



MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ

COORDENADORES
JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO
GILBERTO GIACOIA
EDUARDO CAMBI

ORGANIZADORES
ADRIANE GARCEL
ANDERSON RICARDO FOGAÇA
RAMON DE MEDEIROS NOGUEIRA



EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ



DIREITO, EDUCAÇÃO & CIDADANIA

Estudos em homenagem
ao Ministro Luiz Edson Fachin



TJPR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO PARANÁ



COORDENADORES

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

GILBERTO GIACOIA

EDUARDO CAMBI

ORGANIZADORES

ADRIANE GARCEL

ANDERSON RICARDO FOGAÇA

RAMON DE MEDEIROS NOGUEIRA

DIREITO, EDUCAÇÃO & CIDADANIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO EDSON FACHIN



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL
DE
JUSTIÇA

CIO DA JUSTIÇA



**CÚPULA DIRETIVA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ
BIÊNIO 2021/2022**



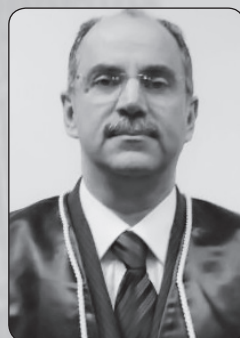
DESEMBARGADOR
JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

PRESIDENTE



DESEMBARGADOR
LUIZ OSÓRIO MORAES PANZA

1º VICE - PRESIDENTE



DESEMBARGADOR
LUIZ CEZAR NICOLAU

**CORREGEDOR - GERAL
DA JUSTIÇA**



DESEMBARGADORA
JOECI MACHADO CAMARGO

2º VICE - PRESIDENTE



DESEMBARGADOR
ESPEDITO REIS DO AMARAL

**CORREGEDOR DA
DA JUSTIÇA**

COORDENAÇÃO



JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

PRESIDENTE DO TJPR



GILBERTO GIACOIA

**PROCURADOR-GERAL DE
JUSTIÇA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO PARANÁ**



EDUARDO CAMBI

**COORD. GERAL DA ESCOLA
SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO PARANÁ**

ORGANIZAÇÃO



RAMON DE MEDEIROS NOGUEIRA

**DESEMBARGADOR E
DIRETOR GERAL DA EJUD**



ANDERSON RICARDO FOGAÇA

**JUIZ AUXILIAR DA
PRESIDÊNCIA DO TJPR**



ADRIANE GARCEL

**ASSESSORA JURÍDICA DA
PRESIDÊNCIA DO TJPR**



*MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná*



TJPR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO PARANÁ



DIREITO, EDUCAÇÃO & CIDADANIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO EDSON FACHIN

2021 | Curitiba



AUTORES

Adriane Garcel
Alcides Wilhelm
Alberto Luiz Hanemann Bastos
Alexandre Nasser de Melo
Alfredo de Assis Gonçalves Neto
Aline Rodrigues Lima
Amanda Ribeiro dos Santos
Ana Cristina Mesquita Barros
Anderson Ricardo Fogaça
André Luís Bortolini
André Luiz Querino Coelho
Andrea Fabiane Groth Busato
Angela dos Prazeres
Angela Regina Urio Liston
Augusto Cesar Piaskoski
Beatriz Spindler de Oliveira Leite
Bento José Lima Neto
Bruno Rinaldin
Caroline Pomjé
César Ghizoni
Claudia Cristina Hoffmann
Clayton Maranhão
Cynthia Maria de Almeida Pierr
Danielle Cristina Felizari
Denise Hammerschmidt
Diogo de Araujo Lima
Edgard Fernando Barbosa
Eduardo Cambi
Eduardo Ressetti Pinheiro Marques Vianna
Éllen Crissiane de Oliveira Cilião
Emmanuelle Werneck Bordim
Erick Kiyoshi Nakamura
Fábio André Guaragni
Fabio Caldas de Araújo
Felix Fischer
Fernando Augusto Sormani Barbugiani
Fernando B. S. Fischer
Fernando Gustavo Knoerr
Flávia Osmarin Tosti Menegon
Franciele Maria Fogassa Tonial Tavares
Francisco Satiro
Glorete Barbosa Lenzi
Guilherme de Barros Perini
Gustavo Afonso Martins
Gustavo Calixto Guilherme
Hellen Martins Quadros
Heros Thiago Moreira
Horácio Monteschio
Iriní Tsouroutsoglou
Isabela Andreazza dos Anjos
Jaime Domingues Brito
Janaína Alves de Araújo
Jéssica Fachin
João Luiz de Carvalho Botega
Joaquim Munhoz de Mello
Jorge de Oliveira Vargas
Jorge Luiz Rodrigues Campanharo
José Alberto Monteiro Martins

