra a letra da Constituição Federal, mas apenas protegendo o direito da parte, função esta que lhe é reservada''. (SILVA, 2005, p. 162).

Outro caso que proporcionou, em suma, como fator principal pela não disseminação da Arbitragem no cenário nacional até a atualidade, é a questão cultural, um tema mais complexo que vai de encontro à outras campos de estudos como o da sociologia, psicologia e política, faz-se necessários tornar claro a existência do instituto e determinar que, jurisdicional ou não, a arbitragem constitui um mecanismo apto para a solução de litígios, mas o ditado que diz: '' as pessoas tardam a acreditar naquilo que não conhecem'' faz-se por valer, é uma afirmativa antropológica e para solucionar essa barreira sociocultural, faz-se necessário: a mudança de mentalidade dos operadores jurídicos e o afastamento da expectativa ‹›paternalista›› do Estado.

2.5 realidade conteporânea do instituto

Um obstáculo atual sofrido devido ao preconceito da atual sociedade pelo Juízo Arbitral é a luta por sua afirmação. Verifica-se que a arbitragem não é um meio de solução de litígios perfeita e milagrosa, José Luiz Bolzan de Morais esclarece objetivamente as desvantagens do instituto:

> o procedimento que pode ser mais lento e demorado do que a via judiciária; a eminência de intervenção judiciária, na hipótese de cada litigioso de entendimentos extensivos, sustentados por correntes jurisprudenciais e julgados não sendo, assim, o meio arbitral o meio mais idôneo; a carência de procedimentos rígidos pode dar margem a atos ilegítimos, imorais ou dar lugar a disputas ainda maiores entre as partes; o temor da ausência de neutralidade, pois, por vezes, os árbitros privados mantêm relações com uma das partes ou com os advogados da parte; a preexistência de ressentimentos entre as partes, pois falta uma autoridade forte, capaz de pôr fim a combates processuais de imediato. (MORAIS, 1999, p. 172)

Pode-se ainda afirmar que o procedimento arbitral por vezes, é dependente da jurisdição estatal, por não possuir o elemento coercivo, tal dependência acarreta insegurança às partes que ponderam por esta solução de litígio e acabam, não poucas as vezes, optando pelo moroso juízo estatal.

Porém por mais que o Juízo Arbitral não seja uma solução alternativa de litígios impecável, por mais que haja seus poucos e resolúveis defeitos, é inquestionável a sua conveniência no sistema jurídico brasileiro já que a demanda sofrida pelo judiciário é muito grande e esta além do que pode suportar. A solução do litígio por um árbitro, além de ser um processo mais ágil e barato, é uma solução que ao menos pode satisfazer algumas destas pretensões e desentravar o judiciário.

A maior barreira atual para que ocorra a realização de um julgamento arbitral é a questão social, a contestação de que o homem brasileiro, refém de uma cultura conservadora e ultrapassada, pode sobrepujar as condições em que se encontra e possibilitar mudanças na estrutura de um Brasil atrasado. Porém é tendência, mesmo que decorram anos, décadas ou séculos, que o homem brasileiro desenvolva sua sociabilidade à medida em que as outras áreas da sociedade, da economia, de tecnologia e de outros setores continuem se desenvolvendo e junto a este critério, a arbitragem vem se consolidando mais a cada dia por ser um meio hábil, racional e eficiente de solução de disputas. Da forma em que a sociedade se desenvolve, o Direito também à acompanha, será apenas questão de tempo e desenvolvimento para que a arbitragem seja valorizada como devido, pois é uma tendência mundial que as partes solucionem seus próprios litígios, desgarrando-se do costume de incluir o estado em toda questão que há divergência.

3 CONCLUSÃO

A arbitragem regulada pela Lei n. 9.307/96 se demonstrou inovadora no ordenamento jurídico brasileiro como tanto no âmbito das considerações gerais, atribuída de novos princípios e fundamentada por legislações, convenções e doutrinas externas. É fundamental sua participação na legislação nacional, todavia, empregam-lhe imperfeições, por mais que a causa destas sejam causas sociais, da cultura brasileira, sua efetividade será cada vez mais concretizada a medida que a sociedade for tornando-se mais desenvolvida, solidária e menos preconceituosa.

Ademais, é notório verificar que a história é constituída de altos e baixos, momentos de crise e de glória, na realidade

hodierna é considerável a presunção de que a arbitragem ganhara mais espaço e prestígio visto que são necessárias outras alternativas para desentravar o judiciário que vive emperrado e se continuar da mesma forma logo se estará abarrotado e a civilização forçosamente terá que adotar as outras formas de resolução de litígio, tais como a conciliação, a mediação ou mesmo a própria arbitragem. Não que seja o remédio milagroso que solucionara os males da Justiça, mas desempenhando seu importante papel, dará sustento à aclamada força judiciária que querendo ou não, sempre terá a palavra inquestionável em qualquer sistema político de condução social.

REFERENCIAS:

ALMEIDA, Antonio Charles Santiago, A formação político-cultural do Brasil: excertos do pensamento de Sergio Buarque de Holanda e Gilberto Freyre. **Revista puc,** Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/viewFile/13927/10251>. Acesso em 12 de abr. 15.

CAMPOS, Pedro Augusto Rocha. Evolução histórica da arbitragem e sua aplicação no Brasil, nov. 2013. **Jusrisway,** Disponivel em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12294>. Acesso em 10 de jan. 15

CASTRO, Graciely Maria de Oliveira, Breve histórico da arbitragem, out, 2012. **Conteúdo Jurídico,** Disnponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,breve-historico-da-arbitragem,39929.html>. Acesso em jan. 15

DELGADO, José Augusto, A arbitragem no Brasil - Evolução histórica e conceitual, arquico pdf. **Escolamp,** Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf>. Acesso em 01 de fev. 15

FERNANDES, Jorge Luís Batista. Lei de arbitragem brasileira: uma breve abordagem à luz do direito comparado. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9219>. Acesso em jan 2015.

GAIOTO, Lucy Mary, Arbitragem no direito comparado, out. 2006. Disponivel em: <http://www.zemoleza.com.br/trabalho-academico/humanas/direito/arbitragem-no-direito-comparado/>. Acesso em jan. 15

GARCEZ, Coord. José Maria Rossani. A arbitragem na era da Globalização. Rio de Janeiro: Forense, 1999

LEMOS, Luciano Braga; LEMOS, Rodrigo Braga. A arbitragem e o Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003

MARQUES, Maria Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco, MONTEIRO, Fábio de Holanda e MARQUES, Thiago Henrique Costa, **Fundamentos históricos da arbitragem brasileira**: uma breve abordagem à luz do direito comparado em face da responsabilidade civil do arbitro, set. 2014. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/285-artigos-set-2014/6745-fundamentos-historicos-da-arbitragem-brasileira-uma-breve-abordagem-a-luz-do-direito-comparado-em-face-da-responsabilidade-civil-do-arbitro>. Acesso em 15 de jan. 15

MORAIS, José Luis Bolzan de. Mediação e arbitragem; Alternativas à jurisdição! Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

SILVA, Adriana dos Santos. Acesso à Justiça e Arbitragem. Barueri: Manole, 2005

UMA BREVE ANÁLISE DA CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL E DE SEU EMBASAMENTO PRINCIPIOLÓGICO

Natalie Maria Sousa Santos, autora;[134*]
Mirna Maria Ramos Siebra, orientadora;[135**]

RESUMO

A Cláusula Geral de Negociação Processual constitui uma inovação no sistema processual civil brasileiro que traz consigo um conjunto de faculdades a serem exercidas pelas partes e pelos magistrados. Esta cláusula pode ser caracterizada como uma das principais inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil. Estes são os motivos pelos quais se propôs a pesquisar e escrever sobre esse tema. O presente artigo tem o escopo de expor os motivos que conduziram os legisladores a trazer a possibilidade de acordo sobre o procedimento e a gestão processual. Ademais, pretende-se esclarecer os efeitos, as limitações, a aplicação e expor os princípios que fundamentaram referida inovação, sem, contudo, almejar exaurir o tema. A elaboração deste artigo está baseada em pesquisa bibliográfica, especificamente, de artigos científicos já publicados sobre esse assunto e outros relacionados, além de acesso a diversos sites que expunham posições sobre a Lei 13.105 de 2015.

Palavras-chave: Negociação Processual. Cláusula Geral. Gestão. Desburocratização. Democratização.

ABSTRACT

The General Clause of Procedural Negotiation constitutes an innovation in the Brazilian civil procedural system that presents a conjunct of faculties to be performed by the parties and magistrates. This clause can be characterized as one of the main innovations introduced by the Code of Civil Procedure. These inferences are the reasons of the research and writing production about this subject. This article has the scope to explain the reasons that led lawmakers to introduce the possibility of agreement about the procedure and process management. Moreover, it's intended to clarify the effects, limitations, and applications, and to expose the principles that underlie such innovation, without, however, get to exhaust the subject. The preparation of this article is based on bibliography from scientific articles related to the subject and many sites that exposed standpoints about the Law 13.105 of 2015.

Keyswords: Negotiation Procedural. Geral Clause. Management. Debureaucratisation. Democratization.

1 INTRODUÇÃO

134 *Acadêmica de Direito do sétimo semestre na Unichristus, ex-integrante no grupo Direito à educação e à proteção as crianças em estado de vulnerabilidade e atual integrante do Programa de Iniciação à Docência da cadeira de Processo Civil I da Unichristus. E-mail: nataliemssantos@outlook.com

135 **Graduada em Direito pela Universidade Fortaleza (2006). Atualmente, é professora da Faculdade Fortaleza, da FANOR DEVRY Brasil, do Centro Universitário Christus e da Faculdade de Ensino e Cultura do Ceará. É professora da cadeira de Direito Processual Civil I e IV da Unichristus. E-mail: mirna.siebra@hotmail.com

A Cláusula Geral de Negociação Processual configura uma verdadeira inovação no direito processual brasileiro trazida pela publicação da Lei n° 13.105, de 2015. A partir disso emerge a necessidade de se explicar a criação, a significação, a influência, a aplicação, a limitação e os efeitos sobre a inserção de tal cláusula no processo civil.

O presente artigo científico tem o objetivo de expor os motivos que conduziram a elaboração dos artigos 190 e 191 do Novo Código de Processo Civil pelos legisladores brasileiros. Ademais, pretende-se esclarecer os efeitos, as possíveis limitações, o âmbito de aplicação e expor os princípios que fundamentaram a inserção da possibilidade de acordo sobre o procedimento entre as partes e da gestão processual entre as partes e os magistrados, sem, no entanto, aspirar exaurir o tema ora em análise. Portanto, pretende-se analisar as influências e os efeitos de tal cláusula no sistema processual civil brasileiro.

Não obstante isso, explicitou-se especificadamente sobre o significado da cláusula geral de negociação processual e os diversos princípios que embasaram e concederam maior relevância a esse tema. Por fim, procurou-se esclarecer a aplicação e as limitações, além da inferência dos efeitos de tal cláusula no ordenamento brasileiro.

2 MEDOTOLOGIA

Para elaboração do presente artigo, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, especificamente, de artigos científicos publicados em sites e em revistas de cunho processual, que tratam sobre esse tema e outros relacionados, não obstante isso, também, contribuiu o acesso a livros, a diversos sítios eletrônicos e *blogs* que expunham posições de professores processualistas sobre a Lei n° 13.105, de 2015.

Ademais, realizou-se uma pesquisa documental, na qual foi analisada a Lei n° 13.105, de 2015, em comparação com a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil de 1973. Além disso, é necessário esclarecer que essa pesquisa é classificada como qualitativa e se usou do método dedutivo, haja vista o surgimento de inferências a partir da interpretação de preposições gerais, sendo estas normas da lei acima citada.

Outrossim, cumpre expressar que o presente artigo é produto da monitoria realizada no período anual de 2014/2015 da cadeira de Processo Civil I, do Programa de Iniciação à Docência do Centro Universitário Christus, sob orientação da professora Mirna Maria Ramos Siebra.

Com base nas pesquisas bibliográfica e documental, abordou-se a sistemática histórica, envolvendo os problemas sociais e processuais da justiça brasileira, além do que procurou-se integrar as dificuldades atualmente enfrentadas e a criação do Novo Código de Processo Civil.

3 CONSIDERAÇÕES INICIAIS A RESPEITO DA CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL

Antes de adentrar o tema objeto deste artigo, faz-se

necessário escrever um pouco sobre a sociedade brasileira e a sua relação com o sistema judicial atual.

Uma das explicações sobre o significado da expressão "sociedade humana" é que a formação desta pressupõe a atividade em conjunto, organizada e consciente dos homens (SOCIEDADE, 2015, edição eletrônica). Esta convivência leva, naturalmente, à formação de conflitos entre aqueles que constituem a sociedade.

O conflito, de acordo com a teoria moderna, constitui um meio de fomento à evolução da sociedade, pois, diante dele, o homem busca formas inovadoras de solucioná-los, trazendo para o seu ambiente elementos que auxiliam na convivência entre os homens.

De acordo com Francisco José Cahali (2014, p.42), autotutela, a autocomposição e a heterocomposição são formas diversas que o ser humano criou para resolver os seus conflitos. De uma forma resumida e sem nenhuma pretensão de conceituar esses institutos, pode-se dizer que a autotutela também conhecida por "justiça com as próprias mãos" ocorre quando há uma imposição da decisão à do outro. Já a autocomposição ocorre quando os próprios indivíduos integrantes do conflito o solucionam, seja por desistência, seja por submissão, seja por transação. A heterocomposição ocorre quando um terceiro imparcial decide sobre a lide a ele trazida pelas partes que compõem o conflito. Uns dos exemplos desta última forma de solução é a arbitragem e a jurisdição.

A jurisdição é um poder eminentemente estatal que tem o escopo de aplicar as normas do direito ao caso concreto, em prol da segurança e da estabilidade coletiva e individual.

Após a sociedade perpassar por diversas revoluções, o Estado substancialmente unitário passou a ser dividido em três funções especializadas: a executiva, a legislativa e a judiciária (ROCHA, 1995, p.12). Este último Poder é o foco do presente estudo.

O poder judiciário soluciona as lides a ele submetidas, por meio da aplicação de um conjunto de regras instrumentais que organizam a prestação da tutela jurisdicional. Estas regras instrumentais integram ramos autônomos do direito, chamado Processo Civil, Processo do Trabalho, Processo Penal, entre outros.

O processo pode ser entendido em diversos aspectos diferentes, assim explica Fredie Didier Júnior (2014, p.20):

> O poder de criação de normas (poder normativo) somente pode ser exercido processualmente. Assim, fala-se em processo legislativo[...], processo administrativo[...], processo jurisdicional[...]. O processo sob a perspectiva da teoria do fato jurídico é uma espécie de ato jurídico. Examina-se o processo a partir do plano da existência dos fatos jurídicos.

Ainda, o processo pode ser expresso como uma relação jurídica "composta por um conjunto de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, ônus etc.) de que são titulares todos os sujeitos do processo. É por isso que se costuma afirmar que o processo é uma relação jurídica complexa." (DIDIER JÚNIOR, 2014, p.22)

Essa relação jurídica pode ter conteúdos diferentes, sendo estes os direitos materiais da seara civil, trabalhista, penal etc., como já mencionado acima. Existe um íntimo vínculo entre o direito material e o direito processual. Este disciplina forma/instrumento em que será tratado o direito material/substancial.

O Processo Civil, objeto do presente estudo,

> [...] é o conjunto das normas que disciplinam o processo jurisdicional civil- visto como ato-jurídico complexo ou como feixe de relações jurídicas. Compõe-se das normas que determinam o modo como o processo deve estruturar-se e as situações jurídicas que decorrem dos fatos jurídicos processuais. (DIDIER JÚNIOR, 2014, p. 23)

A partir disso, vê-se a extrema importância do Processo Civil, além do que está intimamente ligado ao acesso à justiça, a celeridade processual, a eficiência e a segurança jurídica. Vale esclarecer que se entende por eficiência processual como satisfação das partes, isto é, tutela jurisdicional eficaz.

As normas do processo civil estão, em regra, compiladas em um Código de Processo Civil. Na história do direito processual brasileiro, pode-se dizer que só houve dois códigos de processo civil, que foram o de 1939 e de 1973.

É relevante expressar que os dois códigos foram elaborados em épocas ditatoriais, o primeiro na ditatura de Getúlio Vargas e o segundo na Ditadura Militar que perdurou entre o ano de 1964-1975.

O Código Buzaid (CPC-1973) nasceu diante da necessidade de maior coerência, aplicação prática e sistematização das normas processuais, "sendo, em 1964, entregue por Alfredo Buzaid o anteprojeto do Código de Processo Civil- que viria, após muita discussão, a ser encaminhado ao Congresso Nacional em1972, sendo sancionado no ano seguinte" (RUBIN, 2011, p.41).

O Código de 1973 já foi alvo de diversas reformas que buscaram o atualizar às necessidades processuais da sociedade do século XXI, que o foram adequando para que o Código, após 42 anos, continuasse em pleno vigor.

Porém, em meados de 2009, surgiu uma "onda" de criação de um novo CPC que culminou na elaboração de um Projeto de Lei nº 166/2010.

Esse projeto já passou por diversas reformas e pela análise da comissão presidencial, encontrando-se, atualmente, no período anual de *vacatio legis*, o qual perdurará até março de 2016, pois, em 16 de março de 2015, foi publicada a Lei n° 13.105, que ab-rogará o Código de Processo Civil de 1973.

A Lei n° 13.105, de 2015, trouxe diversas inovações e aprimoramentos ao sistema processual civil. Aqui se tratará de uma das maiores inovações, que está sendo denominada de Cláusula Geral de Negociação Processual ou de Acordo Processual e Gestão compartilhada do procedimento. (MULLER, 2014, p. 147)

Como será abordado adiante, essa cláusula concede às partes maior autonomia dentro da resolução jurisdicional dos próprios conflitos, que trará efeitos relevantes para a nova sistemática processual brasileira.

4 AS MOTIVAÇÕES QUE ENSEJARAM A ELABORAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No Judiciário brasileiro, é cediço que existem milhões de ações tramitando, muitas delas, foram ajuizadas há décadas e continuam nas estantes das secretarias do Poder Judiciário.

Referida morosidade e ausência de efetividade na solução dos litígios cíveis são, talvez, os problemas principais que motivaram a elaboração de um novo Código de Processo Civil. Um dos maiores defeitos do CPC de 1973 é a burocratização, isto é, a extrema rigidez no sistema processual, o que acarreta o não aproveitamento dos atos processuais e a procrastinação das fases de conhecimento, execução e cautelar.

Tais problemas do Judiciário, em geral, fizeram emergir um sentimento social de descredibilidade do Poder Judiciário, surgindo, assim, a necessidade de inovação e de reparos no processo civil, buscando diminuir a burocratização, por meio do aproveitamento dos atos processuais, criação de normas que ensejam a maior legitimidade do procedimento e que levam a celeridade da solução do litígio.

Com base nessa insatisfação social, o Poder Legislativo reagiu, como explica um jurista:

> Diante da preocupação com a nova realidade e com o intuito de construir um texto que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo, a efetividade do resultado da ação, o estímulo à inovação, a modernização dos procedimentos e o respeito ao devido processo legal, o legislador decidiu pela criação de um novo Código de Processo Civil. Através do Ato nº 379, de 30 de setembro de 2009, o então Presidente do Senado Federal, José Sarney, instituiu uma comissão composta por renomados juristas encarregada de elaborar um anteprojeto para a criação de um Novo Código de Processo Civil. A comissão foi presidida pelo ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal[...] (DIAS, 2013, edição eletrônica)

Vale dizer que o Senado Federal tem competência para realizar a elaboração de um projeto de lei sobre matéria processual. Conforme a Constituição Federal de 1988, a elaboração das normas de direito processual civil são de competência privativa da União, isto é, apenas este ente tem a legítima competência de legislar sobre as regras de processo civil, podendo, porém, ser delegadas ao Estado a elaboração de normas sobre matérias específicas, como exposto no art. 22, I, da Constituição Federal.

Como já mencionado, o Senado Federal criou o Projeto de Lei nº 166/2010 e estabeleceu objetivos para nortear a elaboração do Novo Código de Processo Civil, os quais refletem a supremacia da Constituição, a efetividade das decisões, a simplificação e a maior coesão do sistema processual civil, como se pode verificar abaixo:

> 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (DIAS, 2013, edição eletrônica)

Com isso, o legislador, no exercício da sua função típica, almeja adequar, por meio do aprimoramento e da inovação, os instrumentos processuais cíveis à realidade social atingindo direta e indiretamente aqueles que estão sob a soberania da República Federativa do Brasil.

5 A CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL

Neste tópico, serão abordadas a significação da inovação processual denominada de Cláusula Geral de Negociação Processual e sua interligação com as formas de autocomposição de conflitos. Além de esclarecer o seu significado, por meio da interpretação sistemática dos artigos 190 e 191 da Lei n° 13.105, de 2015, serão expostos os princípios que fundamentaram os referidos artigos, por meio de utilização da interpretação teleológica.

5.1 O significado e a influência da autocomposição

A Câmara dos Deputados propôs que fosse possível haver um acordo processual entre as partes que tratasse de ônus, poderes, faculdades e deveres processuais e uma gestão compartilhada (juiz/partes) do procedimento, o que, após diversas alterações, originou os seguintes dispositivos da Lei n° 13.105, de 2015:

> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que **admitam autocomposição**, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
>
> Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (grifou-se)
>
> **Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.**
>
> § 1º**O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.**
>
> § 2º**Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.** (grifou-se)

Como dito, os supracitados dispositivos provieram de constantes reformas realizadas pelo Congresso Nacional, mas perpetuou, em sua origem, uma influência do modelo de gestão processual inglês, como explicado abaixo:

> A comissão de juristas encarregada pelo Senado Federal de elaborar o anteprojeto do novo CPC, influenciada pelo modelo de gestão de processos Inglês propôs regra no sentindo de conferir ao juiz o poder-dever de "adequar as fases e os atos processuais às especificações do

> conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa" (SENADO, 2010, versão eletrônica).

Complementando a explicação supracitada, Júlio Guilherme Muller (2014, p. 153) esclarece que:

> Todavia a proposta não foi mantida. A versão mais recente apresenta proposição no sentido de permitir às partes, em consenso com o juiz, a faculdade e possibilidade, mais abrangente, de gerir o procedimento quando há acordo mútuo quanto ao seu objeto.

O Poder Legislativo trouxe os mencionados artigoscom o intuito de promover maior simplificação ao processo (menor burocratização), por meio da atuação das partes em âmbitos que promovem maior legitimação ao trâmite do processo e ao próprio julgamento da ação.

É válido mencionar que tal norma não tem correspondência ou semelhança com nenhum dispositivo do Código de Processo Civil de 1973, configurando uma verdadeira inovação no sistema processual brasileiro.

Júlio Guilherme Muller (2014, p. 150) aponta que o art. 191 do Projeto do Novo CPC representa quebra de paradigma, já que a natureza das normas de processo é de direito público, o que implica que a maioria das normas processuais são cogentes e não dispositivas. Assim, explica o referido professor:

> Inspirando a legislação processual brasileira em vigor, este raciocínio levado a efeito nos últimos duzentos anos consolidou o entendimento no sentindo de que convenções ou acordos a respeito de situações processuais tem um campo bastante restrito. São escassas as hipóteses em que as partes podem modificar as regras procedimentais ou compor quanto às suas condutas por mútuo entendimento, como ocorre, por exemplo, nos casos relacionados ao ônus da prova (ressalvadas as exceções do parágrafo único do art. 333 do CPC), adiamento de audiência (art. 453, I do CPC) e prazos dilatórios (Art. 181 do CPC). A gestão do procedimento no CPC de 1973 é de incumbência direta do magistrado, inexistindo maiores possibilidades de flexibilização[...] (MULLER, 2014, p. 149)

Feita essa comparação com o Código de Processo Civil, vale, agora, ressaltar que tanto a convenção processual quanto a gestão compartilhada do procedimento refletem uma influência direta de umas formas alternativas de resolução do conflito, quais sejam, a arbitragem e os meios de autocomposição, pois aqueles dois institutos refletem algumas características semelhantes destes.

Essas semelhanças são a autonomia das partes para estabelecerem algumas regras de forma consensual, a flexibilidade no procedimento visando à adequação deste ao caso concreto e a similitude do objeto/tipos de conflitos da autocomposição.

As possibilidades das partes convencionarem ônus, poderes, faculdades e deveres processuais se assemelham ao instituto da arbitragem, pois nesta "consensual será a eleição deste instituto, e de uma série de regras a ele pertinentes, mas a resolução do conflito pelo terceiro se torna obrigatória às partes, mesmo contrariando a sua vontade". (CAHALI, 2014, p.42) Infere-se que a nova possibilidade jurisdicional processual e a arbitragem têm como característica a concessão de maior autonomia às partes.

Além disso, como já dito acima, a inovação processual denominada de Cláusula Geral de Negociação Processual, especialmente a gestão compartilhada do procedimento, isto é, "a faculdade para dirigir o procedimento de uma forma mais afeiçoada aos seus interesses quando houver mútuo entendimento a respeito entre elas e o juiz" (MULLER, 2014, p.148), indica o escopo do legislador de diminuir a burocratização do sistema processual, sendo essa uma qualidade da arbitragem, conforme explica o professor Francisco José Cahali (2014, p. 94-95):

> Ainda, pode-se apontar a flexibilidade do procedimento na arbitragem como um dos pontos positivos deste método. [...] Já na arbitragem o foco maior é a solução da matéria de fundo, e, assim, há maior informalidade nas providências para se alcançar o objetivo: solucionar a controvérsia. Note-se falar aqui em menor rigor quanto ao procedimento e, em especial, quanto às formalidades para a prática dos atos, mas em momento algum haverá transigência quanto aos direitos das partes.

Por fim, como expressamente dito no dispositivo processual ora analisado, tanto o acordo processual quanto a gestão compartilhada do procedimento são faculdades que só podem ser exercidas em causas que admitam a autocomposição. A partir disso, verifica-se que o objeto da cláusula de negociação processual é o mesmo da negociação, da mediação e da conciliação.

5.2 Principiologia que embasou a inovação

Em conformidade com a Constituição Federal de 1988, a Lei n° 13.105, de 15 de março de 2015, (Novo CPC) concedeu a devida relevância aos princípios e valores sociais, sendo isso, também, uma mudança em relação ao Código atual. Dessa forma, explica Marcus Vinícius Furtado Coelho (2010, p. 146):

> Comissão de Juristas, constituída pelo Senado Federal para elaborar o Novo Código de Processo Civil, constrói um sistema que prima pela celeridade, com a simplificação, sem prejudicar o direito à ampla defesa, olhos postos nas inafastáveis garantias constitucionais da razoável duração do processo e do devido processo legal.

Percebe-se, assim, que o legislador, por meio do Novo CPC, almejou honrar o princípio da soberania da constituição, no sentindo de positivar normas, princípios e valores constitucionais no Código de Processo Civil, sendo esse fato chamado de constitucionalização do processo civil. São diversos os princípios presentes na Lei n° 13.105, de 2015, tais como efetividade processual, economia processual, celeridade processual, duração razoável do processo e instrumentalidade das formas.

O princípio da efetividade processual expressa que todos os atos processuais realizados pelas partes em sentindo amplo devem ter a finalidade de efetivar o direito, isto é, de trazer ao plano fático a satisfação da tutela jurisdicional. O Fredie Didier Júnior (2012, p. 78) diz que "se extrai o princípio da efetividade: os direitos devem ser, além de reconhecidos, efetivados. Processo devido é processo efetivo. O princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva".

Pode-se ver, de forma explícita, a previsão de tal princípio e a intenção do legislador do Novo Código de Processo Civil Brasileiro de promover a efetividade:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
>
> [...]
>
> VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior **efetividade à tutela do direito;** (grifou-se)
>
> [...]
>
> Art. 1.069. O Conselho Nacional de Justiça promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para **avaliação da efetividade das normas** previstas neste Código. (grifou-se)

Já os princípios da economia processual, celeridade processual e razoável duração do processo estão interligados por um encadeamento lógico, já que um decorre do outro. O primeiro diz respeito à utilização de instrumentos processuais que importem em resumo dos atos, tal como a possibilidade de formação do litisconsórcio, ainda, entende-se que tal princípio, também, se refere à ideia de que:

> [...] o processo também deve ser barato, o que se obtém com a diminuição dos valores das custas judiciais, utilização de órgãos públicos para a realização de perícia e, evidentemente, o oferecimento de um processo mais rápido, porque a experiência mostra que, quanto mais demorado o processo, mais oneroso ele se torna. (NEVES, 2013, p.77)

Como dito pelo Daniel Amorim Assumpção Neves, o processo demorado ocasiona mais onerosidade, ratificando, com isso, a interdependência de tal princípio com o da celeridade processual. Já o princípio da razoável duração do processo pelo próprio nome implica o entendimento de que o processo não deve se postergar no tempo, sob risco de perder o seu escopo final que é a proteção da tutela jurisdicional. Esse último, também, tem expressa previsão no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, conforme se pode ver nos dispositivos abaixo:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
>
> [...]
>
> **II - velar pela duração razoável do processo;** (grifou-se)
>
> [...]
>
> Art. 685. Admitido o processamento, a oposição será apensada aos autos e tramitará simultaneamente à ação originária, sendo ambas julgadas pela mesma sentença.
>
> Parágrafo único. Se a oposição for proposta após o início da audiência de instrução, o juiz suspenderá o curso do processo ao fim da produção das provas, salvo se concluir que a unidade da instrução atende melhor **ao princípio da duração razoável do processo.** (grifou-se)

Por fim, o princípio da instrumentalidade das formas está previsto em diversos dispositivos do Novo CPC, pois o legislador almejou o máximo aproveitamento dos atos processuais praticados, desde que tenham atingido a sua finalidade e que não causem prejuízos à defesa de qualquer parte, estando em perfeita consonância com o respeito aos princípios supracitados. O artigo abaixo ratifica o aqui exposto:

> Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.
>
> Parágrafo único. **Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.**(grifou-se)

Além dos mencionados acima, tem-se, antes de tudo, a efetivação da democracia na elaboração da referida lei, tendo em vista que houve "debate público, demonstrando uma nova visão de compreender o Direito, assim o tendo como fenômeno social do qual todos os destinatários da norma devem ser partícipes do processo legiferante." (COELHO, 2010, p.46)

6 APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL

A Cláusula Geral de Negociação processual estabelecida na Lei n° 13.105, de 2015, possui um âmbito limitado de aplicação quanto aos sujeitos que podem se utilizar desse instituto e quanto às causas que permitem a aplicação do mesmo instituto, conforme será explicitado abaixo.

6.1 Aplicação subjetiva do instituto

O acordo processual realizado entre as partes e a gestão do procedimento só podem ser utilizados por partes plenamente capazes, conforme expresso no artigo 190 em análise do Novo CPC.

De acordo com o artigo primeiro do Código Civil, todas as pessoas são capazes de direitos e deveres na ordem civil, porém existem pessoas que não possuem a capacidade plena, seja absoluta ou seja relativa, para praticar pessoalmente os atos da vida civil. Essa incapacidade pode ser suprida, por meio da representação ou da assistência de uma pessoa que tenha a capacidade civil plena.

No âmbito processual, existe a capacidade de ser parte (que toda pessoa, indistintamente, possui), a capacidade de estar em juízo (que apenas a pessoa que pratica pessoalmente os atos da vida civil a detém) e a capacidade postulatória (em regra, apenas os advogados e os membros do Ministério Público possuem).

Com isso, conforme interpretação do dispositivo, apenas as pessoas que têm plena capacidade de praticar os atos da vida civil, isto é, aquelas que possuem capacidade de estar em juízo podem realizar os negócios processuais (acordo sobre o procedimento e gestão do processo).

Depreende-se disso que aqueles que não possuem capacidade processual não podem praticar as condutas da cláusula geral de negociação processual. Isso merece uma crítica, pois tal dispositivo suprimiu a possibilidade do representante do, por exemplo, menor impúbere poder realizar a negociação processual, tendo em vista que não é parte no processo, figurando, apenas, como representante daquele que não possui plena capacidade.

6.2 Aplicação objetiva do instituto

Como já mencionado, a cláusula geral de negociação processual trazida pelo Novo CPC possui um âmbito de aplicação delimitado, conforme a dicção dos artigos 190 e 191 supramencionados.

As partes terão a faculdade de convencionar sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais em causas que for permitida a autocomposição. Além disso, as partes poderão, desde que em comum acordo, fixar um calendário para a prática dos atos processuais.

Inicialmente, faz-se necessário entender quais os tipos de causas que permitem a autocomposição, para assim deixar expresso em que causas existirá a faculdade de convencionar sobre o procedimento da ação.

Vale ressaltar que em face da inexistência de lei que delimite com exatidão em quais causas é possível a autocomposição, cabe aos doutrinadores e aos tribunais suprirem essa lacuna. Lilia Maia de Moraes Sales (2003,p. 57), pesquisadora e escritora de livros sobre as formas autocompositivas de solução de conflitos, diz que:

> [...] O **ordenamento jurídico brasileiro permite nos conflitos de natureza cível (incluindo os conflitos cíveis propriamente ditos, os conflitos de direito de família, imobiliário, consumidor, comunitário) a conciliação nos casos em que os conflitos versarem sobre direitos disponíveis** [...] e admite a transação quanto aos direitos patrimoniais de caráter privado [...] Admite ainda a conciliação nos juizados especiais cíveis quando os conflitos se referem a causas cíveis de menor complexidade.**Assim versando sobre direitos disponíveis, ou sobre direitos indisponíveis em que a própria legislação abra margem para negociação(indisponibilidade relativa) os conflitos poderão ser objeto de mediação**. (grifou-se)

Assim, de acordo com o supracitado pensamento, a cláusula geral de negociação processual só poderá ser utilizada em causas que versarem sobre direitos disponíveis ou indisponíveis, esta sob a condição de que a lei estabeleça a possibilidade de negociação de tal direito.

Faz-se importante a menção ao Leonardo Carneiro da Cunha (2014, versão eletrônica), pois este está a estudar e esclarecer essa inovação processual, a qual denomina de cláusula geral de negociação processual. Ele explica, além de outros pontos, o momento em que se pode praticar as negociações processuais:

> Admite-se, como se percebe, que , num negócio ou contrato celebrado **antes mesmo de existir o processo**, as partes já estabeleçam determinadas regras processuais a serem observadas, caso sobrevenha algum litígio e seja proposta demanda judicial a esse respeito. O negócio processual pode, por outro lado, **ser celebrado no próprio processo, em qualquer etapa, seja no início, ou na audiência de saneamento ou, até mesmo, no âmbito recursal.**(grifou-se)

Cumpre explicar que ônus significa aquilo que sobrecarrega ou encargo (FERREIRA, 1986, p. 1225) e poder refere-se ao "direito de deliberar, agir e mandar" (FERREIRA, 1986, p.1351), já faculdade significa "liberdade de agir, permissão, consentimento" (FERREIRA, 1986, p.751) e dever refere-se à responsabilidade, todos implicam que processualmente as partes podem realizar um acordo bilateral que, por exemplo, amplie os prazos, regule os efeitos em que os recursos serão recebidos e diversas outras ações.

Ainda, faz-se imprescindível explicar sobre a inovação que compõe a cláusula geral de negociação processual, a possibilidade das partes junto ao magistrado fixarem um calendário, momento em que serão estabelecidos os dias em que deverá haver a prática dos atos processuais. Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, "Inspirado nas experiências francesas e italiana, o §1º do art. 191 do projeto do Novo CPC apresenta uma das grandes novidades a ser adotada no sistema processual brasileiro: o calendário processual." (CUNHA, 2014, versão eletrônica)

Conforme dicção do artigo 191 do Novo CPC, a fixação do calendário processual vinculará as partes e o juiz, podendo haver excepcionalmente mudanças, desde que devidamente justificadas. Além disso, o estabelecimento do calendário dispensa a necessidade de intimação para a prática dos atos processuais e para audiências, desde que previstas no calendário.

6.3 Análise dos Resultados

Em relação a esse tema, algumas limitações podem ser observadas. A negociação processual só poderá ocorrer quando houver um acordo comum entre as partes.

Além disso, não se pode negociar em relação às questões de ordem pública, tal como sobre a competência absoluta, especificadamente em relação à competência em razão da matéria, da pessoa ou da função, conforme expressa vedação no art. 62 do Novo CPC.

Ademais, configura questão de ordem pública o respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, não podendo as partes dispor sobre o direito a interpor recurso. Ainda, pode-se exemplificar que as partes não poderão impedir ou obrigar a intervenção do Ministério Público na causa, pois a função jurisdicional desse órgão está expressa constitucionalmente de forma cogente, não cabendo às partes acordarem sobre esse assunto.

Diante disso, depreende-se que, em relação às diversas matérias previstas em normas impositivas/cogentes, não é cabível às partes relativizarem ou disporem de alguns direitos estabelecidos em lei.

Válido salientar que, em caso de a negociação ocorrer antes do surgimento da lide, é possível estabelecer que tais acordos sejam feitos em contrato de adesão, mas este será sujeito ao controle judicial da validade das cláusulas, podendo o magistrado anular em caso da existência de cláusula abusiva ou de ser a parte que aderiu ao contrato vulnerável.

Por fim, cumpre apresentar os seguintes exemplos de limitação à cláusula geral de negociação das partes explicados pelo professor Leonardo Carneiro da Cunha (2014, versão eletrônica):

> A licitude do objeto do negócio processual passa pelo **respeito às garantias fundamentais do processo.** Não parece possível um negócio processual que elimine

> o contraditório, ou permita, por exemplo uma prova ilícita.[...]Também não parece possível um negócio processual que dispensa a fundamentação da decisão ou que imponha sigilo ou segredo de justiça, afastando a exigência constitucional de publicidade nos processos judiciais.(grifou-se)

Como se pode depreender, não é possível descrever precisamente as limitações do tema aqui abordado, pois apenas com a vigência e consequente utilização das faculdades que a cláusula geral de negociação processual proporciona é que se poderá indicar casuísticas limitações.

7 CONCLUSÃO

A Cláusula Geral de Negociação Processual prevista nos artigos 190 e 191 do Novo Código de Processo Civil configura uma inovação positiva no sistema processual brasileiro, pois tem como principal efeito a eficiência processual.

Tal efeito se justifica diante da possibilidade de adequação pelas próprias partes do procedimento ao caso concreto, o que ocasiona maior legitimidade ao trâmite do processo e à própria decisão judicial do litígio.

Essa cláusula registra a possibilidade de maior democratização do processo, isto é, maior participação das partes na resolução dos seus conflitos no Poder Judiciário, no sentindo de incentivar o acordo e a gestão do procedimento, além de iniciar a decadência da extrema burocratização processual. Vale dizer que incentivo à colaboração entre as partes, também, tem como efeito a paz social.

Cumpre expressar que se espera que, com a entrada em vigor da Lei n° 13.105, de 2015, a cláusula geral de negociação processual produza intensa mudança no sistema processual em sua totalidade, influenciando o processo do trabalho e processo penal brasileiro.

Porém, a efetiva mudança positiva no Judiciário brasileiro não será realizada apenas com a elaboração de um novo Código de Processo Civil, pois, além do melhoramento das normas, é necessário que haja uma mudança cultural dos cidadãos e dos juristas brasileiros, no sentindo de conceder maior importância e respeito aos valores sociais e aos princípios que regem a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Anteprojeto Do Novo Código De Processo Civil**.Senado Federal**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem, mediação, conciliação e Resolução CNJ 125/2010**. 4. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. O Anteprojeto: de Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, ano 35, n. 185. p. 145-150.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no processo civil brasileiro. **Academia.** Disponível em: <https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 20 mar. 2015.

DIAS, Luciano Souto. Projeto do novo Código de Processo Civil: perspectivas e desafios. **Jus.**Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25012/projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-perspectivas-e-desafios>. Acesso em: 07 de fev. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 14. ed.Salvador: JusPodivm, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da Língua Portuguesa.** Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1986.

MULLER, JulioGilherme. **Acordo processual e gestão compartilhada do procedimento.**Novas Tendências do Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2014, v. III, p. 147-159.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudo sobre o poder judiciário.** São Paulo: Malheiros, 1995.

RUBIN, Fernando. Do Código Buzaid ao projeto para um novo código de processo civil: uma avaliação do itinerário de construções/alterações e das perspectivas do atual movimento de retificação. **Revista Jurídica**, ano 59, maio de 2011, nº 403, p. 39-64.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOCIEDADE. **Significados.**Disponível em: <http://www.significados.com.br/sociedade/>.Acesso em: 16 fev. 2015.

A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO PARA A TAXA DE SOBREVIVÊNCIA EMPRESARIAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

*Renan Gomes de Mesquita**
*Lucas Ernesto Gomes Cavalcante ***
*Abimael C. F. de Carvalho Neto****

Sumário: 1 Introdução 2 Referencial teórico 2.1 Taxa de sobrevivência empresarial das microempresas e empresas de pequeno porte 2.2 Planejamento Tributário: Uma ferramenta de sobrevivência empresarial 2.3 Estudo de caso 3 Metodologia 4 Análise dos resultados 5 Conclusão 6 Referências

RESUMO

O artigo tem a preocupação de investigar a taxa de sobrevivência das microempresas e empresas de pequeno porte, especialmente a partir de estudos estatísticos realizados pelo Serviço Brasileiro de apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE. O trabalho parte de uma característica peculiar da economia brasileira, a importância econômica desse setor no empreendedorismo nacional, representando cerca de 25% do Produto Interno Bruto – PIB nacional. Some-se a isso o mandamento constitucional que determina um tratamento diferenciado a esses pequenos empreendimentos. Assim, tendo em vista a considerável carga tributária do Brasil, o trabalho busca estudar especificamente a influência do planejamento tributário na taxa de sobrevivência dessas empresas. A metodologia utilizada foi de análise de dados e pesquisa bibliográfica, tendo como materiais livros, artigos científicos e opinião de conceituadas revistas, dissertações e teses. Ademais, utilizou-se o estudo de caso detalhado sobre uma empresa agroindustrial, com dados obtidos junto à Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará (SEFAZ-CE), resguardando, por óbvio, o sigilo fiscal, demonstrando o impacto das pr**áticas** elisivas na microempresa objeto do estudo. Buscou-se também privilegiar uma pesquisa interdisciplinar, relacionando conceitos jurídicos com conhecimentos da administração, das ciências contábeis, da estatística e da economia.

Palavras-Chave: Taxa de sobrevivência empresarial. Planejamento Tributário. Microempresa e empresas de pequeno porte.

ABSTRACT

This article studies the survival rate of microbusinesses and small companies, specially from Serviço Brasileiro de apoio a Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE's - statistics studies. This work derives from a particular characteristic of brazilian economy, the economic importance of this field for the national entrepreneurship, represents 25% of national Produto Interno Bruto – PIB. Besides it, the constitutional determination that determines the special treatment of these small businesses. Considering the large brazilian tributary fee, this work studies specifically the influence of the tax planning on the survival rate of these companies. The chosen metodologies were data analysis and bibliographic research, using books, scientific articles and opinions from reputable magazines, dissertations and thesis. Furthermore, a detailed case study about an agroindustrial company was used to this research, these data were obtained from Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará – SEFAZ – CE, preserving the tax secrecy, demonstrating the impact of the tax planning practices for the analyzed microbusinesses. This work wants to prioritize an interdisciplinary research, relating legal, administrative, accounting statistical and economical concepts.

Key-Words: Survival rate of companies; Tax planning; Microbusinesses and smal companies.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, nos últimos anos, percebe-se o crescimento na constituição de novas empresas, sobretudo com o advento do Simples Nacional, que instituiu regimes fiscais diferenciados para as Micro e Pequenas Empresas.

Diversas medidas em prol do microempreendedorismo estão sendo tomadas, como a Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, a desoneração da folha de pagamentos para alguns setores e a elevação do limite de faturamento para o Simples Nacional.

Todos esses fatores tendem a contribuir sobremaneira para o desenvolvimento econômico e social do país, pois, com o aumento do número de empresas no Estado, estimula-se a competitividade, tendendo a gerar impactos positivos para a população, tanto diretamente, pelo aumento das ofertas de empregos, quanto indiretamente, pelo aumento da arrecadação de tributos.

Em que pese a existência insofismável dos reflexos positivos advindos do estímulo à constituição de novas empresas e da, consectária, competitividade, mais importante seria o estímulo à exequibilidade da continuidade da atividade empresarial, maximizando os índices de sobrevivência empresarial, como se percebe nos últimos anos por meio de estudo realizado pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE, 2013), sobretudo por meio da desoneração tributária incidente sobre as organizações.

A carga tributária brasileira, segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT, 2012), é uma das maiores do mundo, tornando-se necessária, por consectário, a implementação de políticas de planejamento tributário no ambiente empresarial, visando à maximização da sobrevivência por meio de práticas lícitas, almejando à economia fiscal.

Destarte, a competitividade e a carga tributária no tocante ao âmbito empresarial torna oportuno trazer à lume as práticas elisivas, tendo em vista, parafraseando Chiavenato (CHIAVENATO, 2011), a necessidade das organizações racionalizarem seus custos, para que obtenham vantagem competitiva no ambiente extremamente competitivo em que estão inseridas.

Nessa senda, permeiam calorosas discussões na comunidade jurídica acerca da licitude do planejamento tributário, tornando-se imprescindível o estudo desse instituto. Ademais, no Brasil, apenas 41% das empresas de grande porte

conseguem aferir o montante de suas despesas tributárias, restando 59% que não adotam, sistematicamente, qualquer prática elisiva. (GAMBIAGI. ALÈM. 2000)

Por fim, instrumentalizando a elisão tributária, o presente estudo também terá por escopo avaliar se a forma de enquadramento tributário impacta significativamente no resultado empresarial.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Taxa de sobrevivência empresarial das microempresas e empresas de pequeno porte

De acordo com o Banco Mundial, o Brasil é a 7ª economia do mundo (VALOR ECONÔMICO, 2014). Isso é reflexo em grande parte do crescimento do mercado brasileiro, tanto interno, quanto externo. Medidas que busquem trazer uma maior competitividade às empresas nacionais são sobremaneira louváveis e tem sido exitosas.

Ocorre que no Brasil há uma peculiaridade econômica que merece destaque. Os pequenos empreendimentos constituem boa parte dos negócios. Em 1985 já representavam 21% do PIB, de acordo com a pesquisa do SEBRAE. (SEBRAE, 2014)

Em 2011, o SEBRAE chegou à conclusão que microempresas e empresas de pequeno porte compõem 27% do PIB nacional, e que a produção gerada por esse setor empresarial quadruplicou em dez anos, saltando de R$ 144 bilhões em 2001 para R$ 599 bilhões em 2011, em valores da época. (SEBRAE, 2015)

Diante do peso que os pequenos empreendimentos possuem na economia nacional, é natural que qualquer Governo tenha uma atenção especial para com este setor. Se esse fato já não fosse suficiente, a Constituição de 88 ainda estabeleceu, em seu artigo 179, que se dedicasse um tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, a fim de simplificar suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.[136]

A fim de se alcançar tal mandamento, em 2006, por meio da Lei Complementar 123, foi instituído o Simples Nacional, que é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicáveis às microempresas e empresas de pequeno porte. [137]

O primeiro governo Dilma (2011-2014) foi vanguardista no assunto, quando, por meio da lei 12.792/2013, criou a Secretaria da Micro e Pequena Empresa, com status de Ministério, ligado à Presidência da República. Dentre os seus objetivos, pode-se destacar a formulação, coordenação e articulação de programas de promoção da competitividade e inovação voltados à microempresa e empresa de pequeno porte.[138]

Essa atitude do Governo refletiu de uma antiga preocupação que buscava oferecer um tratamento diferenciado e benéfico a esses pequenos empreendimentos, especialmente tendo em vista o seu efetivo crescimento e sobrevivência.

Apesar do SEBRAE ser um serviço de apoio às microempresas e empresas de pequeno porte, ele tem desenvolvido um importante trabalho no sentido de monitorar a taxa de sobrevivência das empresas no Brasil, pelo estudo "Sobrevivência das Empresas no Brasil: Coleção Estudos e Pesquisas".

O estudo do SEBRAE é sobremaneira relevante para os empreendedores. Pode-se dizer que se trata de um medidor da mortalidade das empresas no Brasil, servindo de diagnóstico para o estudo e aprimoramento do sucesso empresarial.

O estudo se utiliza de dados fornecidos pelo sistema da Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). O relatório leva em consideração a taxa de sobrevivência das empresas com até 2 anos de atividade no Brasil.

No presente trabalho, utilizamos como base para nossa pesquisa o estudo publicado em 2011, referente às taxas de sobrevivência das empresas criadas em 2005, 2006 e 2007, utilizando todas as informações disponíveis dessas empresas até o ano de 2010 (SEBRAE, 2013). Ressalte-se que o sigilo fiscal foi fator determinante e limitante de um maior aprofundamento da presente pesquisa, razão pela qual o estudo teve que se adstringir às informações oficiais mencionadas.

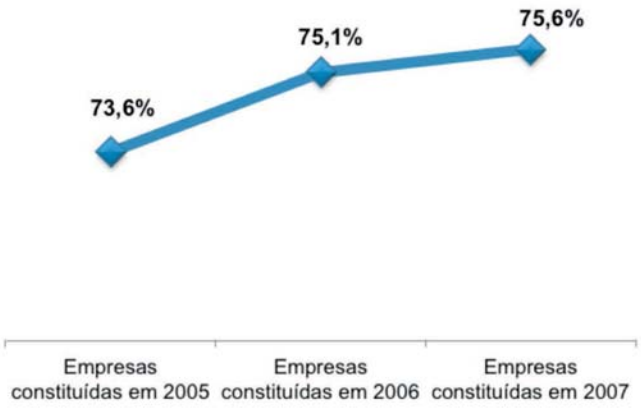

Figura I – Taxa de sobrevivência de empresas de 2 anos, evolução no Brasil (SEBRAE, 2013).

Dessa forma, percebe-se que, apesar de uma boa taxa de sobrevivência, cerca de 75%, em média, houve um considerável crescimento dessa taxa no período estudado (2005 a 2007).

Em outra pesquisa, intitulada "Fatores condicionantes e taxas de sobrevivência e mortalidade das micro e pequenas empresas no Brasil 2003–2005" (SEBRAE, 2007), o SEBRAE desenvolveu um estudo específico para as micro e pequenas empresas, em que chegou à conclusão demonstrada na tabela abaixo.

136 Art. 179 – CF/88. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

137 Destaque-se que já havia leis infraconstitucionais sobre o tema em vigência antes da promulgação da CF/88, Lei nº 7.256/1984, Lei nº 8.864/94. Contudo, no presente trabalho, busca-se um análise a partir da Constituição de 88.

138 Art. 24 – E, Lei 12.792/2013.

Tabela I – Taxas de sobrevivência no Brasil 2003-2005 (SEBRAE, 2007)..

Tabela 4 – Taxas de sobrevivência

Anos de existência das empresas	Ano de constituição formal das empresas (Triênio 2002-2000)	Taxa de sobrevivência (A)	Ano de constituição formal das empresas (Triênio 2005– 2003)	Taxa de sobrevivência (B)	Variação da taxa de sobrevivência (B-A)
Até 2 anos	2002	50,6%	2005	78,0%	+27,4%
Até 3 anos	2001	43,6%	2004	68,7%	+25,1%
Até 4 anos	2000	40,1%	2003	64,1%	+24,0%

Por uma simples leitura do gráfico acima, pode-se perceber que o percentual de pequenas empresas que sobrevivem pelo menos dois anos passou de 51% em 2002 para 78% em 2005, ou seja, 27% a mais de empresas que não fecharam suas portas.