AUTORES

José César Naves de Lima Júnior
José Laurindo de Souza Netto
José Luiz Loreto de Oliveira
Julia Hannah Santos Pereira
Juliana Fátima Serraglio Pasini
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Karen Paiva Hippert
Katia Krüger
Larissa Zanardini Oliveira Moro
Leonardo Grillo Menegon
Leticia de Andrade Porto
Letícia Soraya Prestes Gonçalves de Paula
Lilian Cristina Pinheiro Goto
Lucas Cavalcanti da Silva
Lucas Lazaroto
Lucas Paulo Orlando de Oliveira
Luciana da Silva Paggiatto Camacho
Luiz Antonio Câmara
Luiz Eduardo Gunther
Luiz Fernando Coelho
Luiz Guilherme Marinoni
Mara Denise Poffo Wilhelm
Marcel Gustavo Corrêa
Maria Cecília Soares Vannucchi
Mariana Sartori Novak
Marinara Pontarolo
Matheus Tauan Volpi
Melina Girardi Fachin
Miguel Gualano de Godoy
Milena Macalós Sasso
Murilo Alan Volpi
Paulo Guilherme Mazini
Phillip Gil França
Priscila Teixeira Colombo
Ramon de Medeiros Nogueira
Regina Martinello Lins Pinheiro Vianna
Ricardo Marcelo Fonseca
Rodrigo Rodrigues Dias
Rodrigo Sánchez Rios
Rogério Rudiniki Neto
Ruy Alves Henriques Filho
Samia Saad Gallotti Bonavides
Sandro Carlos Pereira
Simone Tassinari Cardoso Fleischmann
Suzana Massako Hirama L. de Oliveira
Teresa Arruda Alvim
Thainá de Paula Belmiro
Thais Sampaio da Silva Machado
Thalita Fabris da Silva
Thimotie Aragon Heemann
Tiago Domingues Brito
Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa
Victor Hugo Caparica Câmara
Viktória Santos Marques
Vitor Hugo Carvalho Miranda
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr
Wellington Aparecido Prado Carvalho
Zulmar Fachin





**Escola
Superior**
do MPPR



*MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná*



TJPR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO PARANÁ



Recta Ratio

Academia Paranaense de Letras Jurídicas

DIREITO, EDUCAÇÃO & CIDADANIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO EDSON FACHIN



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DO PARANÁ
PALÁCIO DA JUSTIÇA**





MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná



TJPR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO PARANÁ



DIREITO, EDUCAÇÃO & CIDADANIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO EDSON FACHIN

2021 | Curitiba





A obra **Direito, Educação & Cidadania**, organizada e coordenada pelo Ministério Público do Estado do Paraná e pelo Tribunal de Justiça do Paraná com o apoio da Acadêmia Paranaense de Letras Jurídicas - APLJ, representada pelo seu atual presidente Desembargador Clayton Maranhão, traz como tema uma série de estudos em homenagem ao Ministro Luiz Edson Fachin.

Foram selecionados 60 trabalhos de excelência de renomados professores, magistrados, integrantes do Ministério Público, delegados, pesquisadores e membros da academia de letras jurídicas que atenderam, prontamente, ao chamamento para a elaboração desta obra coletiva.

Um dos objetivos primordiais do livro, para além da promoção do conhecimento, é dar continuidade às comemorações relativas à instalação da Escola Judicial do Paraná – EJUD, conforme decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, para atender as diretrizes estabelecidas pela Resolução n. 159/2012 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e pela Resolução n. 2.2016 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado – ENFAM.

A escolha da pessoa do homenageado deveu-se a sua exponencial contribuição acadêmica, jurisprudencial e, sobretudo, humanitária. O que se constata em trechos de seus livros e em votos onde fala de justiça, ética, proteção de minorias, dignidade humana e efetivação de direitos humanos.

Sua obra é extensa, e os artigos selecionados para compor esse trabalho tiveram por motivação exaltar a relevância de seu trabalho, disseminado por toda seara acadêmica e jurisdicional.

Luiz Edson Fachin graduou-se em direito pela Universidade Federal do Paraná em 1980, obteve os títulos de mestre e doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, defendendo, em 1986 e 1991, respectivamente, a dissertação “Negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito: diferenças e semelhanças sob uma tipificação exemplificativa

no Direito Civil brasileiro” e a tese “Paternidade presumida: do Código Civil brasileiro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, ambas sob a orientação do professor José Manoel de Arruda Alvim Netto.

Em meados dos anos 80, casou-se com Rosana Amara Girardi Fachin, atualmente desembargadora do Tribunal de Justiça do Paraná. É pai de Camila e Melina, e avô de Bernardo, Flor e Bela.

Ingressou como docente na UFPR em 1991, foi um dos professores que capitanearam a implantação do doutorado em direito nessa instituição, tendo, ainda, instituído o Núcleo de Estudo em Direito Civil-Constitucional «Virada de Copérnico» em 1996, o que foi importante para a chamada repersonalização do Direito Civil brasileiro. Tornou-se professor titular de direito civil em 1999 e permaneceu no cargo até 2015.

Em 14 de abril de 2015, Fachin foi indicado para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), na vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Joaquim Barbosa. Desde sua posse, tem se notabilizado como um magistrado sensível à efetivação da Constituição da República e dos tratados de Direitos Humanos que o Brasil é parte, tendo papel fundamental na formação da jurisprudência humanista da Corte.

Homem de família, jurista de fibra, um humanista por excelência, orgulho dos amigos, alunos, familiares e de todo o judiciário paranaense.

Digna e merecida homenagem!

Curitiba, 6 de dezembro de 2021.