Apesar das pesquisas do SEBRAE serem bem mais completas, especificamente fazendo estudos por setores da economia, indústria, comércio, serviços e construção civil, por regiões do país, por unidades da federação, para o objetivo do presente trabalho não será necessário tamanho detalhamento.

Importa aqui é discutir uma importante ferramenta de sucesso empresarial, com o objetivo de influenciar na taxa de sobrevivência dos pequenos empreendimentos, o planejamento tributário. Buscar-se-á delinear o seu conceito, sua viabilidade e sua aplicação nas microempresas e pequenas empresas.

Também ficou inviabilizado o estudo mais presente da taxa de sobrevivência, haja vista o sigilo fiscal como já mencionado e a inexistência de estudos oficiais mais recentes. Nesse tocante, imperioso salientar que desde 2008 a atividade econômica sofreu significativas variações decorrentes da crise mundial (Bolha Imobiliária Americana), instabilidade econômica na Europa e retração dos investimentos no Brasil, em decorrência dos fatores retromencionados, além dos problemas políticos econômicos nacionais, com reflexos e efeitos duradouros e, por fim, pela recalcitrância do atual Governo (desde o primeiro mandato do Governo Dilma Roussef) em adotar medidas para revigorar e fortalecer a economia e barrar a estagnação e retração dos setores produtivos que se agrava.

Afora isso, a instabilidade do mesmo Governo e a significativa perda de sustentabilidade política, leva a uma queda de braço no Congresso Nacional, levando investidores nacionais e estrangeiros a um estado de insegurança e debandada generalizada do capital do mercado brasileiro. A recente alteração na desoneração de folha, com retrocesso e aumento da carga, é demonstrativo irrefutável desse quadro.

Saliente-se, por oportuno e necessário, que o atual quadro é extremamente favorável ao capital especulativo, no que concerne às aplicações em ações e valores mobiliários, cuja volatilidade e risco interessa apenas aos grandes investidores e especuladores, mas muito pouco contribui para o desenvolvimento dos micro e pequenos empresários.

Outrossim, o capital especulativo é parasita e nômade, instalando-se enquanto o cenário acena com descontos, isenções ou outras vantagens tributárias e se esvai tão logo referidos benefícios se encerram.

2.2 Planejamento tributário: uma ferramenta de sobrevivência empresarial

Conforme ficou demonstrado acima, as microempresas e empresas de pequeno porte representam uma fatia considerável da economia nacional. Isto, por si só, gerou um interesse preponderante em se desenvolver políticas que pudessem facilitar e aprimorar esses empreendimentos.

Não é novidade que o Brasil é um país com uma pesada carga tributária. Tanto a grande quantidade de tributos, quanto o caos tributário, fazem com que o ônus fiscal seja um fator impactante no sucesso empresarial, ou seja, na taxa de sobrevivência empresarial.

Para Heleno Taveira Torres, planejamento tributário é "a técnica de organização preventiva de negócios, visando a uma lícita economia de tributos, independentemente de qualquer consequência dos atos projetados" (TORRES, 2002, p. 53).

A efetiva importância dos tributos no mundo empresarial vem exigindo das organizações vultosos investimentos nas práticas voltadas à economia fiscal, ou seja, planos que possibilitem consequências fiscais menos onerosas.

Quanto à conceituação de planejamento tributário, o instituto consiste na prática de atos lícitos tendentes à economia fiscal. Borges, destacando a posição de vanguarda do planejamento tributário na estratégia global das organizações, enumera regras práticas que outorgam juridicidade ao planejamento tributário, quais sejam: I) Verificar se a economia de impostos é oriunda de ação ou omissão anterior à concretização da hipótese normativa de incidência; II) Examinar se a economia de impostos é decorrente de ação ou omissão legítimas; III) Analisar se a economia de impostos é proveniente de ação realizada por meio de formas de direito privado normais, típicas e adequadas; IV) Investigar se a economia de impostos resultou de ação ou conduta realizada igualmente a suas formalizações nos correspondentes documentos e registros fiscais. (BORGES, 2011).

Em que pese as exceções que afetam a primeira regra prática enumerada pelo autor supramencionado, como a prática da escolha da forma de declaração do imposto de renda (mesmo sendo um ato posterior ao fato gerador) ser lícita, os requisitos

arrolados pelo autor são demasiadamente didáticos.

Ainda quanto à importância do planejamento tributário para a gestão empresarial, nas lições de Miranda e Lemos (2004), prelecionam:

> Não por outra razão é que percebemos a prática do planejamento tributário no Brasil como alternativa necessária e essencial à otimização dos resultados dos empreendimentos negociais ou, em não raros casos, como condição *sine qua non* de sobrevivência das organizações.
>
> No setor de serviços, frente às recentes e substanciais alterações do peso da tributação de competência federal, o planejamento tributário se revela imprescindível para evitar o confisco do resultado líquido do exercício da atividade empresarial.

Segundo os ensinamentos de Amaral, o planejamento tributário empresarial pode ser operacionalizado de três formas, quais sejam:

a) Na própria empresa, através de medidas gerenciais que possibilitem a não-ocorrência do fato gerador do tributo, que diminua o montante devido ou que adie o seu vencimento. Exemplo: para possibilitar o adiamento do tributo na prestação de serviços, o contrato deve estabelecer o momento da realização da receita;

b) Na esfera administrativa que arrecada o tributo, buscando a utilização dos meios previstos em lei que garantam uma diminuição legal do ônus tributário. Exemplo: para possibilitar o enquadramento de um produto numa alíquota menor de IPI, deve a empresa adequá-lo tecnicamente e requerer a nova classificação junto à Receita Federal;

c) No Poder Judiciário, por meio da adoção de medidas judiciais, com o fim de suspender o pagamento (adiamento), diminuição da base de cálculo ou alíquota e contestação quando à legalidade da cobrança. Exemplo: como a ânsia do poder público em arrecadar é enorme e urgente, nem sempre o legislador toma as cautelas devidas, instituindo ou majorando exações inconstitucionais e ilegais. Outro fator favorável é relativo à quantidade de normas tributárias, ocorrendo, muitas vezes, contradição entre elas. Como no Direito Tributário vige o princípio da dúvida em favor do contribuinte, compete a ele, então, descobrir estas contradições (AMARAL, 2001).

Feitos os esclarecimentos necessários acerca do planejamento tributário, resta adentrar sobre a polêmica dos atos evasivos, elisivos e elusivos. Nesse liame, é oportuno trazer a lume sua distinção conceitual.

Pela didaticidade na conceituação e diferenciação dos institutos por Carvalho (2008), transcreve-se a seguir:

> a) evasão: conduta praticada pelo indivíduo tendente a fugir preventivamente (lícita) ou escapar furtivamente (ilícita) da tributação, sendo a primeira antes da ocorrência do fato jurídico tributário e a segunda após a ocorrência deste;
>
> b) elisão: conduta praticada pelo indivíduo, mediante atos ou negócios jurídicos válidos e permitidos pela ordem jurídica, no intuito, exclusivo ou não, da economia fiscal, ao que chamamos de planejamento tributário; e
>
> c) elusão: conduta praticada pelo indivíduo, mediante a realização de atos ou negócios jurídicos permitidos pela ordem jurídica, mas desprovidos de causa, com intuito exclusivo de economia fiscal, por intermédio de violação indireta da lei.

Em suma, a prática de atos lícitos, geralmente anteriores à ocorrência do fato jurídico tributável, voltados à economia fiscal denomina-se planejamento tributário (elisão tributária). A prática de atos ilícitos, geralmente posteriores à ocorrência do fato gerador, voltados à economia fiscal consiste em evasão tributária. Por fim, a prática de atos supostamente lícitos, porém anuláveis, voltados à economia fiscal denomina-se elusão tributária.

É imperioso destacar que os pequenos e médios negócios são, em sua maioria conduzidos integral e exclusivamente pelos próprios sócios e familiares, muitas vezes de forma empírica e sem o zelo do acompanhamento jurídico contábil necessário, alijando-os das boas práticas e da economicidade alcançável por um perfeito e correto acompanhamento tributário dos lançamentos e operações da empresa.

Além da insipiência do negócio e seus corajosos empreendedores, os custos do acompanhamento profissional é, na maioria das vezes, proibitivo.

2.3 Estudo de Caso

Inicialmente, pode-se destacar a origem dos dados alvo do estudo em comento. As informações foram obtidas junto à Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará (SEFAZ-CE), resguardando o sigilo fiscal constante no artigo 198 do Código Tributário Nacional, de modo que foram fornecidos apenas os dados imprescindíveis ao desenvolvimento do estudo. Desta feita, o estudo fora mais fidedigno possível, diante das informações disponibilizadas.

A empresa em estudo trata-se de Indústria, localizada no estado do Ceará, de Cultivo de Flores, com Código Nacional de Atividade Econômica de nº 122900. Considera-se o período de um ano, analisando dois dos tipos de enquadramento que a empresa pode optar, quais sejam: Simples Nacional e Lucro Presumido.

Essa empresa pratica suas operações dentro do Estado do Ceará e com outros Estados, tendo como produtos flores naturais de corte e em vaso. De acordo com as informações prestadas pelo Fisco Estadual, a empresa teve faturamento anual de 2.441.459,56, sendo optante pelo Simples Nacional no ano do respectivo faturamento. Destarte, considera-se que a empresa em questão teve faturamento mensal médio de 203.454,96 (duzentos e três mil reais, quatrocentos e cinquenta e cinco reais e noventa e seis centavos), de modo que o faturamento permaneceu constante por todo o ano.

Para o cálculo, na forma abaixo, do montante a ser recolhido na sistemática do Simples Nacional basta fazer uma multiplicação do faturamento por determinada alíquota constante no anexo da Lei Complementar 123/06. No caso do faturamento da empresa a alíquota é de 10,73%. Essa receita obtida é repartida entre os entes federados a partir de outra alíquota constante também na dita lei.

Vale salientar, entretanto, que mesmo a empresa se

enquadrando na sistemática do Simples Nacional, podem também optar livremente por não se enquadrar nesse sistema diferenciado, escolha a ser realizada no início de cada exercício financeiro. Por fim, por ser o Simples um regime diferenciado, com uma série de alíquotas reduzidas, não admite a cumulação de benefícios fiscais de tributos abrangidos por esse regime.

	SIMPLES NACIONAL	LUCRO PRESUMIDO
IRPJ	(2.441.459,56 x 0,47%) = **R$ 11.474,85**	(2.441.459,56 x 8% x 15%) = **R$ 29.297,51**
CSLL	(2.441.459,56 x 0,47%) = **R$ 11.474,85**	(2.441.459,56 x 12% x 15%) = **R$ 26.367,76**
PIS	(2.441.459,56 x 0,34%) = **R$ 8.300,96**	(2.441.459,56 x 0,65) = **R$ 15.849,48**
COFINS	(2.441.459,56 x 1,42%) = **R$ 34.668,72**	(2.441.459,56 x 3%) = **R$ 73.243,78**
CPP	(2.441.459,56 x 4,05%) = **R$ 98.879,11**	(2.441.459,56 x 2,5%) = **R$ 61.036,49**
ICMS	(2.441.459,56 x 3,48%) = **R$ 84.962,80**	**R$ 00,00**
IPI	(2.441.459,56 x 0,5%) = **R$ 12.207,30**	**R$ 00,00**
TOTAL	**R$ 261.968,61**	**R$ 205.815,02**

Tabela II – Enquadramento e tributação. Elaborado pelos autores.

Em relação ao Lucro Presumido para a empresa em estudo, simplificando-se ao máximo, os tributos são calculados com uma mera multiplicação do faturamento por alíquota para se encontrar a base de cálculo e, ato contínuo, multiplica-se por uma outra alíquota e apura-se o montante do tributo devido (IRPJ e CSLL) ou pela multiplicação do faturamento por uma alíquota e encontra-se diretamente a importância a ser recolhida. (PIS, COFINS, CPP).

Sabe-se que é comum os gestores pensarem erroneamente que as espécies de enquadramento tributário são uma escala de acordo com seu faturamento, obedecendo à ordem: Simples Nacional, Lucro Presumido e Lucro Real. Pensando dessa forma, deixam de analisar a legislação específica ao seu negócio, optando diretamente pelo Simples Nacional, caso esteja na faixa de faturamento até R$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais). Isso ocorre, sobretudo, dada a facilidade de contabilidade no Simples Nacional e pela menor oneração previdenciária em relação às demais formas de enquadramento.

No caso em tela, devido aos benefícios fiscais aplicados especificamente ao ramo da empresa: Contribuição Previdenciária Patronal incidente sobre o faturamento, e não sobre a folha de salários (artigo 22-A, Lei 8.112); crédito fiscal presumido de 100% de ICMS (artigo 64, VII, Lei 24.569); e não incidência do IPI (capítulo 5, TIPI), a opção pelo Simples Nacional maximizaria os resultados da empresa.

Como a empresa adotou o Simples Nacional, recolheu R$ 261.969,61 (duzentos e sessenta e um mil, novecentos e sessenta e nove reais e sessenta e um centavos) de tributos. Caso optasse pela sistemática do Lucro Presumido, recolheria apenas R$ 205.815,02 (duzentos e cinco mil, oitocentos e quinze reais e dois centavos), isto é, R$ 56.154,59 (cinquenta e seis mil, cento e cinquenta e quatro e cinquenta e nove centavos)**.**

Com esse exemplo de planejamento tributário, atividade notoriamente lícita, tomando em consideração apenas as formas de enquadramento que a empresa poderia optar, pode-se perceber a diferença substancial de tributação incidente nos dois tipos de enquadramento estudados.

3 METODOLOGIA

Inicialmente a pesquisa consistiu em análise de dados, especificamente das informações sobre a taxa de sobrevivência empresarial, de forma genérica. Depois o trabalho, pelo corte metodológico, buscou analisar a taxa de mortalidade das microempresas e empresas de pequeno porte. Os dados foram coletados a partir de pesquisas disponíveis no site do Serviço Brasileiro de apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, como também por solicitação junto a Secretaria da Fazendo do Estado do Ceará (SEFAZ-CE), reiterando que foi resguardado o sigilo fiscal.

Em seguida, a pesquisa passou a uma fase bibliográfica, na análise de artigos, dissertações, teses e livros sobre os conceitos, limites, discussões sobre planejamento tributário.

É pertinente destacar que foi essencial uma análise interdisciplinar da pesquisa. Embora o trabalho se encaixe em uma perspectiva tributária empresarial, a todo momento estava em diálogo com outras ciências, como a administração, ciências contábeis e a economia.

4 ANÁLISE DE RESULTADOS

Pela presente pesquisa, pode-se constatar que devido à grande importância econômica das microempresas e empresas de pequeno porte na economia nacional, representando cerca de 27% do PIB, tais empreendimentos merecem uma atenção maior.

Percebeu-se também que meios que facilitem suas obrigações empresariais, tributárias e administrativas são demais exitosas e efetivas, principalmente a fim de influenciar na taxa de sobrevivência empresarial desses empreendimentos.

Por fim, notou-se a importância do planejamento tributário como forma de aprimorar a taxa de sobrevivência dessas empresas. Pelo estudo de caso, a simples aplicação do Simples nacional não enseja a melhor opção tributária à empresa. Sendo mais eficiente e econômica a opção pelo regime de tributação lucro presumido.

5 CONCLUSÃO

O trabalho se propôs a analisar os impactos do planejamento tributário na sobrevivência das micro empresas e empresas de pequeno porte. Foi demonstrando que a carga tributária brasileira apresenta uma crescente, chegando a 36,42% em 2013.

Desse modo, o ônus tributário gera um impacto substancial no resultado das atividades empresariais. Além disso, o mercado altamente competitivo em que as empresas estão inseridas, torna necessária a adoção de **técnicas eficazes para garantir a c**ontinuidade dos empreendimentos, sobretudo por parte das micro e pequenas empresas.

Em vista disso, o planejamento tributário mostrou-se como técnica imprescindível à atividade empresarial, uma vez que, na empresa analisada, por ter o benefício de uma série de incentivos fiscais, o custo com tributos, anualmente, representaria apenas 8,43% do seu faturamento, caso optasse

pelo Lucro Presumido. Por ser optante do Simples Nacional – que é o mais comum, para as empresas que podem optar por esse regime – o custo com tributos representou 10,73% de seu faturamento, recolhendo 27,28% a mais de tributos do que recolheria caso optasse pelo Lucro Presumido.

Ante o exposto, restou evidente a importância da prática do planejamento tributário para a atividade empresarial, uma vez que essa técnica pode inviabilizar a atividade de uma empresa, caso não seja adotado, ou reduzir gradativamente os custos com a tributação, caso seja adotado de forma satisfatória.

Oportuno destacar, entretanto, que o Planejamento Tributário não é uma prática padrão, com fórmula pré-estabelecida e aplicação imediata em qualquer atividade empresarial. Essa ferramenta deve estar associada às particularidades do mercado em que cada empresa está inserida. Explique-se melhor. A empresa estudada, caso estivesse em um mercado diferente, não necessariamente a melhor forma de enquadramento seria a opção pelo Lucro Presumido.

Conforme mencionado, para o melhor enquadramento e a perfeita aplicação do planejamento tributário, é imperiosa a participação ativa de profissionais de contabilidade e direito, quer porque aqui se aplica diretamente o jargão "cada caso é um caso", e ainda pela permanente dinamicidade do sistema tributário brasileiro, impondo um estudo e aprimoramento constante das práticas elisivas, mantendo-as eficazes ao longo do exercício empresarial.

6 REFERENCIAS

AMARAL, Gilberto Luiz do. **A nova ótica do Planejamento Tributário**. 2001. Disponível em http://www.tributario.adv.br/3/textos.asp?assunto=13&texto=39. Acesso em: 23 out. 2014.

BORGES, Humberto Bonavides. **Gerência de impostos**: IPI, ICMS e ISS. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. **Elisão Tributária no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: MP Editora. 2008.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração** – 8. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GAMBIAGI, Fabio. ALÈM, Ana Cláudia Duarte de. **Finanças Públicas**, 2ª Ed. Campus. Rio de Janeiro, 2000.

MIRANDA, João Damasceno Borges de; LEMOS, Alexandre Marques Andrade. **Planejamento tributário para empresas prestadoras de serviços em face das recentes alterações legislativas**. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). Planejamento Tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

SEBRAE. **Fatores condicionantes e taxas de sobrevivência e mortalidade das micro e pequenas empresas no brasil 2003–2005. 2007. Disponível em:** http://201.2.114.147/bds/bds.nsf/8F5BDE79736CB99483257447006CBAD3/$File/NT00037936.pdf. Acesso em 25 de março de 2015.

SEBRAE. **Sobrevivência das empresas no brasil coleção estudos e pesquisas. 2013. Disponível em:** http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Sobrevivencia_das_empresas_no_Brasil=2013.pdf. Acesso em 15 de fevereiro de 2015.

SEBRAE. **Pesquisa aponta crescimento da participação das Micro e Pequenas Empresas na economia brasileira. 2014** Disponível em: http://www.al.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/AL/Pesquisa-aponta-crescimento-da-participa%C3%A7%C3%A3o-das-Micro-e-Pequenas-Empresas-na-economia-brasileira. Acesso em 25 de março de 2015.

SEBRAE. **Micro e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil. 2015b. Disponível em:** http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/Micro-e-pequenas-empresas-geram-27%25-do-PIB-do-Brasil. Acesso em 25 de março de 2015.

SEBRAE. **Sobrevivência das empresas no Brasil.** Disponível em: http://gestaoportal.sebrae.com.br/uf/rio-de-janeiro/sebrae-no-rio-de-janeiro/estudos-e-pesquisas-1/conjuntura-economica/Sebrae_CE_jul13_Sobrevivencia_MPE_%20Brasil.pdf. 2013 Acesso em: 23 de mar. de 2015.

Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. **Carga Tributária Brasileira em 2012.** Disponível em: <https://www.ibpt.org.br/img/uploads/novelty/estudo/559/CargaTributaria2012IBPT.pdf>. Acesso em: 23 de mar. de 2015.

TORRES, Heleno Taveira. Limites ao planejamento tributário: Normas antielusivas (gerais e preventivas): A norma geral de desconsideração de atos ou negócios do direito brasileiro. In: **Tributação e antielisão**. Coordenação: James Marins. Curitiba: Juruá, 2002.

VALOR ECONÔMICO. Estudo do Banco Mundial mostra Brasil como a 7ª maior economia do mundo. Disponível em: http://www.valor.com.br/internacional/3532202/estudo-do-banco-mundial-mostra-brasil-como-7. Acesso em 23 de março de 2015.

A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO PARA A TAXA DE SOBREVIVÊNCIA EMPRESARIAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

*Renan Gomes de Mesquita**
*Lucas Ernesto Gomes Cavalcante ***
*Abimael C. F. de Carvalho Neto****

Sumário: 1 Introdução 2 Referencial teórico 2.1 Taxa de sobrevivência empresarial das microempresas e empresas de pequeno porte 2.2 Planejamento Tributário: Uma ferramenta de sobrevivência empresarial 2.3 Estudo de caso 3 Metodologia 4 Análise dos resultados 5 Conclusão 6 Referências

RESUMO

O artigo tem a preocupação de investigar a taxa de sobrevivência das microempresas e empresas de pequeno porte, especialmente a partir de estudos estatísticos realizados pelo Serviço Brasileiro de apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE. O trabalho parte de uma característica peculiar da economia brasileira, a importância econômica desse setor no empreendedorismo nacional, representando cerca de 25% do Produto Interno Bruto – PIB nacional. Some-se a isso o mandamento constitucional que determina um tratamento diferenciado a esses pequenos empreendimentos. Assim, tendo em vista a considerável carga tributária do Brasil, o trabalho busca estudar especificamente a influência do planejamento tributário na taxa de sobrevivência dessas empresas. A metodologia utilizada foi de análise de dados e pesquisa bibliográfica, tendo como materiais livros, artigos científicos e opinião de conceituadas revistas, dissertações e teses. Ademais, utilizou-se o estudo de caso detalhado sobre uma empresa agroindustrial, com dados obtidos junto à Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará (SEFAZ-CE), resguardando, por óbvio, o sigilo fiscal, demonstrando o impacto das pr**áticas** elisivas na microempresa objeto do estudo. Buscou-se também privilegiar uma pesquisa interdisciplinar, relacionando conceitos jurídicos com conhecimentos da administração, das ciências contábeis, da estatística e da economia.

Palavras-Chave: Taxa de sobrevivência empresarial. Planejamento Tributário. Microempresa e empresas de pequeno porte.

ABSTRACT

This article studies the survival rate of microbusinesses and small companies, specially from Serviço Brasileiro de apoio a Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE's - statistics studies. This work derives from a particular characteristic of brazilian economy, the economic importance of this field for the national entrepreneurship, represents 25% of national Produto Interno Bruto – PIB. Besides it, the constitutional determination that determines the special treatment of these small businesses. Considering the large brazilian tributary fee, this work studies specifically the influence of the tax planning on the survival rate of these companies. The chosen metodologies were data analysis and bibliographic research, using books, scientific articles and opinions from reputable magazines, dissertations and thesis. Furthermore, a detailed case study about an agroindustrial company was used to this research, these data were obtained from Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará – SEFAZ – CE, preserving the tax secrecy, demonstrating the impact of the tax planning practices for the analyzed microbusinesses. This work wants to prioritize an interdisciplinary research, relating legal, administrative, accounting statistical and economical concepts.

Key-Words: Survival rate of companies; Tax planning; Microbusinesses and smal companies.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, nos últimos anos, percebe-se o crescimento na constituição de novas empresas, sobretudo com o advento do Simples Nacional, que instituiu regimes fiscais diferenciados para as Micro e Pequenas Empresas.

Diversas medidas em prol do microempreendedorismo estão sendo tomadas, como a Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, a desoneração da folha de pagamentos para alguns setores e a elevação do limite de faturamento para o Simples Nacional.

Todos esses fatores tendem a contribuir sobremaneira para o desenvolvimento econômico e social do país, pois, com o aumento do número de empresas no Estado, estimula-se a competitividade, tendendo a gerar impactos positivos para a população, tanto diretamente, pelo aumento das ofertas de empregos, quanto indiretamente, pelo aumento da arrecadação de tributos.

Em que pese a existência insofismável dos reflexos positivos advindos do estímulo à constituição de novas empresas e da, consectária, competitividade, mais importante seria o estímulo à exequibilidade da continuidade da atividade empresarial, maximizando os índices de sobrevivência empresarial, como se percebe nos últimos anos por meio de estudo realizado pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE, 2013), sobretudo por meio da desoneração tributária incidente sobre as organizações.

A carga tributária brasileira, segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT, 2012), é uma das maiores do mundo, tornando-se necessária, por consectário, a implementação de políticas de planejamento tributário no ambiente empresarial, visando à maximização da sobrevivência por meio de práticas lícitas, almejando à economia fiscal.

Destarte, a competitividade e a carga tributária no tocante ao âmbito empresarial torna oportuno trazer à lume as práticas elisivas, tendo em vista, parafraseando Chiavenato (CHIAVENATO, 2011), a necessidade das organizações racionalizarem seus custos, para que obtenham vantagem competitiva no ambiente extremamente competitivo em que estão inseridas.

Nessa senda, permeiam calorosas discussões na comunidade jurídica acerca da licitude do planejamento tributário, tornando-se imprescindível o estudo desse instituto. Ademais, no Brasil, apenas 41% das empresas de grande porte

conseguem aferir o montante de suas despesas tributárias, restando 59% que não adotam, sistematicamente, qualquer prática elisiva. (GAMBIAGI. ALÈM. 2000)

Por fim, instrumentalizando a elisão tributária, o presente estudo também terá por escopo avaliar se a forma de enquadramento tributário impacta significativamente no resultado empresarial.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Taxa de sobrevivência empresarial das microempresas e empresas de pequeno porte

De acordo com o Banco Mundial, o Brasil é a 7ª economia do mundo (VALOR ECONÔMICO, 2014). Isso é reflexo em grande parte do crescimento do mercado brasileiro, tanto interno, quanto externo. Medidas que busquem trazer uma maior competitividade às empresas nacionais são sobremaneira louváveis e tem sido exitosas.

Ocorre que no Brasil há uma peculiaridade econômica que merece destaque. Os pequenos empreendimentos constituem boa parte dos negócios. Em 1985 já representavam 21% do PIB, de acordo com a pesquisa do SEBRAE. (SEBRAE, 2014)

Em 2011, o SEBRAE chegou à conclusão que microempresas e empresas de pequeno porte compõem 27% do PIB nacional, e que a produção gerada por esse setor empresarial quadruplicou em dez anos, saltando de R$ 144 bilhões em 2001 para R$ 599 bilhões em 2011, em valores da época. (SEBRAE, 2015)

Diante do peso que os pequenos empreendimentos possuem na economia nacional, é natural que qualquer Governo tenha uma atenção especial para com este setor. Se esse fato já não fosse suficiente, a Constituição de 88 ainda estabeleceu, em seu artigo 179, que se dedicasse um tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, a fim de simplificar suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.[139]

A fim de se alcançar tal mandamento, em 2006, por meio da Lei Complementar 123, foi instituído o Simples Nacional, que é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicáveis às microempresas e empresas de pequeno porte. [140]

O primeiro governo Dilma (2011-2014) foi vanguardista no assunto, quando, por meio da lei 12.792/2013, criou a Secretaria da Micro e Pequena Empresa, com status de Ministério, ligado à Presidência da República. Dentre os seus objetivos, pode-se destacar a formulação, coordenação e articulação de programas de promoção da competitividade e inovação voltados à microempresa e empresa de pequeno porte.[141]

Essa atitude do Governo refletiu de uma antiga preocupação que buscava oferecer um tratamento diferenciado e benéfico a esses pequenos empreendimentos, especialmente tendo em vista o seu efetivo crescimento e sobrevivência.

Apesar do SEBRAE ser um serviço de apoio às microempresas e empresas de pequeno porte, ele tem desenvolvido um importante trabalho no sentido de monitorar a taxa de sobrevivência das empresas no Brasil, pelo estudo "Sobrevivência das Empresas no Brasil: Coleção Estudos e Pesquisas".

O estudo do SEBRAE é sobremaneira relevante para os empreendedores. Pode-se dizer que se trata de um medidor da mortalidade das empresas no Brasil, servindo de diagnóstico para o estudo e aprimoramento do sucesso empresarial.

O estudo se utiliza de dados fornecidos pelo sistema da Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). O relatório leva em consideração a taxa de sobrevivência das empresas com até 2 anos de atividade no Brasil.

No presente trabalho, utilizamos como base para nossa pesquisa o estudo publicado em 2011, referente às taxas de sobrevivência das empresas criadas em 2005, 2006 e 2007, utilizando todas as informações disponíveis dessas empresas até o ano de 2010 (SEBRAE, 2013). Ressalte-se que o sigilo fiscal foi fator determinante e limitante de um maior aprofundamento da presente pesquisa, razão pela qual o estudo teve que se adstringir às informações oficiais mencionadas.

Como reflexo dessas atitudes, percebe-se um considerável avanço, em âmbito nacional, da taxa de sobrevivência das empresas, conforme se pode inferir na figura abaixo relacionado.

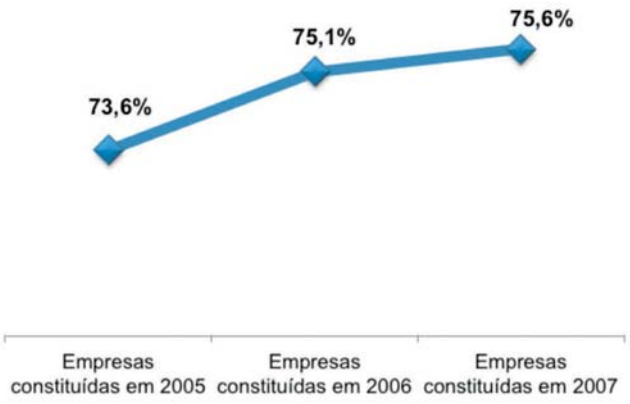

Figura I – Taxa de sobrevivência de empresas de 2 anos, evolução no Brasil (SEBRAE, 2013).

Dessa forma, percebe-se que, apesar de uma boa taxa de sobrevivência, cerca de 75%, em média, houve um considerável crescimento dessa taxa no período estudado (2005 a 2007).

Em outra pesquisa, intitulada "Fatores condicionantes e taxas de sobrevivência e mortalidade das micro e pequenas empresas no Brasil 2003–2005" (SEBRAE, 2007), o SEBRAE desenvolveu um estudo específico para as micro e pequenas empresas, em que chegou à conclusão demonstrada na tabela abaixo.

139 Art. 179 – CF/88. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

140 Destaque-se que já havia leis infraconstitucionais sobre o tema em vigência antes da promulgação da CF/88, Lei nº 7.256/1984, Lei nº 8.864/94. Contudo, no presente trabalho, busca-se um análise a partir da Constituição de 88.

141 Art. 24 – E, Lei 12.792/2013.

Tabela I – Taxas de sobrevivência no Brasil 2003-2005 (SEBRAE, 2007)..

Tabela 4 – Taxas de sobrevivência

Anos de existência das empresas	Ano de constituição formal das empresas (Triênio 2002-2000)	Taxa de sobrevivência (A)	Ano de constituição formal das empresas (Triênio 2005– 2003)	Taxa de sobrevivência (B)	Variação da taxa de sobrevivência (B-A)
Até 2 anos	2002	50,6%	2005	78,0%	+27,4%
Até 3 anos	2001	43,6%	2004	68,7%	+25,1%
Até 4 anos	2000	40,1%	2003	64,1%	+24,0%

Por uma simples leitura do gráfico acima, pode-se perceber que o percentual de pequenas empresas que sobrevivem pelo menos dois anos passou de 51% em 2002 para 78% em 2005, ou seja, 27% a mais de empresas que não fecharam suas portas.

Apesar das pesquisas do SEBRAE serem bem mais completas, especificamente fazendo estudos por setores da economia, indústria, comércio, serviços e construção civil, por regiões do país, por unidades da federação, para o objetivo do presente trabalho não será necessário tamanho detalhamento.

Importa aqui é discutir uma importante ferramenta de sucesso empresarial, com o objetivo de influenciar na taxa de sobrevivência dos pequenos empreendimentos, o planejamento tributário. Buscar-se-á delinear o seu conceito, sua viabilidade e sua aplicação nas microempresas e pequenas empresas.

Também ficou inviabilizado o estudo mais presente da taxa de sobrevivência, haja vista o sigilo fiscal como já mencionado e a inexistência de estudos oficiais mais recentes. Nesse tocante, imperioso salientar que desde 2008 a atividade econômica sofreu significativas variações decorrentes da crise mundial (Bolha Imobiliária Americana), instabilidade econômica na Europa e retração dos investimentos no Brasil, em decorrência dos fatores retromencionados, além dos problemas políticos econômicos nacionais, com reflexos e efeitos duradouros e, por fim, pela recalcitrância do atual Governo (desde o primeiro mandato do Governo Dilma Roussef) em adotar medidas para revigorar e fortalecer a economia e barrar a estagnação e retração dos setores produtivos que se agrava.

Afora isso, a instabilidade do mesmo Governo e a significativa perda de sustentabilidade política, leva a uma queda de braço no Congresso Nacional, levando investidores nacionais e estrangeiros a um estado de insegurança e debandada generalizada do capital do mercado brasileiro. A recente alteração na desoneração de folha, com retrocesso e aumento da carga, é demonstrativo irrefutável desse quadro.

Saliente-se, por oportuno e necessário, que o atual quadro é extremamente favorável ao capital especulativo, no que concerne às aplicações em ações e valores mobiliários, cuja volatilidade e risco interessa apenas aos grandes investidores e especuladores, mas muito pouco contribui para o desenvolvimento dos micro e pequenos empresários.

Outrossim, o capital especulativo é parasita e nômade, instalando-se enquanto o cenário acena com descontos, isenções ou outras vantagens tributárias e se esvai tão logo referidos benefícios se encerram.

2.2 Planejamento tributário: uma ferramenta de sobrevivência empresarial

Conforme ficou demonstrado acima, as microempresas e empresas de pequeno porte representam uma fatia considerável da economia nacional. Isto, por si só, gerou um interesse preponderante em se desenvolver políticas que pudessem facilitar e aprimorar esses empreendimentos.

Não é novidade que o Brasil é um país com uma pesada carga tributária. Tanto a grande quantidade de tributos, quanto o caos tributário, fazem com que o ônus fiscal seja um fator impactante no sucesso empresarial, ou seja, na taxa de sobrevivência empresarial.

Para Heleno Taveira Torres, planejamento tributário é "a técnica de organização preventiva de negócios, visando a uma lícita economia de tributos, independentemente de qualquer consequência dos atos projetados" (TORRES, 2002, p. 53).

A efetiva importância dos tributos no mundo empresarial vem exigindo das organizações vultosos investimentos nas práticas voltadas à economia fiscal, ou seja, planos que possibilitem consequências fiscais menos onerosas.

Quanto à conceituação de planejamento tributário, o instituto consiste na prática de atos lícitos tendentes à economia fiscal. Borges, destacando a posição de vanguarda do planejamento tributário na estratégia global das organizações, enumera regras práticas que outorgam juridicidade ao planejamento tributário, quais sejam: I) Verificar se a economia de impostos é oriunda de ação ou omissão anterior à concretização da hipótese normativa de incidência; II) Examinar se a economia de impostos é decorrente de ação ou omissão legítimas; III) Analisar se a economia de impostos é proveniente de ação realizada por meio de formas de direito privado normais, típicas e adequadas; IV) Investigar se a economia de impostos resultou de ação ou conduta realizada igualmente a suas formalizações nos correspondentes documentos e registros fiscais. (BORGES, 2011).

Em que pese as exceções que afetam a primeira regra prática enumerada pelo autor supramencionado, como a prática da escolha da forma de declaração do imposto de renda (mesmo sendo um ato posterior ao fato gerador) ser lícita, os requisitos arrolados pelo autor são demasiadamente didáticos.

Ainda quanto à importância do planejamento tributário para a gestão empresarial, nas lições de Miranda e Lemos (2004), prelecionam:

> Não por outra razão é que percebemos a prática do planejamento tributário no Brasil como alternativa necessária e essencial à otimização dos resultados dos empreendimentos negociais ou, em não raros casos, como condição *sine qua non* de sobrevivência das organizações.
>
> No setor de serviços, frente às recentes e substanciais alterações do peso da tributação de competência federal, o planejamento tributário se revela imprescindível para evitar o confisco do resultado líquido do exercício da atividade empresarial.

Segundo os ensinamentos de Amaral, o planejamento tributário empresarial pode ser operacionalizado de três formas, quais sejam:

a) Na própria empresa, através de medidas gerenciais que possibilitem a não-ocorrência do fato gerador do tributo, que diminua o montante devido ou que adie o seu vencimento. Exemplo: para possibilitar o adiamento do tributo na prestação de serviços, o contrato deve estabelecer o momento da realização da receita;

b) Na esfera administrativa que arrecada o tributo, buscando a utilização dos meios previstos em lei que garantam uma diminuição legal do ônus tributário. Exemplo: para possibilitar o enquadramento de um produto numa alíquota menor de IPI, deve a empresa adequá-lo tecnicamente e requerer a nova classificação junto à Receita Federal;

c) No Poder Judiciário, por meio da adoção de medidas judiciais, com o fim de suspender o pagamento (adiamento), diminuição da base de cálculo ou alíquota e contestação quando à legalidade da cobrança. Exemplo: como a ânsia do poder público em arrecadar é enorme e urgente, nem sempre o legislador toma as cautelas devidas, instituindo ou majorando exações inconstitucionais e ilegais. Outro fator favorável é relativo à quantidade de normas tributárias, ocorrendo, muitas vezes, contradição entre elas. Como no Direito Tributário vige o princípio da dúvida em favor do contribuinte, compete a ele, então, descobrir estas contradições (AMARAL, 2001).

Feitos os esclarecimentos necessários acerca do planejamento tributário, resta adentrar sobre a polêmica dos atos evasivos, elisivos e elusivos. Nesse liame, é oportuno trazer a lume sua distinção conceitual.

Pela didaticidade na conceituação e diferenciação dos institutos por Carvalho (2008), transcreve-se a seguir:

> a) evasão: conduta praticada pelo indivíduo tendente a fugir preventivamente (lícita) ou escapar furtivamente (ilícita) da tributação, sendo a primeira antes da ocorrência do fato jurídico tributário e a segunda após a ocorrência deste;
>
> b) elisão: conduta praticada pelo indivíduo, mediante atos ou negócios jurídicos válidos e permitidos pela ordem jurídica, no intuito, exclusivo ou não, da economia fiscal, ao que chamamos de planejamento tributário; e
>
> c) elusão: conduta praticada pelo indivíduo, mediante a realização de atos ou negócios jurídicos permitidos pela ordem jurídica, mas desprovidos de causa, com intuito exclusivo de economia fiscal, por intermédio de violação indireta da lei.

Em suma, a prática de atos lícitos, geralmente anteriores à ocorrência do fato jurídico tributável, voltados à economia fiscal denomina-se planejamento tributário (elisão tributária). A prática de atos ilícitos, geralmente posteriores à ocorrência do fato gerador, voltados à economia fiscal consiste em evasão tributária. Por fim, a prática de atos supostamente lícitos, porém anuláveis, voltados à economia fiscal denomina-se elusão tributária.

É imperioso destacar que os pequenos e médios negócios são, em sua maioria conduzidos integral e exclusivamente pelos próprios sócios e familiares, muitas vezes de forma empírica e sem o zelo do acompanhamento jurídico contábil necessário, alijando-os das boas práticas e da economicidade alcançável por um perfeito e correto acompanhamento tributário dos lançamentos e operações da empresa.

Além da insipiência do negócio e seus corajosos empreendedores, os custos do acompanhamento profissional é, na maioria das vezes, proibitivo.

2.3 Estudo de Caso

Inicialmente, pode-se destacar a origem dos dados alvo do estudo em comento. As informações foram obtidas junto à Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará (SEFAZ-CE), resguardando o sigilo fiscal constante no artigo 198 do Código Tributário Nacional, de modo que foram fornecidos apenas os dados imprescindíveis ao desenvolvimento do estudo. Desta feita, o estudo fora mais fidedigno possível, diante das informações disponibilizadas.

A empresa em estudo trata-se de Indústria, localizada no estado do Ceará, de Cultivo de Flores, com Código Nacional de Atividade Econômica de nº 122900. Considera-se o período de um ano, analisando dois dos tipos de enquadramento que a empresa pode optar, quais sejam: Simples Nacional e Lucro Presumido.

Essa empresa pratica suas operações dentro do Estado do Ceará e com outros Estados, tendo como produtos flores naturais de corte e em vaso. De acordo com as informações prestadas pelo Fisco Estadual, a empresa teve faturamento anual de 2.441.459,56, sendo optante pelo Simples Nacional no ano do respectivo faturamento. Destarte, considera-se que a empresa em questão teve faturamento mensal médio de 203.454,96 (duzentos e três mil reais, quatrocentos e cinquenta e cinco reais e noventa e seis centavos), de modo que o faturamento permaneceu constante por todo o ano.

Para o cálculo, na forma abaixo, do montante a ser recolhido na sistemática do Simples Nacional basta fazer uma multiplicação do faturamento por determinada alíquota constante no anexo da Lei Complementar 123/06. No caso do faturamento da empresa a alíquota é de 10,73%. Essa receita

obtida é repartida entre os entes federados a partir de outra alíquota constante também na dita lei.

Vale salientar, entretanto, que mesmo a empresa se enquadrando na sistemática do Simples Nacional, podem também optar livremente por não se enquadrar nesse sistema diferenciado, escolha a ser realizada no início de cada exercício financeiro. Por fim, por ser o Simples um regime diferenciado, com uma série de alíquotas reduzidas, não admite a cumulação de benefícios fiscais de tributos abrangidos por esse regime.

	SIMPLES NACIONAL	LUCRO PRESUMIDO
IRPJ	(2.441.459,56 x 0,47%) = **R$ 11.474,85**	(2.441.459,56 x 8% x 15%) = **R$ 29.297,51**
CSLL	(2.441.459,56 x 0,47%) = **R$ 11.474,85**	(2.441.459,56 x 12% x 15%) = **R$ 26.367,76**
PIS	(2.441.459,56 x 0,34%) = **R$ 8.300,96**	(2.441.459,56 x 0,65) = **R$ 15.849,48**
COFINS	(2.441.459,56 x 1,42%) = **R$ 34.668,72**	(2.441.459,56 x 3%) = **R$ 73.243,78**
CPP	(2.441.459,56 x 4,05%) = **R$ 98.879,11**	(2.441.459,56 x 2,5%) = **R$ 61.036,49**
ICMS	(2.441.459,56 x 3,48%) = **R$ 84.962,80**	**R$ 00,00**
IPI	(2.441.459,56 x 0,5%) = **R$ 12.207,30**	**R$ 00,00**
TOTAL	**R$ 261.968,61**	**R$ 205.815,02**

Tabela II – Enquadramento e tributação. Elaborado pelos autores.

Em relação ao Lucro Presumido para a empresa em estudo, simplificando-se ao máximo, os tributos são calculados com uma mera multiplicação do faturamento por alíquota para se encontrar a base de cálculo e, ato contínuo, multiplica-se por uma outra alíquota e apura-se o montante do tributo devido (IRPJ e CSLL) ou pela multiplicação do faturamento por uma alíquota e encontra-se diretamente a importância a ser recolhida. (PIS, COFINS, CPP).

Sabe-se que é comum os gestores pensarem erroneamente que as espécies de enquadramento tributário são uma escala de acordo com seu faturamento, obedecendo à ordem: Simples Nacional, Lucro Presumido e Lucro Real. Pensando dessa forma, deixam de analisar a legislação específica ao seu negócio, optando diretamente pelo Simples Nacional, caso esteja na faixa de faturamento até R$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais). Isso ocorre, sobretudo, dada a facilidade de contabilidade no Simples Nacional e pela menor oneração previdenciária em relação às demais formas de enquadramento.

No caso em tela, devido aos benefícios fiscais aplicados especificamente ao ramo da empresa: Contribuição Previdenciária Patronal incidente sobre o faturamento, e não sobre a folha de salários (artigo 22-A, Lei 8.112); crédito fiscal presumido de 100% de ICMS (artigo 64, VII, Lei 24.569); e não incidência do IPI (capítulo 5, TIPI), a opção pelo Simples Nacional maximizaria os resultados da empresa.

Como a empresa adotou o Simples Nacional, recolheu R$ 261.969,61 (duzentos e sessenta e um mil, novecentos e sessenta e nove reais e sessenta e um centavos) de tributos. Caso optasse pela sistemática do Lucro Presumido, recolheria apenas R$ 205.815,02 (duzentos e cinco mil, oitocentos e quinze reais e dois centavos), isto é, R$ 56.154,59 (cinquenta e seis mil, cento e cinquenta e quatro e cinquenta e nove centavos).

Com esse exemplo de planejamento tributário, atividade notoriamente lícita, tomando em consideração apenas as formas de enquadramento que a empresa poderia optar, pode-se perceber a diferença substancial de tributação incidente nos dois tipos de enquadramento estudados.

3 METODOLOGIA

Inicialmente a pesquisa consistiu em análise de dados, especificamente das informações sobre a taxa de sobrevivência empresarial, de forma genérica. Depois o trabalho, pelo corte metodológico, buscou analisar a taxa de mortalidade das microempresas e empresas de pequeno porte. Os dados foram coletados a partir de pesquisas disponíveis no site do Serviço Brasileiro de apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, como também por solicitação junto a Secretaria da Fazendo do Estado do Ceará (SEFAZ-CE), reiterando que foi resguardado o sigilo fiscal.

Em seguida, a pesquisa passou a uma fase bibliográfica, na análise de artigos, dissertações, teses e livros sobre os conceitos, limites, discussões sobre planejamento tributário.

É pertinente destacar que foi essencial uma análise interdisciplinar da pesquisa. Embora o trabalho se encaixe em uma perspectiva tributária empresarial, a todo momento estava em diálogo com outras ciências, como a administração, ciências contábeis e a economia.

4 ANÁLISE DE RESULTADOS

Pela presente pesquisa, pode-se constatar que devido à grande importância econômica das microempresas e empresas de pequeno porte na economia nacional, representando cerca de 27% do PIB, tais empreendimentos merecem uma atenção maior.

Percebeu-se também que meios que facilitem suas obrigações empresariais, tributárias e administrativas são demais exitosas e efetivas, principalmente a fim de influenciar na taxa de sobrevivência empresarial desses empreendimentos.

Por fim, notou-se a importância do planejamento tributário como forma de aprimorar a taxa de sobrevivência dessas empresas. Pelo estudo de caso, a simples aplicação do Simples nacional não enseja a melhor opção tributária à empresa. Sendo mais eficiente e econômica a opção pelo regime de tributação lucro presumido.

5 CONCLUSÃO

O trabalho se propôs a analisar os impactos do planejamento tributário na sobrevivência das micro empresas e empresas de pequeno porte. Foi demonstrando que a carga tributária brasileira apresenta uma crescente, chegando a 36,42% em 2013.

Desse modo, o ônus tributário gera um impacto substancial no resultado das atividades empresariais. Além disso, o mercado altamente competitivo em que as empresas estão inseridas, torna necessária a adoção de **técnicas eficazes para garantir a c**ontinuidade dos empreendimentos, sobretudo por parte das micro e pequenas empresas.

Em vista disso, o planejamento tributário mostrou-se como técnica imprescindível à atividade empresarial, uma vez

que, na empresa analisada, por ter o benefício de uma série de incentivos fiscais, o custo com tributos, anualmente, representaria apenas 8,43% do seu faturamento, caso optasse pelo Lucro Presumido. Por ser optante do Simples Nacional – que é o mais comum, para as empresas que podem optar por esse regime – o custo com tributos representou 10,73% de seu faturamento, recolhendo 27,28% a mais de tributos do que recolheria caso optasse pelo Lucro Presumido.

Ante o exposto, restou evidente a importância da prática do planejamento tributário para a atividade empresarial, uma vez que essa técnica pode inviabilizar a atividade de uma empresa, caso não seja adotado, ou reduzir gradativamente os custos com a tributação, caso seja adotado de forma satisfatória.

Oportuno destacar, entretanto, que o Planejamento Tributário não é uma prática padrão, com fórmula pré-estabelecida e aplicação imediata em qualquer atividade empresarial. Essa ferramenta deve estar associada às particularidades do mercado em que cada empresa está inserida. Explique-se melhor. A empresa estudada, caso estivesse em um mercado diferente, não necessariamente a melhor forma de enquadramento seria a opção pelo Lucro Presumido.

Conforme mencionado, para o melhor enquadramento e a perfeita aplicação do planejamento tributário, é imperiosa a participação ativa de profissionais de contabilidade e direito, quer porque aqui se aplica diretamente o jargão "cada caso é um caso", e ainda pela permanente dinamicidade do sistema tributário brasileiro, impondo um estudo e aprimoramento constante das práticas elisivas, mantendo-as eficazes ao longo do exercício empresarial.

6 REFERENCIAS

AMARAL, Gilberto Luiz do. **A nova ótica do Planejamento Tributário**. 2001. Disponível em http://www.tributario.adv.br/3/textos.asp?assunto=13&texto=39. Acesso em: 23 out. 2014.

BORGES, Humberto Bonavides. **Gerência de impostos**: IPI, ICMS e ISS. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. **Elisão Tributária no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: MP Editora. 2008.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração** – 8. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GAMBIAGI, Fabio. ALÈM, Ana Cláudia Duarte de. **Finanças Públicas**, 2ª Ed. Campus. Rio de Janeiro, 2000.

MIRANDA, João Damasceno Borges de; LEMOS, Alexandre Marques Andrade. **Planejamento tributário para empresas prestadoras de serviços em face das recentes alterações legislativas**. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). Planejamento Tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

SEBRAE. **Fatores condicionantes e taxas de sobrevivência e mortalidade das micro e pequenas empresas no brasil 2003–2005. 2007. Disponível em:** http://201.2.114.147/bds/bds.nsf/8F5BDE79736CB99483257447006CBAD3/$File/NT00037936.pdf. Acesso em 25 de março de 2015.

SEBRAE. **Sobrevivência das empresas no brasil coleção estudos e pesquisas. 2013. Disponível em:** http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Sobrevivencia_das_empresas_no_Brasil=2013.pdf. Acesso em 15 de fevereiro de 2015.

SEBRAE. **Pesquisa aponta crescimento da participação das Micro e Pequenas Empresas na economia brasileira. 2014** Disponível em: http://www.al.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/AL/Pesquisa-aponta-crescimento-da-participa%C3%A7%C3%A3o-das-Micro-e-Pequenas-Empresas-na-economia-brasileira. Acesso em 25 de março de 2015.

SEBRAE. **Micro e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil. 2015b. Disponível em:** http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/Micro-e-pequenas-empresas-geram-27%25-do-PIB-do-Brasil. Acesso em 25 de março de 2015.

SEBRAE. **Sobrevivência das empresas no Brasil.** Disponível em: http://gestaoportal.sebrae.com.br/uf/rio-de-janeiro/sebrae-no-rio-de-janeiro/estudos-e-pesquisas-1/conjuntura-economica/Sebrae_CE_jul13_Sobrevivencia_MPE_%20Brasil.pdf. 2013 Acesso em: 23 de mar. de 2015.

Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. **Carga Tributária Brasileira em 2012.** Disponível em: <https://www.ibpt.org.br/img/uploads/novelty/estudo/559/CargaTributaria2012IBPT.pdf>. Acesso em: 23 de mar. de 2015.

TORRES, Heleno Taveira. Limites ao planejamento tributário: Normas antielusivas (gerais e preventivas): A norma geral de desconsideração de atos ou negócios do direito brasileiro. In: **Tributação e antielisão**. Coordenação: James Marins. Curitiba: Juruá, 2002.

VALOR ECONÔMICO. Estudo do Banco Mundial mostra Brasil como a 7ª maior economia do mundo. Disponível em: http://www.valor.com.br/internacional/3532202/estudo-do-banco-mundial-mostra-brasil-como-7. Acesso em 23 de março de 2015.

NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES E VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

Alexander Nunes Perazo[142]
Renata de oliveira Siebra[143]

RESUMO

A doutrina e a jurisprudência brasileira tiveram que desenvolver, em razão da complexidade das relações sociais, a teoria da violação positiva do contrato, a qual demonstra a existência de uma nova modalidade de inadimplemento. Nesse desiderato, a boa fé objetiva teve fundamental importância por meio da expansão dos deveres anexos que impõem aos contratantes antes, durante e depois de concluído o contrato deveres como o de proteção, de informação e de cooperação. Posto isso, o presente artigo pretende fazer uma análise da criação de deveres anexos independente da vontade dos contratantes, bem como analisar a presença e as conseqüências da violação do princípio da boa fé objetiva nas negociações preliminares, além da responsabilidade no caso do abandono injustificado destas.

Palavras chave: Violação positiva do contrato. Fase pré-contratual. Boa fé objetiva. Deveres anexos ao contrato.

RÉSUMÉ

La doctrine et la jurisprudence brésilienne ont dû développer, en raison de la complexité des relations sociales, la théorie de la violation positive du contrat, ce qui démontre l'existence d'un nouveau type de défaut. Dans cet objectif, la bonne foi objectif était importance fondamentale en élargissant les fonctions annexes qu'ils imposent aux entrepreneurs avant, pendant et après la conclusion des droits contractuels que la protection des informations et la coopération. Cela dit, cet article vise à analyser la création de la volonté indépendante des droits des parties de pièces jointes, ainsi que d'analyser la présence et les conséquences de la violation du principe de l'objectif de bonne foi dans les négociations préliminaires, ainsi que la responsabilité en cas d'abandon injustifié de ceux-ci .

Mots-clés: positif violation de contrat. Phase précontractuelle. Bonne foi objectif. Devoirs attachés au contrat.

142 Professor do Centro Universitário Christus nas disciplinas de Contratos, Obrigações e Direito do Consumidor. Currículo Lattes: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4236948Y6

143 Estudante do 6º semestre do Centro Universitário Christus e monitora da cadeira de Direito Contratual.

1. INTRODUÇÃO

Os contratos permeiam as relações humanas em diversas situações, principalmente por afigurarem-se como um dos instrumentos de circulação de bens e serviços na sociedade. Como decorrência disso, tornam-se fonte geradora de direitos e obrigações, advindo daí diversos conflitos.

No Código Civil de 2002 está determinado, no artigo 422, que "os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e boa fé" e, infelizmente, tal dispositivo foi omisso com relação à fase de puntuação, posto que, em tal momento, ainda não existe contrato para que pudesse ser atribuída alguma responsabilidade em caso de inadimplemento.

Classicamente, a doutrina divide o inadimplemento de duas maneiras, as quais são o inadimplemento parcial ou mora e o inadimplemento total ou absoluto. Entretanto, existem situações fáticas que não se enquadram em tal divisão clássica, como no caso em que o cumprimento defeituoso causam danos à parte, devido à não observância de um dever lateral de conduta.

Posto isso, a presente pesquisa tem por objetivo o estudo da boa fé objetiva nas negociações preliminares em que se verificará a necessidade ou não de os contratantes agirem de acordo com os deveres anexos decorrentes da boa fé. Além disso, será averiguada a responsabilidade decorrente da inobservância destes.

Assim, pela falta de previsão legal expressa, questiona-se como se dá a necessidade de observância do princípio da boa fé objetiva na fase pré-contratual e quais as suas conseqüências no ordenamento jurídico.

Ainda nesse mesmo contexto, será analisado se um indivíduo pode livremente retirar-se no momento das negociações preparatórias de um contrato ou se, neste caso, estaria praticando algum ato ilícito com a violação à boa-fé objetiva.

Com isso, analisar-se-á a ampliação da responsabilidade pré-contratual versus a ideia de autonomia privada que é princípio fundamental na teoria dos contratos, tornando obrigatória a contratação em virtude de incidir uma possível responsabilidade no momento das tratativas.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Negociações preliminares e boa-fé objetiva

Um contrato pode se firmado com a aceitação imediata de uma proposta de contratar. Entretanto, isso não é a regra. Geralmente, os futuros contratantes, em busca das melhores condições que os satisfaçam, analisam as propostas e fazem reflexões a fim de chegar, paulatinamente, a um acordo.

Assim, as negociações preliminares, segundo preleciona Maria Helena Diniz (2009), acontecem no momento das conversações prévias, das sondagens, dos estudos sobre os interesses de cada contratante, tendo em vista o contrato futuro sendo, dessa forma, uma fase propícia para destrinchar, analisar dados, fazer balanços, pesquisas e ponderações, com o fulcro de visualizar as possíveis vantagens e desvantagens para aderir a um futuro acordo.

Nesse sentido, segundo o que ensina Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.78), a fase das negociações preliminares é:

> Na maior parte dos casos a oferta é antecedida de uma fase, às vezes prolongada, de negociações preliminares caracterizada por sondagens, conversações, estudos e debates (tractatus, trattative, pourparlers), também denominada fase da puntuação. Nesta, como as partes ainda não manifestaram a sua vontade, não há nenhuma vinculação ao negócio. Qualquer delas pode afastar-se,

> simplesmente alegando desinteresse, sem responder por perdas e danos.

Posto isso, diante do fato de a fase das negociações preliminares não serem ainda um contrato, bem como pelo fato de as partes ainda não terem manifestado a sua vontade, não há que se falar em responsabilidade civil contratual no momento das tratativas.

Entretanto, com a inserção da cláusula geral de boa fé, constante do artigo 422 do Código Civil Brasileiro, que assim determina: *"Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*.", houve uma substancial mudança na forma de aplicação do Direto.

A partir da boa fé objetiva, surge o que se convencionou chamar de deveres anexos de conduta, sendo também denominados de, por exemplo, deveres laterais, instrumentais, ou colaterais. Dessa forma, com o advento destes, houve uma superação do entendimento de que estaria adimplida uma obrigação com apenas a satisfação da prestação principal.

Em observância ao que traz à lume a boa fé objetiva, o descumprimento de uma obrigação não se resume à ausência de cumprimento total ou parcial da prestação principal, mas pode ser conseqüência da inobservância dos deveres anexos (de proteção, informação e lealdade).

Com relação a isso, embora o artigo 422 do Código Civil de 2002 tenha sido omisso com relação à fase pré-contratual, na Jornada de Direito Civil que ocorreu em Brasília em setembro de 2002, foi aprovada a Conclusão n. 25, com o seguinte teor: "O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual".

Assim, pode-se afirmar que, mesmo que o legislador tenha dito menos, com relação à redação do artigo 422, não pode omitir-se o aplicador da norma jurídica em caso de descumprimento proposital dos deveres anexos.

Assim, convém expor, o que ensina Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.79), a saber:

> Também surgem, nas tratativas, deveres de lealdade, decorrentes da simples aproximação pré-contratual. Censura-se, assim, quem abandona inesperadamente as negociações já em adiantado estágio, depois de criar na outra parte a expectativa da celebração de um contrato para o qual se preparou e efetuou despesas, ou em função do qual perdeu outras oportunidades. A violação a esse dever secundário pode ensejar indenização, por existir uma relação obrigacional, independentemente de contrato, fundada na boa-fé.

Com efeito, cumpre-se observar que, se a boa-fé objetiva impõe deveres de conduta que surgem antes e ao longo da relação contratual, o descumprimento proposital de tais deveres não pode deixar de ser punido, uma vez que, freqüentemente, a inobservância deles tem o condão de afetar substancialmente a relação jurídica.

Nesse sentido, de acordo com o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (PAIVA, 2009 apud ROSENVALD 2006, p.336),

> Para além das obrigações delineadas por seus partícipes, o negócio jurídico é modelado, em toda a sua trajetória, pelos chamados deveres anexos ou laterais, oriundos do princípio da boa-fé objetiva. Enquanto as obrigações principais são dadas pelas partes, os deveres anexos são impostos pelas necessidades éticas reconhecidas pelo ordenamento jurídico, independentemente de sua inserção em qualquer cláusula contratual.

Dentro do que foi apresentado, convém observar, mais especificamente, pelo Código Civil de 2002, as funções da boa fé objetiva. Nesse intento, segundo o que ensina Flávio Tartuce, a primeira função da boa fé objetiva é a função interpretação, a segunda a função de controle e a terceira, a função de integração.

A função de interpretação guarda relação com o que dispõe o artigo 113 do CC/02: "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração." Uma vez que, em tal dispositivo, é sedimentado ao aplicador do Direito uma interpretação conforme a boa fé objetiva, estabelecendo o significado e o alcance da norma positivada.

A função de controle "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes" está constante no artigo supracitado em que a violação à boa fé objetiva enseja o cometimento de ato ilícito.

Ao se tratar da função de integração, pelo que aduz o artigo 422 do CC/02: "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé." Entende-se que a boa fé objetiva deve ser observada em todas as fases do contrato.

2.2 Inadimplemento e violação positiva do contrato

A doutrina, classicamente, divide o inadimplemento de duas maneiras. A primeira é o inadimplemento parcial em que há um descumprimento parcial da obrigação que ainda pode ser adimplida. A segunda maneira trata do inadimplemento total ou absoluto em que o cumprimento da obrigação já não mais serve ao credor.

Segundo essa linha de raciocínio, segue entendimento de Flávio Tartuce (2014, p. 198) acerca do inadimplemento, a saber:

> De acordo com a visão clássica, que remonta ao Direito Romano, o inadimplemento em sentido genérico, pode ocorrer em dois casos específicos:
>
> a) Inadimplemento parcial, mora ou atraso – é a hipótese em que há apenas um descumprimento parcial da obrigação, que ainda pode ser cumprida;
>
> b) Inadimplemento total ou absoluto – é a hipótese em que a obrigação não pode ser mais cumprida, tornando-se inútil ao credor.
>
> Desse modo, o critério para distinguir a mora do inadimplemento absoluto da obrigação é a utilidade da obrigação ao credor.

Entretanto, a divisão clássica não se mostrou suficiente para

solucionar casos que não se incluíam no inadimplemento total ou parcial, tais como o cumprimento defeituoso da obrigação principal, como acontece quando a obrigação principal é adimplida, mas com inobservância dos deveres anexos ao contrato, ou seja, é cumprida a obrigação, mas de forma deficiente.

Historicamente, a doutrina da violação positiva do contrato é atribuída inicialmente a Hermann STAUB com o trabalho "Sobre as violações positivas do contrato e suas conseqüências jurídicas" *(*Über *die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsgolgen*). Ele utilizou a expressão "violações positivas do contrato" para se referir a espécies de descumprimento contratual que não se enquadravam em mora, nem em inadimplemento.

Sobre isso, convém demonstrar o que aduz Jorge Cesa Ferreira da Silva (SILVA, 2006, apud TARTUCE, 2014, v.2, p.198-199), conforme abaixo exposto:

> A idéia de violação positiva do contrato – ou "violação positiva do crédito", como é costumeiramente chamada na Alemanha, nasceu de estudo famoso de Herman Staub, importante jurista alemão do final do século XIX e início do século XX. Em 1902, dois anos após a entrada em vigor do BGB, Staub reconheceu no então novo Código a inexistência de lacunas no regramento do inadimplemento: para além do inadimplemento absoluto (lá chamado de impossibilidade) e da mora existiriam outras hipóteses não reguladas, apesar de igualmente configurarem inadimplemento. Para ele, tanto o inadimplemento absoluto quanto a mora correspondiam a violações negativas de crédito: no primeiro, a prestação não é realizada, no segundo, a prestação não é realizada no momento adequado. Já as hipóteses por ele elencadas acarretariam descumprimento obrigacional exatamente porque a prestação foi realizada. Por isso, para diferenciar esses casos anteriores, entendeu chamar essas hipóteses de violações positivas do contrato.

A violação positiva do contrato que foi preconizada pelo alemão Staub que traduz o entendimento de que haverá inadimplemento contratual mesmo com o cumprimento da prestação principal. No ordenamento jurídico brasileiro, isso ocorrerá quando houver a inobservância dos deveres anexos decorrentes do princípio da boa fé objetiva, o seja, há o cumprimento inexato ou imperfeito da obrigação principal.

Assim, no Brasil, houve a incorporação, com o Código Civil de 2002, na seara contratual, de novos princípios e, entre os quais, está a boa fé objetiva que preconiza que as partes são obrigadas a guardar assim na formação e na execução, como na conclusão os princípios de probidade e boa fé. Como decorrência disso, ao lado dos deveres criados por força do acordo de vontades, existem os deveres anexos ou paralelos ao contrato.

Segundo ensina Farias e Rosenvald (2012, p.704) "*a violação positiva do contrato, no direito brasileiro, corresponde ao inadimplemento decorrente do descumprimento de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor da prestação.*

Convém ressaltar que a violação positiva do contrato também pode ser denominada de "cumprimento defeituoso" ou "cumprimento imperfeito" por importar não no descumprimento da obrigação principal, mas de deveres anexos a esta decorrentes da boa fé objetiva.

O que seriam, então, tais deveres anexos? A doutrina majoritária elenca três, os quais são:

(a) Dever de proteção: compreendido como um dever de acautelar o outro contratante, no sentido de evitar danos a sua pessoa, bem como ao se patrimônio;

(b) Dever de informação: Traduz a transparência no mercado com a obrigação de os contratantes exporem os elementos da contratação com todos os detalhes, com fulcro de as partes serem alertadas sobre fatos que a diligência normal não as permitiria saber isoladamente, bem como para que possam externar sua vontade de maneira livre;

(c) Dever de cooperação: Impõe as partes a abstenção de praticar qualquer conduta capaz de falsear o objetivo do negócio, assim, as partes devem atuar em prol de alcançar as finalidades do negócio. (FARIAS; ROSENVALD, 2014).

Além destes, convém expor, utilizando o que preleciona Martins-Costa (2004, p. 100), outros deveres anexos decorrentes da boa fé objetiva, "o dever de cuidado em relação à outra parte; o dever de respeito; o dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio; o dever de agir conforme a confiança depositada; o dever de lealdade e probidade; o dever de cooperação".

Pelo que foi apresentado e, em razão da complexidade e da diversidade das relações sociais, surgiu a necessidade de se reconhecer a violação positiva do contrato, como uma forma também de inadimplemento, com o fulcro de possibilitar a tutela jurisdicional não só do inadimplemento da prestação principal, mas dos deveres anexos de conduta.

Assim, a doutrina e a jurisprudência vêm construindo essa terceira modalidade de inadimplemento, qual seja, a violação Positiva do Contrato, decorrente da violação dos deveres anexos da boa fé objetiva com a aplicação de responsabilidade civil objetiva em decorrência da quebra de tais deveres.

Deixando de ser uma mera teoria acadêmica, a violação positiva do contrato ganhou vez nos julgados, passando a tutelar situações que não se enquadravam nos casos de inadimplemento clássico, evitando, assim, enormes injustiças, conforme demonstram os exemplos a seguir:

> **JURISPRUDÊNCIA**
>
> DIREITO CIVIL. APELAÇAO CÍVEL. AÇAO DE COBRANÇA. MENSALIDADE. CURSO NAO RECONHECIDO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇAO. VIOLAÇAO POSITIVA DO CONTRATO. DEVERES ANEXOS. INADIMPLEMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA PELAS AULAS NAO CURSADAS. RECURSO IMPROVIDO. 1) Antes de celebrar o contrato de prestação de serviços educacionais, é dever da instituição de ensino informar aos alunos as reais condições do curso oferecido, principalmente o fato de que o curso não possui registro junto ao MEC, circunstância que pode tornar absolutamente inútil o serviço prestado. 2) Olvidando-se a faculdade do seu dever de se comportar com a mais estrita lealdade, de agir com probidade, de informar o outro

> contratante sobre todo o conteúdo do negócio, há de se reconhecer a violação positiva do contrato, hipótese de inadimplemento apto a imputar responsabilidade contratual objetiva àquele que viola um desses direitos anexos, nos termos do enunciado número 24 do Conselho Superior da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil. 3) Reconhecido o inadimplemento contratual (violação positiva do contrato), o abandono do curso por parte do aluno não poderá ensejar a cobrança das mensalidades referentes a um período que sequer esteve presente em sala de aula. Precedentes do STJ. 4) Recurso improvido. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso. Vitória, 11 de outubro de 2011. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DESEMBARGADOR RELATOR PROCURADOR DE JUSTIÇA (TJES, Classe: Apelação Civel, 24100273697, Relator: JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - Relator Substituto : VÂNIA MASSAD CAMPOS, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/10/2011, Data da Publicação no Diário: 24/10/2011)
>
> (TJ-ES - AC: 24100273697 ES 24100273697, Relator: JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Data de Julgamento: 11/10/2011, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/10/2011)

Jurisprudência

> RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. INFRAÇÃO A DEVER INSTRUMENTAL DE INFORMAÇÃO, DERIVADO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. É crível, assim, a versão da autora de que não teria se interessado na locação, caso soubesse que haveria um número tão grande de stands locados. Ainda que não houvesse a afirmação inicial, enganosa, de que haveria um número reduzido de stands, impunha-se aos requeridos prestar a informação aos interessados quanto ao número de stands que se pretendia instalar. Trata-se do dever instrumental, anexo ou lateral, de informar ao outro contratante todas as circunstâncias que possam influir no processo de tomada de decisão de contratar ou de fixação das cláusulas do contrato. Não houve propriamente inadimplemento contratual dos requeridos, pois locaram os stands e efetivamente os dispuseram aos locatários. Trata-se, porém, do fenômeno denominado de violação positiva do contrato, instituto que não configura nem mora, nem inadimplemento, mas adimplemento defeituoso por não cumprimento de deveres anexos, laterais, decorrentes do princípio da boa-fé, em sua função de proteção ou tutela. Sentença de procedência mantida. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Terceira Turma Recursal Cível. Recurso Cível Nº 71000603332. Marketing e Cia e Eva Silva da Costa. Relator: Desembargador Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 14 dez. 2004)

Um clássico julgado apresentado pela doutrina foi o caso acima apresentado em que foi aplicada a teoria da violação positiva do contrato para o caso de uma locatária que alugara um stand com os organizadores de uma feira, tendo em mente um número reduzido de concorrentes.

No entanto, quando da realização da feira, existiam mais de 80 stands funcionando em concorrência com a autora. Dessa forma, esta pleiteou reparação de danos, uma vez que os deveres anexos ao contrato haviam sido violados.

De modo semelhante foi o julgamento acerca do caso que atribuiu responsabilidade pré-contratual para a uma concessionária de veículos do Rio de Janeiro por atuar com má fé em relação a um casal gaúcho que, na expectativa da efetivação da compra de um veículo, efetuou despesas, mas se deparou com informações inverídicas da concessionária. Segue o julgado:

> REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA DOS CONTRATOS. Negociações preliminares a induzir os autores a deslocarem-se até o Rio de Janeiro para a aquisição de veículo semi-novo da ré, na companhia de seu filho ainda bebê, gerando despesas. Deslealdade nas informações prestadas, pois oferecido como uma jóia de carro, impecável, gerando falsas expectativas, pois na verdade o veículo apresentava pintura mal feita, a revelar envolvimento em acidente de trânsito. Omissão no fornecimento do histórico do veículo que poderia confirmar as suspeitas de tratar-se de veículo batido. Danos materiais, relativos às passagens aéreas e estadia e danos morais decorrentes do sentimento de desamparo, frustração e revolta diante da proposta enganosa formulada. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. (Recurso Cível Nº 71000531376, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 08/09/2004)
>
> (TJ-RS - Recurso Cível: 71000531376 RS , Relator: Ricardo Torres Hermann, Data de Julgamento: 08/09/2004, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia)

Com o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial do instituto da violação positiva do contrato há a vigência de um novo padrão ético na seara contratual, uma vez que, em virtude dos deveres de informação e cooperação, por exemplo, omitir uma informação importante para o prosseguimento do negócio pode ensejar responsabilidade civil por quebra de tais deveres decorrentes da boa fé.

2.3 Responsabilidade civil na fase pré-contratual

Quando se trata de responsabilidade civil na fase pré-contratual, existem posicionamentos que se manifestam no sentido de compreender a recusa de contratar e o rompimento das tratativas como elementos inseridos dentro da autonomia da vontade, uma vez que o momento das tratativas é uma fase de amadurecimento de idéias e de se analisar todos os pontos do contrato, de forma a melhor beneficiar ambas as partes.

Assim, a imputação de responsabilidade em tal momento seria ferir a liberdade dos contratantes, posto que um destes poderia se sentir compelido a celebrar determinado contrato com receio de arcar com uma possível indenização a outra parte.

Entretanto, os argumentos que rechaçam a responsabilidade pré-contratual não tiveram mais vez, haja vista a doutrina e a jurisprudência majoritária reconhecerem a responsabilidade nas tratativas quando há ruptura imotivada das tratativas, com observância dos princípios que norteiam as relações contratuais.

Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, 2000, p.55) ensina que:

> O que o princípio constitucional está a garantir não é o antigo "reino da liberdade", mas sim o Estado Democrático de Direito, que se opõe ao Estado de Polícia, ou do Arbítrio. No Estado Democrático de Direito, o poder do Estado está limitado pelo Direito; mas não só: o poder da vontade do particular, em suas relações com outros particulares, também o está. Limita-o não apenas a eventual norma imperativa, contida nas leis ordinárias, mas, sobretudo, os princípios constitucionais de solidariedade social e dignidade humana que se espraiam por todo o ordenamento civil, infraconstitucional. Evidentemente, permanecem espaços abertos de liberdade, mas esta liberdade (autonomia) é consentida e já não serve mais a definir o sistema de direito privado.

Com relação ao princípio da boa fé objetiva, em sede de responsabilidade civil, não há de se falar em culpa e sim na responsabilidade objetiva decorrente da violação dos deveres anexos decorrentes de tal princípio. Diante disso, convém expor o entendimento de Récio Cappelari (1995, p.43), a saber:

> O importante, durante as tratativas, é justamente averiguar se a conduta das partes se houve com honestidade e lealdade, a fim de se apurar a existência ou não de motivo justo para abandonar as mesmas, tarefa que incumbe ao princípio da boa-fé na sua feição objetiva e não à culpa.

De acordo com Caio Mário (2007, p.20), na fase de puntuação, espera-se que as partes devam agir com probidade e boa-fé, mediante um vínculo de confiança estabelecido entre elas, o que se pode depreender da interpretação extensiva feita do art. 422, do CCB, em que, mesmo não estando expresso, se estende à fase de negociações preliminares.

Nesse diapasão, segundo Antonio Chaves (1997, p.208), há de se falar em responsabilidade pré contratual quando da ruptura arbitrária e imotivada das negociações.

> Há responsabilidade pré-contratual quando ocorre a ruptura arbitrária e intempestiva das negociações contrariando o consentimento dado na sua elaboração, de tal modo que a outra parte se soubesse que ocorria o risco de uma retirada repentina, não teria tomado as medidas que adotou.

Nesse sentido, consoante entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 78), na fase de pontuação, não há ainda a manifestação da vontade, por conseguinte, não há nenhuma vinculação ao negócio, assim, só haverá responsabilidade quando ficar demonstrada a deliberada intenção de causar dano a outra parte, fazendo-o, por exemplo, perder outro negócio ou realizar despesas.

> Embora as negociações preliminares não gerem, por si mesmas, obrigações para qualquer dos participantes, elas fazem surgir, entretanto, deveres jurídicos para os contraentes, decorrentes da incidência do princípio da boa-fé, sendo os principais os deveres de lealdade e correção, de informação, de proteção e cuidado e de sigilo. A violação desses deveres durante o transcurso das negociações é que gera a responsabilidade do contraente, tenha sido ou não celebrado o contrato. Essa responsabilidade ocorre, pois, não no campo da culpa contratual, mas da aquiliana, somente no caso de um deles induzir no outro a crença de que o contrato será celebrado, levando-o a despesas ou a não contratar com terceiro etc. e depois recuar, causando-lhe dano. Essa responsabilidade tem, porém, caráter excepcional.

Resta demonstrado conforme também entendimento do doutrinador Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003) que as negociações preliminares são fonte deveres de esclarecimento e de lealdade decorrentes do princípio da boa fé, quando, por exemplo, uma das partes possui maiores informações e conhecimentos técnicos, ao quais devem ser repassados a outra parte com a finalidade de esta decidir com suficiente conhecimento de causa. Além disso, gera responsabilidade civil o abandono inesperado das negociações quando criado na outra parte expectativa de celebração de um contrato, e esta se preparou efetuando despesas ou deixando de celebrar outros contratos.

2.3.1 Responsabilidade civil objetiva em decorrência da violação positiva do contrato

Em sede de responsabilidade civil decorrente da violação positiva do contrato, o dever descumprido não é aquele que levou as partes a contratarem e, assim, também não são os deveres descumpridos os mesmos dos danos causados pelo inadimplemento absoluto e pela mora.

As Jornadas de Direito Civil são realizações do Conselho da Justiça Federal (CJF) e do Centro de Estudo Jurídicos e surgiram por iniciativa de Ruy Rosado de Aguiar, então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, como forma de esclarecer o que dispõe o Código Civil de 2002 (CC/02).(TARTUCE, 2015)

Nestas jornadas, estão presentes alguns dos melhores especialistas e convidados do mais notório saber jurídico em busca de uma melhor interpretação aos dispositivos do CC/02. Nesse sentido, ensina Ruy Rosado de Aguiar (2005, p. 9): "Os enunciados aprovados constituem um indicativo para a interpretação do Código Civil, estando todos diretamente relacionados a um artigo de lei, e significam o entendimento majoritário das respectivas comissões, nem sempre correspondendo à proposição apresentada pelo congressista.".

Um dos primeiros enunciados relacionado ao assunto tratado nessa pesquisa foi o Enunciado 24, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em 2002, que consagrou a responsabilidade independente de culpa em casos de violação dos deveres anexos.

Além deste enunciado que trata da responsabilidade independente de culpa tem o Enunciado 363 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que igualmente ampara tal tipo de responsabilidade.

Nesse diapasão, seguem os referidos Enunciados e outros que são pertinentes ao tema, a saber:

24 - Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa;

25 - Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a

aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós –contratual;

26 - Art. 422: a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes;

27 - Art. 422: na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos;

37 – Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico;

168 – Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação;

169 – Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo;

170 – Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato;

363 – Art. 422. Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação.

Com os julgados restou-se demonstrado a extrema utilidade do instituto da violação positiva do contrato, uma vez que passaram a ser tuteladas situações que antes não eram contempladas, as quais geravam uma sensação de insegurança e deslealdade.

Os deveres violados são aqueles decorrentes da boa fé objetiva positivada no ordenamento jurídico brasileiro que buscam a correção, a lisura e a higidez das relações contratuais.

METODOLOGIA

Para a realização do presente artigo, foi feita uma pesquisa bibliográfica e documental do tipo qualitativa em que foram colhidas informações de diversos trabalhos acadêmicos que tratam da Violação Positiva do Contrato, bem como da doutrina brasileira acerca do tema. Além disso, realizou-se pesquisa em artigos e em livros de doutrinadores como, Flávio Tartuce, Cristiano Chaves de Farias, os quais abordam a temática da violação positiva do contrato e da boa fé objetiva que foram objeto de pesquisa no presente trabalho.

ANÁLISE DE RESULTADOS

O princípio da boa fé objetiva positivado no ordenamento jurídico brasileiro traz como uma exigência a conduta leal entre as partes. E tal princípio encontra fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, ensina Flávio Tartuce (2014, p.96)

> Em relação à eventual fundamentação constitucional do princípio, entendemos, mais uma vez conforme Tereza Negreiros que "a fundamentação do princípio da boa fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana (Teoria..., 2003, p. 117), constante principalmente do artigo 1º, III, do Texto Maior, além dos vários incisos do art. 5º da CF/1988. Aliás, o próprio art. 5º, XIV, da Constituição Federal assegura a todos o direito à informação, inclusive no plano contratual [...]

Embora não tenha previsão legal expressa, como ocorre com o momento de conclusão e execução do contrato, a fase das tratativas ganhou reconhecimento de que o princípio a boa fé objetiva também deve estar nele presente, por forca também do que está sedimentado por meio das Jornadas de Direito Civil, mais precisamente nos enunciados nº 25 e nº 363.

Restou-se demonstrado, dentre outros motivos, que os deveres lealdade e probidade devem estar presentes no momento das tratativas também, uma vez que o comportamento desse período fará parte do contrato posteriormente, ou seja, constituirá o futuro contrato o que foi discutido e trabalhado no momento pré-contratual. Além disso, como ficou demonstrada por meio dos Enunciados, a responsabilidade em tais casos é de natureza objetiva.

Assim, em plena consonância com o explicitado acima, ensina Almeida Costa (COSTA, 1979 apud TARTUCE, 2014, p. 98) professor de Coimbra, a saber:

> O reconhecimento da responsabilidade pré-contratual reflete a preocupação do Direito de proteger a confiança depositada por cada um dos contratantes nas expectativas legítimas que o outro lhe crie durante as negociações, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto a sua futura celebração.

A doutrina e a jurisprudência deixaram sedimentada a responsabilidade na fase das tratativas quando da ruptura inesperada em que foram criadas no outro contratante uma verdadeira expectativa de que o contrato seria celebrado, sem que isto constitua uma violação ao princípio da liberdade contratual.

Em conformidade com o que foi apresentado, segue o que ensina Maria Helena Diniz (2009, p. 42):

> Na verdade há uma responsabilidade pré-contratual, que dá certa relevância jurídica aos acordos preparatórios, fundada não só no princípio de que os interessados na celebração de um contrato deverão comportar-se de boa fé, prestando informações claras e adequadas sobre as condições do negócio e os possíveis vícios; aconselhando; guardando com zelo bens ou documento cedidos para análise; não divulgando fatos sigilosos, que se tornaram conhecidas no momento das tratativas, etc. [...]

Com relação a violação positiva do contrato, sabe-se que essa não decorre do descumprimento da obrigação principal, mas da violação aos deveres anexos ao contrato frutos do princípio da boa fé objetiva. Assim, com o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial da violação positiva do contrato colocaram os deveres anexos como um guia para as relações contratuais, ampliando, de certa forma, as obrigações que devem existir entre as partes de forma que estas possam expelir uma vontade real no momento de contratar.

Assim, além da obrigação principal advinda do contrato, existem as que são decorrentes dos deveres anexos ao contrato, frutos da boa fé objetiva, cuja inobservância gera responsabilização por violação positiva do contrato.

Pelo que foi apresentado, chega-se ao entendimento de que a boa-fé objetiva deve incidir em todas as fases contratuais, seja nos negócios preliminares, na execução, seja na fase pós-contratual, pois a cláusula geral da boa-fé impõe a todos os envolvidos no negócio jurídico o dever de agir com lealdade, sem prejudicar outros, e com ética em relação ao contrato celebrado, sem quebrar as expectativas legitimamente formadas.

Neste sentir, a relação contratual pode ensejar a responsabilização de uma das partes contratantes não só pelo descumprimento do contrato em si, mas pelo desrespeito aos deveres anexos ao contrato.

CONCLUSÃO

Descoberta inicialmente por Hermann Staub, no início do século XX, a doutrina da violação positiva do contrato no Direito brasileiro embasa-se na boa fé objetiva e tem como fundamento a responsabilidade objetiva por inadimplemento contratual, mesmo que a obrigação principal tenha sido cumprida, em decorrência da violação de deveres anexos ao contrato ou do cumprimento inexato ou imperfeito da obrigação. Expressão também conhecida como "cumprimento defeituoso" ou "cumprimento imperfeito", a violação positiva do contrato tornou-se uma nova modalidade de inadimplemento contratual em que é imputada responsabilidade objetiva àquele que viola deveres anexos ao contrato, decorrentes do princípio da boa fé objetiva. Esta é baseada no comportamento do homem médio e em um padrão ético-moral a ser seguido, com fulcro na probidade e nos bons costumes de uma determinada sociedade. Nesse sentido, registre-se que a violação dos deveres laterais decorrentes de tal princípio, como o de informação, cooperação e proteção, maculando a externalização de uma vontade livre e real de um dos contratantes, enseja responsabilidade civil, uma vez que o que foi discutido no momento das tratativas fará parte do contrato definitivo. Posto isso, reconhece-se que tais deveres devem estear presentes em todas as fases de um contrato, inclusive quando este ainda não foi celebrado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. III Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2005

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor.** 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

CAPPELARI, Récio. **Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual.** 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3: Teoria das Obrigações Contratuais e extracontratuais**. 25. ed. Reformulada – São Paulo: saraiva, 2009

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral, 10ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Contratos, 4ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves; Rosenvald, Nelson**.** Apud PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. O inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2206, 16 jul. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13162. Acesso em: 24. Abril. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais** 9. ed., São Paulo : Saraiva, 2012, v.3.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e Direito Civil: Tendências**, in Revista dos Tribunais, vol. 779, 2000. Disponível também em http://www.puc- rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_mcelina.html

PEREIRA, Cáio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vl.III. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Apud : TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 2: **Direito das obrigações e responsabilidade civil**; 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2014.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 2: **Direito das obrigações e responsabilidade civil**; 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2014

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 3: Teoria Geral dos Contratos e contratos em espécie**. 9 ed. Rio de Janeiro: Método. 2014.

TARTUCE, Flávio. A volta das Jornadas de Direito Civil. **Jus Brasil.** Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820021/a-volta-das-jornadas-de-direito-civil> Acesso em: 05. Abril. 2015.

O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA NOVA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (LEI Nº 12.850/13)

Renata Maria de Siqueira Teixeira Alencar[144]
Antônio Rodolfo Franco Mota Veloso[2]

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da colaboração premiada, tratando principalmente do seu conceito e de suas características, estudando criticamente o fracasso do Estado no combate à criminalidade desenfreada que nos assombra. Tem-se por escopo contribuir e fomentar o estudo e a análise dos reais obstáculos que envolvem tal instituto jurídico no ordenamento pátrio. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental, que se faz importante em razão da condição em que se encontra a sociedade atual, vítima do sentimento de insegurança e impotência diante do inegável agravamento da criminalidade. Verificou-se, ao final, que há uma exacerbada crise quanto à efetivação no combate à deliquência e, dessa forma, o Estado vem, por meio de leis emergentes, criando novas técnicas de apuração de crimes. Concluiu-se que se faz necessário o uso da colaboração premiada como uma das formas de assistência à investigação feita pelo Estado na busca incessante da verdade real no processo penal.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Criminalidade. Estado. Processo Penal.

ABSTRACT:

The present work aims to analyze the award-winning collaboration institute mainly dealing of its concept and its characteristics, critically studying the failure of the state to combat rampant crime that haunts us . It has a scope to contribute and promote the study and analysis of the real obstacles involving such legal institution in the parental order. Therefore , we used bibliographical and documentary research , which is important because of the condition it is in today's society , a victim of the feeling of insecurity and powerlessness in the face of undeniable worsening crime. There was , in the end, that there is a crisis exacerbated as to the effectiveness in combating delinquency and thus the State has been through emerging laws, creating new techniques of investigation of crimes. It was concluded that it is necessary to use the award-winning collaboration as one of the forms of assistance to the investigation by the State in the relentless pursuit of real truth in criminal proceedings.

Keywords: Award-winning collaboration. Crime. State. Criminal Procedure .

144 Graduanda em Direito do Centro Universitário Christus, atualmente cursando o 7º semestre. Bolsista pelo Projeto de Monitoria, sob orientação e supervisão do Professor Rodolfo Franco. E-mail: renatamaria_@hotmail.com.

2Graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus. Especialista em Direito Público. Pós-graduando em Direito Tributário pela PUC-Minas. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Direito Constitucional do Centro Universitário Christus. Professor do Curso Master Concursos. Advogado. Ex-Coordenador da Assessoria Jurídica da Controladoria Geral de Disciplina dos Órgãos de Segurança Pública e Sistema Penitenciário (ASJUR-CGD).

1 INTRODUÇÃO

Este estudo foi motivado por debates que ocorreram nos últimos meses, em virtude da repercussão social, bem como da grande exploração noticiosa da mídia, acerca do acordo da delação premiada feito pelo doleiro Alberto Youssef assinado em troca de informações que poderiam levar à prisão de mais pessoas envolvidas, bem como apontar outros delitos e outros meios de se obter novas provas nas investigações da Operação Lava Jato, comandada pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, que já resultou na prisão de diretores e executivos de uma das maiores empreiteiras do Brasil.

Decidiu-se pesquisar sobre a utilidade e a efetividade da colaboração premiada como uma alternativa de auxílio na repressão ao crime organizado, visto que as organizações criminosas são responsáveis pelo aumento da criminalidade, deixando a sociedade sem perspectivas de dias melhores.

Buscou-se promover novas inquietações, incentivar a pesquisa acadêmica nessa temática e fomentar ainda mais a discussão acerca do intrigante e complexo tema abordado, usando como ferramenta o Direito, expondo suas consequências, seu âmbito de aplicação, além de demonstrar o procedimento a ser adotado entre o réu colaborador e Ministério Público sem, no entanto, exaurir o tema ora em análise.

O presente artigo desenvolve uma análise, em seu capítulo inicial, do instituto da colaboração premiada, examinando-se o seu conceito, os seus requisitos e o momento adequado no processo penal. Ato seguinte, explicitou-se especificadamente, no capítulo segundo, sobre algumas das recentes modificações advindas da nova Lei de Organizações Criminosas, nº 12.850/13. Ademais, em capítulo posterior, procurou-se tratar de certas limitações quanto a sua aplicação, oriundas de relevantes críticas existentes ao presente instituto. Por fim, no capítulo 4º, o avalia como uma medida eficaz ao combate à criminalidade, envolvendo os problemas sociais e processuais da justiça brasileira, além da inferência dos efeitos deste em nosso ordenamento jurídico.

2 METODOLOGIA

Para alcançar os objetivos traçados, foi necessário utilizar as seguintes metodologias de pesquisa: 1) bibliográfica, com o intuito de verificar como a doutrina conceitua e analisa a relevância do instituto objeto deste trabalho; 2) documental, porquanto houve a necessidade de se fazer uma busca pelo ordenamento jurídico para demonstrar que o instituto traçado pela Lei nº 12.850/13 não é uma inovação legislativa devido a sua previsão em outros atos normativos, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90).

3 REFERENCIAL TEÓRICO

3.1 Da colaboração premiada

Colaboração premiada é um dos institutos, previsto na legislação brasileira, que objetiva a obtenção de prova, tendo como consequência a diminuição de pena ao réu associado ou

ao partícipe que colaborar, de modo efetivo, na investigação judicial para que, em troca, receba benefícios jurídicos, como penas menores, regime carcerário menos gravoso e, até mesmo, o perdão judicial (art. 3º, inciso I, e art. 4º, Lei nº 12.850/13).

Assim, oportunamente, Guilherme de Souza Nucci completa acerca do instituto que:

> [...]É o 'dedurismo' oficializado, que, apesar de moralmente criticável, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade [...]. (NUCCI, 2007, p. 716)

É conveniente saber, ainda, que essa iniciativa legal visa ao combate à criminalidade por meio de um acordo estabelecido entre Ministério Público e acusado (art. 4º, §§ 4º e5º, Lei 12.850/13), uma vez que este, na tentativa de ser agraciado com o afrouxamento de sua pena, depõe contra seus parceiros. Entretanto, essas concessões benevolentes somente serão auferidas ao réu em caso de revelações que contribuam efetivamente para a identificação dos integrantes da quadrilha (art. 4º, *caput* da Lei 12.850/13), não bastando apenas a mera citação ou indicação de outras pessoas envolvidas na empreitada criminosa. Faz-se necessário que o acusado apresente novas provas, que suas indicações sejam relevantes, aclarando caminhos para a elucidação de fatos ainda não conhecidos na investigação, e, consequentemente, para sua desarticulação.

Assim, configura-se como uma espécie de direito premial, na qual, segundo Renato Brasileiro:

> Ao mesmo tempo em que o investigado (ou acusado) confessa a prática delituosa, abrindo mão do seu direito de permanecer em silêncio (nemotenetur se detegere), assume o compromisso de serfonte de prova para a acusação acerca de determinados fatos e/ou corréus. Evidentemente, essa colaboração deve ir além do mero depoimento do colaborador em detrimento dos demais acusados, porquanto não se admite a prolação de um decreto condenatório baseado única e exclusivamente na colaboração premiada. (LIMA, 2014, p. 513)

Dessa forma, depreende-se que não se pode fazer dela um fim em si mesma, ou seja, não podem as autoridades encarregadas da persecução penal contentarem-se somente com a "delação" do acusado, sem buscar outros meios probatórios tendentes a confirmá-la.

Ademais, pode-se ver, de forma clara, a previsão de requisitos essenciais ao reconhecimento e a possibilidade de aplicação das vantagens advindas da colaboração premiada, dentre elas está o grau de importância e de potencialidade das informações cedidas pelo sujeito que objetiva auferir os benefícios. Nesse sentido, Paulo Quezado elucida que:

> [...] a relevância das informações fornecidas pelo delator é critério de proporcionalidade a ser utilizado pelo setenciador quando da aplicação do prêmio, uma vez que este deverá, dentre outros fatores, serdosado em face do alcance da revelação: pelos detalhes fáticos desconhecidos, número de crimes ou agentes envolvidos, utilidade para as investigações e provas do crime, bem como ante a eventual prova trazida pelo delator. (QUEZADO, 2009, p. 123)

Além do que foi mencionado acima pelo advogado, nota-se que há previsão de outros requisitos legais para as regalias serem concedidas ao delator, de acordo com as peculiaridades de cada lei que a prevê,como a imposição da colaboração do réu, obrigatoriamente, dever ser de forma voluntária, e não induzida, além disso, é importante que, com ela, se alcance algumas das consequências descritas nos incisos do artigo 4º da Lei de Organizações Criminosas[145].

3.2 As recentes modificações oriundas da Lei 12.850/13

É importante ressaltar que tal instituto encontra vasta expressão normativa no arcabouço jurídico brasileiro, perpassando, mesmo que de forma tênue, por vários diplomas legais, como na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90): art. 8º, parágrafo único; nas disposições penais sobre extorsão mediante sequestro no Código Penal brasileiro (art. 159, § 4º); na Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), arts. 1º, §5º;e na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), art. 41. Todavia, protagoniza sua atuação legalista nos dispositivos da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99), arts. 13 e 14 e, agora, de maneira mais significante, visto ter sido aperfeiçoado pela atual reforma legislativa, nas recentes modificações oriundas da Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/13). Assim, é um benefício já previsto em diversas leis brasileiras, não sendo, portanto, uma criação nova.[146]

Desse modo, a previsão normativada Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, que trata das Organizações Criminosas, inovou e deu um novo aspecto, implicando novidades ao instituto, tendo em vista que estabelece, em seu capítulo II, seção 1, condições especiais e gratificações mais abrangentes, em comparação com as demais leis que tratam do tema, a quem colaborar com o processo investigativo ou a instrução criminal, além de articular modalidades de proteção ao delator, como preleciona, em seu artigo 4º do diploma objeto

145 Art. 4o. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

146 Contudo, tais leis tratavam do tema superficialmente, não regulando, de forma adequada, os procedimentos e as condições a serem exigidas para que o réu recebesse o(s) benefício(s) oriundo(s) da colaboração premiada. Na Lei 12.850/13, constata-se que o legislador foi cuidadoso em discorrer tais procedimentos, evitando a existência de lacunas.

de análise deste artigo. Assim explica Ronaldo Batista:

> A Lei n° 12.850/2013 altera sensivelmente esse panorama, cuidando da forma e do conteúdo da colaboração premiada, prevendo regras claras para sua adoção, prevendo a legitimidade para formulação do pedido, enfim, permitindo, de um lado, maior eficácia na apuração e combate à criminalidade organizada, sem que, de outra parte, se arranhem direitos e garantias asseguradas ao delator. (PINTO, 2015, edição eletrônica).

Logo, faz-se saber que a colaboração prima pela voluntariedade do réu, eficácia confessional, e, conforme se observa na análise da letra normativa, a vítima deve ser encontrada com vida e, quanto ao produto do crime, este deve ser readquirido de forma total ou parcial, conforme art. 4º, incisos I, II, III, IV e V, da Lei 12.850/13. Doutrinando acerca dessa temática, assevera Eduardo Araújo Silva:

> A relevância das declarações do investigado, portanto, guarda um nexo de causalidade com os resultados positivos produzidos na investigação criminal em curso. Declarações sobre fatos periféricos ou de importância secundária, que em nada ou pouco auxiliam na apuração do funcionamento de uma organização criminosa ou na identificação de seus integrantes, não são qualificadas para autorizar a concessão do benefício. (SILVA, 2003, p. 83)

Dessa forma, a referida norma trouxe efetivamente um rol de direitos destinados à proteção daquele que vier a colaborar com a investigação e com o processo criminal, dentre outras importantes questões, articulando, assim, um real modelo de procedimentos para a concretização do instituto, que antes era tratado de forma precário e superficial, conclusão esta que se retira a partir da análise das leis arroladas no início deste tópico.

3.3 A colaboração premiada como um meio cooperativo na repressão à criminalidade

O tema da colaboração premiada voltou à tona com a investigação da Petrobras por meio das informações "premiadas" prestadas por seu ex diretor de Abastecimento e Refino Paulo Roberto Costa, demonstrando que o instituto ora analisado vem sendo utilizado em ritmo crescente pelos juristas no Brasil, como um mecanismo de combate às estruturas mafiosas e a outros crimes, trazendo consigo inúmeras vantagens à sociedade por estar demonstrando ser uma forma eficiente no combate à criminalidade organizada.

O dispositivo legal ora analisado traz em seu bojo, logo em seu art. 1º, §1º, o conceito de organização criminosa[147], a qual muda sensivelmente a sua definição, exigindo, agora, a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas e a prática de infrações com pena máxima superior (e não mais igual) a 4 (quatro anos). Portanto, são grupos dedicados a atividades criminosas, com características bem definidas, como a hierarquia organizacional e a divisão do trabalho, dentre outras. (OLIVEIRA, 2014)

Torna-se cada vez mais perceptível um processo de alta demanda de criminalização na sociedade atual, ocasionando uma grave crise do direito penal, decorrente, em sua maioria, da sua ineficiência e morosidade. Fabiana Greghi, comentando acerca do crime organizado, diz que:

> Não obstante, a atual realidade social marcada pelos avanços tecnológicos possibilitar uma melhor qualidade de vida, suscita também novas formas delituosas organizadas que apostam na impunidade para aniquilar a ordem e a segurança pública, maculando desta forma o Estado Democrático de Direito. (GREGHI, 2009, edição eletrônica)

Destarte, é sabido que o crime organizado está a cada dia mais poderoso e, assim, o instituto em apreço se torna mais um meio hábil para desestabilizar a estrutura cada vez mais desafiante desses grupos e dar efetividade ao sistema penal na medida em que, com as descoberta de novos integrantes, impede que estes fiquem impune.

Dessa forma, é um meio que vem tendo efetiva aplicabilidade em eventos importantes, servindo tanto para a prevenção como para a repressão de ações praticadas por organizações criminosas, tendo em vista que, além de prevenir a ocorrência de novos delitos pelo grupo criminoso que foi desmantelado, presta auxílio na colheita de novas provas, possibilitando a punição deste.

Diante disso, o auxílio da colaboração premiada é de enorme valia, visto que se torna mais um instrumento para a obtenção de provas, minimizando a impunidade, já que torna capaz de se chegar em criminosos que provavelmente escapariam, poiso delator informa os demais agentesda empreitada criminosa.

4 ANÁLISE DE RESULTADOS

Algumas críticas ao instituto estão sendo identificadas quando se trata da utilização do instituto. Dentre elas, estão os adeptos de que a colaboração premiada pode dar uma possível margem para a acomodação das investigações criminais, pois acreditam que a autoridade incumbida da apuração dos fatos passaria a contar com a facilidade advinda da delação, podendo deixar de dedicar-se com mais vigor nabusca de provas e na elucidação dos delitos, enfraquecendo, assim, o trabalho de investigação policial. (MAIEROVITCH,1991)

Há, ainda,os que defendem que o instituto em apreço rompe com o princípio da proporcionalidade da pena, já que se punirão com sanções diferentes pessoas envolvidas no mesmo crime, em vez de todos aqueles que concorreram de qualquer forma para o crime incorrerem nas mesmas penas a ele cominado, como prevê a teoria monista, adotada pelo nosso Código Penal. Nesse diapasão, assevera Luiz Rascovski que o instituto, dentre outras máculas "Violaria, assim, o princípio da proporcionalidade, posto que ensejaria a aplicação de sanções diversas àqueles que perpetraram o mesmo crime." (RASCOVSKI, 2011, p. 143)

Vale ressaltar, também, a crítica quanto ao comportamento

147 **Art. 1º** Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

imoral e antiético do delator, que vem baseado na traição e na deslealdade com seus comparsas, sendo tal atitude eticamente reprovável, uma vez que, para receber vantagens, o delator entrega seus antigos companheiros, ensinando, assim, que trair representa ganhar benefícios.Nesse diapasão, o autor Eugenio Raúl Zaffaroni, ao tratar do instituto jurídico em questão, preleciona que:

> A impunidade de agentes encobertos e dos chamados 'arrependidos' constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito: [...] o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço da sua impunidade para 'fazer justiça', o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria. (ZAFFARONI, 1996, p. 45)

Contudo, tal análise toma em conta apenas o fato do colaborador ter de delatar seus comparsas como pressuposto para a concessão dos benefícios, esquecendo de considerarque a lei não exige somente essa condutapara o recebimento do privilégio, não sendo essa uma condição *sine qua non* para outorga das vantagens que, conforme preconiza em seu art. 4° domesmo dispositivo ora estudado, também pode ser adotado em outras situações, como no casoda recuperação total ou parcial do produto do crime, quando preservada a integridade física da vítima, dentre outros resultados. Nesse sentido, entende o professor David Azevedo que o instituto em apreço seria, sim, um bom exemplo:

> O perdão judicial e a diminuição da pena previstos na nova legislação embebem-se de eticidade, não se constituindo num desprestígio ao direito punitivo, nem numa barganha sombria do Estado com o criminoso para a busca e soluções fáceis para a investigação penal e para o processo penal à custa e sacrifício de princípios morais, que como assinala Jorge Alberto Romeiro, "o sentimento reflexo de bondade, pois salvo raras exceções, a indulgência determina também, na generalidade dos indivíduos, por uma espécie de mimetismo psicológico, sentimentos reflexos de altruísmo. Assim, o perdoado de um mal pretérito poderia sentir o dever de compensá-lo com um futuro bom comportamento"." (AZEVEDO, 2000, p. 6)

Assim, o instituto não só é utilizado para o colaborador delatar seus comparsas, visto que, olhando por outro lado, é também um poderoso instrumento que a Polícia possui para impedir futuros crimes, além disso, não há porque se falar em ética na aplicação da colaboração premiada se, na realidade, ela nem existiu no próprio crime cometido, ficando bem incoerente discutir sobre a moral na atitude do delator, se, por muitas vezes, nem os próprios delinquentes estão preocupados com os valores sociais ao praticarem infrações.

Ademais, a colaboração premiada não pode nem deve ser considerada como a motivadora por algum fracasso na investigação policial tendo em vista que este, nitidamente, é preexistente ao instituto em comento. Ela se revela como um poderoso instrumento de combate à criminalidade, sobretudo quando, com sua concretização, se possa evitar que outros delitos se repitam e que cesse o curso daqueles que estão em marcha, cumprindo seu maior objetivo.