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO
Presidente do TJPR

GILBERTO GIACOIA
Procurador-Geral de Justiça

EDUARDO CAMBI
Coordenador-Geral da Escola Superior do Ministério Público do Paraná



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná



DIREITO, EDUCAÇÃO & CIDADANIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO EDSON FACHIN

2021 | Curitiba





Nossos Contatos

Rio de Janeiro

Avenida das Américas, 3443, 2º andar
- Bloco 3B, Sala 202 - Barra da Tijuca,
Rio de Janeiro - RJ - Cep.: 22631-003
Acesse: editoraclassica.com.br

Redes Sociais

facebook.com/EditoraClassica
twitter.com/EditoraClassica

EDITORA CLÁSSICA

Conselho Editorial

Adriane Garcel
Alessandra Neves Ferreira
Alexandre Walmott Borges
Daniel Ferreira
Elizabeth Accioly
Everton Gonçalves
Fernando Knoerr
Francisco Cardozo de Oliveira
Francisval Mendes
Ilton Garcia da Costa
Ivan Motta
Ivo Dantas
José Edmilson de Souza-Lima
Jonathan Barros Vita
Juliana Cristina Busnardo de Araujo
Lafayette Pozzoli
Leonardo Rabelo
Lívia Gaigher Bósio Campello
Lucimeiry Galvão

Luiz Eduardo Gunther
Luisa Moura
Maria Lucia de Barros Rodrigues
Mara Darcanchy
Massako Shirai
Mateus Eduardo Nunes Bertoncini
Nilson Araújo de Souza
Norma Padilha
Paulo Ricardo Opuszka
Roberto Genofre
Salim Reis
Valesca Raizer Borges Moschen
Vanessa Caporlingua
Viviane Coelho de Séllos-Knoerr
Vladimir Silveira
Wagner Ginotti
Wagner Menezes
Willians Franklin Lira dos Santos

Equipe Editorial

Editora Responsável: Verônica Gottgroy
Produção Editorial: Editora Clássica
Capa: Editora Clássica
Revisão Ortográfica: Luciane de Araujo Pereira

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP - BRASIL)

D598

DIREITO, EDUCAÇÃO & CIDADANIA – Estudos em homenagem ao Ministro Edson Fachin. - Garcel, Adriane. Cambi, Eduardo. Netto, José Laurindo de Souza. Fogaça, Anderson Ricardo. Guilherme, Gustavo Calixto. Séllos-Knoerr, Viviane Coelho de. Nogueira, Ramon de Medeiros. (Et.al). – Curitiba: Editora Clássica. 2021.
14.109 KB. 1092 p.

ISBN – 978-65-87965-33-8

1. Direito. 2. Educação 3. Cidadania. I. Garcel, Adriane, II. Cambi, Eduardo. III. Netto, José Laurindo de Souza. IV. Fogaça, Anderson Ricardo. V. Guilherme, Gustavo Calixto. VI. Séllos-Knoerr, Viviane Coelho de. VII. Nogueira, Ramon de Medeiros. II. Título.

CDD 341.15. - 16 - 17.
CDU 342

PREFÁCIO	27
PONTOS RELEVANTES DO NOVO SISTEMA DE INSOLVÊNCIA BRASILEIRO <i>(Ramon de Medeiros Nogueira, Alexandre Nasser de Melo)</i>	31
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL <i>(Alfredo de Assis Gonçalves Neto)</i>	45
A EXECUÇÃO CIVIL EXTRAJUDICIAL <i>(Joaquim Munhoz de Mello)</i>	53
A TUTELA CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE E A PROTEÇÃO SOCIAL E ECONÔMICA AO TERCEIRO DE BOA-FÉ <i>(Fabio Caldas de Araújo, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira)</i>	69
O MANDADO DE INJUNÇÃO E A EFETIVIDADE DE DIREITOS, LIBERDADES E PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS <i>(Leonardo Grillo Menegon, Flávia Osmarin Tosti Menegon)</i>	91
O MINISTRO LUIZ EDSON FACHIN NO STF E O FIO CONDUTOR DE SUA ATUAÇÃO <i>(Miguel Gualano de Godoy)</i>	103
A GESTÃO COMO FIM SOCIAL E A ESTRATÉGIA: INDUTORES DE AÇÕES DE AGREGAÇÃO DE VALOR NO PODER JUDICIÁRIO PARANAENSE <i>(José Laurindo de Souza Netto, Gustavo Calixto Guilherme, Adriane Garcel, Anderson Ricardo Fogaça)</i>	115
RACIONALIDADE DO EMPREGO DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE <i>(Luiz Guilherme Marinoni)</i>	127
DIREITOS HUMANOS EM NORBERTO BOBBIO: A TRAJETÓRIA DE UMA UTOPIA EM BUSCA DE CONCRETIZAÇÃO <i>(Zulmar Fachin, Jéssica Fachin)</i>	157

OS JUÍZES E OS ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS (<i>Teresa Arruda Alvim</i>)	173
DIREITO COMPARADO COMO FUNDAMENTO EM DECISÕES JUDICIAIS (<i>Matheus Tauan Volpi, Murilo Alan Volpi</i>)	185
DECISÕES ESTRUTURANTES COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO (<i>Emmanuelle Werneck Bordim, Ruy Alves Henriques Filho</i>)	207
STJ ENTRE COGNITIVISMO E CETICISMO INTERPRETATIVO: OBSOLESCÊNCIA DA SÚMULA 400 DO STF (<i>Clayton Maranhão</i>)	227
DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NOS CONTRATOS CIVIS E EMPRESARIAIS - LIMITES À LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA N. 13.874/19 (<i>Andrea Fabiane Groth Busato</i>)	239
A ESCUTA COMO CONDIÇÃO DE CONHECER E AGIR NOS DIFERENTES ESPAÇOS DO JUDICIÁRIO (<i>Rodrigo Rodrigues Dias, Angela Regina Urio Liston</i>)	255
O PROCESSO ESTRUTURAL: UM ESTUDO DO <i>HABEAS CORPUS</i> COLETIVO Nº 143.988 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (<i>Suzana Massako Hirama Loreto de Oliveira, José Luiz Loreto de Oliveira</i>)	269
PROCESSOS ESTRUTURAIS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – O PAPEL DAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (<i>Thais Sampaio da Silva Machado</i>)	287
JURÍDICO CONTEMPORÂNEO: UM DIÁLOGO ENTRE AS TEORIAS DE <i>HART, DWORKIN, RAZ E WALDRON</i> (<i>Eduardo Cambi, Lucas Paulo Orlando de Oliveira, Lucas Lazaroto</i>)	303
OS LIMITES NEGOCIAIS MATERIAIS E PROCESSUAIS NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL (<i>Fernando Augusto Sormani Barbugiani, Éllen Crissiane de Oliveira Cilião, Thainá de Paula Belmiro</i>)	327
DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE CÁTEDRA E MOVIMENTO ESCOLA SEM PARTIDO: STF COMO GUARDIÃO DA EDUCAÇÃO PARA A CIDADANIA (<i>André Luís Bortolini, Bruno Rinaldin</i>)	361
INELEGIBILIDADES SUPERVENIENTES: A PANACÉIA DA MORALIDADE E O NECESSÁRIO RETORNO AO ESTADO DE DIREITO (<i>César Ghizoni</i>)	379

A CISÃO DO JULGAMENTO DE MÉRITO E A SUA SISTEMATIZAÇÃO NO CPC: UMA TÉCNICA AJUSTADA COM O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE <i>(Aline Rodrigues Lima, Paulo Guilherme Mazini)</i>	401
O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO NOME DOS TRANSGÊNEROS COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA CONCRETIZAÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS <i>(Denise Hammerschmidt, Thalita Fabris da Silva)</i>	413
PODER JUDICIÁRIO COMO INSTITUIÇÃO E O IMPACTO DOS PRECEDENTES: ENTRE JURISPRUDÊNCIA, INDEPENDÊNCIA E ACCOUNTABILITY <i>(Lucas Cavalcanti da Silva)</i>	433
O ESTADO DA ARTE DA TEORIA DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO NO BRASIL: ANÁLISE A PARTIR DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.774.372 <i>(Horácio Monteschio, Diogo de Araujo Lima, Mariana Sartori Novak)</i>	455
UMA ABORDAGEM DO PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETUDE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AS DIFICULDADES DE QUANTIFICAR O DANO <i>(Luciana da Silva Paggiatto Camacho, José Alberto Monteiro Martins, Fernando Gustavo Knoerr)</i>	475
ACESSO À JUSTIÇA É MUITO IMPORTANTE PARA FICAR SOMENTE COM O ESTADO <i>(Luiz Eduardo Gunther, Gustavo Afonso Martins, Alcides Wilhelm, Mara Denise Poffo Wilhelm, José Laurindo de Souza Netto)</i>	493
A ALVORADA DA PREVENÇÃO ESPECIAL: DO PARADIGMA LIBERAL AO PARADIGMA SOCIAL DA PENA <i>(Fernando B. S. Fischer, Felix Fischer)</i>	505
COMPLIANCE NO PODER JUDICIÁRIO: CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS SOBRE PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO NORMATIVO APLICADOS AOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA <i>(José Laurindo de Souza Netto, Augusto Cesar Piaskoski, Adriane Garcel, Karen Paiva Hippertt, Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr)</i>	523
O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DE UM SISTEMA INTEGRAL DE DIREITO PENAL <i>(Rodrigo Sánchez Rios, Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa)</i>	537
VIOLÊNCIA DE GÊNERO SOB UMA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS: RECONHECIMENTO E INCLUSÃO <i>(José César Naves de Lima Júnior)</i>	563
CRÍTICA À PROPOSTA BRASILEIRA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO, LITERATURA E REALIDADE SOCIAL <i>(Angela dos Prazeres)</i>	577