Dessa forma, é um instrumento que, se for somado aos demais meios legais, como a infiltração de agentes e a ação controlada, pode-se alcançar a tão buscada verdade real no Processo Penal, ou, pelo menos, na minimização dos danos decorrentes de práticas criminosas, como já visto anteriormente, no caso que o produto ou proveito do crime é recuperado total ou parcialmente (art. 4º, IV) ou quando, por meio da colaboração do agente, a vítima é localizada ainda com vida (art. 4º, IV), para, quem sabe, assim, chegar-se à verdadeira justiça.

5 CONCLUSÃO

Em vista das explanações sobressaltadas, certifica-se a importância do mencionado instituto, muito embora este resista a críticas advindas do conflito ético-moral, visto que o próprio entendimento doutrinário apontava para a redefinição do vocábulo delação, uma vez que carrega em seu bojo a ideia de traição, ressaltando, ainda, que o termo mais adequado seria colaboração, por ser este mais abrangente que aquele, o que fora modificado pela recente lei supracitada.

É necessário, assim, que haja continuidade do emprego do presente instituto para que a realidade dos crimes cometidos pelas organizações criminosas mude, uma vez que as vantagens já abordadas da colaboração do réu e sua eficácia já se apresenta significativa, a fim de propagar os benefícios e as utilidades do instituto.

Além disso, é importante fazer que o Estado a veja como uma ferramenta concreta de auxílio para a manutenção da ordem pública, para que este se utilize cada vez mais desses acordos delatórios voltados para descoberta de novas revelações e evidências de delitos cometidos pelas organizações criminosas.

Nesse mesmo escopo, a colaboração premiada é um instrumento que vislumbra a ordem social, uma vez que se torna mais um dos meios de prova existentes no processo penal, visando a combater o crime organizado no país, e, para isso, necessitou da urgente regulação por parte do Poder Legislativo, de forma a dar contornos precisos ao instrumento, evitando lacunas normativas e suprindo possíveis vícios acerca do tema, efetivando a tranquilidade e consolidando a segurança jurídica na aplicação de sua totalidade.

É válido salientar que se espera que, com a Lei 12.850, de 2013 em vigor, a colaboração premiada continue produzindo intensa mudança no sistema penal brasileiro, para que esta seja efetivamente incorporada e mais utilizada como um verdadeiro instrumento da nossa política criminal voltado ao alcance da verdade material nas investigações criminais.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, DAVI TEIXERA. **A colaboração premiada num direito ético.** Revista dos Tribunais: São Paulo, RT n. 771, 2000.

GREGHI, Fabiana. A Delação Premiada no Combate ao Crime Organizado. **Lfg**. Disponível em <http://www.lfg.com.br. > Acesso em:08 jul. 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **Apontamentos sobre a política criminal e a plea bargaining**. **Revista de Informação**

Legislativa, Brasília, v. 28, n° 112, out-dez 1991, p. 206.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** parte geral: parte especial. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, **Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2014.**

PINTO, Ronaldo Batista. Delação premiada: aspectos éticos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4121, 13 out. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/32730>. Acesso em: 28 abr. 2015.

QUEZADO, Paulo. **Delação premiada**. Fortaleza: Gráfica e Editora Fortaleza, 2009.

RASCOVSKI, Luiz. **A (in)eficiência da delação premiada**. Estudos de processo penal. São Paulo: Scortecci, 2011.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. **Crime organizado: uma categorização frustrada**. Discursos sediciosos**:** crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro: Revan, ano 1, v. 1, 1996.

DO DIREITO COMO CIÊNCIA-DOGMÁTICA: GRILHÃO DO PENSAMENTO E MIRAGEM DA CIÊNCIA. EXISTE ALTERNATIVA?

Ricardo Henrique Silva de Sá Cavalcanti [148]
Fayga Silveira Bedê[149]

Sumário 1Introdução. 2 Referencial teórico. 3 Metodologia da pesquisa. 4 Análise dos Resultados. 5 Conclusão.

RESUMO

Essa pesquisa teve o propósito de analisar a natureza do conhecimento jurídico em seu aspecto essencial: o tipo de raciocínio que o caracteriza – assim como a natureza do conhecimento científico e confrontá-los, a fim de verificar o grau de comunhão entre ambos. Em decorrência de nossa pesquisa e análise, avaliamos que a fundamentação da ideia de que o conhecimento jurídico seja mera espécie de conhecimento científico mostra-se superficial e débil. O raciocínio jurídico é mais antigo e é diretamente influenciado por instâncias da vida humana muito mais diversas e complexas do que o raciocínio especificamente científico. Percebemos também que a manutenção dessa visão cientificista sobre o raciocínio jurídico contribui para a disseminação de uma prática doutrinária e jurisdicional cuja autoridade é ilegítima, por servir como esteio para a imposição de teses jurídicas erigidas somente por meio da retórica, mas que simulam terem sido comprovadas como corretas por meio de um método assentado na verificação de seus méritos. A consequência desse estado de coisas é a desconformidade entre a jurisdição e seus fundamentos sociogenéticos, com prejuízos para o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Teoria do Direito. Dogma. Ciência. Raciocínio Jurídico. Democracia.

ABSTRACT

This paper aims to analyse the nature of juridical knowledge, in its essence: its characteristic way of thinking – and the nature of scientific thought as well, with the objective of comparing one to the other to check its similarities. As a result of our research and analysis, we found out that the idea of juridical knowledge merely as a kind of scientific thought is superficial and fragile. The thought on Law is older end directly influenced by aspects of human life more diverse and complex than the strict scientific way of thinking. We also realised that the maintenance of this scientific perspective on the way of thinking on Law contributes to spread of an illegitimate authority of doctrinal and juridical practices, which would support theses founded on rhetoric as if they had been established over merits. Therefore, the consequence of keeping this *status quo* is the lack of compliance between jurisdiction and its sociogenetic foundation, jeopardizing the Democratic State of Law.

148 Pesquisador-bolsista do Programa de Iniciação Científica. Graduando pelo Curso de Direito da Unichristus. Graduado em Ciências Navais pela Escola Naval, com habilitação em Sistemas. Especialista em Sistemas de Armas pelo Centro de Instrução Almirante Wandenkolk, da Marinha do Brasil. Especialista em Guerra de Superfície pelo Centro de Instrução Almirante Marques de Leão, da Marinha do Brasil. Email: rhsscavalcanti@gmail.com

149 Doutora em Sociologia pela UFC. Mestre em Direito pela UFPR. Graduada em Direito pela UFC. Professora universitária em graduação e pós-graduações. Editora-Responsável pela Revista Opinião Jurídica. Consultora ad hoc da Capes. Autora de artigos e livros. Email: faygabede@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Durante a faculdade, especialmente por meio das disciplinas introdutórias, os alunos são apresentados ao conceito de Direito como "ciência-dogmática". Conceito linguisticamente contraditório, posto que ciência é a atividade que busca desvendar o mundo por meio da articulação entre racionalidade e observação a fim de construir conhecimento verificável, tido como verdadeiro, ainda que temporariamente; enquanto que dogma é uma crença que prescinde de verificação e fundamenta-se na fé (sentimento de natureza religiosa e pressuposto metafísico da relação estabelecida entre ser humano e universo). Busca-se explicar essa contradição linguística preliminar por meio da concepção de que o Direito seria o ramo da atividade humana dedicado a organizar a sociedade a partir de institutos pré-estabelecidos, de observância obrigatória, e que fundamentariam a busca racional de soluções para os conflitos interindividuais e sociais. Nesse arranjo teórico, o dogma seria consubstanciado pelos referidos institutos pré-determinados, e a ciência, paradoxalmente, tanto serviria de método racional para a composição desses dogmas como seria o sistema racional utilizado para se produzir as soluções prescritas pelo dogma. Daí se verifica que, contrariando-se as expectativas linguísticas, em razão da simbologia que envolve cada um dos termos "ciência" e "dogmática", ocorre uma sinergia que fortalece a natureza paradoxal da concepção de Direito que será assimilada por aqueles que irão se tornar seus operadores, de modo que tal conceito gera efeitos que suplantam a mera discussão teórica e contribuem para conformar o desenvolvimento jurídico geral, alcançando, inclusive, seus aspectos mais práticos.

Do ponto de vista simbólico, a sinergia entre dogma e ciência aponta para a construção ideológica do Direito como um ambiente no qual a autoridade assume relevância potencialmente inibidora de posições divergentes das correntes doutrinárias que alcançam predomínio. O conhecimento (no sentido de aquilo em que se crê como verdade) proveniente tanto do dogma, quanto da ciência, induz à necessidade da intermediação de alguma autoridade – considerando-se que os indivíduos, no estágio social civilizatório, já se deparam com estruturas pré-existentes – para que seja disseminado e considerado por pessoas com menor grau de familiarização com os "mistérios" do universo. Tanto a ciência, quanto o dogma arrogam para si mesmos uma posição de guardiões da verdade, e ambos são eficientes (com maior ou menor grau intrínseco de influência sobre cada indivíduo) em transmitir para as pessoas a sensação de que se opor às suas posições exige mais do que o livre exercício

do raciocínio fundamentado, mas uma titulação amplamente reconhecida em seus respectivos meios.

Consideramos, portanto, que o conceito de Direito como ciência dogmática tem como consequência a propagação de uma cultura de autoridade. Percebemos, ainda, que essa construção teórica, que tenta amalgamar dogma e ciência em uma única entidade, frequentemente é utilizada de modo bastante impudente e instrumental. Enfatiza-se sua face de ciência quando há pretensão de desafiar as posições predominantes e destaca-se a perspectiva de dogma ao se alcançar uma certa amplitude de acolhimento da nova opinião frente à postura anterior. Isso se reflete diretamente tanto no ambiente acadêmico, quanto na prática forense.

O raciocínio "científico" no ambiente jurídico caracteriza-se pela emissão de juízos fundamentados em valores supostamente universais, mas que comportam inúmeros vieses quando considerados concretamente. Seus emissores regularmente usufruem da aparência de consenso sobre o significado de um valor, para atribuir-lhe o viés que lhes apraz, desconsiderando a sua heterogeneidade intrínseca subjacente e desenvolvendo uma perspectiva particular como se fosse decorrência de uma constatação universal que dá origem ao absoluto. Ignoram as divergências conceituais e a partir de uma pré-compreensão emitem opiniões, como se comprovadas fossem, por meio da mera justaposição de juízos favoráveis ao próprio ponto de vista, sem efetivamente analisarem as inconsistências introduzidas no sistema jurídico pelas proposições defendidas. Essas opiniões transformam-se em alicerce da disseminação das mesmas ideias replicadas em outros trabalhos de opinião, emprestando-lhes uma autoridade que não possuem.

No ambiente forense, essa prática cria uma falsa sensação de decantação do entendimento acerca das questões levadas à apreciação da Justiça. O dogma fica patente quando precedentes judiciais, cujas ementas são irrefletidamente citadas, são aplicados a novos casos de modo subsuntivo, sem apreciação adequada acerca da similaridade entre circunstâncias atuais e referenciais. Quanto mais uma posição corresponde à opinião predominante no âmbito do Judiciário, mais apta está a se reafirmar e a se tornar o novo paradigma do qual se deve partir, mesmo que não esteja socialmente pacificada.

Em nossa concepção, portanto, o conhecimento jurídico apresenta uma estrutura paradoxalmente autorreferenciada, ao mesmo tempo em que está submetida a injunções externas (filtradas de modo idiossincrático), é condicionada por fatores de poder, particularmente a autoridade. Consideramos, assim, que o conhecimento jurídico está submetido a um nível de subjetividade incompatível com as noções modernas de ciência, as quais demandam um referencial objetivo capaz de prover a possibilidade de verificação, enquanto os referenciais do Direito são predominantemente egóicos. Ademais, vislumbramos a hipótese de que a sua caracterização como ciência-dogmática inibe o ambiente necessário ao livre pensamento e ao exercício sistemático da discussão acerca das dimensões fática, valorativa e normativa.

Os objetivos desse trabalho, por conseguinte, cingem-se à desconstrução da ideologia da ciência-dogmática do Direito e à avaliação de seus efeitos na metodologia de desenvolvimento do conhecimento jurídico. Como consequência necessária, buscaremos verificar que outro conceito acerca da natureza do conhecimento jurídico seria mais apropriado à fundamentação geral do Direito. Formulação que, necessariamente, há de conter mecanismos de concatenação entre anseios sociais, tradição jurídica e ambiente cultural, de modo a se poder avaliar as hipóteses e teorias que pretendem guiar o conhecimento jurídico.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Refletir sobre a natureza do conhecimento jurídico, a partir do referencial teórico amplamente difundido no Brasil, leva-nos irremediavelmente a pensar sobre a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (KELSEN, 2009). Nosso ponto de partida, porém, não será a defesa que Kelsen faz sobre a cientificidade do conhecimento jurídico, e sim a noção da existência de uma norma fundamental pressuposta:

> [...] visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja autoridade teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. (KELSEN, 2009, p. 217)

Para explicar seu conceito de norma hipotética fundamental, Kelsen recorre ao exemplo da obediência cristã aos Dez Mandamentos. Segundo o autor, o que impeliria os cristãos à obediência dos Dez Mandamentos não seria a origem divina dessas normas, mas sim uma outra norma, segundo a qual deve-se obedecer aos mandamentos de Deus. Visto que a autoridade divina teria de se fundar nessa norma mais elevada, e não o contrário, sua origem, portanto, não poderia ser o próprio Deus. Kelsen exige-nos, de fato, uma profissão de fé: a crença no dogma de uma norma inquestionável, apesar de indefinida na origem, e no seu próprio conteúdo, já que uma pressuposição axiomática dessa espécie deve sua efetividade apenas aos elementos de poder que a sustentam. A fé em Kelsen, por conseguinte, haveria de ser mais forte do que em Deus. Afirmar que os cristãos devem acreditar em Deus porque há uma norma pressuposta inquestionável que os manda acreditar em Deus implicaria, por definição, negar a fé no Criador.

Evidenciar essa extrapolação do pensamento kelseniano não implica, todavia, a pretensão de refutar a necessidade de se alicerçar as normas postas em uma dimensão superior à norma de nível mais elevado. Concordamos, portanto, que a fonte de validade da Constituição jurídica do Estado há de ser um fator superior à própria Constituição. Apenas divergimos de que ele seja uma norma, mas sim um fator de outra ordem, apto como uma norma a induzir comportamentos que corroborem o conteúdo formal e inspirem à construção de seu conteúdo material.

A pesquisa sobre a natureza desse fator levou-nos a considerar o pensamento de Amartya Sen (SEN, 2011), expresso em sua obra "A Ideia de Justiça":

> No coração do problema específico de uma solução imparcial única para a escolha da sociedade perfeitamente justa, está a possível sustentabilidade de razões de justiça plurais e concorrentes, todas com

> pretensão de imparcialidade, ainda que diferentes – e rivais – umas das outras. (SEN, 2011, p. 43)

Amartya Sen, a fim de ilustrar o problema, apresenta-nos a parábola da escolha de uma, dentre três crianças, à qual deve se destinar uma flauta em litígio:

> Anne reivindica a flauta porque ela é a única que sabe tocá-la (os outros não negam esse fato) e porque seria bastante injusto negar a flauta à única pessoa que realmente sabe tocá-la. Se isso fosse tudo o que você soubesse, teria uma forte razão para dar a flauta à primeira criança.
>
> Em um cenário alternativo, é Bob que se manifesta e defende que a flauta seja dele porque, entre os três, é o único tão pobre que não possui brinquedo algum. A flauta lhe permitiria brincar (os outros dois admitem que são mais ricos e dispõem de uma boa quantidade de atrativas comodidades). Se você tivesse escutado apenas Bob, teria uma forte razão para dar a ele a flauta.
>
> Em outro cenário alternativo, é Carla quem observa que ela, usando as próprias mãos, trabalhou zelosamente durante muitos meses para fazer a flauta (os outros confirmam esse fato) e só quando terminou o trabalho, "só então", ela reclama, "esses expropriadores surgiram para tentar me tirar a flauta". Se você só tivesse escutado a declaração de Carla, estaria inclinado a dar a ela a flauta em reconhecimento a sua compreensível pretensão a algo que ela mesma fez. (SEN, 2011, p. 43)

Ouvidas as três crianças, como será que juízes conscienciosos, que pretendessem harmonizar os princípios da cidadania, da dignidade humana, e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa[150] deveriam decidir essa questão? A depender do nível de identificação de cada juiz com alguma dentre as distintas correntes filosóficas – utilitarista, igualitarista econômica ou libertária pragmática – é possível que a escolha parecesse evidente. "Contudo, é quase certo que cada um veria uma solução totalmente diferente como a obviamente correta." (SEN, 2011, p. 43) E cada solução, como se pode constatar, sofreria enorme influência dos valores cultivados por cada um deles, pois as noções do que é absurdo ou evidente são definidas de acordo com o quadro epistêmico de referência.

Ideias, conceitos e temas são aceitos ou negados em determinado momento histórico de acordo com os valores assimilados pela comunidade (PIAGET & GARCIA, 2011). Verificamos, desse modo, que o valor que se atribui aos fatos apresenta-se como candidato ao posto de fator de validação da norma de nível mais elevado. Faz-se necessário, assim, aprofundarmo-nos no estudo dos valores com relação ao Direito e, consequentemente, no que concernem ao conhecimento jurídico.

Nesse quadrante, convém recorremos à Teoria Tridimensional do Direito (REALE, 1980). O autor aponta que o questionamento sobre a validade do Direito leva-nos a três perguntas:

> [...] em primeiro lugar, uma pergunta quanto à obrigatoriedade da norma jurídica para todos, em geral, e para determinada pessoa em particular, o que se desdobra em uma série de outras perguntas sobre a competência do órgão que elaborou o modelo jurídico, a sua estrutura e o seu alcance. Além desse plano de caráter formal, surge um outro grupo de questões, quanto à conversão efetiva da regra de direito em momento de vida social, isto é, no tocante às condições de real cumprimento dos preceitos por parte dos consociados; e, finalmente, há uma terceira ordem de dificuldades, que consiste na indagação dos títulos éticos dos imperativos jurídicos, na justiça ou injustiça do comportamento exigido, ou seja, de sua *legitimidade*. (REALE, 1980, p. 15)

Das quais decorre a constatação da existência de três planos correlacionados à transformação de um comando qualquer em um comando jurídico, quais sejam: o formal, o fático e o axiológico. Tais planos, em linhas gerais, referem-se respectivamente, ao como, ao o quê e ao por quê de um tema tornar-se objeto de uma regulação de ordem jurídica. Verificamos, assim, que o objeto da pesquisa jurídica tem uma estrutura complexa que requer um raciocínio multifacetado, cuja fundamentação, em última instância, decorre do fator axiológico, pois é da própria natureza de uma justificativa que se responda ao porquê de adotá-la. Fica claro, portanto, que são os valores que, em especial, norteiam os estudiosos do universo jurídico, ainda que não tenham consciência disso, cabendo às dimensões fática e normativa conectarem a dimensão axiológica ao mundo prático. Só assim o conhecimento jurídico contribuirá para que o Direito cumpra suas funções de organizar a sociedade e solucionar conflitos.

Havendo definido o quadro epistêmico do conhecimento jurídico, cabe-nos agora analisar se ele corresponde ao quadro epistêmico do conhecimento científico. Ciência vem do latim *scientia,* que significa conhecimento. Rubem Alves, em seu pequeno, mas instigante livro explica que "A ciência nasceu da desconfiança dos sentidos." (ALVES, 2011, p. 39), ou seja, a ciência tem origem na percepção de que é necessário desenvolver algum método racional adequado a reduzir os erros provocados pelos sentidos no processo de assimilação da realidade, de modo que se possa conhecer a verdade sobre o que de fato é ou existe.

O objeto da ciência, portanto, não é qualquer conhecimento, mas o conhecimento da realidade. Para Kelsen, a realidade é: "[...] não apenas a realidade natural como objeto da ciência da natureza, mas todo o objeto do conhecimento e, portanto, também o objeto da ciência jurídica [...]". Mas se algo fosse objeto da ciência apenas por ser objeto do conhecimento humano, seríamos forçados a concluir que religião, filosofia e artes também são objeto da ciência, o que não é o caso. Com efeito, apesar de termos de reconhecer que religiosos, filósofos e artistas podem ir além dos conhecimentos práticos, investigando suas áreas de conhecimento de modo sistemático, podendo, inclusive, vir a desenvolver atividade acadêmica, a sociedade nãos os reconhece como cientistas. Mas o que, então, diferencia a ciência dos outros campos do conhecimento humano?

O que historicamente tem representado esse fator de diferenciação entre o que é e o que não é científico tem sido o método aplicado à construção e desenvolvimento das teorias sobre a realidade. A função do método seria favorecer e aperfeiçoar a razão, de modo que se alcance a possibilidade

150 Art. 1° , II, III, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

de determinar o caminho para se alcançar as descobertas que permitam eliminar qualquer distinção entre a verdade – aquilo que se tem como real – e o que propriamente é a realidade, a ponto de se alcançar a correspondência total entre teoria e mundo real. Vários foram os métodos propostos que se sucederam durante os últimos séculos. O ceticismo de Descartes, o empirismo de Bacon, o positivismo lógico de Auguste Comte (que, por meio da descrição e da classificação, construiu o paradigma adequado à inclusão dos fenômenos da realidade social no campo científico) são exemplos de propostas metodológicas que visavam a determinar o caminho da descoberta científica.

Todavia, ocorre que muitas descobertas tidas como científicas não obedeceram a qualquer método previamente aceito. Os trabalhos de Thomas Kuhn, Paul Feyerabend e Karl Popper são profícuos em demonstrar o que Piaget e Garcia resumiram muito bem, ao afirmarem que:

> [...] o aporte fundamental daqueles que conduziram [as revoluções científicas] não foi em nível de um aprimoramento metodológico nem de um progresso considerável nos instrumentos de observação, mas sobretudo de uma reformulação dos problemas que eram objeto de um estudo científico. A revolução em mecânica não foi o fruto da descoberta de novas respostas às questões que permitiam formular os problemas de outro modo.
>
> É nessa perspectiva que caracterizamos a revolução científica como uma mudança do 'quadro epistêmico'. (PIAGET & GARCIA, 2011, p. 335)

E muito bem complementaram por meio do exemplo de que:

> A mecânica de Newton só foi aceita na França após trinta anos. Não lhe foi censurado qualquer erro de cálculo e não foram apresentadas quaisquer provas em apoio de algum resultado experimental que tivesse contradito as suas afirmações. Simplesmente, a sua teoria não era aceita como "física", a pretexto de não fornecer *explicações físicas* acerca dos fenômenos. Era o próprio conceito de explicação física que era questionado. Não é de se admirar que tenha sido o filósofo Voltaire a desempenhar o papel principal na introdução das ideias newtonianas no continente Algumas décadas mais tarde, as explicações "à Newton" eram não só universalmente aceitas, como tinham se tornado o próprio modelo da explicação científica. (PIAGET & GARCIA, 2011, p. 339)

O que, de fato, propicia a descoberta científica é um processo que Piaget e Garcia vieram a denominar de desenvolvimento sociogenético (relativo à evolução das ideias, das conceitualizações e das teorias):

> Durante esse processo de assimilação, o sujeito seleciona, transforma, adapta e incorpora referidos elementos às suas próprias estruturas cognitivas e, para tanto, ele deve também construir, adaptar, reconstruir, transformar essas estruturas. (PIAGET & GARCIA, 2011, p. 333)

Daí, concluímos que a individualização do conhecimento científico frente aos outros ramos do conhecimento humano não se alicerça em uma metodologia, mas em uma lógica, que representa a transubstanciação desse processo em um discurso. Mas qual seria a lógica do conhecimento científico, ou seja, qual o fundamento do discurso de individualização desse ramo do conhecimento? Como disseram Piaget e Garcia: "O mais importante é, sem dúvida, a procura das 'razões' que justificam as abstrações e generalizações" (PIAGET & GARCIA, 2011, p. 365), e o único meio de poder determinar se essas razões podem justificar as teorias, ou seja, se estão aptas a solucionarem problemas de incompatibilidade entre teoria e fato, é sujeitá-las à crítica. Conforme Karl Popper, "As soluções [científicas] são propostas e criticadas. Se uma solução não está aberta a uma crítica pertinente, então é excluída como não científica, embora, talvez apenas temporariamente." (POPPER, 2004, p. 16)

Essa questão da verificabilidade de uma hipótese sempre esteve subjacente às possibilidades de definição de quadros epistêmicos sobre o conhecimento científico e também à concepção do conhecimento jurídico. Ferdinand Lassalle, ao enunciar que: "Os fatores reais de poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são" (LASSALLE, 2013, p. 16), demonstrou sua adesão ao princípio utilitário como padrão de avaliação da validade da norma, enquanto Konrad Hesse argumenta a importância de elementos de viés moral como o "caráter nacional" e "a vontade de Constituição." (HESSE, 1991, p. 17 e 19)

Contudo, pretendeu-se eliminar os fatores externos à norma como referenciais para a sua validade. John Austin foi o primeiro a classificar o conhecimento jurídico como científico, ao afirmar que: *"The science of jurisprudence (or, simply and briefly, jurisprudence) is concerned with positive laws, or with laws strictly so called, as considered without regard to their goodness and badness"* (AUSTIN, 1995, p. 45), enquanto paradoxalmente reconhecia haver níveis superiores de validação da norma: "*The principle of general utility is the index to many of these duties; but the principle of general utility is not their fountain or source.*" (AUSTIN, 1995, p. 45), atribuindo esse papel às leis de Deus, cuja natureza é moral dogmático-religiosa.

Diante dessa circunstância de referenciais de validação externos de ordem axiológica, em última instância, como definir um quadro epistêmico que atribuísse cientificidade ao conhecimento jurídico? A resposta foi enfocar as "relações lógico-formais dos fenômenos jurídicos, deixando de lado o seu conteúdo empírico e axiológico" (FERRAZ JR., 1980, p. 13) o que acabou por conduzir à "norma fundamental pressuposta" de Kelsen e à autopoiese de Luhmann (SEVERO ROCHA, KING & SCHWARTZ, 2009), assim como insistir no modelo metodológico. Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que:

> Quanto ao caráter científico da Ciência do Direito, encontramos, comumente, a afirmação de que se trata de conhecimentos "sistemáticos", isto é, metodicamente obtidos e comprovados. A "sistematicidade" é, portanto, argumento para a cientificidade. Entende-se, com isto, uma atividade ordenada segundo princípios próprios e regras peculiares [...] (FERRAZ JR., 1980, p. 13)

Por seu turno, Agostinho Ramalho Marques Neto afirma que: "Ciência é discurso, teoria que se constrói em função de um

objeto de conhecimento e de um método, por sua vez também construídos." (MARQUES NETO, 2001, p. 185), dando-nos um exemplo dessas posições.

Já fomos capazes, contudo, de demonstrar que a ideia de que um método qualquer possa atribuir cientificidade a um ramo do conhecimento humano não encontra mais respaldo, nem mesmo no âmbito das ciências naturais. O que importa é a lógica associada a esse conhecimento, e já apontamos que, se a lógica científica caracteriza-se pela possibilidade de verificação da compatibilidade entre verdade e realidade, suas teorias podem ser criticadas em qualquer nível de fundamentação. A essa altura, convém questionarmos: será que a lógica jurídica apresenta essa mesma possibilidade? Nossa resposta é, claramente, não. O próprio Kelsen diferencia a lógica do conhecimento científico, fundada na causalidade, da lógica do conhecimento jurídico, baseada no princípio da imputação.

Chaïm Perelman afirma que a lógica jurídica "[...] é orientada pela ideologia que guia a atividade dos juízes, pela forma como eles concebem seu papel e sua missão, pela concepção deles do direito e pela suas relações com o poder legislativo." (PERELMAN, 2004, p. 29), e que:

> Os raciocínios jurídicos são acompanhados por incessantes controvérsias, e isto tanto entre os mais eminentes juristas quanto entre os juízes que atuam nos mais prestigiosos tribunais. Tais desacordos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, obrigam, o mais das vezes, depois de eliminadas as soluções despropositadas, a impor uma solução mediante autoridade, trate-se da autoridade da maioria ou daquela das instituições superiores, as quais, aliás, na maior parte dos casos coincidem. É nisto que o raciocínio jurídico se distingue do raciocínio que caracteriza as ciências, especialmente as ciências dedutivas – nas quais é mais fácil chegar a um acordo sobre as técnicas de cálculo e de medição – e daquele que encontramos em filosofia e nas ciências humanas, nas quais, na falta de um acordo e na ausência de um juiz capaz de encerrar os debates com sua sentença, cada um permanece em suas posições. (PERELMAN, 2004, p. 29)

O objeto da lógica jurídica é criar aceitação subjetiva para suas soluções, estando permeada pelos conceitos de equitativo, razoável ou justo, em detrimento do real. Tanto a doutrina como a atividade jurisdicional têm como meta construir uma subjetividade favorável à aceitação de determinadas soluções, utilizando-se da objetividade apenas como meio para transformar a subjetividade. As questões morais permeiam a própria letra da lei, objeto que Kelsen, e outros defensores do conhecimento jurídico como ciência, pretenderam elevar a referencial de objetividade. Vejamos um exemplo na letra da lei:

> Art. 121. Matar alguém:
>
> Pena – reclusão, de seis a vinte anos.
>
> § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.[151]

151 Código Penal. Decreto-lei n° 2. 848, de 7 de dezembro de 1940.

Como podemos constatar, o recurso positivista de separar a dimensão lógico-formal da lei do seu conteúdo empírico e axiológico é racionalmente absurdo. Um só artigo de lei traz dois juízos de valor distintos acerca do mesmo fato objetivo: matar. Ademais, como se pode afirmar que a atividade interpretativa de dispositivo que alude a "relevante valor moral ou social" e à "injusta provocação" estaria isenta de valores? Nem a Escola da Exegese seria capaz de promover uma subsunção totalmente objetiva desse dispositivo.

Podemos afirmar que a lógica jurídica está permeada de juízos de valor, consequentemente, poderíamos imaginar a possibilidade da existência de uma lógica dos valores. Contudo, após dedicar-se a essa empreitada, Perelman alerta:

> Ela nos conduziu, após quase dois anos de trabalho, à conclusão inesperada de que não havia lógica específica dos juízos de valor, mas que, nas áreas examinadas, bem como em todas aquelas em que se trata de opiniões controvertidas, quando se discute e delibera, recorre-se a técnicas de argumentação. (PERELMAN, 2004, p. 138)

É a argumentação que permite a imputação. É a retórica que garante a um raciocínio jurídico prevalecer sobre outro, a se tornar majoritário por meio da obtenção de adesões. Conforme Perelman: "Enquanto os raciocínios demonstrativos, as inferências formais são corretas ou incorretas, os argumentos, as razões fornecidas pró ou contra uma tese têm maior ou menor força e fazem variar a intensidade de adesão de um auditório"(PERELMAN, 2004, p. 138), e quanto mais adesões determinada argumentação obtém, mais poderosa ela se torna, pois: quando a linguagem se torna o meio de comunicação dominante, aquilo que poderíamos chamar a experiência direta dos objetos começa a ser subordinada, em determinadas situações, ao sistema de significados que lhe confere o meio social" (PIAGET & GARCIA, 2011, p. 334). Como disse Rubem Alves, ao parafrasear Wittgenstein: "Meu mundo é aquilo sobre o que posso falar." (ALVES, 2011, p. 17) E se determinada perspectiva (valor) torna-se meu mundo, podemos dizer subjetivamente que o conhecimento jurídico pode ser dogmático, mas não científico. Mas, objetivamente, não poderá ser dogmático, a fim de adequar a estrutura social aos valores prevalecentes em cada momento histórico, e nem científico, pois a adesão a esses valores é decorrente de assimilação que:

> [...] opõe-se à associação, concebida como uma simples relação de semelhança ou de contiguidade entre os objetos conhecidos ou a serem conhecidos, como se as atividades do sujeito não interviessem no conhecimento e como se este consistisse apenas num aglomerado de observáveis classificados como os conteúdos de uma caixa ou de um armário. (PIAGET & GARCIA, 2011, p. 361)

Sendo que as atividades do sujeito resultam também de elementos eminentemente pessoais e irracionais como a emoção e a fé. Outrossim, o conhecimento jurídico, no Brasil, apresenta-se em um ambiente dominado pelo ativismo judicial autoritário, que se pretende infenso a críticas, como muito bem aponta Juraci Mourão Lopes Filho:

> [...] pressões são reputadas impróprias porque "lhes repugnam a consciência", ou seja, a consciência do integrante de um Supremo Tribunal ou de uma Corte

> Constitucional é tomada como critério definitivo para avaliar como devem ser tomados os anseios dos diversos setores sociais [...] (LOPES FILHO, 2014, 81)

Afirma, ainda, o autor:

> No primeiro momento, parece louvável o juiz se submeter à sua consciência, pois dá a impressão de que, dessa maneira, deixaria de se submeter a outros caprichos da personalidade humana que seriam menos louváveis. Contudo, denota, na verdade, a ideia de que o tribunal considera que suas decisões, todas, fazem tábula rasa da questão posta em juízo, como se a cognição do magistrado se reiniciasse sempre sem qualquer deferência ao que já fora colocado a respeito, como que desprendido de tudo e de todos, como se não inserida em uma história jurídica que indica o ponto de desenvolvimento de determinado assunto, ou mesmo que não está integrada em uma tradição determinada pela cultura no momento do julgamento. (LOPES FILHO, 2014, 83)

E continua o autor a descrever o quadro completo de discricionariedade que domina a atividade jurisdicional no país, paradoxalmente oriunda do mecanismo que em tese serviria para mitigá-la: o reconhecimento da força normativa da Constituição. Constitucionalismo mal decantado, contudo, que embaralha os âmbitos de aplicação de regras e princípios, associado a um controle difuso de constitucionalidade que garante poderes de controle constitucional das leis, tanto ao "juiz recém-empossado na mais longínqua comarca de um Estado-membro [... quanto a...] um ministro do Supremo Tribunal Federal" (LOPES FILHO, 2014, 79). Circunstância que serviu como justificativa para a adoção de instrumentos de controle rígido das camadas superiores do Judiciário sobre as instâncias inferiores, como a súmula vinculante, que deveria servir:

> [...] como uma solução argumentativa que concilia aspectos fáticos, normativos e axiológicos, incrementando a noção a respeito do Direito legislado e solucionando um caso concreto, tudo dentro de um jogo hermenêutico próprio. Para casos futuros, essa decisão prévia servirá como uma experiência real que poderá orientar os trabalhos posteriores na concretização futura dos princípios. (LOPES FILHO, 2014, 74)

No entanto, acabam tornando-se mero instrumento de autoridade, por força de que:

> As camadas mais altas, portanto, veem sua atividade ou sob o enfoque do positivismo normativista – com a margem de liberdade inatingível pelas regras – ou pela perspectiva teórica do neoconstitucionalismo brasileiro, com amplos poderes de ponderação, interpretação e controle sobre os enunciados legislativos e constitucionais. Não se cogita, por exemplo, em qualquer vinculação horizontal aos próprios precedentes [...] Em verdade, nesse tocante, são comuns julgamentos que, expressamente, deixam de aplicar as próprias súmulas, as mesmas que são consideradas para dispensar julgamentos colegiados, barrar recursos e mesmo julgar a conduta profissional dos magistrados em razão da deferência a elas. (LOPES FILHO, 2014, 80)

O que nos leva à constatação de que:

> É inegável, nos dias atuais, a incomensurável influência que os julgamentos dos tribunais mais elevados, especialmente do Supremo Tribunal Federal, exercem sobre toda a comunidade jurídica e na configuração e delineamento de um direito ou obrigação.
>
> Mesmo o estudo do Direito passa por esse prisma. Gradativamente, o ensino jurídico, com seus manuais didáticos, recorre com maior ênfase às manifestações jurisdicionais para delinear o conceito e alcance dos institutos jurídicos, tomando-as por dados de definitiva relevância. Na mesma medida, a doutrina deixa de adotar um viés crítico possível de ser realizado desde uma prévia elaboração de referencial teórico ao qual se submeta os diferentes precedentes, súmulas e jurisprudências. (LOPES FILHO, 2014, 22)

Após havermos verificado as inconsistências e as consequências da permanência da concepção dogmático-científica do conhecimento cabe-nos perguntar se o seu abandono implicaria algum dano aos estudos jurídicos. Considerando que o conhecimento jurídico moderno é oriundo de uma tradição muito mais antiga do que a da ciência moderna, assim como diversos são os institutos que compõem esse conhecimento, talhados ainda na Roma antiga, a permanecerem vivos na atualidade, percebemos que a matriz argumentativa jurídica adapta-se perfeitamente bem aos propósitos desse conhecimento, devendo ser valorizada, ao invés de submetida a uma aura que tem lhe trazido mais problemas do que desenvolvimento. O conhecimento jurídico, na verdade, supera o conhecimento científico naquilo a que se propõe, pois é adequado à incorporação de fatores que não podem ser considerados pela ciência.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

A metodologia de pesquisa consistiu na análise bibliográfica das obras citadas ao longo do desenvolvimento do referencial teórico e outras que também foram consultadas, mas não incluídas em virtude do plano de trabalho que traçamos para o desenvolvimento do tema. Essa pesquisa foi cotejada com o quadro geral que percebemos no ambiente jurídico como um todo e particularmente na academia, por meio da lógica situacional e argumentativa, e complementada por meio de pesquisa de campo, em caráter exploratório, aplicada a alunos do corpo discente da Unichristus, acerca de suaa pré-compreensões sobre a natureza do conhecimento jurídico. Buscamos entremear nossos argumentos por meio de contra-indução, no intuito de imprimir maior rigor às posições que assumimos.

O questionário utilizado na pesquisa de campo constava de duas perguntas, aplicado a um universo de setenta e três alunos distribuídos em turmas de disciplinas distribuídas pelo segundo, quarto, quinto e nono semestres do curso de Direito da Unichristus. A primeira pergunta indagava se os alunos consideravam que o Direito era uma ciência. Cinquenta e seis respondentes disseram que sim, representando uma parcela de 77% do total; e apenas 17 alunos responderam que não, o que corresponde a apenas 23% do universo pesquisado. Os estudantes que responderam não à primeira pergunta, passaram à segunda questão, que arguia qual seria, então, a natureza do Direito – ao que se seguiram respostas bastantes variadas. Seis alunos responderam que a natureza do Direito era retórica. Cinco responderam que seria alguma

outra natureza, que não ciência, mas sem especificar qual. Um respondeu que essa outra natureza seria uma mistura de técnica e dogma. Dois responderam que seria arte. Um respondeu que seria técnica, exclusivamente. Outro que seria dogma. O último disse não saber.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Em vista da pesquisa de campo realizada, podemos dizer que a ideia de cientificidade continua a ser propagada no universo jurídico. Podemos constatar que isso ocorre, a despeito da debilidade dos argumentos que a sustentam, considerando-se que o argumento metodológico não se adequa nem mesmo às ciências da natureza. Somando-se a isso, as evidências de que a lógica jurídica é de base retórico-argumentativa, afastamos qualquer tentativa de regência do universo jurídico a partir de um referencial objetivo.

Apesar de amplamente difundido, o ideal de cientificidade do Direito não tem contribuído para o desenvolvimento de um espírito realmente científico no ambiente jurídico, que se mantém apegado a uma atitude infensa à crítica, cioso de sua autoridade e refratário a observar condicionantes sócio-culturais limitadores de seus poderes. Percebe-se, na verdade, que os mecanismos de ampliação da autoridade de instâncias judiciais superiores têm sido aumentados sem a contrapartida de maior responsabilização dos juízes perante a sociedade, convertendo-se , consequentemente em menor representatividade democrática das decisões e teses jurídicas.

5 CONCLUSÃO

A concepção dogmático-científica do conhecimento jurídico é teoricamente inconsistente e equivocada quanto à sua adequação a uma sociedade democrática de direito. A concatenação de dois conceitos paradoxais (dogma/ciência) estimula a formação de um ambiente ideologicamente autoritário, pois alicerça a ideia de que as opiniões dos doutrinadores e magistrados, especialmente aqueles das mais altas cortes, por suposto (dogmaticamente), seriam resultado de uma consciência metafísica superior e que ao se manifestarem em concreto (cientificamente), representariam a solução incontestável para um dado caso.

A superação desse quadro epistêmico contribuiria para desenvolver maior consciência sobre o verdadeiro nível de subjetividade e influência axiológica embutido nas posições doutrinárias e jurisdicionais. Os efeitos dessa nova consciência favoreceriam a construção de um ambiente propício à crítica, que, em conjunto com a perspectiva tridimensional do Direito, influenciariam o aperfeiçoamento da lógica argumentativa – característica do conhecimento jurídico – pois induziriam ao aumento no grau de *accountability* (responsabilização social) dos raciocínios jurídicos.

A consequência imediata desse novo quadro seria o desestímulo ao ativismo judicial e a redução da necessidade de mecanismos de controle estrito das instâncias judiciais superiores sobre aquelas mais próximas do cidadão comum. Desse modo, seriam lançadas as bases para a construção de uma tradição jurídica mais estável e democrática, pois originada junto ao povo e decorrente de conhecimentos e mecanismos respaldados pela sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubens. **O que é Científico?** 3. ed. São Paulo: Edições Loyola Jesuítas, 2011.

AUSTIN, John. ***The Province of Jurisprudence Determined.*** 1. ed. New York: Cambridge University Press, 1995.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método.** 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo.** 1. ed. Salvador/BA: Editora Jus Podium, 2014.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito:** conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **A Lógica Jurídica:** nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes**,** 2004.

PIAGET, Jean. GARCIA, Rolando. **Psicogênese e História das Ciências.** 1. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

POPPER, Karl R. **Lógica das ciências sociais.** 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito:** preliminares históricas e sistemáticas. 3. ed. rev. at. São Paulo: Saraiva, 1980.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça.** 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEVERO ROCHA, Leonel. KING, Michael. SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RACISMO NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NA FORMAÇÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA

Rodrigo Monteiro de Oliveira[152*]
Gustavo Fernandes Meireles[153**]

Sumário:

1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 2.1 Conceitos fundamentais. 2.2. Contexto histórico do racismo no Brasil. 2.3 O preconceito racial à vista da sociedade brasileira. 2.4 A influência da mídia na questão racial. 2.5 O movimento negro no combate ao preconceito racial. 2.6 O papel do Estado quanto à questão do racismo. 3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O seguinte artigo, embasado em pesquisa bibliográfica, tem como principal objetivo explorar a questão da discriminação racial demonstrando-a como um dos principais fatores desencadeadores das desigualdades sociais que acometem a sociedade brasileira atualmente, buscando expor o racismo como uma prática totalmente contrária ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana tal como preconizado pela nossa Constituição Federal de 1988, tendo em vista os vários questionamentos morais e jurídicos que podem ser feitos, inclusive no que diz respeito a noção básica de Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, através de um breve levantamento histórico, intenta-se destacar a trajetória do negro na formação da sociedade brasileira, observando os obstáculos com que estes se depararam após a abolição da escravidão, enfatizando a forma como a população negra é tratada no atual contexto social do Brasil, além de expor brevemente sobre a atuação dos afrodescendentes no combate as desigualdades raciais e a possível atuação do Estado no controle dos efeitos causados pelo racismo.

Palavras-chave: Desigualdades. Discriminação. Racismo. Dignidade.

ABSTRACT

The following article, based on a literature review, aims to explore the issue of racial discrimination demonstrating it as one of the main triggers of social inequalities affecting Brazilian society currently seeking to expose racism as a practice totally contrary to the fundamental principle the dignity of the human person as recommended by our Federal Constitution of 1988, in view of the various moral and legal questions that can be made, including as regards the basic notion of a democratic state. Therefore, through a brief historical survey, intends to highlight the trajectory of black in the formation of Brazilian society, observing the obstacles they faced after the abolition of slavery, emphasizing how the black population is treated in the current context social of Brazil, besides exposing briefly about the performance of African descent in combating racial inequality and the possible state action in controlling the effects caused by racism.

Keywords: Inequalities. Discrimination. Racism. Dignity.

---

152 *Aluno do Centro Universitário Christus, atualmente cursando o 2º semestre do curso de Direito. O presente artigo é destinado à conclusão do Grupo de Estudos Diversidade e Cidadania, com a supervisão e orientação do professor Gustavo Fernandes Meireles.

153 **Doutorando em Direito Internacional pela Université d'Évry Val d'Essonne (França). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Membro do Mundo Direito: Grupo de Estudos em Direito Internacional (CNPq/UFC). Orientador da área de Direitos Humanos do Grupo de Estudos e Assuntos Internacionais da UFC (GEDAI-UFC). Desenvolve pesquisas em direito internacional público e em direito internacional privado. Professor do curso de Direito da Unichristus. Professor do curso de Direito da FAECE e FAFOR. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira é vista como um espaço multicultural e diverso, não se restringindo somente a particularismos étnico-raciais, mas abrangendo, também, preferências sexuais, diferentes modos de falar, interpretar, ver e reagir, tudo decorrente de um imenso patrimônio cultural.

Essas diferenças culturais, entretanto, nem sempre coexistiram de maneira pacífica. O Brasil, por exemplo, já foi palco de conflitos violentos, resultados da intolerância, do desrespeito e da subjugação de uma cultura perante outra, sobretudo quando nos referimos a questões étnicas, como as relações entre brancos e negros, que no passado foram marcadas pela escravização e maus tratos físicos e psicológicos destes em relação aqueles, sendo seus efeitos percebidos até hoje.

De fato, se por um lado as diferenças culturais são vistas de forma negativa por causarem intolerância e consequentes reações negativas à sua existência, de outro, podem ser encaradas como uma forma de enriquecimento moral e social.

É a partir disso que neste despretensioso artigo optou-se por se tratar exclusivamente do racismo no Brasil, ainda que não seja a única forma de demonstração de intolerância, mas por se tratar de um dos fatores históricos que mais promovem as desigualdades sociais no país, encarando-o, também como um regresso do ponto de vista moral, intelectual, cultural e social.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Conceitos fundamentais

É muito comum surgir entre as pessoas algumas dúvidas a respeito do que seria racismo, tais como: preconceito e discriminação racial são a sinônimos ou o racismo e discriminação racial são formas de preconceito? Qual a diferença entre raça e cor? Raça é o mesmo que etnia? Desse modo, para a melhor compreensão do tema, pretende-se suprir estas dúvidas esclarecendo o significado de cada expressão aqui utilizada.

O que se pode entender de preconceito é que seria este uma ideia, um conceito ou opinião formada antecipadamente sem

um conhecimento real dos fatos, podendo causar intolerância, aversão, repúdio ou ódio irracional e desnecessário à pessoas de cultura, credo ou religiões diferentes. Fica claro, portanto, que preconceito é uma postura ou uma ideia pré-concebida que uma pessoa ou um grupo de pessoas tem em relação a algo ou a outras pessoas, sem fundamento concreto.

O racismo, por outro lado, é uma forma de preconceito, sendo o meio pelo qual um determinado grupo racial se afirma como superior diante de outros grupos, causando, por exemplo, a separação de povos dentro de um país, como ocorreu na África do Sul ao tempo do apartheid, ou, em casos mais extremos, podendo acarretar o extermínio de povos considerados inferiores.

O preâmbulo da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial dita que

> a doutrina da superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, não existindo justificação para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum [1].

Fica claro, portanto, que embora o racismo tenha sido considerado por muito tempo uma doutrina, um pensamento científico, sobretudo na Europa do século XIX, e tendo sido parcialmente absorvido pela sociedade brasileira [2], hoje se encontra em vias de superação, pelo menos quanto ao seu caráter de cientificidade, porque, na realidade, o racismo ainda está presente na mentalidade de muitas pessoas, seja no âmbito do trabalho, no meio escolar e até mesmo acadêmico.

O artigo 1º da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, elaborada no contexto da ONU e ratificada pelo Brasil em 1968, conceitua discriminação racial como

> toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública [3].

Vale ressaltar a existência de uma discriminação positiva, prevista no parágrafo 4º do artigo 1º da referida Convenção, que dispõe:

> Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos [4].

A discriminação positiva, portanto, é utilizada para igualar condições necessárias à participação dos indivíduos em uma competição justa e saldável. Entretanto, quando tal discriminação consegue atingir seus objetivos, deve cessar imediatamente para não gerar uma discriminação reversa, ou seja, uma reincidência em discriminação negativa – favorecimento de uns em detrimento de outros – com a manutenção de direitos separados.

De acordo com o exposto, podemos aferir que discriminar, em geral, é o ato de separar, diferenciar, tendo em vista que isso nem sempre é feito de forma negativa, pois às vezes a discriminação é feita para se alcançar resultados positivos, mediante adoção de critérios legais, por exemplo. O sentido de discriminação que se pretende abordar neste presente estudo é a Discriminação Racial, que é uma prática reprovada e punível pelo nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a nossa Constituição Federal de 1988, em alguns de seus dispositivos normativos, prevê:

- Artigo 1º, inciso III - a Dignidade da Pessoa Humana é um fundamento da República Federativa do Brasil ao constituir-se em Estado Democrático de Direito.
- Artigo 3º, inciso IV - é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil combater preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
- Artigo 4º, inciso VIII - reafirma o compromisso da República ao repudiar a prática de racismo.
- Artigo 5º, inciso XLII - considera a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei [5].

Existem várias definições para o termo raça que geralmente são utilizadas para representar um determinado grupo de pessoas que compartilham características morfológicas em comum. A cor da pele, tipo de cabelo, conformação facial e cranial, ancestralidade e genética, por exemplo, são características fenotípicas que se verificam ao se conceituar raça [6].

A maioria dos estudiosos não considera raça um termo científico, podendo ter significado biológico somente quando o ser se apresenta homogêneo, indiferente ou exclusivamente puro, como em algumas espécies de animais domésticos. Tais condições não são encontradas em seres humanos, validando-se, dessa forma, o amplo consenso entre cientistas de que não existem raças humanas, biologicamente falando [7], ou seja, não se pode admitir a existência de subdivisões raciais de seres humanos, não se falando, portanto, em raças humanas e sim em raça humana. Não se atribui critérios de diferenciação de raça para seres racionais, apenas para irracionais, pois nestes nota-se diferenças relevantes para classifica-los [8].

O termo cor, no sentido aqui empregado, representa as variações da pigmentação da pele devido a uma quantidade maior ou menor de substância melanina. Cientificamente, essas variações não são significativas para diferenciar seres humanos entre si. Infelizmente, no Brasil, nota-se que pessoas com uma coloração de pele mais branca, tem maior possibilidade de ascensão social, podendo vir a ocupar altos cargos na esfera pública e privada mais facilmente do que pessoas com a pele mais escura [9], aumentando, dessa forma, o preconceito racial.

É importante, ainda, esclarecer outro conceito que muitas vezes costuma se confundir com o conceito de raça. Seria o termo etnia, aqui empregado para designar um grupo de pessoas a partir de seus fatores culturais, como a nacionalidade, afiliação tribal, religião, língua, território compartilhado e as tradições de um determinado grupo, além da aparência física [10]**.** Etnia, portanto, não se refere somente a semelhanças genéticas de um grupo de pessoas, mas também e principalmente ao seu âmbito cultural.

Com isso, apesar de se tratar, aqui, com exclusividade aos negros, devemos ter em mente que o racismo não se restringe ou se dirige somente a estes, mas a muitos outros povos e etnias diferentes.

2.2 Contexto histórico do racismo no Brasil

A chegada dos negros ao Brasil ocorreu por volta do século XVI, como vítimas do comércio escravocrata que perdurou na América até o século XIX, chegando a formar uma significativa parcela da população, encarregada de exercer os trabalhos mais árduos e ocupando o status social mais baixo. Muitos negros foram obrigados a trabalhar em propriedades rurais, submetendo-se a um sistema patriarcal de produção rural [11].