O DIREITO À EDUCAÇÃO E A INEFICÁCIA DO HOMESCHOOLING NO BRASIL A PARTIR DOS CONTORNOS DA PANDEMIA COVID-19 <i>(Jaime Domingues Brito, Victória Santos Marques)</i>	591
O PAPEL DO EDUCADOR E DO JURISTA NA EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE PENSAR <i>(Samia Saad Gallotti Bonavides)</i>	611
DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA: UM DEBATE NECESSÁRIO <i>(Beatriz Spindler de Oliveira Leite, Hellen Martins Quadros, Larissa Zanardini Oliveira Moro)</i>	625
A EDUCAÇÃO COMO FATOR DE PREVENÇÃO E AUTONOMIA PARA O DESENVOLVIMENTO DE PROJETOS DE VIDA EMANCIPATÓRIOS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UM ESTUDO À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA <i>(Guilherme de Barros Perini, Letícia Soraya Prestes Gonçalves de Paula)</i>	643
A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA COM O ENSINO SÓCIO-JURÍDICO EMANCIPADOR A PARTIR EDUCAÇÃO BÁSICA <i>(Simone Tassinari Cardoso Fleischmann, Milena Macalós Sasso, Caroline Pomjé)</i>	671
DISPONIBILIDADE, ACESSIBILIDADE, ACEITABILIDADE E ADAPTABILIDADE: O DIREITO À EDUCAÇÃO NA SUA DIMENSÃO DA QUALIDADE DE ENSINO <i>(Priscila Teixeira Colombo, João Luiz de Carvalho Botega)</i>	691
ANÁLISE DO PAPEL DA EDUCAÇÃO NO COMBATE À CRIMINALIDADE <i>(Janaína Alves de Araújo, Bento José Lima Neto)</i>	719
A PRODUÇÃO DE PROVA ANTECIPADA E A GARANTIA DO DIREITO DA EDUCAÇÃO DO CAMPO NO ENSINO FUNDAMENTAL: RELATOS DE UM ESTUDO DE CASO <i>(Glorete Barbosa Lenzi, Danielle Cristina Felizari, Franciele Maria Fogassa Tonial Tavares)</i>	733
FATORES QUE CONTRIBUEM PARA EVASÃO NO CONTEXTO ESCOLAR <i>(Ana Cristina Mesquita Barros, Juliana Fátima Serraglio Pasini)</i>	755
O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE RACIAL E A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE DOS AVANÇOS PROMOVIDOS PELA LEI N. 10.639/2003 <i>(Amanda Ribeiro dos Santos, André Luiz Querino Coelho)</i> .	775
DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO JURÍDICA: POR UMA INSERÇÃO DO ENSINO DO DIREITO (E DOS DIREITOS) NAS ESCOLAS <i>(Alberto Luiz Hanemann Bastos, Erick Kiyoshi Nakamura)</i>	795

REORGANIZAR À FORÇA? A LEI 14.112 E AS DISPOSIÇÕES DO ART. 69-J PERMITEM QUE UM EMPRESÁRIO OU SOCIEDADE EMPRESÁRIA SEJA INCLUÍDO NO POLO ATIVO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL CONTRA SUA VONTADE? (<i>Francisco Satiro, Irini Tsouroutsoglou</i>)	815
CIDADANIA E TUTELA ESTATAL DA INFORMAÇÃO PARA A VIABILIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO (<i>Phillip Gil França, Maria Cecília Soares Vannucchi</i>)	821
CORPOS MORTOS, CORPOS TENSOS E CORPOS REEDUCADOS (<i>Claudia Cristina Hoffmann, Thimotie Aragon Heemann</i>)	849
O CONTROLE DA CORRUPÇÃO ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO (<i>Fábio André Guaragni, Isabela Andreaza dos Anjos</i>)	879
NEUROCIÊNCIA DA FACE NO CONTEXTO DO DIREITO (<i>Sandro Carlos Pereira, Lilian Cristina Pinheiro Goto, Adriane Garcel, José Laurindo de Souza Netto</i>)	897
TOMADA DE DECISÃO APOIADA: UM PROCESSO PARA O EXERCÍCIO DE DIREITOS PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (<i>Edgard Fernando Barbosa</i>) .	913
O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA CIDADANIA E SEUS DESDOBRAMENTOS (<i>Jorge de Oliveira Vargas</i>)	933
A CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COMO MEIO DE APRIMORAMENTO E VALORIZAÇÃO DA CIDADANIA (<i>Tiago Domingues Brito, Wellington Aparecido Prado Carvalho</i>)	945
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E TUTELA DA MATA ATLÂNTICA: RECOMPOSIÇÃO, EM TUTELA ANTECIPADA, DA VEGETAÇÃO ILEGALMENTE DESMATADA (<i>Rogério Rudiniki Neto</i>)	965
SOCIEDADE ABERTA E DIALÓGICA AOS DIREITOS HUMANOS: O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PENSADO A PARTIR E PARA A COMUNIDADE (<i>Eduardo Cambi, Leticia de Andrade Porto, Melina Girardi Fachin, Anderson Ricardo Fogaça</i>)	981
ENTRE O DIREITO E O AFETO: OS ALIMENTOS DEVIDOS AO GENITOR IDOSO AUSENTE NA VIDA DOS SEUS FILHOS (<i>Cynthia Maria de Almeida Pierri, Jorge Luiz Rodrigues Campanharo, Julia Hannah Santos Pereira, Marinara Pontarolo, Vitor Hugo Carvalho Miranda</i>)	997

DEVIDO PROCESSO LEGAL, DIREITO DE DEFESA, FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE ADVOGADOS CRIMINAIS DATIVOS (<i>Luiz Antonio Câmara, Victor Hugo Caparica Câmara</i>)	1015
OS AVATARES IDEOLÓGICOS DO ENSINO JURÍDICO - MACROFILOSOFIA E CRÍTICA DA EDUCAÇÃO JURÍDICA (<i>Luiz Fernando Coelho</i>)	1039
AMARTYA SEN E A JUSTIÇA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PARÂMETRO SENIANO DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL E A EDUCAÇÃO COMO PROPULSORA DE MUDANÇAS (<i>Eduardo Ressetti Pinheiro Marques Vianna, Regina Martinello Lins Pinheiro Vianna</i>)	1065
O DIREITO À EDUCAÇÃO PARA A CIDADANIA DIGITAL (<i>Heros Thiago Moreira, Katia Krüger, Marcel Gustavo Corrêa</i>)	1077



O professor Luiz Edson Fachin, o Ministro do STF Edson Fachin e o amigo Fachin são para mim três faces de um mesmo personagem, fascinante, complexo e amável. Hoje, olhando para ele – e daí a complexidade – vejo um ‘três em um’¹. O clássico livro de antropologia histórica de Ernst H. Kantorowicz, “Os dois corpos do Rei”², já abordava esse tipo de complexidade ao mostrar a possibilidade de coexistência, num mesmo personagem (no caso, a realeza da Inglaterra do século XVI), de duas facetas que podem conviver ao mesmo tempo – no caso, um corpo ‘natural’ do rei e outro ‘místico e imortal’.

Sobre o ‘amigo’ Fachin, companheiro de muitas jornadas em comum desde o final do século passado, guardo com carinho um enorme patrimônio no baú da memória e dos afetos. Mas isso, como diz Milton Nascimento, é “coisa pra se guardar debaixo de sete chaves”. Sobre o Ministro Edson Fachin, que, concorde-se ou não com seus posicionamentos, tem dignificado a nossa Corte maior e dado exemplos reiterados de postura pessoal e institucional, com firmeza, temperança e sabedoria, há gente muito qualificada a fazer essa bonita avaliação – e tantos textos desta obra são disso um exemplo eloquente. E finalmente há o *professor* Luiz Edson Fachin, o jurista sensível, o erudito e multidisciplinar escritor, o encantador de plateias. Se há de fato em nosso homenageado, na senda do estudo de Kantorowicz, três corpos de Fachin, o terceiro deles, aquele do professor, é para mim o mais ‘místico e imortal’. E é por isso que gostaria de sublinhar nestas linhas que servem de prefácio a uma obra feita de reflexões valiosas de notáveis juristas precisamente este perfil do ‘professor’.

Acho, por isso, que esta iniciativa do Tribunal de Justiça e do Ministério Público do Paraná (por meio de suas Escola Judicial e Escola Superior do Ministério Público, respectivamente), com coordenação dos doutores e amigos José Laurindo de Souza Netto, Gilberto Giacoia e Eduardo Cambi e organização dos doutores Adriane Garcel, Anderson Ricardo Fogaça e Ramon de Medeiros Nogueira, não poderia ter sido mais feliz em nominar estes ‘Estudos em Homenagem ao Ministro Edson Fachin’ como “Direito, Educação & Cidadania”. Creio que estas são precisamente as divisas da atuação do professor (como também do amigo e do Ministro); são as suas bandeiras, seus lemas, suas razões de investimento vital.

‘Direito’ é o território do professor Fachin por excelência. Mas o ‘Direito’ sempre entendido de modo amplo, na sua complexidade social e histórica, na sua densidade teórica e valorativa, e jamais como mero conjunto formal

¹ Acuso minha ‘antiguidade’ ao usar essa expressão – “três em um” – que é familiar a quem viveu e cresceu nos anos 70 e 80.

² KANTOROWICZ, Ernst H. *Os dois corpos do Rei*. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: companhia das letras, 1998.

de regras; ‘Direito’ para ele é vivo, vital e promove vida. Aqui a produção teórica extensa do professor bem como sua atuação central nos mais relevantes fóruns (sobretudo no âmbito da pós-graduação em direito brasileira) falam por si sós.

‘Educação’ – a docência em direito – foi sempre central para Fachin. A sua atuação como professor em várias instituições de ensino jurídico da cidade de Curitiba em tempos diversos, deixando uma legião de alunos, seguidores e orientandos ao longo de mais de três décadas são um testemunho eloquente do legado deixado pelo professor em diferentes gerações de advogados, juízes, membros do Ministério Público e também professores. Destaco, como não poderia deixar de ser, a sua atuação no ensino e na pesquisa na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, sua ‘Alma Mater’, instituição que ele dirigiu com brilho e onde ele foi professor Titular. Instituição que jamais deixará de ser, com orgulho, a sua casa.

‘Cidadania’ sempre foi o guia de sua atuação, foi o norteador de sua prática. A vinculação dos direitos fundamentais com a ação cotidiana em todos os âmbitos – sobretudo a partir da Constituição de 1988, que motivou toda uma ‘releitura’ normativa e cidadã do Código Civil (antes o de 1916, depois o código vigente) – esteve sempre no DNA da atuação do professor Fachin. A vida jurídica só tinha sentido para ele se filtrada e perpassada pela implementação dos valores de cidadania que o nosso direito, interpretado do modo adequado, indicava para o futuro.

Mas aqui, num novo giro, agora num movimento em que as partes separadas se unificam de modo coerente, percebe-se de novo um “três em um”: na verdade para o professor Fachin o Direito, a Educação e a Cidadania não poderiam ser considerados de modo separado e sempre e a cada momento andaram conjuntamente. Para ele, a prática do ensino e da pesquisa do direito só adquiriam materialidade, concretude e sentido se andassem de mãos dadas com uma visão comprometida com a cidadania, com a democracia e com a implementação dos direitos. Viver o direito e ensinar o direito sempre estiveram no DNA de nosso homenageado; e ao enxergar o direito como uma instância capaz de dar-lhe um sentido prospectivo, ativo, cidadão sempre foi o seu apanágio. *Educação jurídica cidadã* – essa poderia ser a divisa de vida do professor Fachin.