De fato, "o Brasil foi o principal destinatário do comércio internacional de escravos africanos entre os séculos XVI e XIX e foi o último país das Américas a abolir o regime escravocrata, em 1888" [12].

Diante disso,

> estima-se que 4.2 milhões de homens e mulheres chegaram a terras brasileiras, violentamente forçados a sair da África e cruzar o Oceano Atlântico em condições precárias, para se transformarem em escravos no Brasil. A título de ilustração, até 1800, o país recebeu 2.5 milhões de africanos, homens e mulheres, enquanto para toda a América espanhola, no mesmo período, foram menos de 1 milhão. Por volta de 1872, de todos os escravos vivendo no país, mais de 90% haviam nascido no Brasil. Em 1890, dois anos após a abolição do regime escravocrata, a população negra representava quase 50% da população brasileira [13].

Em regiões como Estados Unidos, África do Sul, América Central, dentre outras, que também aderiram ao sistema escravocrata, o trabalho escravo também se desenvolveu principalmente no sistema de *plantation* [14].

É importante salientar que uma das principais características que diferencia o Brasil dos outros países em que ocorreu escravização da população negra, é justamente a questão da miscigenação entre negros e brancos, a qual ocorreu de forma bastante acentuada na sociedade brasileira. Contrariamente, em outros países como Estados Unidos e África do Sul a acirrada segregação racial (apartheid) manteve, em parte, essas categorias sociais – consideradas raças distintas – isoladas.

Foram vários os sociólogos e antropólogos brasileiros que tentaram explicar esse processo de miscigenação entre negros e brancos no Brasil, dentre eles, Gilberto Freyre que, em sua obra *Casa Grande e Senzala* afirma que:

> Quanto à miscibilidade, nenhum povo colonizador, dos modernos, excedeu ou sequer igualou nesse ponto aos portugueses. Foi misturando-se gostosamente com mulheres de cor logo ao primeiro contato e multiplicando-se em filhos mestiços que uns milhares apenas de machos atrevidos conseguiram firmar-se na posse de terras vastíssimas e competir com povos grandes e numerosos na extensão de domínio colonial e na eficácia de ação colonizadora [15].

Ainda em relação à miscibilidade, Freyre ressalta que

> foi o processo pelo qual os portugueses compensaram-se da deficiência em massa ou volume humano para a colonização em larga escala e sobre áreas extensíssimas. Para tal processo preparara-os a íntima convivência, o intercurso social e sexual com raças de cor, invasora ou vizinhas da Península, uma delas, a de fé maometana, em condições superiores, técnicas e de cultura intelectual e artística, à dos cristãos louros [16].

Ademais, ao afirmar positivamente o processo de miscigenação, Freyre traz a ideia de que este atua como uma forma de enriquecimento cultural e, juntamente com isso, a ideia de "democracia racial", baseada nos mitos do "luso-tropicalismo" e do "Senhor Amável" e, segundo a qual, haveria no Brasil uma espécie de convivência pacífica entre as etnias e que todos teriam iguais chances de sucesso individual, refutando-se, portanto o passado de escravidão em nosso país [17].

Nota-se aí, a atitude pouco preconceituosa do português, juntamente com o fato de virem poucas mulheres europeias à colônia, criando, dessa forma, condições favoráveis ao processo de miscigenação entre os senhores da Casa Grande e as escravas da Senzala. Seria a miscigenação que iria sustentar a crença na democracia racial no Brasil. Entretanto, ao notar o fato de os negros ocuparem, na República, uma situação de extrema pobreza, o autor afirma que o negro não teria boas condições de viver dignamente na sociedade brasileira, não por ser negro, mas por ser pobre [18].

Com efeito, nota-se que além da discriminação cultural, a qual a população negra também se tornou vítima, esta, inevitavelmente, também se tornou objeto de desigualdades socioeconômicas. A pobreza material dos negros adveio, naquela época, da exclusão e das condições precárias de vida as quais foram submetidos como consequência do processo de escravidão.

Tendo em vista Gilberto Freyre como o responsável pela criação deste "mito" da democracia racial no Brasil, embasada, sobretudo, em uma ideia de meritocracia individual, foi a partir de sua obra, portanto, que surgiu o erro em se pensar que não há racismo no Brasil.

2.3 O preconceito racial à vista da sociedade brasileira

As enormes distâncias que ainda separam negros de brancos no Brasil estão expressas nas relações interpessoais diárias, sobretudo quando se observa os acessos desiguais a bens e serviços, o modo como ocorre essas relações no mercado de trabalho, no engajamento ao ensino superior bem como ao gozo de direitos civis, sociais e econômicos [19].

Com efeito, um levantamento publicado pelo Portal Brasil em 2012 e atualizado em 2014, mostra que, a partir do resultado

do Censo Demográfico 2010, os brancos ainda continuam recebendo salários mais altos e estudando mais que os negros [20].

Quanto ao engajamento em educação de nível superior, O Censo Demográfico de 2010 aponta para a grande desigualdade que existe no acesso a níveis de ensino pela população negra. No grupo de pessoas de 15 a 24 anos que frequentava o nível superior, 31,1% dos estudantes eram brancos, enquanto apenas 12,8% eram negros e 13,4% pardos [21].

Em comparação com o Censo realizado em 2000, o percentual de pardos cresceu de 38,5% para 43,1% (82 milhões de pessoas) em 2010. A proporção de negros também subiu de 6,2% para 7,6% (15 milhões) no mesmo período. Esse resultado também aponta que a população que se autodeclara branca caiu de 53,7% para 47,7% (91 milhões de brasileiros). Conclui-se, dessa forma, que apesar da predominância da população negra no Brasil, esta ainda é marcada pela desigualdade racial [22].

Ao se constatar essa sedimentação do racismo nas relações interpessoais no Brasil, observa-se, também, que a forma de expressão desse racismo não é uma constante, modificando-se com o tempo, surgindo diferentes e novas formas de tratamento que juntamente com o mito da democracia racial, ainda existente na mentalidade de muitas pessoas, camuflam e preservam a estrutura de desigualdades entre negros e brancos no país. Apesar de existirem normas que condenam o racismo e as diversas formas de discriminação racial explícita, algumas pessoas sempre lançam mão de um conjunto de formas mais sutis de manifestações racistas.

Outros fatores, como o passado de exclusão e invisibilidade da população negra, sua condição, muitas vezes de miséria e, principalmente, o não reconhecimento de seus direitos após a abolição da escravidão no Brasil, em 1888, que não teve a preocupação de inserir, de forma digna, o negro na sociedade, fizeram com que o racismo se tornasse uma das principais formas de promoção das injustiças sociais que assolam e envergonham a sociedade brasileira em pleno século XXI.

A grande maioria da população brasileira identifica e reconhece a existência do racismo no Brasil, entretanto, apenas uma minoria admite ser racista. Ademais, a percepção de que o racismo está presente na sociedade brasileira, não provêm da confissão daqueles que dizem ser racistas, mas sim daqueles que sofrem seus efeitos. O que existe, em verdade, é uma omissão da responsabilidade de encarar que tendências de discriminação negativa, seja ela racial ou de qualquer outro tipo, existem nas nossas mais diversas manifestações e atuações cotidianas.

Tendo em vista, portanto, todas as situações desumanas a que os negros foram submetidos, todos os maus tratos físicos e psicológicos decorrentes do seu passado de escravidão, surge, a partir desse momento, a necessidade de enfrentar um desafio atual: garantir a inclusão digna e justa da população negra nos diversos seguimentos da vida social e civil, sobretudo em se falando do âmbito econômico, educacional e laboral, com o reconhecimento e o consequente respeito à sua cultura, costumes e crenças que influenciaram na formação da sociedade brasileira, vista como uma sociedade diversa e multicultural. Tudo isso com o objetivo de garantir a aplicação dos direitos humanos e fundamentais irradiados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tornando efetiva a promoção de uma sociedade justa, solidária e igualitária, tal como preconizada por nossa Constituição Federal, com a eliminação ou a possível minimização de toda e qualquer forma de preconceito negativo.

Vale ressaltar ainda, considerando-se a complexidade social do tema em questão, algo que é muito comum, não só na sociedade brasileira, mas também em outros países: o preconceito racial na relação branco-negro nem sempre parte da pessoa branca, mas do próprio negro como uma forma de resposta ou aversão a outra cultura que em um determinado momento o minimizou e o mal tratou. Não obstante a isso, em alguns casos percebe-se o preconceito racial que o negro tem com ele mesmo, em virtude de uma estigmatização que este sofreu ao se enxergar como um ser inferior em relação a outra cultura (branca), e que passa a reproduzir.

2.4 A influência da mídia na questão racial

No Brasil, além das redes sociais, a opinião da população também é extremamente influenciada pela mídia e seus diversos setores, tais como a televisão, o rádio e a imprensa escrita que estão sob o domínio de alguns poucos empresários fortemente ligados ao poder econômico e político [23].

Ao nos determos aos programas televisivos, por exemplo, percebemos que ainda são poucas as participações dos negros, seja em telejornais, propagandas ou em novelas as quais, muitas vezes, ainda se atribui ao negro a figura do "malandro" ou do "bandido", tendo sido poucas as vezes em que a este se tenha atribuído um papel ou posição de grande destaque social.

Desse modo, portanto, a forma como a imagem do negro é repassada cria, em muitos casos, na população, sobretudo para aqueles desprovidos de uma maior consciência crítica, a ideia de que os negros são pessoas com capacidade de ascensão social inferior a dos brancos. Isso é um fator que contribui ainda mais para a manutenção de estereótipos racistas.

2.5 O movimento negro no combate ao preconceito racial

Diante de todas as formas de repressão e maus tratos, juntamente com a subjugação de sua cultura, decorrente de seu passado desumano de escravidão, os negros passaram a se organizar em grupos e instituições, formais e informais, com objetivo de reivindicar o reconhecimento de seus direitos civis e sociais frente ao Estado e a própria sociedade.

Dessa forma, o movimento negro se tornou o principal meio de denúncia do racismo e de combate às desigualdades decorrentes da discriminação racial. Além de ter como objetivo central a luta antirracista e a eliminação das distâncias que separam negros de brancos, o movimento negro tenta, através de processos comunicativos e diálogos, alertar a população brasileira dos efeitos do racismo e acabar com os estereótipos negativos construídos pela sociedade em relação à imagem dos negros.

Com isso, devemos lembrar, aqui, de alguns grupos e organizações com importância fundamental para a promoção e continuidade do movimento negro no Brasil, tais como a Frente Negra Brasileira, que surgiu em 1931 como uma reação

a exclusão da população negra após o fim da escravidão, sendo o primeiro grande movimento político organizado da população negra, tendo sofrido várias repressões e sendo extinto, no ano de 1937, devido ao regime político ditatorial estabelecido no Brasil pelo Estado Novo. Surge também, em 1978 (época da ditadura militar), o Movimento Negro Unificado (MNU); a Marcha Zumbi dos Palmares, de 1995; a Coordenação Nacional de Entidades Negras (CONEN); a União de Negros pela Igualdade (UNEGRO); campanhas como "onde você guarda o seu racismo", de 2004, além da Articulação de Mulheres Negras Brasileiras (AMNB) e o Fórum Nacional de Mulheres Negras (FNMN), que expõem os efeitos da união entre as desigualdades de gênero e raça no Brasil [24].

Todas essas organizações que compõem o movimento negro têm como objetivo comum propor e reclamar ao Estado soluções mais concretas de superação do preconceito e das desigualdades raciais, ressaltando, além disso, que o problema do racismo não é um assunto que diz respeito apenas ao Estado, aos negros e suas organizações, mas a toda sociedade. Entretanto, existem muitos obstáculos que o movimento negro encontra, como a insuficiência de recursos e, principalmente, a dificuldade de acabar com ideologias que negam o racismo, a exemplo da democracia racial.

É importante lembrar aqui, que desde os tempos de escravidão já se notava a luta incessante dos negros contra as condições subumanas as quais eram submetidos. A história trata de momentos de resistência liderados pelos negros escravos, como as fugas empreendidas por estes para as comunidades rurais quilombolas, destacando-se o Quilombo dos Palmares que é considerado um símbolo da luta dos negros africanos contra a escravidão. Tais comunidades existem até hoje, tendo sido assegurado, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), em seu art. 68, o direito a propriedade definitiva da terra. O movimento abolicionista dos séculos XVIII e XIX, que lutava pelo fim do regime escravocrata, também é considerado um exemplo da luta histórica dos negros por sua emancipação.

A luta contra o racismo não está somente na atuação desses grupos, encontrando-se, também, nos estilos musicais, tais como o samba, o *rap* e o *hip-hop*, sendo estes dois últimos partes de um movimento cultural inovador, de caráter popular e com traços característicos da periferia. Justamente por terem uma maior aproximação popular e por serem uma forma de expressão da juventude rebelde, o *rap* e o *hip-hop* quebram com o discurso tradicional dos outros movimentos negros sociais.

Cabe ressaltar, entretanto, que apesar de o *rap* e o *hip-hop* possuírem letras de protestos antirracistas e de denúncia social, eles também fazem alusão à população marginalizada seja ela negra ou branca e, por isso, não podemos dizer que fazem parte de um movimento exclusivamente negro.

2.6 O papel do Estado quanto à questão do racismo

Como já foi dito, desde a abolição da escravidão no Brasil, em 1888, o negro passou por um processo de exclusão e marginalização, dependendo, muitas vezes, de sua própria sorte e sem o apoio do Estado. Pouquíssimos foram os negros que conseguiram, nesse momento histórico, algum tipo de ascensão social. Diante dessa dificuldade de inclusão social, os negros passaram a se agrupar em locais periféricos das grandes cidades, agravando ainda mais o processo de favelização e ficando, de certo modo, alheios a certos direitos, bens e serviços de que gozavam o restante da população.

Com isso, adveio, também, a criminalização dessa população negra marginalizada que não tendo acesso às mesmas condições materiais das quais dispõem outros setores da sociedade, passaram a praticar delitos, como roubos e até mesmo assassinatos, o que, infelizmente, favoreceu ainda mais a formação inevitável de estereótipos negativos em relação a sua imagem.

Sabemos, entretanto, que essa situação não se dirige exclusivamente aos negros, existindo uma parcela da população branca que também se encontra marginalizada e criminalizada, mas essa parcela é representada por um número muito inferior a que corresponde à população negra, sendo isto um fator histórico.

Em um determinado momento histórico, a partir do surgimento do neoconstitucionalismo na Europa, em meados do século XX, percebeu-se que as constituições passaram a abordar em seus textos certa supremacia material acompanhada de uma intensa carga valorativa ou axiológica, com força normativa, na qual o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana começa a irradiar todo o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, com a nossa Constituição Federal de 1988 que representou a formação de um Estado Democrático de Direito, trazendo com sigo direitos, deveres e garantias fundamentais para a sociedade e para o Estado, passou-se a encarar determinados objetivos, ou, em um sentido mais adequado, determinados "desafios", como a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, a eliminação da pobreza, da marginalização e a diminuição das desigualdades sociais, a obrigação que o Estado tem de prestar serviços na área da saúde e da educação, a promoção da "igualdade" de todos na lei e perante a lei, além de promover o bem de todos sem preconceitos ou discriminações negativas, tudo isto previsto pela referida Constituição.

Estamos tratando, aqui, da necessidade de reconhecimento pelo Estado, não só de direitos individuais, mas também de direitos sociais, difusos e coletivos, baseados, principalmente, na dignidade da pessoa humana.

Mesmo com toda essa mensagem que o ordenamento jurídico constitucional tenta nos passar, ainda temos, no Brasil, o Estado como o maior violador de direitos fundamentais.

Diante disso, não se pode mais tolerar omissão por parte do Estado sobre a questão do racismo e das desigualdades que a população negra ainda sofre cotidianamente. Embora nos últimos anos tenham sido intensificadas ações políticas a fim de proporcionar aos negros as mesmas condições de acesso a determinados setores da sociedade, dos quais dispõem a maioria da população branca, ainda se percebe claros índices de desigualdades entre brancos e negros.

Sabe-se, até aqui, que os negros, historicamente, fazem parte de uma cultura minoritária e, como foi dito anteriormente, estes não são apenas alvo de discriminações culturais, mas

também de desigualdades socioeconômicas. Com isso, é preciso mais do que políticas de reconhecimento público, tornando necessária uma maior seriedade na promoção de políticas de redistribuição de recursos.

De fato, estamos frente a mais este desafio: tentar "conciliar as políticas de reconhecimento e as de redistribuição" [25]. Sabe-se que o Estado é o responsável pelo cumprimento desse dever, mas paralelamente a isso, a lei deve ser utilizada para amparar e proteger a população negra economicamente minoritária, sendo o Direito uma ferramenta que viabiliza a movimentação das condições necessárias para se eliminar as distâncias entre negros e brancos.

É preciso cumprir, primeiramente, com o que está posto em nossa Constituição, assegurando igual acesso à saúde, educação e segurança de qualidades para todos, independentemente de serem brancos ou negros. Ao se falar aqui de igualdade, nos remetemos não só ao seu sentido formal, mas também ao seu sentido material.

Assim, igualdade formal significa tratar todas as pessoas de forma isonômica ou, no sentido aristotélico do termo, seria fornecer aos iguais um tratamento igualitário e aos desiguais um tratamento desigual na medida de sua desigualdade. Tal igualdade, portanto, abrange a igualdade na lei e a igualdade perante a lei. Enquanto na primeira o legislador é proibido de elaborar normas que façam distinções não autorizadas pela Constituição Federal, na segunda os poderes estatais, ao aplicarem a norma, devem fazer isso de maneira igual para todos, não utilizando meios seletivos injustificados.

A igualdade material, por outro lado, é a garantia de que todos tenham acesso aos direitos sociais substanciais e materiais previstos em um ordenamento jurídico constitucional.

3 METODOLOGIA

Para o presente artigo científico, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, por meio do estudo de vários outros artigos científicos, sites de notícias, a Constituição Federal de 1998, além de livro didático de conteúdo jurídico e livro interdisciplinar de caráter sociológico.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

O atual artigo científico vem a evidenciar a inaceitável situação de desigualdade em que a maioria da população negra ainda se encontra no atual contexto social brasileiro, que embora seja visto sob o ponto de vista multicultural, percebemos que ainda é muito difícil conviver com o "diferente", gerando, muitas vezes, insatisfação, intolerância e até mesmo aversão.

Foi posto, aqui, que grande parte dos negros se depara com muitos obstáculos que impedem sua inclusão e participação de forma mais justa em certos setores da vida social e civil, tais como o ensino escolar e acadêmico e o mercado de trabalho. Infelizmente, a maioria desses obstáculos decorre de algo que está muitas vezes escondido, mas presente na estrutura de relações entre as pessoas: o racismo, através do qual passa a ocorrer uma seleção de pessoas, que diante da cor de sua pele, são consideradas como "boas" ou "ruins", "capazes" ou "incapazes".

As pessoas não querem encarar o fato de que o racismo ainda se manifesta nas nossas mais diversas atuações cotidianas, seja implícita ou explicitamente, sendo ainda muito comum a permanência de estereótipos negativos em relação à imagem dos negros, ora estimulados pela mídia, ora decorrentes de crenças negativas que permanecem entranhadas na mentalidade de muitas pessoas. Não obstante a isso, a herança da democracia racial, deixada por sociólogos e antropólogos como Gilberto Freyre, fundamentada na crença de que não há racismo na sociedade brasileira, é um fator que contribui para esconder as mais diversas, sutis e, até mesmo, inconscientes manifestações de preconceito de cor, fomentando ainda mais a permanência do racismo no Brasil.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, não se pretende, aqui, ensaiar uma resposta soberana ou a solução mais fidedigna para o racismo, considerando-se que, antes de tudo, trata-se de um fenômeno consequente de experiências factuais vividas em um passado não muito distante e que se enraizaram na mais pura consciência interna dos indivíduos provocando o levantamento de discussões sobre questões eminentemente morais, éticas e sociais.

Não podemos simplesmente e unicamente exigir que o Estado crie e cumpra leis de caráter penal para se erradicar o racismo - que hoje é visto como crime em nosso ordenamento jurídico, sobretudo por nossa constituição - e diversas outras formas de desigualdades que perpetuam na sociedade brasileira. Sim, é verdade, o Estado não só possui o dever como também exerce um papel fundamental na garantia da justiça e "igualdade social" entre todos, entretanto, sabendo que os preconceitos negativos estão mais ligados a questões internas das pessoas, não cabe somente ao Estado combater esse problema, até porque este não deve adentrar ao espaço reservado à consciência interna dos indivíduos, pois estaria, dessa forma, violando a noção básica de um Estado de Direito do qual adveio, posteriormente, nosso atual Estado Democrático de Direito.

É preciso, primeiramente, trabalhar a questão da consciência das pessoas através de diálogos em âmbitos familiar ou doméstico, escolar, acadêmico e laboral, tendo em vista, a necessidade de se alcançar e repassar um significado mais consistente de humanidade, dignidade, humildade e respeito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO** Disponível em http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant.** São Paulo: Mandarim, 2000.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

CAMINO, Leoncio. Silva, Patrícia da. MACHADO, Aline. PEREIRA, Cícero. **A Face Oculta do Racismo no Brasil: Uma Análise Psicossociológica.** Revista Psicologia Política. Disponível em http://www.fafich.ufmg.br/psicopol/pdfv1r1/Leoncio.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

CICONELLO. Alexandre. **O desafio de eliminar o racismo no Brasil: a nova institucionalidade no combate à desigualdade racial.** Disponível em http://www.portaldoservidor.ba.gov.br/sites/default/files/Racismo%20%20texto%20do%20Peck.pdf, Acesso em 12 de dezembro de 2014.

CUNHA JUNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** Ed. JUSPODIVM: Saõ Paulo, 2012.

DOMINGUES. Petrônio. **Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos.** Disponível em http://www.scielo.br/pdf/tem/v12n23/v12n23a07.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala.** São Paulo: Global, 2013.

IBGE. **Censo IBGE 2010**. Disponível em http://censo2010.ibge.gov.br/. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

PRIORE, Mary Del. **Multiculturalismo ou de como viver junto.** Disponível em http://www.faculdadechristus.com.br/download/enade2009/enade_2009_0510_multiculturalismo.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

SANTOS, Diego Junior da Silva. PALOMARES, Nathália Barbosa. NORMANDO, Davis. QUINTÃO, Cátia Cardoso Abdo. **Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar**. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/dpjo/v15n3/15.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

SOARES FILHO. Almiro de Sena. **Estudo da Legislação Penal de Combate ao Racismo**. Disponível em http://siteantigo.mppe.mp.br/uploads/tNA2KLu9DnZW7E6s5mOJBQ/v4YTAFd0jrgpQnLVBMC1Q/artigo-Estudo_legislacao_penal_combate_racismo.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

(Endnotes)

1 SOARES FILHO. Almiro de Sena. **Estudo da Legislação Penal de Combate ao Racismo.** p. 3. Disponível em http://siteantigo.mppe.mp.br/uploads/tNA2KLu9DnZW7E6s5mOJBQ/v4YTAFd0jrgpQnLVBMC1Q/artigo-Estudo_legislacao_penal_combate_racismo.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

2 Idem, ibidem. p. 3.

3 Idem, ibidem. p. 1.

4 Idem, ibidem. p. 1.

5 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

6 SANTOS, Diego Junior da Silva. PALOMARES, Nathália Barbosa. NORMANDO, Davis. QUINTÃO, Cátia Cardoso Abdo. **Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar.** p. 122 e 124. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/dpjo/v15n3/15.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

7 SANTOS, Diego Junior da Silva. PALOMARES, Nathália Barbosa. NORMANDO, Davis. QUINTÃO, Cátia Cardoso Abdo. **Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar.** p. 122 e 124. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/dpjo/v15n3/15.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

8 SOARES FILHO. Almiro de Sena. **Estudo da Legislação Penal de Combate ao Racismo.** p. 3. Disponível em http://siteantigo.mppe.mp.br/uploads/tNA2KLu9DnZW7E6s5mOJBQ/v4YTAFd0jrgpQnLVBMC1Q/artigo-Estudo_legislacao_penal_combate_racismo.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

9 Idem, ibidem. p. 3.

10 SANTOS, Diego Junior da Silva. PALOMARES, Nathália Barbosa. NORMANDO, Davis. QUINTÃO, Cátia Cardoso Abdo. **Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar.** p. 123. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/dpjo/v15n3/15.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

11 CAMINO, Leoncio. Silva, Patrícia da. MACHADO, Aline. PEREIRA, Cícero. **A Face Oculta do Racismo no Brasil: Uma Análise Psicossociológica.** Revista Psicologia Política. p. 20. Disponível em http://www.fafich.ufmg.br/psicopol/pdfv1r1/Leoncio.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

12 CICONELLO. Alexandre. **O desafio de eliminar o racismo no Brasil: a nova institucionalidade no combate à desigualdade racial.** p. 2. Disponível em http://www.portaldoservidor.ba.gov.br/sites/default/files/Racismo%20%20texto%20do%20Peck.pdf, Acesso em 12 de dezembro de 2014.

13 Idem, ibidem. p. 2.

14 CAMINO, Leoncio. Silva, Patrícia da. MACHADO, Aline. PEREIRA, Cícero. **A Face Oculta do Racismo no Brasil: Uma Análise Psicossociológica.** Revista Psicologia Política. p. 20. Disponível em http://www.fafich.ufmg.br/psicopol/pdfv1r1/Leoncio.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

15 FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala.** São Paulo: Global, 2013, p. 70

16 Idem, ibidem. p. 70-71

17 CAMINO, Leoncio. Silva, Patrícia da. MACHADO, Aline. PEREIRA, Cícero. **A Face Oculta do Racismo no Brasil: Uma Análise Psicossociológica.** Revista Psicologia Política. p. 20-21. Disponível em http://www.fafich.ufmg.br/psicopol/pdfv1r1/Leoncio.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

18 CAMINO, Leoncio. Silva, Patrícia da. MACHADO, Aline. PEREIRA, Cícero. **A Face Oculta do Racismo no Brasil: Uma Análise Psicossociológica.** Revista Psicologia Política. p. 20-21. Disponível em http://www.fafich.ufmg.br/psicopol/pdfv1r1/Leoncio.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

19 CICONELLO. Alexandre. **O desafio de eliminar o racismo no Brasil: a nova institucionalidade no combate à desigualdade racial.** p. 2. Disponível em http://www.portaldoservidor.ba.gov.br/sites/default/files/Racismo%20%20texto%20do%20Peck.pdf, Acesso em 12 de dezembro de 2014.

20 IBGE. **Censo IBGE 2010**. Disponível em http://censo2010.ibge.gov.br/. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

21 Idem

22 Idem

23 CICONELLO. Alexandre. **O desafio de eliminar o racismo no Brasil: a nova institucionalidade no combate à desigualdade racial.** p. 12. Disponível em http://www.portaldoservidor.ba.gov.br/sites/default/files/Racismo%20%20texto%20do%20Peck.pdf, Acesso em 12 de dezembro de 2014.

24 CICONELLO. Alexandre. **O desafio de eliminar o racismo no Brasil: a nova institucionalidade no combate à desigualdade racial.** p. 7. Disponível em http://www.portaldoservidor.ba.gov.br/sites/default/files/Racismo%20%20texto%20do%20Peck.pdf, Acesso em 12 de dezembro de 2014.

25 PRIORE, Mary Del. **Multiculturalismo ou de como viver junto.** p. 6. Disponível em http://www.faculdadechristus.com.br/download/enade2009/enade_2009_0510_multiculturalismo.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

A CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL EM FACE DA INFLAÇÃO LEGISLATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Rodrigo Pinheiro Sobreira Bedê 154[*]
Bruno Queiroz Oliveira 155[**]

RESUMO

O presente trabalho a seguir tem como objetivo a melhor análise do princípio da legalidade em um estado democrático de direito em virtude das diversas modificações em que o ordenamento jurídico brasileiro está tomando como forma de, simbolicamente, combater os altos índices de criminalidades e impunidade em decorrência das demandas sociais existentes no direito moderno, o que acaba violando o próprio princípio e o Direito Penal como um todo. Em face disso, é essencial a realização do equilíbrio entre valores e princípios sempre na busca da efetividade das medidas propostas, não podendo estas serem elaboradas de forma única e exclusivamente com teor imediatista e emocional. Deve o Estado sempre observar as consequências drásticas da intervenção do Direito Penal e almejar uma atuação estatal coordenada, em que todos os órgãos do Estado efetivamente funcionem, sem depositar, em determinado setor, principalmente no Direito Penal, a responsabilidade que ele, sozinho, não pode assumir.

PALAVRAS-CHAVES: Princípio da Legalidade. Inflação Legislativa. Globalização. Direito Penal.

ABSTRACT

This article aims to follow the best analysis of the principle of legality in a democratic state of law due to the several changes in the Brazilian legal system, which is being used as a way to symbolically combat the high levels of impunity and criminalities due existing social demands in modern law, which ends up violating the very principle and criminal law itself. In this view, it is essential the realization of equipoising values and principles always in search of obtaining the effectiveness of the proposed measures, may not be these elaborate form only and exclusively with immediate and emotional content. The State must always observe the drastic consequences of the intervention of criminal law and aim for a coordinated state action, in which all of the state organs would function effectively, without planting only in a given sector, especially in the criminal law, the responsibility that he alone can't take.

KEYWORDS: Principle of Legality. Legislative inflation. Globalization. Criminal Law.

154 [*]Aluno do oitavo Semestre do Curso de Direito da Unichristus. e-mail: zdigobd@hotmail.com

155 [**]Doutorando em Direito Constitucional pela Unifor, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Conselheiro da OAB/CE e Presidente da Comissão de Acompanhamento da Reforma do Código Penal na OAB/CE. Advogado Criminalista e Professor de Direito Penal na Unichristus. e-mail: brunoroz@bol.com.br

1 INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro está cada vez mais presente em nosso cotidiano, principalmente pelos meios de comunicação hoje de velocidade quase que instantânea. São vídeos, fotos, programas sensacionalistas acerca do cometimento de crimes e o sentimento de impunidade que nos contamina cada vez mais, contribuindo para a maior reprovação social do Direito Penal garantista hoje tutelado, visto serem estes a maior forma de construção de opinião pública, criando, assim, uma instância entre o criminoso e a vítima, o que acaba por legitimar uma divisão da sociedade em castas e criar questionamentos acerca da política criminal adotada atualmente.

A sociedade clama sempre, em decorrência da globalização, por mais segurança, pensando erroneamente que quem deve oferecer essa segurança seria o próprio Direito Penal, indo totalmente contra o princípio da *ultima ratio* ou intervenção mínima, o qual afirma que o direito penal deverá ser a última instância, só podendo agir em últimos casos que não puderem ser tutelados pelos outros ramos do direito, em virtude do tamanho da lesividade contraída ao ordenamento.

Portanto, é cabível a discussão aqui trazida acerca da defasagem no princípio da legalidade, visto que, cada vez mais, temos criações de leis pelo Poder Legislativo que afrontam diretamente o princípio. Normas penais em branco, inflação na criação de novos tipos de crimes que não deveriam sequer ser tutelados pelo Direito Penal, tendo em vista a possibilidade de os outros ramos do direito resolverem tais conflitos, aumento do poder arbitrário ao Juiz ao fixar e na execução da pena, penas desproporcionais e com falta de razoabilidade, supressão de garantias individuais proibidas pela Carta de 1988, tudo isso com o intuito principal de trazer à sociedade um senso de justiça e de arrecadação de votos na campanha eleitoral.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O Princípio da Legalidade e seu aspecto histórico

Afirma a Constituição Federal de 1988, em seu art.5º, XXXIX que: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;".

Está positivado aqui o princípio da legalidade, que, segundo Paulo Bonavides, conceitua-o da seguinte maneira:

> O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa legibus solutus e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas. (BONAVIDES, 1994, p.112)

É graças a esse princípio que o cidadão fica resguardado de qualquer sanção estatal por condutas que não estejam positivadas no ordenamento jurídico, trazendo, assim, segurança para ele contra condutas arbitrárias e ilegais,

tendo como funções primordiais, segundo Rogério Greco, a proibição das seguintes:

> [...] a retroatividade da lei penal (nullum crimen nulla poena sine lege praevia); criação de crimes e penas pelos costumes (nullum crimen nulla poena sine lege scripta); o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (nullum crimen nulla poena sine lege stricta); incriminações vagas e indeterminadas (nullum crimen nulla poena sine lege certa). (GRECO, 2012, p.96)

O Direito Penal está cada vez mais sofrendo com a abundância de leis com falta de razoabilidade e proporcionalidade. Podemos observar isso até no próprio projeto do novo Código Penal, em que a comissão de juristas responsável aprovou o aumento da pena para abuso ou maus-tratos de animais para 1 a 4 anos de prisão e multa, enquanto a pena para o crime de maus-tratos de seres humanos é de detenção de 2 meses a 1 ano, ou multa. A presente comissão acaba de implicitamente dizer que a vida dos animais está acima da vida dos seres humanos.

Vale ressaltar que aqui não se está defendendo a não criminalização dos maus-tratos dos animais, que atualmente é uma contravenção, mas sim que jamais poderá tal comissão atuar de maneira desproporcional e sancionar uma norma que permita que tal conduta tenha uma pena maior do que o crime de maus-tratos contra os seres humanos, sem nenhum fundamento. Podemos crer que, em virtude de estarmos cada vez mais próximos dos animais, tenha sido este o motivo de a comissão, mais uma vez, legislar baseada no caráter emocional e infringir o dito princípio.

Importante ressaltar que animais não são pessoas para o ramo jurídico, e sim animais sem personalidade jurídica. Isso tudo ocorre pela vontade da população em ver toda conduta criminalizada com penas exorbitantes, principalmente direitos pós-modernos, como o direito dos animais, os ambientais e os socioeconômicos. Confira tal matéria publicada no site do Senado:

> Os abusos e maus-tratos foram um dos temas que mais atraíram a atenção da sociedade acerca da reforma do Código penal. O Movimento Crueldade Nunca Mais, integrado por mais 200 entidades de defesa de animais, chegou a entregar à comissão um documento com cerca de 150 apoios on-line e mais de 50 mil assinaturas em documento impresso propondo maior rigor na legislação. As condutas previstas foram enquadradas na parte dos crimes ambientais, que são tratados em lei específica e foram trazidos para o código pelos juristas. (GORETTE, 2012)

Apesar de o Brasil ter conhecido, em torno de sete textos constitucionais diferentes, desde a Constituição Imperial de 1824, o princípio da legalidade sempre esteve presente nos textos máximos do país. Naquela Carta Magna, o princípio da legalidade estava contido no item III do art. 179, que fixava o princípio da irretroatividade da lei com a reserva legal, estabelecendo no item XI que "ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita".

Na Constituição posterior à de 1824, a Carta de 1937, apesar das diversas críticas acerca de seu caráter autoritário e redução de direitos inerentes aos cidadãos, o princípio ainda era previsto no art.122, inciso 13, porém com um caráter mais suscetível de mudança pelo governo daquela época, comparado ao texto anterior, visto que fora mitigado pelo artigo subsequente. A parte final do art. 123 da Constituição de 1927 determinava que o uso dos direitos e das garantias nela estabelecidos tinha por limite "o bem jurídico, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado".

O doutrinador Maurício Antonio Ribeiro Lopes, noticiando tal mitigação, explica que o art.123 era o "que servia de obstáculo à pretensão do reconhecimento de qualquer direito ou garantia individual".

Ainda nos ensinamentos do grande doutrinador, este explica que "a própria legalidade penal poderia ter limitada sua imposição como garantia ante um daqueles 'valores' elencados pelo texto excetuante da Constituição".

Já na promulgação da Constituição de 1946, o princípio da legalidade foi positivado nos parágrafos 27 e 29 do art. 141 daquela Carta. No primeiro, ficava estabelecido que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior", já o segundo asseverava que "a lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu".

Posterior a tal Carta Magna, temos a Constituição de 1967, marcada por ter sido alterada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, de cunho totalmente autoritário, em razão do golpe militar ocorrido naquele período.

Maurício Antonio Ribeiro Lopes explica que um dos poucos avanços institucionais identificados na presente Constituição refere-se à legalidade penal. Diz o autor que "pela primeira vez numa Constituição brasileira figurava de forma inequívoca e clara o princípio da reserva legal, embora de forma impura, posto que agregado à garantia do contraditório.".

Asseverava o art. 150, §16, da Carta, reproduzido no art. 153, §16, da Emenda Constitucional nº. 1/1969 que "a instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu".

Portanto, é possível desdobrar um longo caminho do princípio da legalidade em torno dos textos constitucionais promulgados e outorgados no Brasil ao longo do tempo, sempre de forma presente, tendo atravessado diversos períodos de retrocessos e avanços na construção de um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito, para que se chegasse ao princípio máximo que resta positivado na atual Constituição Federal de 1988.

O princípio da legalidade tem presença explícita em todos os diplomas constitucionais brasileiros, que o qualifica como uma "constante constitucional de núcleo rígido", indispensável à conservação da democracia, aproximando-se de uma garantia constitucional e não de um direito individual, "já que não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por outra via que não seja a lei".

2.2 A Inflação Legislativa

Não é novidade que o Congresso Nacional atua fortemente na

tipificação de novas condutas penais. Para uma melhor noção prática, de 1979 a 2011, 96 leis penais foram aprovadas pelo legislador. Isso em torno de uma vasta busca social de falsa segurança jurídica, visto que o Direito Penal não está apto a diminuir os altos índices de criminalidade que assolam o país. O problema é muito mais complexo, indo de uma reforma geral na educação à criação de políticas públicas eficientes contra a corrupção. Porém tal tema não cabe a nós discutir, mas sim acerca das condutas que estão sendo tipificadas sem um mínimo de filtro constitucional. São leis penais em branco, de difícil compreensão, penas desproporcionais, dentre outras características abomináveis, violando todo o sistema penal e seus princípios basilares, como intervenção mínima, subsidiariedade, proporcionalidade e legalidade.

Um grande exemplo disso e plenamente atual é a tipificação do novo crime de Feminicídio, sancionado pela Presidente da República Dilma Rousseff em 9 de março de 2015. Importante ressaltar que, apesar de tantas violências cometidas contra mulheres, tal Lei sancionada foge totalmente dos detalhes técnicos exigidos. Ora, homicídio é homicídio, sendo este contra homem ou contra mulher. Não há de se realizar nenhuma distinção entre sexo, sob pena de ferir o princípio da isonomia. O preconceito da sociedade que ainda permite a impunidade do homicídio contra a mulher, na maioria dos casos, não desaparece por toque de mágica. Portanto, para reduzir a violência contra a mulher, é necessário haver políticas públicas.

A Presidente atuou como o Poder Legislativo procede, em muitas das vezes, sancionando uma nova Lei como forma de "acalmar os ânimos" da sociedade, por meio de um simbolismo fictício de segurança e diminuição da criminalidade. A aprovação reiterada de novas leis, por força do seu poder "promocional", tornou-se útil para os interesses eleitorais do legislador, visto que conta com o apoio de grandes parcelas da população, mas só tendem a prejudicar ainda mais o sistema penal como um todo, que ficará cada vez mais sucateado com um grande número de crimes e uma baixíssima punição a seus infratores.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

O presente trabalho possui o método qualitativo-indutivo como primordial, por meio de vastas pesquisas bibliográficas, dissertações e teses de doutorado. É por meio destas que possibilitou obter o máximo de informações acerca do dito princípio e a crise que este está inserido na atualidade. Por meio do método indutivo notou-se que a presença de medidas de caráter imediato e passional, combinado com ausência de políticas públicas para combater os índices de violência só tem o condão de enganar a população por meio de um discurso simbólico, prejudicando a sociedade.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Após breve análise do tema, diversos fatores passaram a incrementar a expansão do Direito Penal, principalmente estimulados pela política eleitoreira, que acabou por protagonizar uma crise intervencionista nunca antes vista. Tudo isso aplicado como maneira de responder aos anseios sociais produzidos pela insegurança propagada pelos veículos midiáticos. O legislador brasileiro acabou por adotar três formas de intervenção, denominadas pelo Direito Penal de três velocidades.

A primeira velocidade, denominada assim por Silva Sánchez, tem como destino os delitos clássicos, devendo permanecer todas as regras de imputação, bem como os direitos e garantias construídos historicamente. A segunda velocidade do Direito Penal, diferentemente da primeira, tem com foco os delitos punidos por penas restritivas de direito, relativizaria os direitos e garantias do acusado em virtude da menor intensidade do bem jurídico lesado.

Porém, diferentemente das outras velocidades, a terceira velocidade do Direito Penal, criada pelo alemão Günter Jakobs, é a mais polêmica, uma vez que, segundo esse tipo de intervencionismo, o Estado deveria tutelar o direito penal diferente para certo grupo de pessoas que estariam "perdidos" para o Direito, sem possibilidade de ressocialização, visto que estariam sempre cometendo crimes e lesando a sociedade, como os terroristas e as associações criminosas. Para esses indivíduos, as garantias processuais seriam praticamente extintas, suas penas seriam aumentadas desproporcionalmente, não existiria nenhum tipo de progressão de regime. Já no outro lado, existiriam os cidadãos, que seriam punidos e observados todos os seus direitos processuais e as suas dignidades conquistadas. Tal velocidade relembra o regime nacional-socialista.

No Brasil, por mais que muitas vezes não seja observado pela população, há Leis fundadas em todos os tipos de velocidades, inclusive a última citada, como no caso da conhecida Lei do Abate (Lei nº 7565/86).

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente trabalho, pode-se chegar à conclusão de que o Brasil está passando por um período delicado com o Direito Penal, que, em virtude da pressão da população na tentativa de combater os delitos modernos e a alta taxa de criminalidade existente no país, acaba por ficar supercarregado, com excesso de leis penais em branco, com sanções desproporcionais, dando, assim, um perigoso poder ao juiz na aplicação da Lei penal, fundado, muitas vezes em razões arbitrárias, o que simplesmente "destrói" o princípio da legalidade.

Como forma de combater essa problemática existente, faz-se mister a criação de medidas públicas com o objetivo de melhor instruir a população acerca da criminalidade e como exigir isso de seus governantes, independentemente de ser este de partido de esquerda ou direita; extinção de diversas condutas definidas como crimes, remetendo tais atos para o Direito Civil ou Administrativo, em virtude da ínfima lesividade ao bem jurídico tutelado; mais instrução aos membros dos legislativos, que, na maioria das vezes, visam ao próprio interesse em busca de medidas eleitoreiras que acabam por enganar a maioria da população com uma legislação de grande insegurança jurídica. Cabe principalmente à população, como um todo, a solução desse problema, valendo-se do direito do voto e de eleger governantes que estejam interessados em solucionar e administrar efetivamente cada distrito brasileiro com a intenção de melhorar o país.

Dessa maneira, preleciona o jurista **José de Faria Costa** o qual

explica que a medida para minimizar a crise do princípio da legalidade seria **"diminuir as leis penais, torná-las claras, límpidas e precisas e, acima de tudo, aplicarem-se as penas de forma rápida e consequente"**. A impunidade é uma das maiores causas do aumento da criminalidade no país, portanto, dando respostas rápidas e eficazes aos crimes cometidos, independentemente de ser este A ou B, há de se esperar uma redução na emergente criminalidade brasileira.

Além disso, ainda se faz necessário, nas palavras de **Anabela Miranda Rodrigues, "a solução passa, em nosso entender, por uma política criminal racional, pragmática e diferenciada, com contornos bem definidos"**, desconstituindo, com isso, o Direito Penal de emergência, que é ineficaz, visto não ter sido criado para tutelar qualquer atividade que lese um bem jurídico no ordenamento, mas sim aquelas que venham a causar danos irreparáveis ou de difícil reparação às vítimas do infortúnio, devendo todas essas normas passar por um filtro de legalidade, sob risco de tipificar uma conduta que poderia ser tratada facilmente pelos outros ramos do direito, o que acaba por inflar ainda mais o Direito Penal e reduzir sua eficácia e credibilidade perante a população.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRANDÃO, Gorette. Seis Anos de Cadeia para quem maltratar e matar animais. Data de publicação: 25 de maio 2012. **Senado Notícias**. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/05/25/seis-anos-de-cadeia-para-quem-maltratar-e-matar-animais>. Acessado em: 05 de maio 2015.

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil. Manda observar a Constituição Politica do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. **Dom Pedro Primeiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 11 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 11 maio 2015.

CARVALHO, Saulo de. **Penas e Garantias.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais:** Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FÁVERO, Vanessa Rui. Imediatismo Estatal e o Fenômeno da inflação legislativa penal. **Publica Direito.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=11f64a21a22a5485>. Acessado em: 03 maio 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Populismo Penal e inflação legislativa. Data de Publicação: 27 outubro 2014. **JusTocantins.** Disponível em: <http://www.justocantins.com.br/luiz-flavio-gomes-12683-populismo-penal-e-inflacao-legislativa.html>. Acesso em: 07 maio 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, v.1

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JÚNIOR, Antônio de Padova Marchi. **O princípio da legalidade e sua atuação no direito penal brasileiro:** o protagonismo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à delimitação do alcance dos tipos penais. 2012. Fls. 240. Tese de Doutorado em Direito – Pós Graduação. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal:** projeções contemporâneas. São Paulo: RT, 1994.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Direito Penal, Estado e Constituição**: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Globalização, democracia e crime.** In: Costa, José de Faria; Silva, Marco Antonio Marques da Silva. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais:** Visão luso-brasileira**.** São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 302

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. ***La expansión del Derecho penal***. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Samara Costa Barbosa[156*]
Francisco Davi Fernandes Peixoto[157**]

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo o estudo dos fundamentos, do conceito, das características do Direito Penal do Inimigo. Essa teoria foi elaborada pelo alemão Gunther Jakobs, que propõe a existência de dois tipos normativos penais, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, como solução para diminuir a criminalidade: um destinado ao cidadão e outro ao inimigo. Também será exposto de que forma essa teoria vem sendo aplicada na Legislação Penal brasileira e, por fim, será efetuado um enfoque crítico acerca dessa tese dispondo a respeito de sua compatibilidade com os princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Direito Penal do Inimigo. Criminalidade. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

This article have the objective of study the fundamentals, concept, of characters of Criminal Law of the Enemy. This theory was elaborated by the german Gunther Jakobs, that propose the existence of two criminal normative types, inserted on the same law, proposing solution to decrease the criminality: one destination to the citizen and the other to the enemy. It will be expose too the way that this theory cames being aplicated on the criminal law brasilian and, at lastly, will be made a critical approach, about this thesis, talking about of your compatibility with the guiding principles of a democratic state.

KEYWORDS: Criminal Law of the Enemy. Criminality. Constitutional principles.

156 *Acadêmica do 7° semestre do curso de Direito do Centro Universitário Christus.
157 **Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Unichristus.

Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

1 INTRODUÇÃO

O aumento da criminalidade associado com a sensação de impunidade contribui para a expansão do direito penal punitivista, que é caracterizado por relativizar e até mesmo suprimir garantias fundamentais, a fim de garantir maior segurança à sociedade.

Nesse cenário, após o ataque terrorista às Torres Gêmeas em 11 de setembro de 2001 na cidade de Nova Iorque, ganha destaque a tese do professor Gunther Jakobs, denominada Direito Penal do Inimigo, a qual defende que há certos indivíduos que não merecem o tratamento de pessoas, mas sim, serem tratados como inimigos.

Assim, o Direito Penal do Inimigo se apresenta como forma de política pública que visa combater a criminalidade. Para isso, propõe a existência de dois tipos normativos penais no mesmo ordenamento jurídico, um destinado ao cidadão e outro ao inimigo. Ao primeiro é respeitado todas as garantias do devido processo legal, bem como é mantido seu status de pessoa, por outro lado, ao segundo, essas garantias poderão ser suprimidas, visto que não apresentam a segurança necessária para serem tratados como pessoas.

Nos últimos anos, muitas leis foram editadas no nosso ordenamento jurídico, com traços marcantes de um Direito Penal do Inimigo, o que vem sendo alvo de muitas críticas pelos estudiosos do tema.

Nessa perspectiva, o presente artigo tem como justificativa a sensação de insegurança sofrida pela sociedade e a proposta de Gunther Jakobs para solucionar esse problema.

Este artigo teve como objetivo a análise do Direito Penal do Inimigo e a harmonia dessa teoria com os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, bem como expor leis no nosso ordenamento jurídico em que essa teoria se faz presente.

A metodologia utilizada nesta pesquisa foi com base no método dedutivo, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica em livros, artigos, revistas e periódicos *online*.

No primeiro tópico, será abordada a origem do Direito Penal do Inimigo, seus fundamentos filosóficos, apresentado o conceito desse instituto, bem como quem é considerado o inimigo, e explanado as principais características desse instituto, conforme os principais estudiosos do tema.

No segundo tópico, será observado de que maneira o Direito Penal do Inimigo é aplicado em algumas leis do ordenamento jurídico brasileiro e quais princípios constitucionais são violados em decorrência disso.

Por fim, no último tópico, é realizada uma crítica a esse instituto, tendo como referencial teórico grandes estudiosos do assunto, sendo demonstrada a incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo com as garantias processuais e individuais asseguradas na Constituição Federal.

2 DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.1 Origem

A tese do Direito Penal do Inimigo foi desenvolvida pelo alemão Günter Jakobs na década de 1980. Partidário de Welzel, Jakobs transladou, para o âmbito penal, o funcionalismo sistêmico da teoria de Luhmann, sustentando que os bens jurídicos fundamentais receberiam apenas uma tutela indireta do Direito Penal, pois a principal função desse ramo é a de proteger a norma.

Jakobs defende a existência de dois tipos normativos em um mesmo contexto jurídico-penal como forma de combater a criminalidade: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Para embasar sua teoria, ele apresenta como referencial teórico grandes pensadores, como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant.

Segundo Rousseau, todo malfeitor que infringe o direito social deixa de ser membro do Estado, pois, ao violar suas leis, fica em guerra contra ele, sendo necessária a morte de um deles.

> De resto, todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se por seus delitos rebelde e traidor da pátria. Cessa de ser um de seus membros ao violar suas leis e chega mesmo a declarar-lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser então incompatível com a sua. É preciso que um dos dois pereça. (ROUSSEAU, 2008, p.55)

Para Jakobs (JAKOBS; MELIA, 2012, p.24-25), a consequência desse pensamento é que "ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão". Nesse sentido, dispõe Fichte, (apud JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 25) que a pessoa a qual rompe o contrato cidadão perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, passando a um estado de ausência completa de direitos.

Contudo, Jakobs afirma que não é seu objetivo seguir a concepção radical de Rosseau e de Fichte, pois a separação proposta por eles é demasiadamente abstrata. (JAKOBS; MELIA, 2012, p.25)

A tese defendida por Jakobs muito se aproxima do pensamento de Hobbes, o qual defendia que as penas são estabelecidas para o cidadão, e não para o inimigo, posto que, este ao negar o poder do Estado, não está sujeito à lei. (HOBBES, 1997, p. 237)

De acordo com Hobbes, em caso de rebelião contra o Estado, não deve a pessoa ser punida como cidadã, mas como inimiga, sendo legítimos os atos de guerra nessa situação.

> E contra os inimigos a quem o Estado julgue capaz de lhe causar dano é legítimo fazer guerra, em virtude do direito de natureza original, no qual a espada não julga nem o vencedor faz distinção entre culpado e inocente, como acontecia nos tempos antigos, nem tem outro respeito ou clemência senão o que contribuí para o bem de seu povo. [...] Porque a natureza desta ofensa consiste na renúncia à sujeição, que é um regresso à condição de guerra a que vulgarmente se chama rebelião, e os que assim ofendem não sofrem como súditos, mas como inimigos. (HOBBES, 1997, p. 239-240)

Por fim, Kant afirma que quem não se deixa entrar em um estado comunitário legal não deve ser tratado como pessoa, mas como inimigo. (KANT, 2008, p.23)

Contemporaneamente, o ataque terrorista às Torres Gêmeas, em 11 de setembro de 2001, no continente ocidental, somado à expansão do grupo terrorista denominado Estado Islâmico pelo Oriente Médio e ainda ao aumento da violência em decorrência do tráfico de drogas em nosso país contribuem para a teoria de Jakobs ganhar um maior destaque e adeptos.