É esta trilha, creio, que o/a leitor/a tem agora em mãos com esta rica e imensa obra: aqui vários desdobramentos do Direito, da Educação e da Cidadania, mas sobretudo as suas respectivas interconexões, são tecidas por um rol de autores da mais alta qualificação, numa perspectiva interdisciplinar e que o fazem sob a inspiração e o exemplo daquele que, por justiça indiscutível, é o destinatário de nossa homenagem: Luiz Edson Fachin.

RICARDO MARCELO FONSECA

Professor Titular de História do Direito

Reitor da UFPR



DISCURSO DE AGRADECIMENTO

Expresso saudação e agradecimento. Grato sou aos coordenadores da obra *“Direito, Educação e Cidadania”*: Desembargador José Laurindo de Souza Netto, Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Doutor Gilberto Giacoia, Procurador-Geral de Justiça e Doutor Eduardo Augusto Salomão Cambi, Promotor de Justiça integrante do Ministério Público paranaense.

Quero, também, agradecer penhoradamente aos organizadores do livro: Adriane Garcel, professora e assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Dr. Anderson Ricardo Fogaça, Juiz de Direito, e Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira, Diretor da Escola Judicial do Paraná.

Agradeço, ainda, ao Magnífico Reitor da *centenária* Universidade Federal do Paraná, Professor Doutor Ricardo Marcelo Fonseca, que, para minha alegria, assina o prefácio.

Quisera poder ainda dirigir uma palavra de gratidão a cada um e a cada uma dos mais cem coautores e coautoras deste livro, que, para minha honra, dedicaram reflexões aos temas do Direito, da educação e da cidadania.

Peço licença para fazer este agradecimento, em nome de todas e de todos, nas pessoas do Ministro Félix Fischer e do Professor Doutor Rodrigo Sánchez Rios, bem como dos professores da *centenária* Universidade Federal do Paraná que são também coautores, cuja presença nestas páginas é motivo de inextinguível alegria: Professores Doutores Luiz Fernando Coelho, Joaquim Munhoz de Mello, Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Luiz Guilherme Marinoni e Clayton de Albuquerque Maranhão; como também à Professora Doutora Melina Girardi Fachin e ao Professor Doutor Miguel Gualano de Godoy, cujo labor intelectual aportou em nossos afazeres da prestação jurisdicional na Suprema Corte. Manifesto, ainda, agradecimento às magistradas Suzana Massako Hirma Loreto de Oliveira e Thais Sampaio da Silva Machado, coautoras, as quais emprestam tirocínio, sensibilidade e temperança aos afazeres de nosso gabinete no Supremo Tribunal Federal.

O valor da gratidão faz com que meu agradecimento repouse em dívida impagável a todos e a todas que são coautoras e coautores desta obra, professores e professoras, pesquisadores e pesquisadoras, magistrados e magistradas, promotores e promotoras do Ministério Público, advogados e advogadas e estudantes de graduação.

Enalteço de modo especial o tema escolhido para os estudos que se reúnem na obra que agora vem a público.

O fio condutor contido entre Direito, Educação e Cidadania se assenta, como sabemos, na liberdade de ensino e na própria democracia. Afinal, o ingresso no espaço público é condicionado à educação participativa, inclusiva e plural.

É na educação que o debate de ideias, o intercâmbio de visões de mundo e o contraste de opiniões devem ter livre curso. Somente esse ambiente prepara as pessoas para reconhecerem o melhor governo, a melhor decisão, a melhor lei e o melhor argumento. É pela educação que podemos tornar o futuro um lugar habitável para todas as pessoas, de todas as raças, gêneros e continentes.

Os tempos áridos que vivemos, estes tempos pandêmicos, nos colocam, desde já, em dívida com as futuras gerações. É preciso garantir o direito à educação, porquanto “os extremistas têm medo de livros e de canetas”¹, disse Malala, a jovem paquistanesa laureada com o Nobel da Paz por sua luta pelo direito à educação.

Nós, que temos na justiça uma profissão de fé, sabemos que não há exagero em afirmar e reafirmar o valor da cultura jurídica e de suas relevantes funções para as gerações futuras. É preciso ter em mente que apenas mediante rigorosa preparação, com conhecimento sólido e formação jurídica permanente, é possível cumprir esse múnus.

As instituições jurídicas, afinal, são construídas por uma espécie de esperança compromissória. Não por outra razão, o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável n.º 16, da Agenda 2030, busca promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas a todos os níveis.

No Brasil, o futuro é chamamento.

Permito-me, Senhor Presidente, deter-me alguns poucos minutos para verter breves ideias sob o porvir mais imediato, quer pela responsabilidade da presidência que irei no Tribunal Superior Eleitoral a partir de 22 de fevereiro próximo, quer pelas eleições de 2022.

Entendo, Senhor Presidente, que nas atuais quadras da história, o avanço da institucionalização da República terá um grande desafio que se fará sentir sobremaneira no terreno da institucionalidade eleitoral, espaço

¹ Malala Yousafzai, “Malala: Pelo direito das meninas à educação”.

normativo no qual os avanços foram extremamente significativos nas mais de três décadas da Constituição da República. O vindouro ano de 2022 deve espelhar no Brasil um processo eleitoral que se desenvolva dentro de uma atmosfera de pleno respeito aos direitos e liberdades políticas, notadamente porque a justiça das eleições demanda, como item primário, a ampla circulação de ideias, em ordem a que seus resultados reflitam, sem mais, a suma de uma opinião pública construída de forma livre e consciente.