2.2 Conceito

Primordialmente, antes de adentrar no conceito do Direito Penal do Inimigo, é necessário conhecer o significado de dois conceitos: pessoas e indivíduos que, para Jakobs, são definições distintas e de suma importância para compreender sua tese.

Segundo ele, o indivíduo é caracterizado como um ser natural, instintivo, agindo de acordo com suas vontades, imprimindo preferências próprias nas suas ações, inerte ao meio social, ou seja, não seria considerado propício a conviver em sociedade. (JAKOBS apoud CARVALHO, 2015, edição eletrônica).

Em contrapartida, pessoa é aquela que se envolve com o mundo externo, o que a torna sujeita de direitos e deveres frente aos demais membros da sociedade, contribuindo para manter a estrutura desta. (JAKOBS apud CARVALHO, 2015, edição eletrônica).

Nesse sentido, dispõe Jakobs (JAKOBS; MELIA, 2012, p.35) que "um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa".

Dessa forma, de acordo com a tese ora analisada, deve o Direito Penal atuar em dois caminhos. Um direcionado ao cidadão, pessoa que comete delito de forma acidental, entretanto, não delinque por princípio, e que continua sendo pessoa, a qual seria aplicada uma pena, devendo ser respeitadas todas as garantias penais e processuais inerentes ao devido processo legal.

O segundo caminho seria direcionado a quem Jakobs denomina de **inimigos**, tais indivíduos são despidos do *status* de pessoas, que se desviam por princípios e que não possuem os direitos do cidadão, aos quais devem ser aplicadas medida de segurança. O doutrinador Regis Prado conceitua o inimigo como:

> O 'inimigo' é considerado o 'irreconciliavelmente oposto', isto é, aquele que apresenta um distanciamento duradouro e não incidental das regras de Direito, verificado pelo seu comportamento pessoal, profissão, vida econômica, etc. As relações sociais desses indivíduos desenvolvem-se à margem do Direito e, por isso, não oferecem a segurança cognitiva mínima necessária para que sejam considerados como pessoas. Essa condição de inimigo radica, sobretudo, em sua desconsideração enquanto pessoa, conceito que, segundo essa teoria, tem um viés normativo. Assim, pessoa não é um dado natural, inerente a todo e qualquer indivíduo, mas está relacionado ao destino das expectativas normativas. E dizer: a atribuição dessa condição social - pessoa - a um indivíduo depende do grau de satisfação das expectativas normativas que ele é capaz de prestar. O inimigo, portanto, seria incapaz de atender o mínimo de expectativas normativas, pois, em realidade, ele não só reflita a legitimidade do ordenamento jurídico, como busca a sua destruição. (PRADO, 2009, edição eletrônica).

Posto isto, de acordo com esse mesmo autor, o Direito Penal do Inimigo pode ser conceituado como:

> O Direito Penal do inimigo é um Direito Penal de *exceção*, feito regra. Trata-se de uma construção teórica fundamentada essencialmente na distinção entre *cidadãos* e *não-cidadãos* (ou inimigos) que, no âmbito dogmático, consiste na própria separação entre *pessoas* e *não-pessoas*, conduzindo à distinção entre dois

> pólos de regulação normativa penal, coexistentes no ordenamento jurídico: um dirigido ao cidadão e outro ao inimigo. Desse modo, de um lado, o Direito Penal do cidadão define e sanciona delitos cometidos por pessoas de forma *incidental,* ou seja, delitos que representam um abuso nas relações sociais de que participam. Assim, o cidadão oferece a chamada "segurança cognitiva mínima", ou seja, a garantia de que se submetem ao preceito normativo e, por isso, são chamados a restaurar a sua vigência por meio da imposição sancionatória. Por essa razão, esses indivíduos continuam a ser considerados *pessoas* e, portanto, *cidadãos* aptos a fruir de direitos e garantias assegurados a todos que partilhem desse *status.* O Direito Penal do inimigo, de seu turno, dirige-se a indivíduos que, por seu comportamento, externam uma pretensão de ruptura ou destruição da ordem normativa vigente e, portanto, perdem o *status* de pessoa e cidadão, submetendo-se a um verdadeiro Direito Penal de exceção, cujas sanções têm por finalidade primordial não mais a restauração da vigência normativa, mas assegurar a própria existência da sociedade em face desses indivíduos. O Direito Penal do inimigo tem como uma de suas marcantes características o combate a *perigos,* por isso representa, em muitos casos, uma antecipação de punibilidade, na qual o "inimigo" é interceptado em um estado inicial, apenas pela periculosidade que pode ostentar em relação à sociedade. Para ele, não é mais o homem (= pessoa de "carne e osso") o centro de todo o Direito, mas sim o sistema, puramente sócionormativo. (PRADO, 2009, edição eletrônica).

Com isso, o Direito Penal do inimigo será aplicado a delinquentes econômicos, terroristas, criminosos organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações perigosas que não transmitem a segurança mínima necessária para serem chamados de pessoas.

Dessa forma, o Direito Penal do inimigo ultrapassa a proposta do Direito Penal do cidadão que visa a garantir a ordem normativa vigente, punindo a pessoa pelo que ela efetivamente fez (enfoque retrospectivo). Aquele propõe proteger a segurança pública, identificando os inimigos antes mesmo de efetivamente causarem algum dano, apenas pela sua periculosidade, combatendo perigos futuros (enfoque prospectivo).

2.3 Características

De acordo com a concepção político-criminal de Silva Sánchez, é possível verificar três velocidades no Direito Penal. (SÁNCHEZ apud MORAES, 2009, p.230)

A primeira velocidade caracteriza-se pela aplicação de penas privativas de liberdade, contudo todas as garantias penais e processuais penais devem ser observadas. A segunda velocidade corresponde à aplicação de penas não privativas de liberdade, como a aplicação de penas restritivas de direito e pecuniária, admitindo a relativização de algumas dessas garantias.

Por outro lado, a terceira velocidade representa a imposição da pena privativa de liberdade e, além disso, a minimização de garantias políticas-criminais e processuais. É nesse modelo que o Direito Penal do Inimigo se adapta.

Sobre o tema Oliveira ensina:

> A terceira velocidade representa o chamado "Direito Penal do Inimigo", um conceito criado com a intenção de coagir e neutralizar pessoas que não oferecem respaldo cognitivo de suas condutas, pois romperam com o ordenamento jurídico em prol de outros vínculos que se sobrepõem a ele como a religião, a cultura estrangeira do imigrante, uma ideologia política ou uma organização criminosa. (OLIVEIRA apud FRANSEN JÚNIOR, 2015).

Moraes afirma, que esse sistema caracteriza-se por punir atos preparatórios, criar crimes de mera conduta e de perigo abstrato, por restringir garantias penais e processuais e pela desproporcionalidade das penas. (MORAES, 2009, p. 196).

Em resumo, Gomes destaca as seguintes características do Direito Penal do inimigo:

> (a) o inimigo não é um sujeito de direito, sim objeto de coação; (b) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde essa condição (importante só é sua periculosidade); (c) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança (porém, não a destinada aos inimputáveis, que tem caráter curativo, sim, medida de segurança detentiva para os imputáveis); (d) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (e) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez),sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro) ; (f) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (g) o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda sim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interpretado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade. (MOLINA; GOMES, 2012, p. 211)

Entre essas características, destaca-se que não é suficiente ter nascido como pessoa para ter todas as prerrogativas inerentes à essa condição, mas é necessário, para manter essa qualidade, não violar determinadas regras de condutas estabelecidas pela sociedade, caso contrário, perde-se esse status.

O inimigo não deve ser punido por sua culpabilidade, mas de acordo com a periculosidade que representa para a sociedade, em razão de representar um perigo futuro, sendo punível desde dos atos preparatórios.

Em relação à proporcionalidade da pena, mesmo que essa seja desproporcional, é admitida sua aplicabilidade a fim de proteger antecipadamente à violação a norma.

Conforme será analisado no próximo tópico, muitas das características do Direito Penal de terceira velocidade estão presentes em nossa legislação, o que vem sendo alvo de inúmeras críticas pela maioria dos doutrinadores e dos estudiosos de políticas-criminais.

3 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após uma breve análise do Direito Penal do Inimigo e de suas principais características, é de se constatar que essa tese se mostra incompatível com os princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, pois viola diversas garantias individuais asseguradas na Constituição Federal, inclusive um dos princípios basilares desse sistema, qual seja o respeito à dignidade da pessoa humana, visto que trata determinadas pessoas como inimigos, o que, de acordo com essa teoria, é uma perda do status de pessoa.

Apesar disso, nos últimos anos, em decorrência do aumento da criminalidade e dos anseios populares por maior segurança pública, muitas leis foram editadas com características marcantes da teoria de Jakobs, como a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), Lei do Regime Disciplinar Diferenciado (Lei n°10792/03), Lei do Tráfico de Drogas (Lei nº 11.343/06), Lei de Organização Criminosa (Lei n°12.850/13), dentre outras. Vejamos algumas dessas leis.

3.1 Lei dos Crimes Hediondos (Lei n° 8.072/90)

A Lei dos Crimes Hediondos foi criada dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 88, a qual traz em seu artigo 5º, XLII, que os crimes definidos como hediondos, entre outros, são inafiançáveis e insusceptíveis de graça e anistia.

Damásio de Jesus (DAMÁSIO, 2014, P. 263) define esses crimes como: "São delitos repugnantes, sórdidos, decorrentes de condutas que, pela forma de execução ou pela gravidade objetiva dos resultados, causam intensa repulsa".

Ao editar a Lei 8.072/90, o legislador definiu taxativamente no artigo 1º os delitos que devem ser denominados hediondos, são eles: I-homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado; II-latrocínio; III-extorsão qualificada pela morte; IV-extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; V-estupro; VI-atentado violento ao pudor, VII-epidemia com resultado de morte; VII-B- falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, bem como, conforme parágrafo único, o crime de genocídio previsto nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei 2.889/56.

Quando promulgada, a fim de diminuir a criminalidade, essa lei aumentou o poder punitivo do Estado, trazendo vários dispositivos que feriam diversos Princípios Constitucionais, violando principalmente o que tange a garantia ao Devido Processo Legal, presente no art. 5°, inc. LIV.

Em seu artigo 2º, ela vedou a possibilidade da liberdade provisória, violando assim o Princípio da Presunção de Inocência, o qual dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito e julgado de sentença penal condenatória". (BRASIL. Constituição Federal, art. 5°, inc. LVII).

Além disso, ainda era obrigatório o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, ferindo a ressocialização do condenado e o Princípio da Individualização da Pena.

Essa situação permaneceu no nosso ordenamento jurídico por mais de 15 anos, começando a mudar no julgamento do HC 82.959-7/SP[158], no dia 23/2/2006, que teve como Relator o Ministro Marco Aurélio o qual declarou a inconstitucionalidade da vedação a progressão de regimes na Lei de Crimes Hediondos.

Atualmente, a Lei n° 8.072/90 continua a propor uma política criminal mais severa para alguns delitos definidos como hediondos presentes no artigo 1° da referida lei. Entre esses delitos, temos o contido no artigo 273, § 1º-A, do CP, o qual equipara a mesma pena (10 a 15 anos) a alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais com a simples alteração de produtos cosméticos.

Importa que colocar a alteração de produtos medicinais e a alteração de produtos cosméticos no mesmo patamar fere o Princípio Constitucional da Proporcionalidade o qual determina que a sanção aplicada deve ser proporcional ao delito. A respeito do tema, o doutrinador Cezar Bitencourt ensina:

> Com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias- que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas que pode cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los. (BITENCOURT, 2014, p. 69)

Pelo atual sistema, aquele que não cumpre com todas as exigências para fabricar um creme hidratante, por exemplo, comete um crime cujo conceito denota repulsa, brutalidade, visto como asqueroso pela sociedade, o qual a pena mínima é 10 anos.

Resta evidenciado que, assim como no Direito Penal do Inimigo, a Lei de Crimes Hediondos, com o simples objetivo de conferir tratamento penal mais severo a alguns delitos, escolhidos de forma imoderada pelo legislador, relativiza e, até mesmo, suprime algumas Garantias Constitucionais de determinados indivíduos. Facilmente se constata que o objetivo de tal lei não é a ressocialização do preso, mas sim promover a punição como mecanismo para coibir a violência.

3.2 Lei do Regime Disciplinar Diferenciado (Lei n° 10.792/03)

A Lei n° 10.792/03 alterou a Lei de Execução Penal, instituindo em seu artigo 52 o regime disciplinar diferenciado (RDD), o qual dispõe que a prática de crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina

158 A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

> I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;
>
> II - recolhimento em cela individual;
>
> III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
>
> IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (BRASIL. Lei 10.792, 2003, art. 58°).

Conforme o doutrinador Mirabete, o RDD pode ser conceituado como:

> Constitui-se em um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, ao qual poderão ser submetidos os condenados ou presos provisórios, por deliberação judicial, como sanção disciplinar, pelo prazo máximo de 360 dias. (MIRABETE, 2014, P. 242-243)

Logo, denota-se que o RDD, se constitui em um regime de disciplina que se caracteriza por ser uma forma de punição mais cruel, tendo em vista que o preso pode ficar em isolamento por até 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada.

É importante frisar que, para aplicação do RDD, não é necessário que o preso tenha sido condenado, sendo essa medida aplicada inclusive para suspeitos, ou seja, assim como propagado pelo Direito Penal do Inimigo, aqui, antes mesmo de se aferir a total culpabilidade do preso, já lhe são aplicadas sanções de natureza tão severas.

Trata-se de uma sanção disciplinar que, a fim de evitar que o preso cometa novos crimes, viola vários Princípios Constitucionais, como a vedação a pena de caráter cruel, presente no inciso XLII do artigo 5°, o respeito à integridade física e moral do condenado, art. 5°, XLIX. Logo, indubitavelmente, atinge um dos princípios norteadores de todo nosso ordenamento jurídico, a Dignidade da Pessoa Humana, art. 1°, III, da CF.

A respeito do tema, Luíz Flávio Gomes Afirma:

> O Estado constitucional, democrático e garantista de Direito é o que procura o equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais da liberdade do ser humano. O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com a conseqüente limitação excessiva da liberdade das pessoas implica, assim, em ofensa ao referido modelo de Estado. (GOMES apud SILVA, 2009, edição eletrônica).

Nota-se que, em nenhum momento, essa lei prevê qualquer medida para a ressocialização do preso. Pelo contrário, o isolamento excessivo desse sistema dificulta seriamente a capacidade de ele voltar a conviver em sociedade.

Nesse sentido, de forma brilhante, declara Cezar Bitencourt:

> Com efeito, o regime disciplinar diferenciado, viola o objetivo ressocializador do sentenciado, vigente na sociedade contemporânea desde o iluminismo. A Lei de Execução Penal (LEP), já em seu art.1º, destaca como objetivo do cumprimento de pena a reintegração social do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, quais sejam, o castigo e a reintegração social, com observância apenas do primeiro, mostra-se ilegal e contrária à Constituição Federal. Assim, o regime disciplinar diferenciado constitui o exemplo mais marcante e mais recente na legislação brasileira de violação do princípio da humanidade da pena, não passando de forma cruel e degradante de cumprimento de pena; representa, na verdade, autêntica vingança social, e tem o castigo como único objetivo, desprezando por completo a recuperação social, primado declarado da pena privativa de liberdade. Espera-se que os tribunais superiores, na primeira oportunidade que tiverem, reconheçam a inconstitucionalidade desse diploma legal. (BITENCOURT, 2014, P.71)

Pela análise dessa lei, pode concluir-se que o RDD, mais uma vez , aproxima-se do Direito Penal do Inimigo, visto que ambos excluem ao máximo possível certos indivíduos da sociedade em razão do risco que representam à ordem social, ou seja, em função de sua periculosidade.

4 CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O nosso ordenamento jurídico adotou a teoria mista ou eclética para caracterizar a finalidade da pena. Para essa teoria, a pena deve possuir um caráter punitivo (retribuição ao condenado pelo delito praticado) e também um caráter preventivo (refrear o cometimento de novos crimes, tanto em relação ao próprio criminoso como também no tocante à sociedade).

Nesse sentido, em seu clássico livro “Dos delitos e das penas”, Cesare Beccaria já afirmava:

> Da simples consideração das verdades até aqui expostas, resulta que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. [...] O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. [...] É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu. (BECCARIA, 2005, p. 62)

No mais, conforme pode constatar-se pela análise dos artigos 1° e 10 da Lei de Execução Penal (Lei n° 7.210/84), a pena deve, por fim, proporcionar condições para que o condenado possa voltar a viver em sociedade.

Todavia, o Direito Penal do Inimigo destoa dessa finalidade, tendo em vista que, conforme anteriormente exposto, a pena nesse instituto serve apenas para garantir a vigência da norma. Assim, não se fala sequer em retribuição ao crime cometido, pois não é necessário que se tenha praticado um delito para ser punido, basta apenas se adequar ao conceito de inimigo.

O que acontece é que o conceito de inimigo não passa de uma construção sociocultural. Muitos já foram os inimigos

construídos ao longo da história, muitas condutas tidas como demoníacas no passado hoje são plenamente aceitáveis, assim como muitos atos tidos como repugnantes, nos dias atuais, eram vistos de maneira comum tempos atrás. Vejamos:

> Prova disso é que a igreja, durante o período da Inquisição, considerava certo queimar pessoas vivas (bruxas). Os gregos, 2.500 anos atrás, não consideravam tão inaceitável a prática pedófila. Na China, há menos de 100 anos ainda era comum mulheres desfigurarem seus pés na busca pela beleza (já que era considerada bela e sensual a mulher que tivesse um pé minúsculo). O Império Romano crucificava grande quantidade de pessoas, esquartejava e empalava outro tanto... (pg. 5-6

Nesse mesmo sentido, em entrevista ao site Consultor Jurídico, Zaffaroni afirma:

> Através da história, tivemos muitos inimigos: hereges, pessoas com sífilis, prostitutas, alcoólatras, dependentes químicos, indígenas, negros, judeus, religiosos, ateus. Agora, são os delinqüentes comuns, porque não temos outro grupo que seja um bom candidato. (ZAFFARONI, 2009, edição eletrônica).

Assim, conforme Cancio Meliá (JAKOBS; MELIA, 2012, p.96.), o Direito Penal do inimigo não é um Direito Penal do fato, mas do autor, a pessoa é punida por "<<estar aí>> de algum modo, <<fazer parte>> de alguma maneira, <<ser um deles>>, ainda que só seja em espírito, é suficiente".

Segundo esse mesmo autor:

> È o estado que decide, mediante seu ordenamento jurídico, quem é cidadão e qual o *status* que tal condição comporta: não é possível admitir apostasias do status do cidadão. A maior desautorização que pode corresponder a essa defecção tentada pelo <<inimigo>> é a reafirmação do sujeito em questão pertencer à cidadania geral, isto é, a afirmação de que sua infração é um delito, não um ato cometido em uma guerra, seja entre quadrilhas ou contra um Estado pretendidamente opressor. (JAKOBS; MELIA, 2012,P.105).

Por esses motivos, entre outros, muitos são os autores que criticam esse poder punitivo arbitrário pregado pelo Direito Penal do Inimigo. Luíz Flávio Gomes enumera:

> a) o que Jakobs denomina de Direito penal do inimigo, como bem sublinhou Meliá, é nada mais que um exemplo de Direito penal do autor, que pune o sujeito pelo o que 'é' e faz oposição ao Direito penal do fato, que pune o agente pelo o que 'fez'; b) se o Direito Penal (verdadeiro) só pode ser vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que o 'Direito penal do cidadão é um pleonasmo, enquanto Direito penal do inimigo é uma contradição'. O Direito penal do inimigo é um não 'direito' que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais; c) não se reprovaria (segundo Direito penal do inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade. Com isso a pena e a medida de segurança deixam de serem realidades distintas (essa postulação conflita diametralmente com nossas leis vigentes, que só destinam a medida de segurança para agente inimputáveis, loucos ou semi-inimputáveis que necessitam de especial tratamento curativo); d) é um Direito penal prospectivo, em lugar do retrospectivo Direito penal da culpabilidade; e) o Direito penal do inimigo não repeliu a idéia de que as penas sejam desproporcionais, ao contrário, como se pune a periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade em relação aos danos causados; f) não se segue o processo democrático (devido processo legal), sim, um verdadeiro procedimento de guerra; mas essa lógica 'de guerra' não se coaduna com o Estado de direito; g) perdem lugar as garantias penais e processuais; h) o Direito penal do inimigo constitui desse modo, um direito de terceira velocidade, que se caracteriza pela imposição da pena de prisão sem as garantias penais processuais; i) é fruto, ademais, do Direito penal simbólico somado ao Direito penal punitivista (Cancio Meliá); j) as manifestações do Direito penal do inimigo só se tornaram possíveis em razão do consenso que se obtém, na atualidade, entre a direita e a esquerda punitivas (houve época em que a esquerda aparecia como progressista e criticava a punitivista da direita; hoje a esquerda punitiva se aliou à direita repressiva, fruto disso é o Direito penal do Inimigo); l) Direito penal do inimigo é claramente inconstitucional, visto que só se podem combater medidas excepcionais em tempos anormais (estado de defesa e de sítio); m) a criminalidade etiquetada como inimiga não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais (afetam bens jurídicos relevantes, causar grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a própria existência do Estado); n) logo, contra ela só se justifica o Direito penal da normalidade – Estado de Direito; o) tratar o criminoso comum como 'criminoso de guerra' é tudo que ele necessita, de outro lado, para questionar a legitimidade do sistema; temos que afirmar que seu crime é uma manifestação delitiva a mais, não um tão de guerra.Destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático.

Em síntese, essas críticas se dirigem à aplicação do Direito Penal do autor em detrimento ao Direito Penal do fato, ao fato de ser um direito prospectivo, ou seja, pune a pessoa antes mesmo de ela causar qualquer dano, ao desrespeito às garantias constitucionais inerentes a um Estado Democrático de Direito e em razão do Direito Penal do inimigo ser fruto do Direito Penal simbólico somado ao Direito Penal punitivista.

Igualmente, Cancio Meliá afirma:

> Neste sentido, a carga genética do punitivismo (a ideia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito Penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito Penal do inimigo, ou, dito de outro modo, o direito penal do inimigo constitui uma nova fase evolutiva sintética destas duas linhas de desenvolvimento. ((JAKOBS; MELIA, 2012, P.98)

No mais, as características do Direito Penal do inimigo se apresentam, na maioria das vezes, em decorrência de algum crime de grande repercussão e comoção social. Quando isso ocorre, há um clamor da sociedade por segurança, por justiça. Logo, a fim de atender aos anseios populares, para se afirmarem no Poder, são aprovadas leis típicas de um Direito punitivista e simbólico.

Entretanto, não é na criação de leis mais severas, ineficazes na prática, que se encontra a solução para o mal causado

pela violência. Não é aumentando o poder punitivo do Estado que teremos um país mais seguro, mas sim com a aplicação de medidas sociais e políticas, visando à inclusão social de todos na sociedade, deixando de estigmatizar pessoas como inimigos.

Desse modo, além de violar garantias fundamentais conquistadas com muita luta ao longo da história, a proposta do Direito Penal do inimigo se mostra insuficiente para provocar qualquer mudança positiva no que diz respeito à criminalidade.

5 METODOLOGIA DA PESQUISA

A metodologia utilizada neste artigo foi a pesquisa bibliográfica e documental, mediante o método dedutivo, ou seja, trata da elaboração de conhecimento do geral para o particular e com abordagem estritamente qualitativa, por não aplicar o uso de métodos e estatística, mas, analisar, descrever e observar a presença do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação aos procedimentos técnicos, foi utilizado como técnica de pesquisa a leitura em livros, artigos científicos, revistas, periódicos *online*, bem como realizada consulta nas leis que regem nossa legislação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou a presença de algumas características da tese desenvolvida pelo alemão Gunther Jakobs, o Direito Penal do Inimigo, no ordenamento jurídico brasileiro. Essa teoria possui como objetivo garantir uma maior segurança social, propondo a existência de um Direito Penal para o cidadão e outro para o inimigo.

Pelo exposto, pode-se perceber que muitas são as críticas destinadas a essa teoria, principalmente por grandes doutrinadores entenderem que o Direito Penal do Inimigo nada mais é do que um Direito Penal do Autor, que, ao estigmatizar certos indivíduos como inimigos, pune a pessoa pelo que ela é e não pelo que fez.

Destaca-se também que, apesar de algumas leis do nosso ordenamento jurídico terem sido influenciadas por essa tese, diversos princípios fundamentais Constitucionaisl, como o devido processo legal, a individualização da pena, a proporcionalidade e, inclusive, um dos princípios fundamentais da nossa República: a dignidade da pessoa humana estão sendo violados quando essas leis são aplicadas.

Dessa forma, infere-se que essas leis devem ser reanalisadas, de modo a atingirem a finalidade da pena adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro (retribuição ao condenado pela realização de um delito e prevenir a prática de novos delitos), porém, em harmonia com as garantias constitucionais conquistadas com muita luta ao longo da história.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral**.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO JÚNIOR, Almério Vieira de. O Direito Penal Do Inimigo. Âmbito Jurídico disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11101&revista_caderno=3 >. Acesso em 05 fev.2015.

DAMÁSIO, De Jesus. **Direito penal:** Parte geral**.** 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANSEN JÚNIOR, Cícero José. Direito Penal do Inimigo. **Brasil Escola.** Disponível em <http://monografias.brasilescola.com/direito/direito-penal-inimigo.htm#capitulo_5.3>. Acesso em 05 fev. 2015.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria:** Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal Do Inimigo:** noções e críticas**.**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KANT, Immanuel. À paz perpétua. Trad. Marco Zingano. Ed. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal:** Fundamentos e Limites do Direito Penal. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre Rocha de. **Direito Penal Do Inimigo:** A terceira Velocidade Do Direito Penal. Curitíba: Juruá, 2009.

PRADO, Luíz Regis. Direito Penal do Inimigo. **Carta Forense**. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-penal-do-inimigo/3624 > Acesso em: 11 Fev. 2015

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução: Ciro Mioranza. 2.ed. São Paulo: Escala, 2008.

SILVA, Fernanda Cintra Lauriano. Análise da In(Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado. **JusBrasil**. Disponível em < http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1409969/analise-da-in-constitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado-fernanda-cintra-lauriano-silva>. Acesso em: 21 Jun.2015

A TUTELA ANTECIPADA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Stephanie da Silva Holanda , autora[159]
Júlio de Assis Bezerra Leite, orientador[160]

RESUMO

Na busca por obter respostas quanto ao cabimento da antecipação de tutela perante os Juizados Especiais Cíveis, este trabalho apresenta um breve, porém detalhado, relato sobre os fundamentos jurídicos que envolvem o tema e as justificativas que envolvem as reiteradas decisões divergentes quanto ao assunto. Apresenta, ainda, importantes informações para o maior entendimento do real objetivo que fundamentou o processo de criação dos Juizados Especiais Cíveis no ordenamento jurídico brasileiro. O foco, no entanto, é estudar, justamente, a evidente contradição que é a não aceitação, por parte de diversas unidades do juizado, do instituto da tutela antecipada, em clara afronta a diversos princípios constitucionais e processuais que, na teoria, teriam aplicabilidade, ainda que subjetiva, obrigatória.

Palavras-chave: Juizados Especiais Cíveis. Tutela Antecipada. Celeridade Processual. Livre Convencimento Motivado.

ABSTRAT

In the search to obtain answers concerning the suitability of preliminary injunctions in the face of the special civil court, this study presents a brief, yet detailed, report about the legal basis that comprises the theme and the justifications that compass the so reasserted divergent decisions on this topic. It yet presents important information for the bigger understanding of the real purpose that gives base to the process related to the establishment of the special civil courts on the Brazilian juridical order. The focus, though, is exactly to study the evident contradiction that is the nonacceptance, coming from the several court unities, of the establishment of the preliminar injunction, clearly defying several constitutional principles, as well as procedural ones, that in theory, would have, though only in a subjective way, mandatory applicability.

Keywords: Small Claims Court. Eartly Protection. Speedy Trial. Free Convincing Motivated.

159 Graduanda do Curso de Direito no Centro Universitário Christus, monitora da disciplina de Direito Processual Civil I.

160 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, pós-graduado em Direito Empresarial pela FGV - Fundação Getúlio Vargas e em Processo pela Universidade Federal do Ceará (UFC)/ Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). É professor na graduação do Centro Universitário Christus e na pós-graduação da FGV - Fundação Getúlio Vargas.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os diversos métodos de resolução de conflitos criados pelo homem, como se sabe, o Processo Civil surgiu como uma histórica e revolucionária cadeia jurídica que, através do Código de Processo Civil, proporcionou à população que sua questões interpessoais fossem resolvidas por um ente dotado de notável conhecimento e imparcialidade capaz de emitir pareceres e soluções respeitadas pelo povo.

Sua evolução, ao longo dos anos, desencadeou diversos instrumentos jurídicos capazes de tornar a dinâmica processual cada vez mais igualitária e buscando atingir a tão almejada justiça.

Tratando-se do poder público, no entanto, a justiça brasileira logo deparou-se com uma questão que na atualidade já até tornou-se inerente à ela: o número de pessoas trabalhando nesses diversos órgãos públicos definitivamente passou a não se fazer mais proporcional à população brasileira e, consequentemente, ao número de processos ativos.

Dessa forma, assim como ainda existe até os dias atuais, dentre às inúmeras críticas feitas à atuação do Poder Judiciário no Brasil percebe-se que carece o Judiciário de melhores instrumentos de trabalho o que provavelmente acarreta numa desenfreada produção verdadeiramente caótica e, acima de tudo, lenta.

Sendo assim, como medida paliativa ou não, a busca de maior agilidade e objetividade processual, principalmente para as questões mais simples e que por isso não deveriam ser submetidas ao mesmo tratamento de questões complexas, e também na tentativa de obediência aos diversos princípios constitucionais e processuais, viu-se a necessidade de um órgão judiciário voltado unicamente para essas questões.

Por outro lado, também no interesse de alcançar a maior eficiência do Processo Civil, o legislador buscou de certa forma inverter a sequência em que ocorre um processo: passou-se a conceder o direito almejado e, após isso, analisar a questão.

No entanto, por motivos muitas vezes obscuros, criou-se uma cultura por alguns magistrados de não unir os dois instrumentos processuais que, ironicamente, foram criados para o mesmo fim. Como é de se esperar, portanto, esse costume muitas vezes causa, justamente, a completa frustração de quem procura uma justiça simples e célere, mas, no entanto, tem a urgência de alcançar o seu direito.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Dos Princípios processuais e constitucionais aplicáveis à Lei dos Juizados Especiais Cíveis

Com a evolução do Processo Civil brasileiro, surgiu a necessidade de uma "justiça" mais célere e, de certa forma, prática, principalmente no que diz respeito a questões consideradas simples e que, por isso, não é coerente que sejam submetidas à longa e à burocrática espera vista na Justiça Comum.

Com esse objetivo, foi criado o rito sumaríssimo, em que seriam discutidos conflitos de menor indagação jurídica, porém, ainda assim, a carência de recursos materiais e humanos dos fóruns continuou impedindo a eficiência e efetividade de seu funcionamento, de modo que o nascimento desse novo rito não foi suficiente para a maior celeridade processual. (MIRANDA; PETRILLO; OLIVEIRA FILHO, 2003, edição eletrônica)

Sendo assim, foram instituídos no Rio Grande do Sul, em 23 de julho de 1982, os Conselhos de Conciliação e Arbitramento,

popularmente chamados de Juizados de Pequenas Causas. Seus resultados positivos levaram a, enfim, ser instaurada a Lei Federal nº 7.244, de 7 de novembro de 1984, que dispôs sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. (PINTO, 2008, edição eletrônica)

A promulgação da Constituição Federal de 1988, por fim, instaurou dois instrumentos diferentes, tratando em seu artigo 24, X, da existência de Juizados de Pequenas Causas, e no artigo 98, I, dos Juizados Especiais, indicando, portanto, duas realidades distintas. A dúvida que restou quanto à competência e função dos dois órgãos foi resolvida apenas em 1995, com a edição da Lei nº 9.099, que unificou as sistemáticas dos Juizados de pequenas causas e dos Juizados especiais de causas de menor complexidade, revogando expressamente a Lei nº 7.244/84. (CHIMENTI, 2012, p.26)

Dessa forma, sendo o acesso aos Juizados Especiais Cíveis um direito garantido constitucionalmente, deve seguir, portanto, os princípios constitucionais básicos e fundamentais que se aplicam, também, ao processo civil como um todo. O artigo 5º da Carta Magna, por muitos considerado como sua cláusula pétrea justamente por definir aqueles direitos tidos como garantias fundamentais, em seu inciso LIV, garante o devido processo legal, o que se tornou o princípio-base e norteador de todo o processo civil, em que é estabelecido que todos os atos processuais, tanto das partes quanto da autoridade julgadora, deve seguir todas as etapas previstas em lei para, enfim, poder ser considerado válido. Dessa forma, restringe-se o poder coercitivo estatal e os possíveis deslizes. Dele, advêm todos os outros princípios constitucionais do processo civil, mesmo que alguns não expressamente dispostos na Constituição. (BELÉM ; LIGERO, 2009, edição eletrônica)

No cabeçalho também do artigo 5º, a frase "Todos são iguais perante a lei" gerou o princípio constitucional da isonomia, em que se estabelece, além da igualdade subjetiva perante a lei, o respeito da dignidade humana e a proteção contra o poder estatal arbitrário. Diretamente ligado a ele estão os princípios da ampla defesa e do Contraditório, estabelecidos no inciso LV, que garantem a possibilidade de se valer de todos os meios possíveis para se defender e de contradizer as afirmações da parte contrária. (BELÉM ; LIGERO, 2009, edição eletrônica)

O inciso XXXV do mesmo artigo, por outro lado, rege quanto ao princípio da garantia do acesso à justiça, ou seja, da possibilidade inviolável de acionar os órgãos jurídicos estatais para se valer de seus direitos e o dever estatal de tutelar as posições lesadas. Obviamente, devendo-se respeitar a existência de interesse processual, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido.

O juiz, conforme estabelece o inciso LIII ainda do artigo 5º, deve manter-se imparcial ao caso analisado, não tomando qualquer partido em relação às partes envolvidas no processo. Além disso, é exigido que o juiz, para estar apto a analisar determinado caso, deve ser competente, objetivamente capaz e independente, obedecendo, assim, ao princípio do juiz natural. (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 90)

Relacionado aos princípios do juiz natural e da imparcialidade do juiz, ainda há o princípio da motivação das decisões judiciais, isto é, para haver legitimidade democrática do Poder Judiciário, é necessário que haja, obrigatoriamente, a fundamentação de todas as decisões emitidas pelo juiz, assim como dispõe o artigo 93, inciso IX, do texto constitucional. (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 90)

Voltando, novamente, ao artigo 5º da Constituição, o seu inciso LX ainda define o Princípio da Publicidade dos Atos Processuais, que foi ratificado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, sendo, portanto, exigida a publicidade de todos os atos dos órgãos do poder judiciário. Com o intuito de prover a transparência das atividades dos órgãos estatais, tal princípio possui a importância de garantir funcionamento e manutenção do Estado Democrático de Direito. (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 90)

Ainda há o inciso LV do mesmo artigo, que assegura a possibilidade de a parte recorrer quanto à decisão proferida por juiz, sendo esta contrária à sua pretensão, estabelecendo, assim, o Princípio do duplo grau de jurisdição. (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 90)

Sendo assim, esclarecidos os princípios constitucionais aplicáveis ao procedimento de Juizado Especial, a própria Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Lei nº 9.099/95, estabelece os princípios processuais que devem ser aplicados a tal procedimento, dispondo em seu artigo 2º que "O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação." (BRASIL, Lei 9.099, 1995)

Como uma eficiente forma de expandir a facilidade do acesso à justiça, principalmente levando em consideração a opção que o autor tem de acionar o Juizado Especial sem o necessário acompanhamento de um advogado (exceto no caso de interposição de recurso, em que se faz obrigatório), de forma que, muitas vezes, não tem os conhecimentos necessários para redigir uma petição inicial, surge o princípio da oralidade, regido pelo artigo 14, parágrafo 3º, da mesma lei, que diz que "O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado.[...] § 3º O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos". (BRASIL, Lei 9.099, 1995)

Ou seja, ao comparecer a uma unidade do Juizado Especial, o cidadão poderá narrar seu pedido e seu direito, que será escrito pela Secretaria do Juizado e se tornará, por assim dizer, a sua petição inicial.

Sendo assim, ainda com o intuito da objetividade na resolução do conflito, outros princípios processuais que regem tal procedimento são os da simplicidade e da informalidade do processo, isto é, tendo atingido sua finalidade, o ato processual deve ser considerado válido, tendo em vista que o objetivo principal em questão é, justamente, a realização da justiça de forma simples e objetiva, assim como dispõe o artigo 3º da lei, que dispõe que "Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei." (BRASIL, Lei 9.099, 1995)

Nessa mesma linha de pensamento também está o princípio da economia processual, que visa ao máximo rendimento do processo com o mínimo possível de atos processuais, obtendo eficiência e celeridade na resolução da questão.

Outra singularidade do procedimento de Juizado Especial está na gratuidade processual, pois, em regra, as partes estão dispensadas do pagamento de custas, taxas ou despesas, que

são facultadas ao juiz em caso de condenação por litigância de má-fé.

Dessa forma, toda a praticidade trazida por esse instrumento da Justiça Brasileira representou, de fato, uma revolução na forma como os conflitos vinham sendo resolvidos no Brasil, trazendo uma imagem de acessibilidade muito maior a uma população que, muitas vezes, via-se impossibilitada de resolver suas questões.

2.2 Do Instituto da Tutela Antecipada nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais

Em um objetivo similar ao que embasa toda a existência de um sistema de unidades de Juizados Especiais, qual seja, a rapidez e praticidade do alcance de uma tutela jurídica, existe um instrumento processual que busca, exatamente, a garantia da obtenção antecipada de um provimento que normalmente apenas seria alcançado com o trânsito em julgado da ação.

Prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, a Antecipação de Tutela possibilita que o autor de uma ação judicial obtenha antecipadamente os efeitos da tela pretendida, tendo natureza jurídica de execução por, justamente, garantir a própria pretensão deduzida em juízo, diferentemente do procedimento cautelar, que tem o fim de tão somente resguardar tal direito. Esclareça-se que, inclusive em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o provimento alcançado por meio da tutela antecipada deve ter a possibilidade de ser desfeito.

Para a sua concessão, porém, o mesmo artigo traz quatro requisitos essenciais, além da já citada reversibilidade da medida alcançada, que são: a verossimilhança das alegações, que nada mais é do que a existência de prova inequívoca capaz de comprovar a veracidade dos argumentos apresentados como fundamento para o pedido, tendo em vista que, no momento da apreciação da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, ainda não houve a instrução processual; o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, que não se confunde com ameaça, já que se trata apenas do receio subjetivo da parte autora advindo de atos concretos que os deixam na iminência de algum prejuízo; o abuso do direito de defesa como forma de protelar o decurso do processo, por fim, também é necessário que haja a incontrovérsia acerca do pedido formulado, mesmo após contestado. (AJOUZ, 2006, edição eletrônica)

O novo Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105/15, no entanto, tratou de unificar o procedimento das tutelas cautelar e antecipada, criando o gênero "tutela provisória", previsto no seu artigo 292. (MENDES; ÁVIL, 2015, edição eletrônica)

Quanto à possibilidade de aplicação desse instrumento nos Juizados Especiais Cíveis, porém, inexiste previsão legal. A Lei 9.099/95 quedou-se em silêncio quanto à questão, além de sequer citar a ocorrência, ou não, de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil em relação a assuntos não abrangidos pela citada lei. (MARIA, 2008, edição eletrônica)

O razoável é que, justamente pensando na fiel obediência do principal princípio que fundamenta o objetivo essencial dos Juizados Especiais Cíveis, o princípio da celeridade processual, não seria minimamente lógico negar deferimento à antecipação de tutela, já que esta é instrumento intrinsecamente ligado àquele.

No entanto, para muitos magistrados, o entendimento é outro. Ao contrário disso, sem qualquer fundamentação convincente, uma enorme quantidade de decisões vem sendo proferidas em indeferimento ao pedido de tutela antecipada, mesmo quando há a observância de todos os requisitos estipulados em lei. (MARIA, 2008, edição eletrônica)

Dessa forma, nega-se a antecipação da tutela pretendida ao autor de uma ação que procurou o Juizado Especial justamente buscando aquele que deveria ser o seu objetivo principal: a celeridade processual. Assim, diante da infundada rejeição a que se depara, o sujeito vê-se obrigado a sujeitar-se ao lento e até mesmo tortuoso procedimento ordinário, mesmo quando a questão que lhe envolve possui baixa complexidade e é perfeitamente adequada a ser ajuizada em Juizado Especial, exceto pela necessidade que o autor possui do adiantamento da tutela pretendida.

Ocorre que, assim como não há previsão legal, também não há qualquer vedação por parte da Lei 9.099/95, além de que, mesmo sendo de rito sumaríssimo, os processos que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis são de conhecimento, de forma que se faz plenamente cabível a concessão de tutela antecipada. (MARIA, 2008, edição eletrônica)

Em casos assim, é certo que não se deve considerar exclusivamente a letra fria da lei, tendo em vista que, dessa forma, não seria possível buscar solução para casos não previstos na lei, situação tão comum no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, conforme ensina Norberto Bobbio, não existe caso que não possa ser regulado por uma norma extraída do sistema, o que exclui a possibilidade de haver lacunas jurídicas. Isso se dá por meio da analogia, instrumento de interpretação plenamente aplicável à questão em apreço, pois, mesmo não havendo norma singular, sempre será possível a aplicação da ordem jurídica, o que não deixa de ser, por si só, a aplicação do direito. (FERREIRA, 2005, p.51 a 63)

Além disso, justamente por meio de analogia, é legítima a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às lacunas da Lei 9.099/95, sendo certo que o direito de ação garantido constitucionalmente ao cidadão brasileiro não se limita a assegurar o simples acesso ao Representante do Poder Judiciário, mas também de uma resposta jurisdicional. Sendo assim, havendo a obrigação do órgão jurisdicional acionado para com o autor da ação de resolver a lide e não havendo previsão por parte da lei que rege tal órgão quanto ao direito pretendido, porém existindo a possibilidade da interpretação por analogia da questão, é dever do juiz agir da melhor maneira possível para solucionar o problema que lhe foi imposto, qual seja, a aplicação subsidiária do CPC. (FERREIRA, 2005, p.51 a 63)

Uma das poucas explicações plausíveis para a rejeição à aplicação do CPC refere-se ao fato de que, justamente pelo fato de o Juizado Especial Cível ter surgido como um órgão autônomo, contraditória seria a aplicação do CPC. Porém, a estrutura jurisdicional criada para ele simplesmente não satisfaz os anseios sociais, tornando-se incoerente a negação ao uso ainda que subsidiário de uma lei tão importante para o processo civil brasileiro.

Dessa forma, assim como foi anteriormente citado, não havendo entendimento concreto quanto à aplicação ou não da tutela antecipada, os juízes acabam por não fundamentar suas decisões que indeferem tal pedido, o que fere claramente o fato de que o princípio do livre convencimento do juiz não é absoluto, devendo ser devidamente motivado e fundamentado. Sendo assim, apesar de livre, o juiz não deve proferir decisão sem explicar claramente o que o levou a chegar à ela, pois assim se aplica perante do art. 131 do CPC, que diz que " O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."

Esclareça-se, também, que a motivação das decisões é direito da parte garantido constitucionalmente, conforme prevê o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, veja-se:

> Art. 93. IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

O novo CPC, justamente atendendo ao estipulado constitucionalmente, trás um entendimento objetivo e claro quanto à obrigatoriedade dessa fundamentação, sendo que, no seu artigo 489, regulamenta que toda e qualquer decisão, ainda que interlocutória, deve conter não apenas o dispositivo jurídico que a embasa, mas também a sua relação com a causa decidida. (MOREIRA, 2015, edição eletrônica)

Portanto, resta consubstanciado que, apesar do silêncio da lei dos Juizados Especiais Cíveis, o julgador não deve, em respeito ao seu papel perante o ordenamento jurídico, ater-se cegamente a ela, mas deve buscar, principalmente, prestar o serviço jurisdicional da melhor forma possível, cumprindo o objetivo para o qual foram criados tais institutos: a maior celeridade processual para os processos de menor complexidade jurídica.

2.3 Do entendimento dos Tribunais acerca da Tutela Antecipada nos Juizados Especiais Cíveis

Apesar de pioneiro, o Juizado Especial Cível não segue o mesmo entendimento que outros Juizados Especiais têm sobre a questão. O Juizado Especial Federal, por exemplo, baseia-se primordialmente na Lei 10.259/01, mas que é complementada pela Lei 9.099/93, por ser, justamente, lei anterior que claramente foi usada como base para a criação dessa nova lei. Essa aceitação de uma lei subsidiária, como foi visto, não predomina nos Juizados Especiais Cíveis. (FERREIRA, 2005, p.51 a 63)

Os Juizados Especiais da Fazenda Pública, por sua vez, em uma clara demonstração de evolução m relação aos demais, talvez pelo motivo de sua criação ter se dado vários anos depois, com a promulgação da Lei n° 12.153, de 2009, já deixa expresso em sua lei a possibilidade de antecipação de tutela, conforme prevê o seu artigo 3°: "O juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir quaisquer providências cautelares e antecipatórias no curso do processo, para evitar dano de difícil ou de incerta reparação". (BRASIL, Lei 12.153, 2009)

Além disso, a doutrina e jurisprudência também entendem ser perfeitamente aplicável o instituto da antecipação de tutela contra a fazenda pública, como é demonstrado na seguinte decisão proferida pelo STJ:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE. 1. Constatada a ocorrência da omissão quanto à possibilidade de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, confere-se excepcional efeito infringente aos embargos de declaração para revogá-la. 2. Embargos acolhidos.

> (STJ - EDcl no REsp: 171258 SP 1998/0025981-3, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 29/03/2000, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: 05/06/2000 p. 222)

Em relação aos Juizados Especiais Cíveis, no entanto, mesmo após vinte anos de sua criação, ainda não há um entendimento consolidado sobre o assunto. Os recentes julgados das Turmas Recursais dos Tribunais pátrios vêm trazendo-se uma conduta positiva no sentido do cabimento das tutelas de urgência. Todavia, alguns magistrados ainda insistem em defender posição contrária, conforme se vê no seguinte decisum:

> Entretanto, e não obstante a referida alegação, a medida de urgência pretendida não se coaduna com as disposições e princípios que ensejaram a edição da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), nem se insere dentre aquelas situações excepcionais toleradas pela jurisprudência, eis que o rito delineado pela referida Lei prima pela celeridade e pela simplicidade, colhendo-se, a propósito do tema, o magistério de Fátima Nancy Andrighi e Sidnei Agostinho Beneti: por derradeiro há, ainda, outro argumento que nos leva a meditar sobre a questão da invocação subsidiária do Código de Processo Civil, que é o fato de o único rito previsto na Lei nº 9.099/95 ser o sumaríssimo não se apresentando possível, nem permitida, a prática de outros atos processuais não expressamente previstos, como, por exemplo, antecipação da tutela e a concessão de liminares de natureza cautelar. (...) O rito do juizado, tal qual previsto na Lei 9.099/95, contém o instrumental necessário e suficiente para o equilíbrio entre a celeridade e economia processual de um lado; e a eficiência e segurança do outro. É o que basta para a entrega da tutela de menor complexidade a tempo e hora. Bem por isso, não admite o compartilhamento com outros institutos do procedimento ordinário, como por exemplo, a antecipação de tutela. O pedido de antecipação da tutela nestes Juizados - que de excepcional torna-se a cada dia mais habitual - tem-se mostrado nocivo, desvirtuador e deformador do rito, pois exige do feito tramitação extra e oferece oportunidade para a interposição de recursos, reclamações e impetração de mandado de segurança. É, enfim, um fator de demora na entrega da prestação jurisdicional como um todo. (fl. 34)
>
> (Processo Nº 2007011100634-6, Relatora: Ministro Leila Arlanch, Data de Julgamento: 16/10/2007 PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO D.F., Data de Publicação: 28/11/2007)

Mesmo longe de ter força de lei, o maior esforço feito para igualar o entendimento das centenas de unidades no Brasil foi o Enunciado nº 26 dos Juizados Especiais do Brasil, mantido no XVI ENCONTRO NACIONAL DE COORDENADORES DE JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DO BRASIL, realizado nos últimos dias 24/26 de novembro no Rio de Janeiro, no Hotel Intercontinental, em que foi declarado que "São cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória nos Juizados Especiais Cíveis, em caráter excepcional" (DALAZEN, 2014, edição eletrônica)

Seguindo essa linha de pensamento, existem diversas decisões jurisprudenciais:

> RECLAMAÇÃO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CABIMENTO EM JUIZADO ESPECIAL - CONCESSÃO. 1) Cabe reclamação contra ato judicial que nega apreciação do pedido de antecipação de tutela, sob o argumento de que este é pedido que não pode ser formulado em Juizado Especial. 2) A antecipação de tutela, em Juizado Especial, não está proibida, pela falta de expressa disposição em lei, sendo ela de ser admitida em respeito ao princípio da celeridade processual, que estaria sendo negado, com negativa mesmo da finalidade da justiça que se pretende nos Juizados Especiais. 3) Presentes os pressupostos, deve o pedido de antecipação de tutela ser concedido. 4) Em se tratando de reclamação, descabida a condenação nos ônus da sucumbência.
>
> (SEGUNDA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO D.F. Reclamação nº 20010150043458. Relator Luciano Vasconcellos. Julgado em 2/10/2001. Publicado no DJ em 26/10/2001.)
>
> MANDADO DE SEGURANÇA – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – POSSIBILIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS VÍVEIS – DECISÃO QUE NÃO SE REVELA TERATOLÓGICA – DENEGAÇÃO DA ORDEM.
>
> A antecipação da tutela é cabível nos Juizados Especiais Cíveis, tratando-se de medida que se coaduna perfeitamente com os modernos princípios de celeridade da prestação jurisdicional com justa distribuição do ônus da demora processual entre as partes. São cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória em sede dos Juizados Especiais Cíveis, em caráter incidental. (II Encontro Nacional dos Coordenadores de Juizados Especiais, Cuiabá, dezembro de 1997) É compatível com o rito estabelecido pela Lei nº 9.099/95 a tutela antecipatória a que alude o art. 273 do Código de Processo Civil. (Enunciado nº 06, do 1º EMJERJ) Decisão que, em antecipação de tutela determinou o bloqueio da transferência de veículo perante o Detran em razão de garantia da satisfação de obrigação pelo Impetrante, é medida acautelatória facultada ao Juízo, que não se revela teratológica. Denegada a ordem.
>
> (TURMA RECURSAL ÚNICA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE PITANGA. Mandado de Segurança nº 2006.0003477-9/0. Relator: J.S. Fagundes Cunha. Julgado em 28/6/2006.) (CUNHA, 2006, edição eletrônica)

Em Pernambuco, assim como em diversos outros estados do Brasil, embora na maioria dos tribunais, essa rejeição seja quase que mascarada, proferindo-se decisões vagas em que não se especifica o motivo do indeferimento, o entendimento do Colégio Recursal é no sentido de não admitir a antecipação de tutela, existindo, inclusive, enunciado que assim estabelece sobre o tema:

> ENUNCIADO nº 06 - MEDIDAS CAUTELARES - Nos Juizados Especiais não são admitidas medidas cautelares ou antecipações dos efeitos da tutela, por falta de expressa previsão da lei especial e por contrariar a sua sistemática processual. De verificar que a Lei n.º 9.099/95 prestigia a concentração dos atos processuais, observando o princípio da celeridade. A remessa do feito ao juiz para qualquer decisão interlocutória, precedendo a sessão de conciliação, implica na desvirtuação do rito especial, sumaríssimo, em contradição com o próprio sistema. (JUNIOR, 2002, edição eletrônica)

O enunciado serve de fundamento, portanto, para diversas decisões, que, embora ajam em desacordo com o princípio da celeridade processual, ao menos fundamentam sua decisão, diferentemente da maioria dos outros tribunais, que seguem proferindo decisões denegatórias, alegando sem qualquer justificativa, por exemplo, a ausência de verossimilhança das alegações, mesmo quando o autor esgota as suas possibilidades de comprovação do fato e prova, como diz a linguagem popular, "por A mais B", a veracidade dos fatos:

> MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA DE URGÊNCIA PERANTE OS JUIZADOS ESPECIAIS. INCABIMENTO. Enunciado nº 06 do I Colégio Recursal tornou incontroverso que "nos Juizados Especiais não são admitidas medidas cautelares ou antecipações dos efeitos da tutela, por falta de expressa previsão da lei especial e por contrariar a sua sistemática processual. De verificar que a Lei nº 9.099/95 prestigia a concentração dos atos processuais, observando o princípio da celeridade. A remessa do feito ao juiz para qualquer decisão interlocutória, precedendo a sessão de conciliação, implica na desvirtuação do rito especial, sumaríssimo, em contradição com o próprio sistema" (D.P.J., de 17 de abril de 1998). A impetração do "mandamus" hostiliza a decisão interlocutória afastada da sistemática da Lei nº 9.099/95 quando ofertou efeitos de antecipação da tutela em ação aforada, por opção do autor, perante os Juizados Especiais Cíveis. Os instrumentos-institutos dos arts. 273 e 798 do Código de Processo Civil e do parágrafo 3º do art. 84 da Lei nº 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) são operativos da Justiça Ordinária, não tendo incidência prevista para as ações opcionalmente propostas em Juizados Especiais que dispõem de procedimento próprio, autônomo, cuja operacionalidade reclama uma agilização processual compatível com o próprio sistema, para tanto munida de instrumentos específicos, os quais buscam a rápida solução do litigio pela conciliação ou pela presteza do julgamento. A aplicação subsidiária daqueles institutos descaracteriza o sistema dos Juizados Especiais. A decisão concessiva de tutela de urgência, em sede dos Juizados, não tem amparo legal, à falta de previsão expressa da lei, não se confortando, destarte, com a idéia-força dos princípios que norteiam o procedimento sumaríssimo. Concessão da segurança, à unanimidade, para anular a decisão interlocutória proferida.(Mandado de Segurança – Recurso nº 00060/1998 - JUIZADO ESPECIAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO – Relator : JONES FIGUEIREDO ALVES - 29/09/1998).

Ora, o questionável é, portanto, como pode uma instituição

como o Juizado Especial Cível, criada há vinte anos, fato que foi um verdadeiro marco para a evolução do Processo Civil brasileiro, ser tão contraditória quanto a um entendimento que deveria ser primário, tendo em vista ser um dos principais pedidos comuns à maioria das questões ali ajuizadas.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

O presente trabalho teve como objetivo geral entender qual o real cabimento da tutela antecipada no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Para tanto, foi realizada uma pesquisa descritiva, visando a levantar o cabimento legal da antecipação de tutela, bem como o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, ressaltando-se toda a controvérsia existente em diversos tribunais.

A pesquisa realizada é do tipo bibliográfica e documental, pois foi elaborada a partir do estudo em livros, artigos científicos e periódicos online. Além disso, também é jurisprudencial, já que se baseou em uma série de decisões divergentes em diversos tribunais brasileiros. O método de pesquisa utilizado, por outro lado, foi o dedutivo, tem em vista que a conclusão extraída relaciona-se implicitamente com as premissas abordadas.

Dessa forma, foi possível realizar-se um estudo aprofundado no tema proposto, de modo a alcançar informações de cunho jurídico e colher dados que compuseram o processo de análise do real cabimento do instituto da tutela antecipada perante os Juizados Especiais Cíveis e a provável razão para a recusa de muitos juízes quanto à sua aceitação.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Após o estudo sobre a história dos juizados brasileiros, com maior enfoque nos princípios constitucionais e processuais que os envolvem, verifica-se a ausência e, portanto, necessidade de maior respeito ao seu principal propósito: a objetividade no tratamento de questões de menor complexidade, alcançando o máxima de celeridade processual dentro das possibilidades.

Como foi percebido, porém, o que para muitos é considerado um importantíssimo instrumento processual a fim de alcançar a tão necessária celeridade, bem como com uma função ainda mais importante, ainda se faz fundamental para a garantia de um direito perecível, a antecipação de tutela não tem qualquer previsão na Lei dos Juizados Especiais Cíveis, o que causou uma verdadeira confusão jurisprudencial nós últimos 20 anos de sua vigência.

Percebeu-se, também, que justamente por não haver entendimento consolidado quanto ao assunto nem qualquer disposição legal, tendo em vista que a Lei 9.099/95 nem ao menos quanto à possibilidade do uso subsidiário do Código de Processo Civil versa, as decisões denegatórias de antecipação de tutela vêm sendo proferidas de forma vaga e muitas vezes até obscura, o que ainda fere o princípio da motivação do juiz. As poucas decisões que tratam exatamente da questão aqui visada trazem interessantes, porém distintos, fundamentos quanto ao cabimento ou não do instituto.

Dessa forma, não havendo clareza quanto às unidades de Juizado Especial Cível que aceitam ou não tal possibilidade, o cidadão que se depara com uma infundada decisão indeferindo seu pedido vê-se prejudicado mesmo quando há a comprovada necessidade daquele adiantamento.

5 CONCLUSÃO

A criação, em 1995, dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil tratou-se de um comemorado avanço para o Processo Civil Brasileiro, já que, por meio deles, os cidadãos que necessitam da tutela jurisdicional para questões de menor complexidade terão acesso a um tratamento rápido e eficaz, não tendo de se submeter ao muitas vezes torturoso e lento procedimento ordinário. Dessa forma, foram supostamente obedecidos diversos princípios que, por causa da gigantesca demanda que há perante a Justiça Brasileira, haviam caído no esquecimento.

Porém, pelo simples fato de não haver previsão em lei específica ou por motivos ainda mais insinceros, muitos juízes vêm recurvando-se a deferir o fundado pedido da parte de uma tutela antecipada, o que simplesmente inverte a principal função dos Juizados Especiais: a efetividade do princípio da celeridade processual.

REFERÊNCIAS

MIRANDA, Alessandra Nóbrega de Moura; PETRILLO, Marcio Roncalli de Almeida, FILHO, Wanderley Rebello de Oliveira. Origens Históricas dos Juizados Especiais de Pequenas e sua Problemática Atual. **Revista Jurídica Estácio de Sá, v. único**. Disponível em: <http://www.estacio.br/site/juizados_especiais/artigos/artigofinal_grupo1.pdf>. Acesso em 02 de Maio de 2015.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Abordagem Histórica e Jurídica dos Juizados de Pequenas Causas dos Atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais Brasileiros. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-ii-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto. Acesso em 02 de Maio de 2015.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Federais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BELÉM, Evandro de Oliveira; LIGERO, Gilberto Notário. Princípios Constitucionais Norteadores do Processo Civil. Revistas Eletrônicas da Toledo Presidente Prudente. Vol. 5, No 5 (2009). Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2107/2211>. Acesso em 02 de Maio de 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. V.1.

AJOUZ, Alessandro dos Santos. Cabimento da Tutela Antecipada no Âmbito da Lei 9.099/95. Site Direito Positivo. Disponível em: <http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Artigos&file=display&jid=446>. Acesso em 02 de maio de 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ÁVIL, Henrique. Algumas das principais alterações do novo Código de Processo Civil. Site Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/algumas-principais-alteracoes-codigo-processo-civil>. Acesso em de Maio de 2015.

MARIA, Manuel Carlos de Jesus. Utilização da Tutela

Antecipada e Cautelares nos Juizados Especiais Cíveis. Site Jusnavegandi. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_30/artigos/Art_Manuel.htm>. Acesso em 02 de Maio de 2015.

FERREIRA, Hylea Maria. Tutela Antecipada em Sede de Juizados Especiais Cíveis. Revista Jurídica da UniFil, Ano IV - nº 4.

MOREIRA, Rômulo de Andrade Moreira. O novo Código de Processo Civil, a fundamentação das decisões judiciais e o processo penal brasileiro. Site Jusnavegandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/37330/o-novo-codigo-de-processo-civil-a-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-e-o-processo-penal-brasileiro#ixzz3YnIKV7P4>. Acesso em 02 de Maio de 2015.

DALAZEN, Janaína Zanon. Antecipação de tutela no juizado especial cível (Lei 9.099/1995). Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 123. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14654>. Acesso em 02 de Maio de 2015.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. Mandado de Segurança nº 2006.0003477-9/0, do Juizado Especial da Comarca de Pitanga. Paraná. Turma Recursal Única, p.1 a 9. Anexo 01. Disponível em: <http://www.fagundescunha.org.br/votos/MANDADO_TUTELA.pdf>. Acesso em 02 de Maio de 2015.

JUNIOR, Valdecy José Gusmão da Silva. A antecipação de tutela nos Juizados Especiais. Site Jusnavegandi. Disponível em: < http://jus.com.br/artigos/3293/a-antecipacao-de-tutela-nos-juizados-especiais#ixzz3XG0VkkDM >. Acesso em 02 de Maio de 2015.

A PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA

Tainan Natércia da Piedade Andrade Monteiro, autora[161*]
Alexander Perazo Nunes de Carvalho, professor orientador[162**]

RESUMO

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor surgiu como inovação legislativa por anseios da Constituição Federal de 1988, que elevou a proteção do consumidor a direito fundamental. Essas inovações proporcionaram ao consumidor, considerado hipossuficiente na relação de consumo, garantias legais e processuais para ingressar em juízo, facilitando o acesso à justiça. Nesse período de transição jurídica houve uma adaptação por parte dos operadores do Direito e toda a comunidade acadêmica, que ainda resistiam ao modelo indivualista de garantismo processual. Vale salientar que essas mudanças foram de grande importância para a tutela dos direitos difusos, individuais e coletivos, e se mostram um marco no exercício de direitos fundamentais, como a cidadania.

Palavras-chave: Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Direito fundamental. Inovações. Hipossuficiente. Garantias legais e processuais.

ABSTRACT

The Consumer Protection and Defense Code emerged as legislative innovation by yearnings of the Federal Constitution of 1988, which raised consumer protection to fundamental rights. These innovations have provided to the consumer, considered a disadvantage in the consumption process, legal and procedural safeguards to sue, facilitating access to justice. In this legal transition period there was an adaptation by the Law operators and the entire academic community, which still resisted indivual model procedural legalist. It is noteworthy that these changes were of great importance for the protection of diffuse, individual and collective rights, and show a milestone in the exercise of fundamental rights such as citizenship.

Keywords: Consumer Protection and Defense Code. Fundamental right. Innovations. Disadvantege. Legal and processual safeguard.

161 * Acadêmica de Direito do sétimo semestre no Centro Universitário Christus, participou do Escritório de Direitos Humanos da mesma instituição e atual monitora da disciplina Direito do Consumidor. E-mail: tainannatercia@hotmail.com.

162 ** Doutor (2013) e Mestre (2004) em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, com área de concentração em Direito Privado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998). Professor da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) e da Faculdade Luciano Feijão (Sobral/CE). E-mail: perazo@globo.com.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este estudo é fruto do Programa de Iniciação à Docência iniciado em agosto de 2014 no Centro Universitário Christus. O trabalho é resultado de um ano de prática docente e pesquisa da disciplina de Direito do Consumidor, a qual é ministrada pelo professor orientador.

Pelo presente artigo, pretende-se apresentar as inovações trazidas pelo Código de Defesa e Proteção do Consumidor (Lei /1990) no que tange ao acesso a tutela jurisdicional, por meio de mecanismos de defesa, proteção e promoção dos direitos consumeristas.

O microssistesma processual em voga tem fulcro na vulnerabilidade do consumidor em sua relação jurídica para com o fornecedor, relação essa detentora de prerrogativas específicas que antes eram vagas no ordenamento jurídico.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 As relações de consumo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988

A Constituição cidadã representa um importante marco para as relações consumeristas, haja vista que antes dela essas relações eram orientadas pelo Código Civil de 1916, que entrou em vigor em 1917. Assim, no século XX havia a tradição do direito privatista com origem no direito civil europeu do século anterior.

No cenário mundial do capitalismo já havia uma consciência da defesa do consumidor, principalmente nos Estados Unidos. Na metade do século XX, a Organização das Nações Unidas declarou os direitos básicos do consumidor fazendo referência aos declarados pelo presidente Kennedy em mensagem ao Congresso, quando o mesmo disse "*Consumers, by definition, include us all*"[163].

Assim, em 1985, a Assembleia Geral das Nações Unidas estabeleceu as Diretrizes Internacionais de Proteção ao Consumidor através da Resolução nº 39.248, estabelecendo a importância dos Estados efetivarem políticas públicas de proteção ao consumidor. Além de estabelecer quatro direitos básicos do consumidor, sendo estes o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolha e direito de ser ouvido.

Já no Brasil esses direitos só vieram a se consolidar com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde pela primeira vez a proteção do consumidor estava expressa em dispositivo legal. Em seu artigo 5º, inciso XXXII, rol de direitos e garantias fundamentais tem-se a seguinte redação:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (grifou-se) [...]
>
> XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Assim, o legislador constituinte deixou a lacuna legislativa, pois resguardou o direito do consumidor, porém não havia legislação especial e as relações de consumo continuavam a serem discutidas no juízo cível, o que não é razoável observado as suas especificidades e a disparidade dos sujeitos da relação de consumo.

163 Tradução livre da autora: "Consumidores, por definição, somos todos nós".

É sabido que o consumidor não se encontra no mesmo patamar de igualdade do fornecedor, pois aquele é hipossuficiente e vulnerável em relação a este. Antônio Herman Benjamin estabelece a diferença entre esses dois conceitos:

> A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores.. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a previsão do ônus da prova – art. 6º, VIII. (BENJAMIN, GRINOVER et all, 2011, p. 371)

Sérgio Cavallieri Filho explica que vulnerabilidade pode se caracterizar de três formas diferentes, sendo elas a vulnerabilidade fática, que consiste na "discrepância entre a maior capacidade econômica e social dos agentes econômicos" (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 39) técnica, quando "não possuir o consumidor conhecimento sobre o processo produtivo" (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 40) e jurídica, quando "resulta da falta de informação do consumidor a respeito dos seus direitos, inclusive no que respeita a quem recorrer ou reclamar; a falta de assistência jurídica, em juízo ou fora dele" (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 41). Logo, o conceito de vulnerabilidade pode ser determinado pela união dos três tipos de vulnerabilidade por ele mencionado, qual seja a fática, a técnica e a jurídica.

2.2 O advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor

Em setembro de 1990, durante o governo do Presidente Fernando Collor, foi promulgada a Lei nº 8.078, intitulada Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Esta trouxe inúmeras inovações para o ordenamento jurídico, especialmente no âmbito das relações de consumo, que como citado anteriormente eram reguladas pela esfera cível.

Antemão, o dispositivo já trazia consigo uma imensa responsabilidade e segurança jurídica devido à previsão que a Carta Magna fazia a proteção do consumidor como um direito fundamental, vindo a legislação especial suprir essa lacuna legislativa.

Dentre suas inovações o novo dispositivo trouxe explicitamente desde o conceito de consumidor, fornecedor, produto, serviço, os direitos básicos do consumidor, a possibilidade da reparação de danos, sanções administrativas, infrações penais até a defesa em juízo.

A partir de então se estabeleceu uma Política Nacional de Relações de Consumo, com órgãos especializados nas três esferas da federação que atuam na promoção da defesa do consumidor no âmbito jurídico, tanto de forma individual como coletiva.

Essa proteção especial aos consumidores surge então em uma época relevante, a modernidade, na qual a perspectiva de economia gira em torno de uma sociedade de consumo dinâmica, onde há uma diminuição dos custos e um aumento da oferta, atingindo a produção em massa. Acompanhando as novas tecnologias da informação e a globalização se fez mais do que necessário essa tutela por parte do ordenamento jurídico brasileiro.

O doutrinador Rizzatto Nunes faz observações importantes acerca dessa temática, pois mesmo com a vigência do dispositivo legal na seara judicial ainda havia uma dificuldade por parte dos juristas para se adaptar ao novo código, ele assume que:

> [...] para entender o porquê de uma lei que chega até nós no final do século XX trazer uma série de situações que importam em experiência que ainda não tínhamos vivenciado. Porém, apesar de atrasado, o CDC acabou tendo resultados altamente positivos, porque o legislador, isto é, aqueles que pensaram na sua elaboração pensaram e trouxeram para o sistema legislativo brasileiro aquilo que existia e existe de mais moderno na proteção do consumidor. (NUNES, 2014, p. 41)

É tão verdade que o CDC se destacou juridicamente que outros ordenamentos o acompanharam. A Argentina recebeu fortes influências, que inspirou a criação de sua lei de proteção ao consumidor, assim como o Uruguai e o Paraguai, que tiveram suas legislações reformadas a partir do exemplo brasileiro, havendo também projetos pela Europa.

2.3 Princípios constitucionais de proteção do consumidor

Sabe-se que os princípios são fontes do direito, ou seja, podem ensejar e dar sustento a orientações jurídicas. A Constituição Federal de 1988 tem natureza legal e principiológica, e alguns de seus princípios guiam boa parte da legislação pátria.

Portanto, pode-se notar que o Código de Defesa do Consumidor sofreu influência de diversos princípios da ordem constitucional, sendo a dignidade da pessoa humana o mais notório entre eles, pois o lado mais fraco da relação jurídica de consumo precisava de tutela jurisdicional.

Assim como a dignidade outros princípios constitucionais albergam a proteção e defesa do consumidor, a soberania é um deles, pois além do leque de direitos e garantias fundamentais já instituídos é possível a incorporação de direitos oriundos da assinatura e ratificação de tratados e convenções internacionais desde que respeitem a soberania e a ordem constitucional.

Os princípios gerais da ordem econômica também merecem destaque, visto que a proteção do consumidor foi enumerada de forma taxativa pelo artigo 170, V da CF/88:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> I – soberania nacional;
>
> II – propriedade privada;
>
> III – função social da propriedade;
>
> IV – livre concorrência;
>
> **V – defesa do consumidor;** (grifou-se) [...]

É nítida a harmonização entre os princípios da ordem social, pois é possível garantir através da responsabilização social

que seja assegurado o direito à livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência, por exemplo, sem que haja prejuízo ao direito do consumidor. Estando o empreendedor livre para explorar o mercado, desde que haja respeito aos direitos elencados pela lei nº 8.078/90.

Outro princípio constitucional que resguarda as relações jurídicas entre consumidor e fornecedor é o princípio da informação, que está relacionado com o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. A Constituição aduz, portanto:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a **informação**, sob qualquer forma, processo ou veículo **não sofrerão qualquer restrição**, observado o disposto nessa Constituição. (grifou-se)

Esse princípio está consubstanciado no princípio da moralidade, pois as informações devem contar com um respaldo ético para, a partir de então, serem vinculadas. Estando assim, o consumidor de produtos e serviços protegido de informações falaciosas.

Por fim, é importante ter ciência de que esses princípios não são absolutos, eles podem encontrar limites no próprio texto constitucional e através da proporcionalidade e razoabilidade deve-se ponderar o que irá prevalecer de acordo com o caso concreto.

2.4 O direito do consumidor como direito fundamental

Como já fora mencionado, a Constituição Federal de 1988 elevou a proteção do consumidor a *status* de direito fundamental. O doutrinador Uadi Lammêgo Bulos apregoa: "*Direitos fundamentais* são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social." (BULOS, 2011, p. 515)

Esses direitos gozam de rigidez e primazia na ordem constitucional, não podendo ser removidos ou diminuídos, apenas melhorados, por sua condição de cláusula pétrea. Esse instituto jurídico surgiu com a promulgação da Constituição cidadã, fruto das lutas sociais e democráticas num contexto histórico pós-Ditadura Militar.

Logo, mesmo que exista novo processo legislativo e, por meio de uma Assembleia Nacional Constituinte, eventual criação de nova Carta Magna, as cláusulas pétreas, ainda assim, não poderão ser removidas, apenas alteradas, se para melhor forem.

Sobre esse instituto, o Juiz Federal George Marmelstein preleciona:

> [...] resolveu-se ir ainda mais além do que a simples rigidez constitucional, instituindo total impossibilidade de alterar determinados elementos da Constituição, através das chamadas cláusulas pétreas. [...] Desse modo, o constituinte originário pretendeu criar uma barreira de proteção (ou garantia de eternidade) em torno dessa matéria, de tal forma que nem mesmo por maioria qualificada o Congresso Nacional pode revogar determinado direito considerado fundamental. Os direitos fundamentais são, por isso mesmo, "elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição", sendo, portanto, "ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a aboli-los". (MARMELSTEIN, 2013, p. 270-271)

Em virtude desse tratamento constitucional, à promoção do direito do consumidor, bem como sua defesa e consequente proteção, apresenta relação direta consubstanciada na teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Isso posto, infere-se que nas relações jurídicas provenientes do consumo, ou seja, surgida entre os particulares, quais sejam fornecedor e consumidor, a defesa desse não pode ser relativizada ou suprimida, muito pelo contrário, deve ser exaltada, revelando a hipossuficiência do consumidor.

3 ACESSO À JUSTIÇA

O título III do código em voga traz consigo o tópico "Da defesa do Consumidor em juízo" e em seu artigo 81 dispõe sobre os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que foi considerado grande inovação legislativa e processual, uma vez que a matéria era controvertida entre os doutrinadores brasileiros.

Assim, o texto legal do CDC, que foi elaborado por professores processualistas como Ada Pellegrini Grinover e Nelson Nery Jr. teve preocupações como a efetividade e a facilitação do acesso à justiça pelo consumidor.

Por essas características o código é considerado um microssistema processual para as ações coletivas, sendo este o posicionamento de Fredie Didier Jr., que alude com sapiência:

> Nesse diapasão, apresentam-se, como mudanças ontológicas, um novo enfoque da *par conditio* (com transposição de uma igualdade formal para uma igualdade mais substancial entre as partes: igualar os desiguais) e novas técnicas para as ações coletivas, tudo sem afastar a garantia do devido processo legal. (DIDIER JR., ZANETI JR., 2013, p. 49)

Dentre essas mudanças no contexto processual de acesso à justiça enfatiza-se a questão do consumidor valer-se da defesa de seus direitos em qualquer ação cabível, a inversão do ônus da prova, a possibilidade de determinar a competência pelo domicílio do consumidor, a regulamentação da relação entre a ação coletiva e a individual, além do fato do CDC ter alterado a Lei de Ação Civil Pública. Isso posto, atua como o verdadeiro agente unificador e harmonizador, pois adequa a sistemática processual vigente do Código de Processo Civil e da LACP para defesa de direitos difusos, coletivos e individuais.

Ademais, vislumbra Didier sobre a norma presente no Código de Defesa do Consumidor ser cogente, o que a revela como mecanismo de "ordem pública e interesse social", porquanto Mauro Cappelletti chama de "devido processo social", sendo uma modificação de um alicerce principiológico do modelo de garantista processual. (DIDIER JR., ZANETI JR., 2013, p. 51)

Por conseguinte, o cenário consumerista brasileiro hoje se encontra mais célere e dinâmico, observado as facilitações de defesa e proteção do consumidor em juízo, com garantias de pleito e órgãos especializados, como o Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (DECON) e o Órgão de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), que recebem denúncias sobre abusos e até crimes cometidos nas relações

de consumo, dando ensejo a um inquérito e uma possível Ação Penal intentada pelo Ministério Público.

Esses órgãos, com autonomia funcional, auxiliam o Poder Judiciário, tendo vínculo direto para com o Governo Estadual e Municipal, como forma de vetorizar o acesso à justiça nos entes da federação. O jurista Fredie Didier aduz acerca das inovações trazidas pelo CDC:

> Todo esse raciocínio se justifica pela própria ótica propulsora das mudanças sociais que desaguaram na perspectiva externa do processo, no seu aspecto teleológico de realização da paz social com justiça. (DIDIER JR., ZANETI JR., 2013, p. 51)

Isto posto, infere-se que o CDC, à luz da nova hermenêutica constitucional, é um marco no exercício da cidadania brasileira, tendo em vista que seu bojo traz consigo direitos e garantias, não apenas fundamentais, mas processuais, elevando à categoria do processo civil coletivo.

4 METODOLOGIA DA PESQUISA

Para o presente artigo foi utilizado à pesquisa bibliográfica e a documental, tendo por base a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Processo Civil e a melhor doutrina sobre a temática.

A partir da análise destes dispositivos legais, realizou-se um estudo comparativo sobre os meios de efetivação do acesso à justiça para a tutela do consumidor, individual e coletiva, e suas melhorias processuais a fim de notificar as mudanças ocorridas no ordenamento jurídico pátrio e seus benefícios.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com essa produção científica tornou-se mais claro os estudos acerca da promoção, defesa e proteção do consumidor, assim como seu direito de ingresso em juízo após violações na relação de consumo, gerando maiores possibilidades de sucesso na tutela jurisdicional devido às mudanças ocorridas no processo consumerista.

Dentre os mecanismos estudados, vislumbra-se a evolução do processo coletivo, promovendo o direito fundamental de acesso ao Judiciário, além da defesa do consumidor garantida constitucionalmente.

O Código de Defesa e Proteção do Consumidor (Lei 8.078/1990) é, portanto, um marco no exercício da cidadania brasileira, pois não apenas protege o consumidor em face aos abusos das relações consumerista, mas também por modificar o cenário dos direitos difusos, tendo em vista, por exemplo, a alteração do garanstimo processual individualista.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman apud GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Lei nº 8.078. de 11 de setembro de 1990. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. **Presidência da República**, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 fev. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil 4**. 8. ed. rev. ampli. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

A CRISE NA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O SOLIPSISMO JURÍDICO

Taís Correia Carlos[164]
Antônio Torquilho Praxedes[2]

RESUMO

A hermenêutica jurídica possui como principal objeto o estudo dos sistemas que dizem respeito aos processos interpretativos aplicáveis ao Direito, que, por sua vez, tornam possível a obtenção do sentido e alcance das expressões contidas na linguagem jurídica. A hodierna interpretação constitucional é consequência da inquietude e insatisfação de alguns juristas, refutando-se o que foi chamado de "positivismo lógico-formal" que, durante um razoável período de tempo, prevaleceu no Estado liberal e que resultou no anseio por um sentido que fosse ao âmago das constituições, ou seja, algo mais profundo, consistindo em fixar a adequação exata do Direito à Sociedade. Nesse diapasão é que se pretende defender que não há dúvida de que aquele que interpreta a Constituição deve dar a devida atenção à realidade que o cerca, ou seja, à concretude que revela a existência dos fatores sociais.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica. Interpretação. Aplicação do Direito. Solipsismo Jurídico.

RÉSUME

L'interprétation juridique a comme objectif principal l'étude des systèmes qui concernent les processus interprétatifs applicables à la loi qui à son tour permettent d'obtenir le sens et la portée des expressions contenues dans le langage juridique. Interprétation constitutionnelle d'aujourd'hui est une conséquence de l'agitation et l'insatisfaction de certains spécialistes du droit, réfutant en place ce qu'on a appelé le «positivisme logique formelle-» qui a prévalu dans l'État libéral pour une période de temps raisonnable, résultant en une quête de sens qui est le noyau de la constitution, qui est, quelque chose de plus profond, fixant la pertinence exacte de le droit a la société. Dans cette veine est que si vous voulez faire valoir qu'il n'y a pas de doute que celui qui interprète la Constitution devrait accorder l'attention voulue à la réalité qui l'entoure, à savoir le caractère concret qui révèle l'existence de facteurs sociaux.

Mots-clés: L'interprétation juridique. Interprétation. Application de la loi. Solipsisme juridique.

164 [1]Acadêmica do 6º semestre do curso de Direito do Centro Universitário Christus e monitora da disciplina de Hermenêutica Jurídica.

[2]Professor do curso de Direito (graduação) nas disciplinas de Teoria Geral do Direito, Hermenêutica Jurídica e Direito Comunitário, no Centro Universitário Christus. Coordenador executivo do programa de pós-graduação (lato sensu) em Direito Processual Civil Individual e Coletivo (turmas 3 e 4), no Centro Universitário Christus. Foi doutorando em Sociologia Jurídica no programa Direito, Justiça e Cidadania no Séc. XXI, desenvolvido pelas faculdades de Direito e Economia da Universidade de Coimbra (2007-2010), com área de concentração em Teoria do Estado, do Direito e da Administração Pública. Possui pós-graduação (especialização e mestrado) em Ciências Jurídico-Comunitárias pela Universidade de Coimbra (2005), pós-graduação (especialização) em Processo Administrativo pela Universidade Federal do Ceará (UFC - 2002) e graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR - 2000). Linhas de pesquisa: democracia participativa; teoria do Estado, do Direito e da Administração Pública; proteção internacional dos direitos humanos.

1 INTRODUÇÃO

Esta investigação tem por escopo desenvolver uma análise acerca das dificuldades inerentes à interpretação jurídica contemporânea, sem, contudo, se esgueirar dos campos que essa atividade suscita. Isso significa que foi escolhido como objeto de investigação o campo da interpretação constitucional, como forma de obter uma compreensão a respeito das vicissitudes dos métodos hermenêuticos a partir do núcleo duro do ordenamento jurídico – a Constituição - tendo como perspectiva inicial o neoconstitucionalismo. Destarte, convém salientar que a metodologia aplicada foi voltada à revisão bibliográfica, que englobasse não apenas as normas constitucionais, mas a doutrina jurídica pátria, cujos principais autores pesquisados revelam a centralidade da Constituição na composição do sistema jurídico de base romano-germânico. Esse posicionamento, contudo, não excluiu a possibilidade de um exame prático da atuação do Supremo Tribunal Federal, haja vista disposição constitucional expressa de seu papel como guardião da Lei Maior. Isso direcionou o trabalho no sentido de perceber quais seriam as normas jurídicas – nelas incluídas regras e princípios – que representariam maior dificuldade na determinação do sentido e do alcance dos termos jurídicos para a "correta" aplicação do Direito.

Tendo isso em vista, em primeiro lugar faz-se uma análise da Hermenêutica como atividade inerente à aplicação do Direito, com seus contornos teóricos clássicos e contemporâneos. Em segundo lugar, mas diretamente associado à primeira parte, procede-se a um estudo sobre a complexidade da interpretação de textos, cujo produto é a obtenção das normas, enquanto estas, por sua vez, precisam ser contextualizadas de acordo com o caso concreto que exige um posicionamento interpretativo. Em terceiro lugar, e a título de fechamento, do referencial teórico investigado, procede-se a uma análise crítica do neoconstitucionalismo e das carências teóricas que o cercam no campo da aplicação do Direito, com enfoque aos dados empíricos e às dificuldades práticas dessa nova teoria, frente à atividade do Tribunal responsável pela interpretação constitucional.

As análises efetuadas na literatura especializada revelaram que os atuais métodos desenvolvidos pela corrente intitulada de neoconstitucionalismo trazem algumas imprecisões e indeterminações sobre os termos empregados na constituição, quando esses elementos tratam de valores morais como liberdade, igualdade, fraternidade, solidariedade e outros, pelo simples fato de que, embora positivadas, essas expressões carecem de um conteúdo definido. Isso implica numa constante politização da jurisdição; interferência essa que levantou tantos debates em torno dos métodos de interpretação próprios ao

Direito. Significa dizer, *a priori*, no esteio das ideias desenvolvidas pelos autores da nova hermenêutica constitucional, que há uma imprecisão terminológica que suscita a compreensão dessas expressões sob a luz de uma nova teoria do Direito: o problema do solipsismo.

Dessa forma, tendo-se a consciência de que se trata de tarefa hercúlea que uma simples investigação acadêmica não tem o condão de solucionar, o que se pretende apresentar é um debate sobre essa problemática, partindo-se da hermenêutica clássica – e suas limitações – até se chegar à nova fase da interpretação de um "não tão novo" Direito – que incorporou as políticas relativas à proteção dos direitos humanos no capítulo referente aos direitos fundamentais, positivados nas constituições ocidentais. Essa nova abordagem colocou o magistrado no centro do debate político, em regimes democráticos que tem por alicerce o pacto social consubstanciado na Constituição; a tarefa jurisdicional, por esse meio, assume uma nova conformação, e o Poder Judiciário passa a ser protagonista na interpretação de um Direito dinâmico e adaptável às demandas sociais, sem com isso pôr fim aos conflitos que a própria democracia suscita. Esse novo protagonismo não pode ser considerado acriticamente, pois se questiona se o Judiciário não estaria aplicando o Direito com vistas a satisfazer interesses *interna corporis*, o que desvirtuaria a sua atuação e prejudicaria a mesma Democracia que fundamenta a sua função.

2 REVISÃO DA LITERATURA

A norma jurídica não é fruto da criação do intérprete; ao contrário disso, ela é revelada por ele. Nos termos da hermenêutica constitucional, deve-se procurar a construção de um dinamismo, ou seja, buscando-se a essência do intrínseco relacionamento que deve existir entre o Direito e a Sociedade, trazendo, portanto, os significados de enunciados e da realidade atual; o presente, a vida real que dão vida ao Direito, bem como à Constituição. Um importante ponto a ser ressaltado é o fato de que não existe um único significado no âmago de uma norma, pois são vários os significados que são apresentados no decorrer da História, bem como se interliga a subjetividade de quem as interpreta. Nesse sentido, há uma distinta posição defendida por Ronald Dworkin (2001, p.251), fazendo uma ponderação entre o não existir um sentido único na norma e o intérprete não poder inventar:

> Pelo menos um leitor do ensaio original pensou que, apesar de minhas várias negativas, eu estava engajado numa ingênua teoria metafísica da interpretação, segundo a qual os significados estão simplesmente ali no universo, os gêneros literários prenunciam a si mesmos, os textos atuam como uma restrição se faz valer sobre qualquer interpretação, e a interpretação, portanto, é a descoberta de fatos concretos, não interpretativos e recalcitrantes. Naturalmente, nunca fiz nenhuma dessas afirmações e negue – as todas, mas pensou – se, mesmo assim que eu estava comprometido com elas pelo que efetivamente disse. Pois disse, entre outras coisas, que interpretar era diferente de inventar, e que função e importância da interpretação.

A perpetuação de uma Constituição é basilar para que se forme e se obtenha uma atitude de reverência a ela. Assim, com a vigência de uma Constituição fortalecida é que será possível obter o devido respeito as instituições jurídicas, para que assim, de maneira plena, possa ser efetivada uma verdadeira cidadania. Porém, é interessante relatar que um dos pontos principais para que haja a longevidade de uma Constituição dá-se pela existência de uma salutar interpretação – sabendo-se que este não é o único fator crucial. Segundo o autor Otto Bachof (1994, p. 11), "a permanência de uma Constituição depende em primeira linha da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe à comunidade que ela mesma constitui".

É interessante que o intérprete, *a priori*, fixe e determine o objetivo de sua interpretação, para que possa manifestar o seu quadro conceitual e seu objetivo. Assim, pode-se delinear que quando o intérprete visa desvendar a vontade do legislador, ele dará prioridade aos trabalhos preparatórios, que refletem a técnica do legislador, e que, por sua vez possuirão um contato mais direto com o desígnio do seu autor. Já aquele que se entrega a busca pelo entendimento da vontade da lei terá como objeto precípuo indagações e levantamentos acerca do campo social, do político, do econômico e do cultural, do tempo em que esta foi elaborada, visando, portanto, atualizá-la às demandas e exigências do cotidiano. Dessa maneira, Emílio Betti (1975, p. 33), menciona os cânones da interpretação, aduzindo que são: "autonomia hermenêutica, totalidade e coerência, atualidade do entender e adequação do entender".

2.2 NOVOS PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Assim como todo objeto cultural, o Direito possui os seus significados, e é por isso que se diz que a interpretação do Direito possui como objetivo precípuo a revelação de seu sentido e alcance, em que o primeiro refere-se ao descobrimento da finalidade da norma jurídica, revelando os valores ratificados pelo legislador, protegendo aquilo que foi considerado como precípuo para o bom desenvolvimento humano e social. O segundo, que é fixar o alcance, significa demarcar a área de incidência da norma jurídica, conhecendo-se os fatos sociais e em quais casos esta norma terá aplicação.

Quando entramos na problemática acerca de quem deve exercer a atividade de interpretar o Direito, *a priori*, devemos ter em mente que todo o subjetivismo deve ser evitado durante a interpretação, pois o trabalho do intérprete deve colimar na realização dos valores magistrais do Direito, a exemplos da justiça e segurança, que visem à promoção do bem comum. Seguindo a linha de entendimento do brilhante jurista Carlos Maximiliano (2008, p.82), é pacífico o posicionamento de que a dogmática jurídica requer do intérprete a posse de três atributos, em que a simultaneidade destes no cérebro do intérprete não é trivial; são eles: probidade, ilustração e critério. Parafraseando o que mencionou o autor, o primeiro leva a diligência de se encontrar o autêntico sentido e alcance da lei em conformidade com os paradigmas da real justiça; o segundo compreende a ajuda de amplos conhecimentos, que suprirá as dúvidas existentes e possíveis de serem solucionadas, visando a partir desses, atingir uma reta decisão; o terceiro nos levará ao discernimento daquilo que já é do é provável, o verdadeiro do falso e assim por diante. No caso do juiz, tendo como um de seus principais escopo o de não se deixar levar pelo seu sentimentalismo, não se

pode deixar de levar em consideração a atividade que tem de adequar o texto à vida real e cotidiana, fornecendo ao Direito à essência que se deve por em prática, participando, portanto, no âmbito social como um verdadeiro agente da tão almejada solidariedade social. Assim, podemos inferir que a atividade do intérprete é árdua e merece todo o cuidado e dedicação, visto que, segundo Carlos Maximiliano (2008, p.82), "ela pressupõe tato, felicidade de intuição, critério e o saber de experiência feito".

2.2.1 A centralidade da Constituição no ordenamento jurídico

A ideia de Constituição dirigente, da força normativa da Constituição e de uma Constituição compromissada, não deve ser tratada com desprezo a um plano inferior, em especial num país como o Brasil, onde a falta de compromisso contemplado na falta de efetivação das promessas de modernidade em nossa Constituição de 1988 é tão cristalino. Importante é saber que o exame da jurisdição constitucional está obliquo a um panorama hermenêutico. Nesse aspecto, far-se-á menção ao que defendeu o notável autor Peter Häberle, que defende a Teoria Democrática da Constituição Aberta, trazendo como ideia principal a de democratizar o processo de interpretação das normas constitucionais, fundamentando a sua teoria na democracia, bem como no pluralismo político-jurídico. Desse modo, o autor aduz que o povo, considerando como todos os que compõem um Estado Democrático de Direito, sem haver a menor distinção entre seus integrantes, é intérprete da Constituição. Peter Häberle (1997), parte da ilação de que a participação democrática do povo na interpretação da Constituição deve ser considerada como um direito fundamental que possui a sua gênese no direito à cidadania, sendo digna de respeito em toda a esfera pública. Outra perspectiva apreciada pelo jurista alemão foi a de também considerar o caráter politico da Constituição, partindo ele da premissa de que se a Constituição é a norma suprema de uma dada Sociedade, sendo esta o instrumento que elabora e define os seus componentes caracterizadores. Logo, o povo não pode ser afastado do processo interpretativo. É com esse estilo que Peter Häberle visa democratizar o processo de interpretação constitucional, também quebrando os paradigmas de uma dogmática tradicional, gerando como consequência a evolução dos novos métodos hermenêuticos.

Portanto, diante da teoria apresentada com toda a maestria por Häberle, pode-se inferir que o exame da Constituição Federal de 1988 incitou no anseio em se buscar componentes necessários à construção de uma constituição aberta. Posterior a esta análise, observando o que literalmente está positivado em nossa Carta Maior, a exemplo de dispositivos que elucidam o pluralismo e a participação do povo, exteriorizando a democracia existente, se pode então deduzir que a Constituição Federal de 1988, além de estar no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, pode ser considerada como aberta, o que confirma a influência da teoria de Peter Häberle, incluindo o povo no rol de intérpretes constitucionais tornará legítima e perpetuará um instrumento de expansão da democracia.

2.2.1.2 Complexidade da Constituição: um caráter político e jurídico

O conceito teórico das Constituições, fruto da racionalidade humana, portanto, da sensatez do pensamento direcionado à estrutura lógica da organização política da Sociedade, levou à construção de uma inicial camada de Constituições, possuindo uma essência revolucionária e com uma iluminação jusnaturalista. Tais Constituições consideradas como rígidas transcreviam uma sensação de íntima e fatal suspeição contra o poder, o que muito coincidia com aquilo que era nato do liberalismo, que propagava um fundamento de enaltecido reconhecimento da sociedade burguesa e individualista. Dessa maneira, a Constituição passa a apresentar-se numa estrutura escrita, assumindo um aspecto formal. O constitucionalismo clássico restringia a Constituição a um mero instrumento jurídico, o que fortalecia e dava competência aos três órgãos essenciais do ordenamento, que eram o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, e ainda definia os direitos e as garantias individuais.

Nesse contexto, não se pode olvidar que ainda hoje prossegue a falta de uma fórmula que venha harmonizar e conciliar as duas dimensões existentes no teor da Constituição, a saber, a jurídica e a política. Na realidade, o que acontece é que ora prepondera uma, ora outra. Em tempos de constitucionalismo clássico e individualista prevalecia à primeira; já em tempos de constitucionalismo social e contemporâneo, a segunda. A concepção política da Constituição se transcreveria simplesmente na descoberta da decisão política basilar de uma determinada localidade, portanto, num complexo de princípios e regras estabelecidos para que se possa intrinsecamente coordenar o exercício do poder politico. Já no que diz respeito à concepção jurídica, tem-se a ideia de que a Constituição é, *a priori*, um conjunto normativo que compõe o sistema jurídico, entendido como estrutura formal. Assim, o ordenamento jurídico é um sistema que possui uma gradação hierárquica entre normas jurídicas, em que a Constituição encontra-se no ápice, funcionando como fundamento de validade de todas as demais normas que dele fazem parte.

2.2.1.3 O que é o solipsismo de princípios (valores) constitucionais

À partida, para um melhor entendimento, é curial conhecer a etimologia da palavra solipsismo, que vem do latim *solu,* que quer dizer "só", e *ipse ou ismo,* que quer dizer "mesmo", e pode ser conceituada como sendo uma expressão de cunho filosófico, afirmando-se que, além do *ser* (indivíduo), existe algo importante e até mesmo considerado como superior, enxertado no ser, que são as experiências vividas. O solipsismo é resultado da ideologia extrema de crer que o conhecimento deve estar embasado em concepções de experiências interiores e pessoais, não sendo possível firmar uma relação direta entre o grau de inconstância do pensamento e o conhecimento objetivo de algo que ultrapasse essa esfera.

Heidegger elucidava que, "a pedra não tem mundo, o animal é pobre em mundo, e o homem é formador de mundo" (1995, p.346). Nesse arquétipo, a linguagem institui o mundo, funcionando como requisito de contingência, isto é, de possibilidade, e é por isso que se torna possível inferir que a linguagem não está à mercê do sujeito; pelo contrário, é o sujeito que depende da linguagem. Assim, aduz o catedrático jurista Lênio Luiz Streck (2014, p.311),

> [...] a partir dessa revolução copernicana que penetra nas

> estruturas do imaginário dos juristas, a hermenêutica jurídica passa a ser existência, faticidade. Longe dos dualismos metafísicos que têm caracterizado o Direito, o próprio Direito e os fatos sociais não estão mais separados do intérprete. Isto ocorre porque não mais se pode falar de uma relação sujeito-objeto, passando-se a falar de uma relação sujeito-sujeito. Uma hermenêutica jurídica de cariz ontológico-existencial implica uma postura de comprometimento de intérprete. As verdades jurídicas não dependem, nesse novo paradigma, de métodos, entendidos como momentos supremos da subjetividade do intérprete. Antes de a metodologia tradicional ter a função de dar segurança ao intérprete, é ela o seu verdadeiro calcanhar de Aquiles, porque não há como sustentar meta-critérios que possam validar ou servir de fundamento ao método empregado.

Então, partindo da premissa de que não há um sentido oculto em uma norma que possa ser encontrado em seu âmago, bem como não se pode inferir que existe um sentido inerente ou perdurável, como se fosse uma indissolúvel ligação que cria uma relação entre o significante e o significado, e é a partir daí que se pode concluir que o intérprete não pode ao seu livre alvedrio definir um sentido qualquer aos textos que lhes são apresentados, pois é essencialmente por intermédio da compreensão que se pode interpretar. A eficiência do dispositivo possuirá a sua gênese a partir da licitação do senso, que deve ser realizado pelo hermeneuta ou intérprete, e isso ocorrerá a partir do momento em que este se inserir no mundo por meio da sua intersubjetividade, inserindo-se como verdadeiro intérprete e não como um ser solipsista.

O que não se pode olvidar é que, atualmente, contempla-se um fenômeno chamado **pamprincipiologismo**, considerado como uma nítida oficina de princípios completamente desnudos de normatividade. Este fenômeno que tem se alastrado no meio jurídico dá-se pelo fato de muitos, de maneira ludibriada, pensarem que princípios são valores, e estes funcionariam como algo que está em equilíbrio na superfície, como se flutuassem e, assim, formassem uma espécie de ontologia, sendo extraído algo de seu âmago. Os princípios seriam a expressão valorativa dessa ontologia. Na verdade, essa "fábrica" de princípios, como assim é nomeada pelo jurista Lenio Streck (2014), retrocede ao chamado **realismo moral**, e tal linha de pensamento possui um teor nefasto, pois acaba debilitando a autonomia que o Direito possui. Por isso, o pamprincipiologismo diz respeito a uma manifestação de um fato marcado pelo crescimento intenso de princípios, que solidificam uma análise e compreensão equivocada de um complexo de princípios açambarcados pelo constitucionalismo contemporâneo, em que há uma forte atuação dos órgãos julgadores elaborando princípios sem qualquer cunho normativo ou ao arrepio das normas jurídicas positivadas, atuando os intérpretes de maneira discricionária.

Partindo desse contexto, infere-se que o solipsismo de princípios (valores) muito se assemelha com o problema levantado acima, pois o que perniciosamente tem ocorrido é que as pessoas dão o sentido que querem aos princípios, e ainda exigem que todo esse subjetivismo se torne aplicável de maneira eficaz e efetiva, havendo, portanto, princípios para todo o gosto, criando-se e interpretando-se princípios da maneira como assim apraz ao Tribunal em seu conjunto ou na individualidade de seus membros, conforme aquilo que convém ao intérprete também de uma maneira geral. Essa crise de paradigmas atinge o bloco das instituições que são responsáveis por administrar a jurisdição, o que, por sua vez, aponta para uma extrema insegurança jurídica, pelo fato de que, a qualquer momento, preceitos fundamentais poderão ser abafados por meras regalias oriundas daqueles que deviam ter a seriedade, o entendimento e o respeito pela normatividade essencial que possuem os princípios constitucionais, visto que o Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele assim seja, mas sim o que é de fato, como se discutirá, a seguir.

2.2.2 Os novos métodos de interpretação constitucional

No que diz respeito ao âmbito jurídico, o método hermenêutico tem como intuito averiguar o teor da norma, a sua gênese, o seu contexto, possuindo um objetivo usual, que é a aplicação do Direito e a asseveração da justiça. Nesse sentido, podemos afirmar que os métodos clássicos, bem como os modernos de interpretação são frutos do aprimoramento e transformações introduzidas nos métodos tradicionais. Estes últimos, por sua vez, são reconhecidos por possuírem as suas raízes na Escola Histórica, que teve como principal fundador Savigny que, no ano de 1840, por intermédio da publicação de uma de suas obras (*System des heutigen Römischen Rechts*), os classificou.

A emergente mudança para os novos paradigmas de interpretação normativa encontra-se embasada na crise vivida pelo Estado liberal e a paulatina elevação no panorama político e econômico do Estado social. Nessa linha, aduz o emérito jurista Paulo Bonavindes (2014, p. 487), que:

> A moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-forma, que tanto prosperou na época do Estado Liberal. Redundou assim na busca do sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social.

Trazendo um pouco dos fundamentos histórico-doutrinários da Nova Hermenêutica Constitucional, é de extrema relevância saber e compreender que o bloco de enunciações de métodos que aflorou na esfera da interpretação normativa em geral, e da Constituição em particular, possui origem no século XX, com a construção dos seguintes métodos: **I)** *tópico-problemático;* **II) hermenêutico-concretizador; III) científico-espiritual e, por fim, IV) normativo-estruturante.**

Portanto, depreende-se que os fatores originadores e o surgimento do anseio imediato da Nova Hermenêutica Constitucional são oriundos das mudanças constatadas no esteio histórico e político, em especial, nos países da Europa Central, onde o Estado liberal do século XIX é revestido de conceitos terminantemente sociais. Ainda nesse aspecto, era perceptível que as posições adotadas por uma teoria positivista jurídico-formal não conseguia mais atender aos anseios de Sociedades em constante e acelerada transformação. A Constituição na perspectiva do positivismo jurídico consiste apenas num sistema formal de normas constitucionais, em

que estas funcionavam como expressão da vontade do Estado em sua função legislativa.

Atualmente, a interpretação constitucional não está restrita à particularidade de apenas um método, mas sim está apta a uma razoável quantidade de técnicas, possuindo as suas raízes na doutrina e na jurisprudência, valendo-se de esteios filosóficos, epistemológicos e metodológicos. Portanto, para concretizar o que foi explanado, parte-se para uma sucinta descrição de tais métodos:

• Método tópico-problemático

Este método está assentado numa categoria de prática da interpretação constitucional, levando em consideração que a sua principal atribuição é solucionar os problemas reais, e, além disso, ver e considerar a lei constitucional como uma norma fragmentária, aberta e indeterminada, discutindo toda a problemática que está em sua volta por meio do diálogo e discussão de determinados pontos de vistas. Assim, a Constituição funcionará como um sistema aberto a discussões e argumentações de diversos intérpretes, procurando-se, assim, uma norma que se adeque ao caso real, porque, diante de um fato, as várias discussões acerca deste poderão orientar o intérprete à conclusão de qual o conteúdo mais próximo ao caso estudado, proporcionando uma solução para o problema jurídico sob exame. **Crítica:** reside no fato de que esse método poderá criar graves medidas de caráter artificioso, e na percepção de que a interpretação não deve ter como ponto de partida o problema para depois direcionar qual norma será cabível, mas ao invés disso, o significado deve prescindir a norma, e posteriormente é que será abordada a problemática.

• Método hermenêutico-concretizador

Funda-se na proposição de que a interpretação do dispositivo constitucional instaura-se com a pré-compreensão do seu significado, portanto, sendo parte de uma complementação de sentido que, em termos jurídicos, apresenta-se de modo criativo, no qual o intérprete concretiza o dispositivo normativo, possuindo como firmamento uma circunstância histórica vivida, tendo em vista poder aplicá-la a um caso concreto. **Crítica:** Este, por sua vez, não carrega em seu bojo pontos negativos, pois, é valorizado pela sua contribuição no realce dos vários pressupostos da atividade interpretativa, bem como realça por fim o movimento do círculo hermenêutico, ou seja, na sua atribuição criadora, como meio intermediador, passa do texto para o contexto da norma, e vice-versa.

• Método científico-espiritual

Este também recebe a nomenclatura de método valorativo ou sociológico, e tem como base fundamental a afirmação de que, na interpretação constitucional, o intérprete deve levar em consideração o conjunto de valores existentes na Carta Maior, bem como o significado e verdade fática, ou seja, a realidade em que está inserida, funcionando estas como componentes que fazem parte desse processo de reunião de tais elementos. Dessa maneira, depreende-se que há a ideia de que o processo interpretativo não se resume apenas à busca do sentido que a norma constitucional apresenta, pois, ao invés disso, tem-se como escopo transmitir cristalinamente o sentido e o contexto da norma constitucional, e isso ocorrerá por meio da integração com os valores espirituais de uma dada realidade governamental, ou seja, do Estado. **Crítica:** Neste também não há pontos negativos a serem ressaltados, já que tal método visa clarificar o sentido e o contexto da lei constitucional, e isso se dará por intermédio da sua articulação com os valores espirituais de uma dada comunidade e com a realidade estatal.

• Método normativo-estruturante

Nesse método, o principal objetivo é o de buscar as variadas funções que o Direito Constitucional pode proporcionar em suas áreas administrativa, jurisdicional e legislativa, com o fito de constatar as mutações realizadas numa determinada norma jurídica que poderá ser aplicada em caso real. Portanto, tem como uma de suas principais preocupações a estrutura apresentada da norma, bem como do texto normativo, assumindo uma perspectiva de ligação intrínseca entre o fato e a norma, buscando uma concretização dos objetivos jurídicos e práticos da norma jurídica. **Crítica:** este método é limitado, diante do pouco esclarecimento de suas bases fundamentais, no que diz respeito aos seus aspectos jurídico-filosóficos, além da grande variação dos seus termos.

3 METODOLOGIA DE PESQUISA

A metodologia aplicada no presente trabalho foi da pesquisa bibliográfica, constituindo-se em levantamento de dados e informações em livros, revistas, sites, artigos e, também, por meio de consultas à Constituição Federal de 1988. A pesquisa é descritiva, e tem como objetivo, a partir das informações estudadas, definir a relação que existe entre o hermeneuta (intérprete) e as normas constitucionais vigentes (objeto interpretado), bem como defender que aquele que interpreta a Constituição deve dar a devida atenção à realidade que o cerca, ou seja, à concretude que revela a existência dos fatores sociais, e que interpretar a Constituição vai além do que tornar claro o seu sentido e alcance, posto ser preciso, ainda, moldá-la de modo a atualizá-la e, dessa maneira, fortalecer o combate ao forte subjetivismo ou solipsismo que tem ascendido nas decisões judiciais, no âmago das normas e nos princípios constitucionais.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

4.1 Análise específica do papel do magistrado e das cortes

A partir do momento em que foi perdida toda a ascensão que tinha o feudalismo e o absolutismo, os juízes saem da posição de agentes do rei ou aristocratas de poder para se transformarem em agentes do povo, e isso foi perceptível a partir das Constituições escritas no século XVIII, sendo transferida para a Sociedade a soberania que antes era um elemento particular do rei, sendo assim consagrada a tripartição do "poder" do Estado, proporcionando à magistratura uma percentagem do exercício dessa soberania. Assim, para que a atividade jurisdicional seja cumprida, é necessário que sejam superadas as concepções legais-formalistas, bem como todo e qualquer tipo de subjetivismo que abafe ou exclua a essência das normas e dos princípios constitucionais.

Pode-se deduzir que o juiz deva ser considerado como a figura principal do que é denominado de "orquestra jurisdicional",

funcionando como um maestro, assumindo a figura mais importante, manifestando a sua filosofia de vida, a sua maneira particular de enxergar o mundo e a Sociedade. Deve também ser considerado como produto da sociedade em que vive e, tendo como esteio a busca pela justiça que aplicará nesse meio social, utiliza os conhecimentos que obteve no decorrer do tempo, os seus dogmas herdados e as crenças e concepções que adquiriu.

Porém, infelizmente, a mentalidade de alguns juízes singulares, bem como dos magistrados que fazem parte de colegiados, a exemplo dos tribunais superiores brasileiros, tornam frequentes os seus posicionamentos em sentenças e acórdãos repletos de palavras complexas e prolixas, dando pouca ou até mesmo nenhuma atenção à questão das decisões estarem essencialmente embasadas na justiça. Complemente-se essa ideia com o fato de que, muitas vezes, tais decisões e acórdãos estão revestidos do mais "maquiado" ou nítido subjetivismo, desvirtuando a constitucionalidade que deveria compor tais interpretações.

Portanto, impõem-se ao juiz, bem como aos membros de uma corte, que sejam sóbrios no agir, pois se faz necessário que estes transmitam confiança, o que só poderá ser alcançada com uma boa intelectualidade, com uma visão político-social, bem como com a capacidade e aptidão para à realização da tão almejada justiça, podendo esta ser identificada pelas sábias decisões, com fulcro na Constituição e nas leis.

4.1.1 O STF como guardião dos significados da própria Constituição

O Supremo Tribunal Federal é definido constitucionalmente como o primordial guardião da Constituição, devendo ser considerado como o órgão do Poder Judiciário do qual mais se exige precisão e acuidade resolutiva no regime republicano. Funciona como uma instituição que deve transmitir sensatez e limites, inclusive às demais instituições, consistindo em ministrar garantias jurídicas ao funcionamento delas. E é nesse aspecto que se pode inferir que o Supremo foi constituído para ser impenetrável em relação às influências da desorganização, dos apegos pessoais, dos subjetivismos infundados, ou seja, das aptidões interessadas e voltadas à corrupção.

Diante de uma análise minuciosa e autêntica, pode-se afirmar que são incumbências primordiais do Supremo Tribunal Federal a realização da fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, enunciar uma decisão conclusiva que verse sobre questões que necessitam de seu veredito, prezar pela afirmação e a regularização do Estado Democrático de Direito, garantindo de maneira eficaz a separação das funções de cada poder instituído pela ordem constitucional, tutelar a preeminência da autonomia que possui os direitos fundamentais ao estar diante dos poderes do Estado. Portanto, não se pode olvidar que o Supremo Tribunal Federal foi instituído para assegurar a supremacia constitucional, tendo como esteio a estabilidade do ordenamento jurídico, administrando a jurisdição brasileira, bem como a legitimidade dos atos do Poder Público. Por essas e outras razões, o Supremo, reconhecido como principal instituição guardiã da Constituição, não pode renunciar ao exercício de uma atividade tão importante que lhe é conferida, e nesse diapasão, pode-se afirmar que é inadmissível que haja pela "Corte Suprema", bem como pelas demais instituições inferiores, o desprezo pela Constituição Federal, e que as posições e decisões emitidas pelo órgão superior não possam ser convertidas em práticas governamentais outorgadas, pois deve existir um Poder Judiciário que tenha alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.

4.2 Os limites da interpretação constitucional para se evitar o solipsismo nos valores constitucionais.

Uma das mais importantes conquistas que a hermenêutica tem almejado ao longo do tempo é a superação das concepções objetivistas que dizem respeito à interpretação da lei, e é nesse sentido, deixando-se o objetivismo de lado, que não se pode aderir aos subjetivismos "supremos", combatendo, portanto, o que ficou definido alhures nesta investigação como solipsismo judicial.

É possível concluir que a hermenêutica busca agir ao arrepio do relativismo ou de qualquer forma de subjetividade que vise encapsular as diferentes visões de mundo. Assim, a hermenêutica funcionará como a solução dos vícios oriundos das teorias que pretendam ascender a um protagonismo solipsista do Poder Judiciário, não sendo excluída a atividade de interpretação do Judiciário. Pelo contrário, busca-se uma coesa legitimidade nesta atividade interpretativa, visto que o Poder Judiciário possui uma atribuição estratégica nas democracias constitucionais hodiernas, agindo para a concretização dos direitos fundamentais, se imiscuindo, em boa parte das vezes, no vínculo existente entre Direito e Política, o que resulta na necessidade de se buscar rudimentos hermenêuticos que visem gerar legitimidade para as decisões judiciais, tendo como pressuposto o seu efetivo controle, permitindo, inclusive, que a Sociedade participe desse processo de fiscalização de legitimidade.

Em primeiro plano, uma interpretação em conformidade com a Constituição é decorrente da natureza rígida que é característico desta, bem como da hierarquia das normas constitucionais, reconhecendo a superioridade que possui a norma constitucional, deixando evidente a unidade constitucional que existe, e que a ordem jurídica defende. Portanto, do que foi exposto, depreende-se que uma interpretação que possui como limite um efetivo embasamento na Teoria do Direito, além de combater racionalmente o solipsismo jurídico, resultará também na fidelidade de separação dos poderes, fazendo com que juízes e tribunais constatem que a sua atribuição não é desrespeitar ou desautorizar o Poder Legislativo, ou intervir descontroladamente em sentenças e acórdãos, mas o seu autêntico papel é o de realizar o controle compatível das leis criadas e das suas decisões com a realidade e o anseio social existente.

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, conclui-se que se vive em uma realidade que evidencia uma crise de paradigmas, em especial pelos órgãos incumbidos da responsabilidade de administrar a Justiça no ordenamento jurídico brasileiro, pois a preocupação dos juristas que são considerados como pragmáticos está concentrada em apenas resolver os casos ou problemas que lhes surgem de maneira imediata e prática, não observando ou levando em consideração uma adequada teorização. O Direito brasileiro está carente de teorias que fixem de

forma cristalina as condições coerentes aos problemas que buscam por respostas em conformidade com a Constituição, e eis aí a necessidade de uma teorização e interpretação que sejam oriundas do caráter de adequação social que possui o Direito. Dessa maneira, para que se possa obter uma coesa e legítima interpretação, é necessária que haja uma sólida teoria correspondente ao Direito e, em especial, ao Direito Constitucional, para que não venha a aplicação do Direito na República a cair em armadilhas, tanto oriundas de concepções objetivistas, quanto de subjetivistas, diante da infeliz interpretação que dá aos textos jurídicos sentidos pragmaticistas que agradam somente aos intérpretes.

O Direito possui uma superfície interpretativa, o que permite inferir que há um intrínseco dever de direcionar a prática jurídica ao melhor e mais coerente sentido ao Direito numa determinada Sociedade política, pois a integridade e a adequação possuem o escopo de assegurar a essência do Direito, bem como da sua inerente interpretação, evitando-se o fenômeno do solipsismo jurídico, pois vários foram os valores que orientaram o Direito no decorrer da História. Cumpre ressaltar que, no âmbito da interpretação constitucional, não poderá o intérprete deter-se apenas ao texto, esquecendo os fatores que condicionaram o surgimento daquele diploma legal, pois, ao se interpretar a norma, deve-se ter a preocupação de compreendê-la com fulcro nos fins sociais e nos valores que visa garantir. Portanto, o ato de interpretar a Constituição de maneira não solipsista consiste em um ato de consideração do coeficiente axiológico e social nela existente, tendo como esteio o contexto histórico-social que se está vivendo, isso porque uma Constituição viva institui-se pela interpretação que se tem dela, mas esta deve estar atrelada essencialmente ao texto constitucional, longe de todo e qualquer interesse subjetivo de uma particularidade ou de um determinado grupo.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BACHOF, Otto. ***Normas constitucionais inconstitucionais.*** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BETTI, Emilio. **Interpretación de la ley y de los actos jurídicos.** Trad. José Lino de Los Mozos. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975.

BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos.** Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 1991.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes 2001.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis.** Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1918.

FRANÇA, Limongi. **Hermenêutica jurídica.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional.** 9. ed. Fortaleza: ABC, 20O1.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Poder municipal: paradigmas para o Estado constitucional brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MAGALHÃES FILHO, **Glauco Barreira Magalhães. Curso de Hermenêutica Jurídica.** 4. ed. São Paulo: ATLAS, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz**. Compreender Direito. Desvelando as obviedades do dircurso jurídico.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da Hermenêutica Constitucional.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

Unichristus
Centro Universitário Christus

ENCONTRO DE PESQUISADORES

ARTIGOS

2015

A TERCEIRIZAÇÃO COMO FORMA DE PRECARIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Francisco Ercílio Moura

Doutor em Ciências Sociais, com especialidade em História pela Universidade Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Peru (2010), Mestre em Sociologia pela Universidade Católica de Lima, Peru (1979), Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro (1974), com licenciatura em Direito pela Universidade Católica de Lima, Peru (1979). Possui especialização em temas de Direito do Trabalho e Relações laborais, pela Universidade de Bolonha, Itália (1998); Auditor da Norma Social Accountability - SA 8000, em temas de Responsabilidade Social Empresarial (2004).

Na atual fase de evolução da divisão internacional do trabalho na economia mundo e sua peculiar forma de concreção nas economias nacionais, encontramos no caso brasileiro um lento processo de precarização das regulações trabalhista e de flexibilização das relações de emprego, cujo primeiro ponto de inflexão podemos identificar com as reformas levadas a cabo pela administração pública federal brasileira, ao possibilitar formas de contratação no setor público, tanto em órgãos da Administração Pública direta e indireta, em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, estendendo-se às demais funções estatais, como no Poder Judiciário. Processo de reforma que deu lugar a profundas alterações no regime estatutário de composição do quadro de funcionários públicos, para que se pudesse admitir a contratação de funcionários pelo regime da CLT, em nível de organização das funções da Administração Federal, cuja expressão normativa encontrou concreção no Decreto-Lei nº 200 de 1967, que estabelecia ser um dos objetivos do ordenamento jurídico brasileiro, então vigente, "(...) impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa". Na outra face deste processo, encontra-se a Lei nº 5.645 de 1970, que trouxe um rol exemplificativo dos tipos de trabalho que poderiam ser contratados pelo mecanismo celetista, ampliando as determinações do Decreto nº 200 de 1967.

Na outra ponta dessa direção orientada na fragilização das regulações em matéria trabalhista, situa-se no campo da contratação laboral pela iniciativa privada, as Leis nº 6.019 de 1974 e nº 7.102 de 1983, a primeira dispõe sobre a contratação de trabalho temporário das empresas privadas urbanas, e a segunda regula os serviços privados de segurança e vigilância e de transporte de valores. Ambos os dispositivos serviram de base para a proliferação da intermediação da contratação de trabalho em todos os setores econômicos[1] do País. Tais peças legislativas impuseram as condições nas quais poderia haver a cedência de trabalhadores para terceiros, haja vista essas atividades não estarem ligadas à atividade-fim ou atividade preponderante das empresas tomadoras, hipóteses albergadas pela concepção sistêmica apresentada no §2º do art. 581 da CLT.

A evolução da precarização das regulações nos contratos de emprego, encontra na jurisprudência dos Tribunais do Trabalho uma nova fonte de regulamentação para possibilitar novas modalidades de flexibilização em matéria trabalhista, por conta do enunciado contido na súmula 331 do TST ao admitir a terceirização da mão de obra trabalhadora nas chamadas atividades meio, aprofundando as desigualdades nas relações de emprego. Na atual conjuntura politica e social brasileira, deve-se reforçar que a grande questão, neste momento, é a da tentativa de flexibilizar ainda mais esse tipo de relação jurídica, na qual a liberdade de contratação será ainda mais desigual em favor do tomador de serviços, diante da persistência do poder de subordinação deste, em desfavor do trabalhador. Isso gera, inegavelmente, uma desigualdade formal entre as partes contratantes, pois ao estender-se para todas as atividades económicas, sejam fim ou meio, as contratações dos trabalhadores permeadas pela nova regulação contratual terceirizada, que de concretar-se dará lugar a uma nova cultura laboral nas relações trabalhistas no Brasil, intermedidas pelas novas ideologias que subjazem nos novos métodos de gestão das relações capitalistas de trabalho implantadas ao calor dos processos produtivos pós - fordistas e pós – taylorista.

Este novo processo de desregulação das relações trabalhista no Brasil, cujo clímax configura-se com os intentos do Poder Legislativo em regulamentar as relações contratuais e de emprego a través de uma legislação que legitima as contratações terceirizadas[2], em caso se concrete a aprovação deste projeto que se encontra no Senado da República.

É relevante anotar que este processo politico – legislativo encontra-se na contra mão dos postulados teóricos mais importantes que sustentam a doutrina dos direitos fundamentais trabalhistas é a proibição do retrocesso de tais direitos fundamentais (SARLET, 2006, *passim*), já que com este se busca a proteção máxima dos direitos da pessoa humana contra qualquer medida da

1 A título exemplificativo, veja-se o estudo realizado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), que elaborou um conjunto de dados comparativos, relativos a 2005 e 2006, que demonstram as atividades mais frequentemente terceirizadas pelas instituições financeiras privadas no País, na área de tecnologia da informação: relativamente aos serviços de impressão, houve um aumento de 62% para 76%; telecomunicações, o índice se manteve em 68%; *help desk*, aumentou de 48% para 63%; projeto e desenvolvimento de aplicativo, de 52% para 62%; processamento de cartões, de 52% para 58%; fábrica de *softwares*, de 43% para 52%; *backup site*, de 38% para 49%; infraestrutura de CPD, manteve-se em 29% (DIEESE, 2007, p. 47). O mesmo documento revela que, no setor industrial químico, os serviços de limpeza tem um índice de terceirização de 68,9%, enquanto o de vigilância tem uma taxa de trabalhadores terceirizados de 62,3%, seguindo-se pelos serviços de copa, cozinha e refeição (55,7%), manutenção (32,8%), transporte de materiais e produtos (32,8%), montagem e estocagem (13,1%) e informática (11,5%) (DIEESE, 2007, p. 60).

2 Senado Federal, Projeto de lei da Câmara No. 30, de 2015, que dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho dele decorrentes.

carácter normativa ou de adoção de políticas públicas que se proponham a suprimir ou revogar direitos da pessoa.[3] Este postulado orienta a evolução dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais, pois se encontra associado ao principio do *jus cogens*, ao determinar que uma vez reconhecido na ordem jurídica, os direitos não podem quedar enfraquecidos ou suprimidos do ordenamento jurídico positivo, sob pena de ser declarado inconstitucional. Neste diapasão, a vedação de retrocesso protege os direitos fundamentais impedindo a revogação das normas que os consagram, ou a substituição dessas normas por outras que não ofereçam garantias com eficácia equivalente.

Já no plano das políticas públicas, a proibição de retrocesso obsta a implementação de politicas estatais de enfraquecimento ou flexibilização dos direitos fundamentais sociais. Este postulado foi consagrado na Constituição Federal de 1988 com as chamadas cláusulas pétreas, que impedem o próprio poder constituinte reformador suprimir os diretos e garantias fundamentais, admitindo-se apenas amplia-los. Ou seja, os direitos são conquistas irreversíveis, não podendo retroceder, devendo apenas avançar na tutela da dignidade da pessoa humana. Ainda, como se verá a seguir, tal intuito econômico-empresarial traz uma série de implicações danosas aos princípios e direitos que pertencem ao núcleo duro dos direitos fundamentais no trabalho, tais como a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva e eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação, algumas das quais, que fazem parte dos dispositivos de Direito uniforme (oriundos tanto do sistema universal, quanto do sistema regional de proteção dos direitos humanos) que vigoram no ordenamento jurídico brasileiro.

Deste modo, essa proteção dos direitos humanos trabalhistas constitui um poderoso limite jurídico da liberdade de regulação do legislador e, simultaneamente, uma obrigação de realização de uma política consentânea com os direitos fundamentais no trabalho, visando sempre ao bem-estar de todos, de sorte que o núcleo essencial dos direitos "deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial" (GOMES CANOTILHO, 2002, pp. 337-338).

A fase atual do processo de produção capitalista na economia brasileira, ao tempo que quer impor novas restrições ao acesso da massa trabalhadora assalariada aos direitos trabalhistas celetistas, cria fissuras no campo da proteção dos direitos humanos do trabalho estatuídos na Carta Maior e na ainda vigente legislação infraconstitucional regulada pela CLT, cujas consequências dará lugar a infinitas novas disputas judiciais, a través da postulação de novas petições na justiça trabalhista, com o qual o propósito que anima a lógica dos reguladores dos contratos terceirizados, longe de atenuar a pressão da carga processual nos tribunais, a nova regulação propiciará um incalculável aumento desta carga na justiça do trabalho.

REFERÊNCIAS:

ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales.* Bogotá: Editora Legis, 2005

BOTELHO, Adriano. *Do fordismo à produção flexível: o espaço da indústria num contexto de mudanças das estratégias de acumulação do capital.* São Paulo: Annablume, 2008.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. "O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil". In: *Portal do Trabalho e Emprego.* Edição: Ministério do Trabalho e Emprego. Poder Executivo. 2007. http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03_2007.pdf (acesso em 20 de Janeiro de 2015).

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. "Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais." In: *Constituição e Democracia.* Fayga Silveira Bedê, Paul Bonavides e Francisco Gerson Marques Lima (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2006.

3 Inclusive, ressalta-se, nesta temática, a impossibilidade de reformulação in pejus dos direitos fundamentais constantes do Título II da Constituição da República, diante da previsão expressa do §4º do art. 60 do Texto Maior.

ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO DE LUDWIG VON MISES - SOBRE O PAPEL DO ESTADO NO CONTEXTO DO FASCISMO

*Antônio Torquilho Praxedes**

RESUMO

A investigação selecionou o discurso de Ludwig von Mises, representante da Escola Austríaca, como substrato para observar o posicionamento político de uma das maiores autoridades teóricas dentre as doutrinas liberais. O foco de análise será o posicionamento do citado autor sobre a interferência do Estado na Economia e sua percepção acerca dos males dessa atuação condução da vida social. Como limitações teóricas, parte-se da configuração atual da Constituição da República Federal do Brasil até se chegar ao domínio próprio da política, de forma a evidenciar alguns posicionamentos do autor sobre a sua contemporaneidade e, uma vez contextualizado, observar se é possível aplicar sua doutrina ao atual estágio da sociedade política brasileira.

Palavras-chave: Liberdade. Igualdade. Solidariedade. Teoria política. Filosofia política.

RÉSUMÉ

Cette recherche a choisi le discours de Ludwig von Mises, représentant de l'école autrichienne, comme un substrat théorique en mesure de démontrer le positionnement politique des doctrines libérales actuellement disséminées au Brésil. L'objectif de l'analyse sera le positionnement de ladite auteur sur l'ingérence de l'État dans l'économie et leur perception de l'importance de cette dans la conduite de la vie sociale. Comme limitations théoriques, si vous avez-la configuration actuelle de la Constitution de la République fédérale du Brésil, pour atteindre le domaine de la politique, afin de mettre en évidence certaines positions de l'auteur sur son contemporain et une fois contextualisée, voir si vous pouvez appliquer sa doctrine à l'étape actuelle de la société politique brésilienne.

Mots-clés: Liberté. Égalité. Solidarité. Théorie politique. Philosophie politique.

INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta uma breve investigação sobre a influência negativa da análise econômica do Direito e suas repercussões sobre a Teoria do Estado. Devido a amplitude do tema, que implicaria uma análise de várias correntes de pensamento e vários autores, decidiu-se restringir o foco de análise ao autor austríaco Ludwig von Mises, ante a crescente influência de seu discurso anti-estatal na comunidade acadêmica brasileira.

De fato, a pertinência dessa abordagem reflete-se na constatação de que o Instituto Ludwig von Mises do Brasil tem investido pesados recursos financeiros com o objetivo de difundir as ideias do homenageado no País. Essa investida não pode ser considerada como um mero dividendo social informativo, devido ao simples fato de que um dos jargões mais utilizados pelos adeptos da Escola Austríaca seja o de que "não existem almoços grátis" – embora essa frase também seja atribuída a outro economista, desta vez norte-americano, Milton Friedman, da Escola de Chicago. Trata-se, como é evidente, de um vasto investimento, em infraestrutura de informação e de formação de adeptos e seguidores, comprometidos com o sucesso das ideias de não intervenção e diminuição do Estado que tornem possível à livre iniciativa ocupar os espaços sociais por ele deixados.

Sendo assim, e por se considerar que o ensino jurídico no Brasil está democratizado e voltado à consecução dos direitos humanos – consagrados como direitos fundamentais individuais e coletivos -, de uma sociedade que procura ser livre, justa e solidária, orienta-se este artigo no sentido de promover algo de basilar: o Estado, na sua concepção democrática e de Direito. Contrapõe-se essa doutrina aquela que procura estabelecer um *Estado de Regras de Mercado*, se é possível fazer uma leve paródia sobre o tema, haja vista que a Economia é ancila do Direito, e não o contrário. É o pacto constitucional que tem o condão de conduzir a sociedade aos anseios da organização política, tendo o povo algo a dizer sobre a condução da coisa pública num território sujeito à soberania popular.

Por isso, pensa-se ser necessário efetivar uma análise crítica do discurso que embasa a leitura que perfaz os julgamentos dessa escola econômica, escolhendo-se seu fundador apenas porque foi o idealizador de uma miríade de diretrizes economicistas sobre o Estado e o Direito. Com base nos subsídios que se pode recolher da doutrina da Ciência Política e Teoria do Direito, procura-se estruturar uma revisão da biografia e bibliografia do autor, sem recorrer a subterfúgios argumentativos ad hominem ou falácias erísticas, com o objetivo de compor um trabalho científico que, embora embasado numa ideologia inconsciente, credita sua homenagem à proteção do Direito como um patrimônio humano e, portanto, social.

1 REFERENCIAL TEÓRICO

Na transformação das percepções acerca do Estado, o que mais influenciou o surgimento daquilo que hoje se classifica como liberalismo clássico foi a forte intervenção do Estado Absolutista nos assuntos privados. Como é cediço que, no continente europeu, os monarcas enfeixavam em si a soberania, exercendo o poder social de forma pessoal, convertendo-se num tipo de Estado inimigo dos interesses dos particulares (BOBBIO, 1986, p. 88-89). Nesse sentido, reconhece-se o mérito do liberalismo na configuração dos chamados direitos civis e políticos, tendo sido a maior contribuição desse movimento o estabelecimento da liberdade e da propriedade como pilares do moderno Estado de Direito (HUNT, 2009, p. 119-120).

Entretanto, o dínamo da História trouxe novas formas de conformação político-social, surgindo um manancial de ideias completamente inovadoras, em função das revoluções políticas e econômicas advindas do liberalismo. Muito embora o curso da História seja nada mais que um discurso

construído socialmente e, nesse aspecto, um símbolo a ser interpretado (RICOEUR *apud* GAGNEBIN, 2013), é salutar reconhecer que há um exame histórico ou, pelo menos, uma breve narrativa construída socialmente sobre fatos sociais que acompanharam o desenrolar dos ideais liberais e que foram, em grande medida, causadores do surgimento do pensamento libertário de Mises, como se fará, brevemente, a seguir.

Em solo francês, os ideais de liberdade vieram acompanhados da promessa de igualdade e fraternidade, conforme pregavam os baluartes da insurreição popular que traz o estopim revolucionário com a queda da bastilha (HUNT, 2009, p. 14). Porém, a igualdade procurada pela massa converteu-se numa mera igualdade perante a lei, enquanto a fraternidade ficou adstrita à topografia social da qual fazia parte o indivíduo, num sistema de classes que impedia a mobilidade econômica por manter os privilégios econômicos de cada agrupamento humano que compunha essa sociedade. É nesse sentido que se revela a crítica de Karl Marx em citação comentada à exposição de motivos da Lei Le Chapelier, adotada na França em 1791, na qual fica destacada a limitação associativa entre os trabalhadores franceses, com o claro objetivo de impedir a formação do antigo espírito coletivista que animava aquela sociedade, e que significava o ocaso da fraternidade que havia sido tão útil à consecução da revolução liberal:

> Já no início da tormenta revolucionária, a burguesia francesa ousou despojar novamente os trabalhadores de seu recém-conquistado direito de associação. O decreto de 14 de junho de 1791 declarou toda coalizão de trabalhadores como um "atentado à liberdade e à Declaração dos Direitos Humanos", punível com uma multa de 500 libras e privação, por um ano, dos direitos de cidadania ativa. Essa lei, que por meio da polícia estatal impõe à luta concorrencial entre capital e trabalho obstáculos convenientes ao capital, sobreviveu a revoluções e mudanças dinásticas (MARX, 2013, p. 988).

Já no Reino Unido, o pacto de Oliver Cromwell antecipou em mais de 100 anos o fim do poder absoluto da monarquia (HILL, 1987, p. 19), possibilitando uma melhor distribuição do poder entre os membros da aristocracia e o florescimento de uma economia menos sujeita à regulação do Estado. Postulantes de uma doutrina filosófica mais pragmática e refratários às "abstrações metafísicas", os membros do parlamento inglês classificaram a revolução francesa como atentatória à liberdade. As palavras de Edmund Burke, em "Reflexões sobre a revolução em França" (1790), são esclarecedoras não apenas do posicionamento inglês, mas da própria estrutura ideológica do sistema representativo então vigente, firmado numa longa tradição de enfrentamento entre os barões e aristocratas, de um lado, e do monarca soberano, de outro, até a formação dos primeiros sistemas de democracia indireta na Ilha: "Não fomos estripados e amarrados para que pudéssemos ser preenchidos como pássaros empalhados num museu, com farelos, trapos e pedaços miseráveis de papel borrado sobre os direitos do homem" (BURKE apud HUNT, 2009, p 15).

Assim, enquanto a França deu um significativo salto estruturar uma revolução política, o Reino Unido, por um conjunto de reformas políticas ao longo de sua história, conseguiu uma autêntica revolução industrial. Esses ideais revolucionários (políticos e econômicos) se espalharam pelos quatro cantos do mundo, sendo desnecessário recorrer à História universal para descrever as implicações de tais fenômenos.

As formas de organização social mudaram drasticamente, depois desses eventos e todas essas mudanças acompanharam o surgimento de vários tipos de discursos político-ideológicos no solo europeu. Ora privilegiando a liberdade, ora a igualdade, o continente europeu assistiu ao florescimento de ideias que se propunham a serem examinadas cientificamente, e que altercavam teóricos da filosofia política ao ponto de se fazerem diversas classificações teóricas sobre suas bases conceituais: socialismo utópico, socialismo científico, comunismo, anarquismo, e outras que não lograram êxito em se promover e alcançar os umbrais da história do pensamento político, como as diversas formas de utopias que eram discutidas nas tavernas e bancos de universidades, como nas organizações civis fechadas como a franco-maçonaria (HOBSBAWM, 1981, p. 135).

Contudo, o que convém esclarecer é que o sistema então implantando, extremamente individualista (REALE, 2000, p. 266), negou o passado coletivista dos povos europeus que, mesmo estando submetidos à autoridade de déspotas (esclarecidos ou não), dispunham de uma malha de relações mediadas por várias instituições e seus respectivos campos normativos: a comunidade local, regida pela lei da terra (*law of the land*); a igreja, regida pelo direito canônico; as corporações de ofício, regidas pelas normas técnicas dos mestres artesãos, e assim por diante (LEIBNIZ *apud* NASCIMENTO, 2011, p. 1268). Todas essas formas de identidade e sistema de crenças foram desafiadas ao extremo pela nova forma de organização da vida social que originou, por exemplo: (i) a vida industrial nas cidades, criadoras do trabalho operário e remunerado por horas de atividade, fato que leva à percepção de que até o tempo se torna algo industrial; (ii) e a proibição de toda forma de coletivismo que pudesse pôr em causa a liberdade individual, como era o caso da Lei Le Chapelier, na França, que proibia qualquer tipo de associação entre trabalhadores (NASCIMENTO, 2011, p. 51).

De fato, tendo por base o clamor romântico do próprio Iluminismo, que serviu de fundamento para a luta de camponeses e burgueses europeus contra a aristocracia e a igreja, ambas apoiadoras do regime absolutista de exercício do poder social, e apelando para os outros dois valores humanos que ficaram de fora na criação do Estado Liberal (igualdade e fraternidade), essas duas correntes e seus ideólogos propunham o fim da propriedade privada dos meios de produção e a assunção do pode popular, já em meados do século XIX. Visto de outra forma, a própria transformação de camponeses em operários, operada pela industrialização da produção, deu causa àquilo que se convencionou chamar de "consciência de classe", e orientou todo um novo tipo de discurso refratário à alteração política conseguida e promovida pelos industriais e grandes proprietários rurais europeus.

Diante da crescente insatisfação popular e embasada em doutrinas da revolução social – na tentativa de uma realização tardia dos valores excluídos pela revolução liberal, conforme asseverado anteriormente -, surgem o pensamento de Karl Marx, com uma forte crítica do sistema de produção capitalista e propondo, dentre outras coisas, o fim da propriedade privada.

Essa contraproposta teórica, contida basicamente nos escritos "18 de Brumário de Luís Bonaparte" e "O capital", propunha uma reinvenção do sistema de produção, que deveria ser organizado de forma a conferir à classe trabalhadora todas as promessas emancipatórias que lhe conferissem o controle do político do Estado. Automaticamente essa doutrina se tornou a antípoda do regime político, econômico e social implantado e que substituiu o antigo regime, por ameaçarem o novo *status quo* constituído que era guiado pela lógica da acumulação de um Estado Mínimo, não interventor, e garantidor da segurança, mediante um pacto de não agressão a favor do direito de propriedade, vida e liberdade de produzir. Mas as revoltas e insurgências que eclodiram no solo europeu não foram suficientemente fortes para ameaçar esse poder. Até que, em 1917 ocorre o impensável: um país com uma economia essencialmente feudal e sem tradição industrial promove uma revolução política e adota o regime comunista, como justificação para o estabelecimento de um novo tipo de Estado controlado pelo proletariado. Esse fato alarmou os grandes proprietários e as classes políticas europeias reagiram de forma a atender diversas demandas sociais, como forma de garantir a continuidade de seus sistemas políticos e, obviamente, econômicos de produção. Foi um grave retrocesso ao discurso liberal, visto que, naquele momento, surgia uma ameaça concreta e real ao modelo então dominante (EVANS, 2010, p. 81).

Oscilando entre esses modelos e reunidos em blocos, cada um dos países europeus cuidava dos interesses econômicos de sua indústria nacional, que avançava mediante concessões de direitos trabalhistas e previdenciários que eram reivindicados pelos trabalhadores, sempre sob a sombra do avanço dos ideais socialistas e comunistas no seio de suas populações. As lutas interestatais travavam-se em torno do domínio de mercados de consumo e fontes naturais, criando-se uma política que foi classificada como imperialista, tendo em vista seus projetos de dominação estabelecidos contra ex-colônias latino-americanas e africanas. O capitalismo, como sistema econômico, demandava uma constante expansão das atividades industriais e da venda das mercadorias por elas produzidas, o que levou esses países às guerras chamadas de "mundiais" porque, pela primeira vez, elas se davam intramuros, dentro do "mundo europeu", já no século XX.

Essa digressão é necessária porque, mesmo que de forma precária, ela dá cabimento à explicação do surgimento do fascismo no solo do Velho Continente. De acordo com Richard Evans, enquanto "Fascismo [com capitulação maiúscula] denota o movimento italiano liderado por Mussolini, facismo [sem capitulação] é o fenômeno político genérico" (EVANS, 2010, p. III do Prefácio – comentários entre colchetes são nossos).

É nesse contexto que surge, em 1927, a obra "Liberalismo" de Ludwig von Mises. O economista austríaco, espectador desse caldeirão de guerras e revoluções, faz considerações sobre a violência fascista reconhecendo que a

> "Repressão pela força bruta é sempre uma confissão de inabilidade para utilizar as armas melhores do intelecto – melhores porque elas sozinhas conferem promessa a um final de sucesso. Esse é o erro fundamental do qual sofre o fascismo e que será a causa última de sua derrocada. A vitória do fascismo num determinado número de países é apenas um episódio de uma longa série de lutas sobre o problema da propriedade. O próximo episódio será a vitória do comunismo" (MISES, 1927 [1985], p. 51).

Na sua perspectiva discursiva, o fascismo teria por última razão ou finalidade o estabelecimento de ditadoras com as melhores intenções, assim como outras doutrinas ditatoriais, e que, naquele momento, operava a salvação da população europeia, conforme o trecho transcrito abaixo:

> Não se pode negar que o fascismo e os movimentos similares que tem por foco o estabelecimento de ditaduras estão recheados das melhores intenções e que suas intervenções têm, neste momento, salvado a civilização europeia. O mérito que o fascismo consagrou para si viverá eternamente na história. Mas apesar de sua política ter trazido salvação para o momento, não é a do tipo que promete sucesso continuado. O fascismo foi um emergência improvisada. Vê-lo de outra maneira seria um erro fatal (MISES, 1927 [1985], p. 51).

Como se pode ver, esse regime, que primariamente estabelecia o interesse de conservação da propriedade privada, estava sedimentado no autoritarismo e abolição da democracia, uso da violência e do terror estatais contra aqueles que são considerados inimigos, violação do princípio da legalidade, nacionalismo extremo, extrema intervenção do Estado na Economia, garantidos pela pressão militarista sobre a sociedade pelo próprio austríaco (MISES, 1927 [1985], p. 49). É exatamente por reconhecer que o fascismo não se coaduna com a promessa liberal que Mises o vê como uma solução transitória, porque, de acordo com ele, o fascismo é ineficiente para combater as ideias socialistas e de "perseguir as pessoas que as espalham" (MISES, 1927 [1985], p. 50).

O fascismo logrou êxito: na Espanha, sob o comando de Francisco **Franco** Bahamonde; em Portugal, sob a chefia de António de Oliveira Salazar; na Itália, com Benito Amilcare Andrea Mussolini; na Alemanha, capitaneado por Adolf Hitler, dentre vários outros líderes. Argumenta-se, inclusive, que tal sistema de dominação perpetrou triunfo não apenas pelo clamor social que despertou – mediante promessa de melhoria de vida e de trabalho para as populações locais, que já haviam em menor escala sido conquistadas pelos cidadãos nos regimes liberais –, mas porque representou uma força de combate eficiente e intensa ao comunismo e ao socialismo – o que agradou as elites industriais europeias, até que Hitler e Iosif Vissarionovich Stalin assinam o pacto Molotov-Ribbentrop, em 23 de agosto de 1939.

As terríveis consequências dessa forma de organização político-social trouxeram graves consequências, e marcaram as sociedades humanas de tal forma que levaram à adoção de um conjunto de diretrizes políticas que ficaram consagradas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1949. Todos os países envolvidos no conflito armado da primeira metade do século XX são signatários desse documento, e promoveram a incorporação das normas ali consignadas em suas constituições estatais, pelo que passaram a entendê-las como direitos fundamentais oponíveis ao Estado e aos demais cidadãos, com o fito de preservar não só essas nações, mas a humanidade.

A atividade política é uma diretriz de organização presente nas sociedades ocidentais desde a Antiguidade. Embora o conceito de cidadão tenha variado no tempo e no espaço, com restrições que iam desde o gênero, passando pela quantidade de riquezas, etnia e outros, e chegando ao atual conceito de *jus soli* e *jus sanguinis*, o certo é que ela é a chave de compreensão para o funcionamento republicano vigente no País. A cidadania, nestes termos, foi colocada como base de fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1º, indica a promoção dos objetivos consagrados no art. 3º e elege meios para a sua promoção nos mais variados artigos da constituição.

A presença dessa diretriz democrática acompanha uma série de outras garantias e direitos: dos direitos e garantias fundamentais aos direitos políticos, dos sociais aos econômicos, do Estado à Família, da Assistência Social à Educação. Ela está presente quando o trabalho é considerado meio para obtenção de qualidade de vida – vida digna, trabalho decente -, com uma remuneração justa que lhe possibilite o lazer, além da sobrevivência. Há cidadania quando o cidadão acessa o Estado, por meio de seus órgãos, em busca de proteger-se contra ameaça ou lesão a direito, praticada por pessoa pública ou privada, natural ou coletiva. Existe cidadania quando há preservação do meio ambiente, bem comum de todos, partilhado e preservado para as atuais e futuras gerações. Ela é, portanto, uma máxima que acompanha a promessa de uma sociedade que se programa para resolver seus conflitos de forma pacífica, procurando a harmonia social fundada em regras do Direito.

Como é salutar, tanto para que a sociedade brasileira atinja esses objetivos, quanto para que o Estado promova ou execute esses meios, é necessário dinheiro. A celeuma dos adeptos da Escola Austríaca (e de Chicago) reverbera em torno desses gastos públicos, financiados com a intervenção estatal sobre o patrimônio, na forma de impostos. A doutrina liberal é extremamente radical no sentido de impedir exações tributárias que interfiram no patrimônio e na riqueza dos setores produtivos, defendendo o livre mercado e a desregulamentação das atividades produtivas, contudo que se resguardem as regras de competição. Essa é a tônica sobre a qual se constroem os discursos não intervencionistas e libertários, que presumem a liberdade como o princípio elementar de todas as relações humanas, a vida como o primeiro direito elementar, visto ser a base de fato sobre a qual se torna possível exercer direitos, e a propriedade como segundo direito fundamental, a partir do qual surgirão trabalhos, serviços e produtos. Ela está enraizada no conjunto de transformações que coroou o sistema capitalista como o regime econômico de produção de bens, que foi capaz de promover uma revolução nas formas de produção de bens e riquezas, mas que não foi capaz de cumprir o projeto social de emancipação que o teria causado. Por isso, é necessário apontar para essa realidade, de forma a compreender que papel ela desempenhou no longo processo histórico de mudança de justificação do Estado e das formas de governo.

2 METODOLOGIA DA PESQUISA

A pesquisa possui um método científico tradicional, qual seja, uma **metodologia descritiva** com embasamento bibliográfico e composta por meio da análise de livros e documentos históricos. Ainda, por incorporar leitura interdisciplinar, invocando conceitos da Ciência Política e da Teoria do Direito, com esteio no domínio da História, adota um método experimental, que se traduz na **análise crítica do discurso,** com a eleição de uma obra do autor austríaco Ludwig von Mises, que tem por objeto exclusivo as lições desse economista sobre o regime fascista que vigorou no território europeu entre os anos de 1920 e 1940.

Sendo esse segundo um método experimental de pesquisa, escolheu-se a metodologia dialética-relacional estruturada por Norman Faiclough (2009, p. 162-163), constituindo-se numa análise da construção de significados dos signos linguísticos (*semiosis*, ou linguagem falada, para distingui-la de outras formas de linguagem, como a corporal) como um processo social, observando como o autor relata e descreve o fascismo no livro "Liberalism" (a versão de 1927, reimpressa em 1985). A aplicação de tal metodologia tem a virtude de revelar de que forma o conceito de fascismo é alterado em Mises, tendo em vista que na primeira obra ele o considera um mal necessário para a defesa da propriedade privada e, na segunda, classifica-o como uma forma desprezível de intervenção do Estado na vida social, e atribuindo-lhe a designação de uma forma de socialismo.

3 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Uma vez concluída a narrativa descritiva que fornece o referencial teórico a esta pesquisa, passa-se a analisar o discurso de Mises sobre o fascismo, com o intuito de observar que tipo de estratégias discursivas foram utilizadas na sua conceituação e, com isso, identificar o substrato ideológico que as fundamenta. Na execução dessa tarefa, é salutar trazer à lume os ensinamentos de Norberto Bobbio, sobre o papel da crítica teórica na composição das ideias científicas das ciências sociais:

> É dever da crítica teórica descobrir e enunciar as soluções meramente verbais, transformar uma fórmula de efeito numa proposta operativa, distinguir a moção dos sentimentos do conteúdo real. Se não pretendo demais, é deste gênero a tarefa que me proponho a desenvolver nas páginas seguintes (BOBBIO, 1986, p. 43).

Convém serem citadas algumas ideias fundamentalistas desse tipo de perspectiva econômica no que se convencionou chamar de "análise econômica do Direito": (i) legislações trabalhistas e leis previdenciárias e de assistência social são custos produtivos, acarretando aumento de preços e, consequentemente, aumento de inflação; (ii) leis ambientais são nocivas à liberdade, visto ser a natureza um bem apropriável e rentável; (iii) legislação protetiva dos interesses dos consumidores oneram a indústria e são paternalistas, visto serem contrárias ao livre mercado e à livre escolha dos indivíduos, que podem e têm o direito de escolher os produtos que queiram, sem a intervenção exterior e prejudicial do Estado.

O que a investigação do discurso de Mises revela é a aceitação momentânea do regime ditatorial emplacado no continente europeu, com vistas a proteger o direito de propriedade e a riqueza dos Estados europeus, frente ao avanço do comunismo, encabeçado por Stalin na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Essa aposta demonstra a flexibilidade

e adaptabilidade das ideologias conservadoras diante da possibilidade de uma desestruturação do sistema de privilégios econômicos e do modelo de produção social da riqueza, que são a base fundante da ideologia liberal. Somente um ato de desespero poderia justificar a propositura (defesa) de um regime baseado na violência. Se depois alternou sua opinião, classificando o fascismo como uma espécie de socialismo, promove uma alteração teórica que continua incapaz de explicar a tamanha importância do valor "liberdade" que sujeita populações inteiras ao terror do Estado. Ainda, no tocante ao reconhecimento do mérito do fascismo (MISES, 1927 [1985], p. 51), não se podem levantar dúvidas quanto a correta tradução do termo empregue por Mises, na frase "*Das Verdienst, das sich der Faszismus damit erworben hat, wird in der Geschichte ewig fortleben*", pois a palavra na língua alemão *Verdienst* (mérito) é um substantivo, enquanto a cláusula de objeto "wird in der" (está no) estabelece claramente a ligação do sujeito ao objeto, nesse contexto.

Somente a psicologia social seria apta a indicar com precisão quais seriam os motivos para a rápida inserção dessas ideias no território nacional. Mas existem pistas (fatores sociais) que podem indicar quais os motivos de sucesso da doutrina comentada, o que se fará a partir de agora por uma questão de brio intelectual.

Os períodos de grande instabilidade econômica costumam ser seguidos por distúrbios na condução da coisa pública. Os governos democráticos, baseados na ideia de legitimidade, são os responsáveis pela operacionalidade dos interesses sociais, haja vista que o Estado nada mais é que um representante da coletividade. Mas a mesma lógica parece aplicável aos governos autoritários: ao primeiro sinal de crise financeira ou desastre social, enfraquece a força do Estado e diminui a submissão da massa ao governo que o controla, dando caso à derrocada do poder instituído. Essas têm sido as lições da História e da Ciência Política. Dessa maneira, quando a gestão estatal falha, ou quando compromete recursos financeiros com políticas ineficientes, ou mesmo quando há um alto grau de corrupção, cria-se o cenário propício à clamores sociais por *impeachment*, intervenção militar e outros tipos de arbitrariedades que, a despeito de parecerem legítimas, representam apenas os ápices de uma indignação recorrente contra a existência de uma autoridade pública que regula a liberdade e pune as condutas que entende serem ilícitas.

Entretanto, conforme a estrutura de pensamento de Arnaldo Vasconcelos, a legitimidade é uma das instâncias de valor da norma jurídica (COÊLHO e PRAXEDES, 2014, p. 63), sendo correto afirmar que não se pode pensar num regime democrático de governo que não encontre uma associação entre a aceitação popular e o ordenamento jurídico que o regula. Os projetos sociais, comumente atacados pelas doutrinas liberais, não tem por finalidade de executar uma clivagem social que tenha por resultado o fim da propriedade privada. Existem apenas limitações materiais que são impostas ao poder econômico, e deve-se considerar que o Mercado é sim uma instância do Poder social. A sua limitação, por meio de regras que tutelam a liberdade de produzir, são a garantia de que o sistema econômico atenderá aos ditames de uma justiça social e esta última, por sua vez, é um projeto em construção, um devir.

4 CONCLUSÃO

No plano das ideias, todas as doutrinas apresentam-se como percepções de mundo orientadas por premissas concretas, lógicas e, algumas, até lógico-dialéticas. O exame das ideologias que perpetraram efeitos marcantes no século XX é um estudo contínuo e desafiador, diante do fato de que a História, assim como outras áreas do saber, vem se democratizando e ultrapassando a lógica do discurso do vencedor.

Esta pesquisa tem relevância e deve ser continuada, porque **fascismo** e **liberalismo** são, respectivamente, regime de governo e regime de produção econômico, e a confusão entre esses dois tipos de regime, pertencentes a sistemas diversos, tem induzido os estudantes das ciências sociais aplicadas em erro. Isso significa que poderá existir um regime de governo autoritário e a defesa de regras de mercado paralelas a esse regime, que preservem não só o direito de propriedade mas, em certo grau, a liberdade de alguns mas não de todos os indivíduos.

Assim, a salvaguarda dessa diferenciação necessária recolhe-se não apenas da História, mas do conjunto de saberes da Ciência Política. Ainda, no que toca à Teoria do Direito, é conveniente salientar que o uso equivocado de conceitos pode pôr em causa um conjunto de conquistas sociais, que se encontram consagradas no texto constitucional sob a rubrica dos direitos fundamentais sociais. Ao fazer *tabula rasa* acerca dessa rígida terminologia, o pensamento do economista põe em causa a legitimidade da vigente estrutura da Constituição Federal, principalmente no que tange à extensão e alcance daquilo que a doutrina revelou como direitos fundamentais.

A defesa da não intervenção do Estado na Economia encontra por obstáculo teórico o conjunto de experiências da humanidade. Mesmo que se considerem os avanços tecnológicos trazidos pelas transformações nos sistemas produtivos, devem-se levar em consideração as contradições que esse mesmo sistema cria: a destruição ambiental, a acumulação de riquezas e a situação de miséria das populações ao redor do mundo, são todas características presumidas de um sistema de produção que tem na ganância o seu substrato principal. Ainda, como ficou evidente, no passado, a defesa da propriedade privada levou eminentes pensadores a defender o fascismo, o que ocasionou, indiretamente, o surgimento de um conjunto de políticas de Estado que tem por objetivo o fortalecimento dos direitos humanos. Talvez essa tenha sido a maior marca do fascismo – mas nunca lhe será reconhecido mérito algum.

REFERÊNCIAS

GAGNEBIN, Jean-Marie. "Da dignidade ontológica da literatura". In: NASCIMENTO, Fernando; SALLES, Walter (org. e trad.). **Paul Ricoeur –** Ética, identidade e reconhecimento. Rio de Janeiro: PUC/Rio, 2013.

COÊLHO, Anna Luiza Matos; PRAXEDES, Antônio Torquilho. "Direito, norma jurídica e justiça privada". In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. "Teoria do Direito em debate – Estudos em homenagem ao professor Arnaldo Vasconcelos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

FAICLOUGH, Norman. "A Dialectical-Relcromational Approach to Critical Discourse Analysis Research". In: WODAK, Ruth;

MEYER, Michael. **Methods of Critical Discourse Analysis**. London : SAGE Publications, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

HILL, Christopher. **O mundo de ponta-cabeça:** ideias radicais durante a revolução inglesa de 1640. RIBEIRO, Renato Janine (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos** – Uma história. EICHENBERG, Rossaura (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho** – História e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MARX, Karl. **O capital**. Livro I. ENDERLE, Rubens (trad.). São Paulo: Boitempo, 2013.

HOBSBAWM, Eric. **A Era do Capital.** 3. ed. COSTA NETO, Luciano (trad.). São Paulo: Paz e Terra, 1981.

EVANS, Richard. **A chegada do Terceiro Reich.** BRITO, Lúcia (trad.). São Paulo: Planeta do Brasil, 2010.

MISES, Ludwig von. **Liberalism**. RAICO, Ralph (trad.). New York: Cobden Press, 1985.

ISBN 978-85-99562-95-6