Vive a democracia de regras eleitorais estabilizadas e de disputas legítimas. As regras gerais para 2022, já ultrapassada a fase do artigo 16 da Constituição da República (sobre o limite da anualidade para fixação das normas eleitorais), estão definidas e são conhecidas.

Nesse panorama, a normalidade e a legitimidade dos pleitos circula em torno de exigências essenciais que arrolam, entre outros fatores, o respeito à função vigilante da imprensa plenamente livre, indispensável e imprescindível à vida democrática, e ao reconhecimento da crítica, da oposição e da inteligência discordante. As eleições democráticas, nesse contexto, sugerem máxima deferência à compreensão recíproca das razões conflitantes, pelo que invocam, como condição de possibilidade, os conceitos de paz, fraternidade e tolerância.

Temos todas as ferramentas para que a obra democrática de 2022 seja expressão do vigor da democracia e do respeito às regras do jogo eleitoral dentro da Constituição.

As democracias são regimes orientados pela premissa de que à população governada assiste o direito inalienável de se informar, acompanhar e julgar, seja cotidianamente, no plano dos diálogos horizontais entre pares, seja em momentos decisivos, como em domingos de esperançosos outubros.

Somado a esse quadro, as competições políticas reclamam doses substantivas de previsibilidade, estabilidade e segurança.

Nesse campo específico, a garantia geral de proteção da confiança, com o desígnio de prover a candidatos, partidos políticos, autoridades públicas e sociedade civil, se projeta em um catálogo nítido com direitos e limites, de liberdades, de interdições e de consequências, e do qual se apuram, em última instância, contornos jurídicos para a aferição da legalidade das campanhas, à luz de escolhas normativas determinadas, ao fim e ao cabo, pelo próprio povo, por intermédio do parlamento.

Dentre os direitos, está o maior de todos quiçá, o exercício da soberania popular pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, consoante prevê o art. 14 da Constituição.

Dentre os deveres está o preceito do art. 323 do Código Eleitoral, pois é crime divulgar na campanha eleitoral *fatos que sabe inverídicos* e capazes de exercer influência perante o eleitorado.

A democracia, sob esse aspecto, vindica, ao lado da obediência às leis, a completa exclusão da violência, mediante a administração responsável da frustração.

Urge, para tal efeito, saber e compreender que a insatisfação com os resultados das urnas não contamina, para nada, a justiça e a fundamentalidade do jogo em si. Quem almeja transformar insatisfação com eventual resultado das urnas em prévio descontentamento *tout court* com o processo eleitoral vai a contrapelo da democracia e da Constituição.

A competição eleitoral, a propósito, é precisamente o canal que assegura que as derrotas sejam sempre momentâneas, uma vez que vitórias vindouras se mantem no horizonte, cumprindo-se, assim, o processo eleitoral de disputas inerentes à democracia, sem afastar a pluralidade nas possíveis alternâncias e sem a abdicação de conquistas vitais, como o direito a continuar tendo escolhas e a processar as diferenças.

O futuro, em breve, será testemunha da força institucional do País. A justiça eleitoral e o Judiciário estão em pé, cumprindo sua missão. Paraphrasing the poignant cry that exposes racial inequality in Brazil and that unfortunately is expressed in lethal violence and in public security policies, also regarding the electoral justice, I give license to affirm: “combined to kill us, but we combined not to die”. In Brazil, there are judges, there are educators, there are citizens and citizens who fought for democracy, whose memory imposes us to keep it alive and present, with freedom, without corruption, not in a new Leviathan that is installed in society as *bellum omnium contra omnes*.

Para concluir, ao Presidente Desembargador José Laurindo, dirijo palavra especial de agradecimento e de vocação. Agradeço a Vossa Excelência pela iniciativa que parainfou ao lado do estimado Procurador Geral de Justiça, Professor Doutor Gilberto Giacoia. Realço, no ensejo a contínua deferência da justiça paranaense com nossos afazeres.

Vossa Excelência vem de ser eleito para a elevada função de Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil. Bem haja por tudo o que fizer no concerto do Judiciário.

A propósito, Senhor Presidente, senhoras e senhores, lembro-me da refinada colaboração dada ao Centro de Documentação da FGV pelo Ministro Oswaldo Trigueiro, a respeito de um dos turbulentos períodos da vida nacional após a ditadura Vargas. Era 1945, deposto o Governo, passou a presidir a Nação o Ministro José Linhares, então presidente do Supremo Tribunal Federal. Cunhou-se o período como “governo do Poder Judiciário”. Foram três meses e dois dias: de 29 de outubro a 31 de janeiro de 1946, data em que o transmitiu ao general Eurico Gaspar Dutra. Eleições e tumulto foram sinônimos até que a Constituinte promovesse o processo de restauração constitucional.

Tais vicissitudes servem para nos lembrar da autocontenção e dos limites do Judiciário, no respeito ao demais poderes, mediante freios e contrapesos próprios.

O transcurso da história deve servir de lição e aprendizado. O contexto e os riscos vão de eventos ainda ocorrentes na Costa do Marfim até ao Capitólio, passando por Mianmar e Sudão. Impende estarmos pacificamente em alerta e firmes ao chamamento das instituições de Estado (todas, sem exceção) a estarem irmanadas na defesa da institucionalidade.

Queremos paz e segurança. O direito, a educação e a cidadania não nos permitem outro caminho. É essa a senda na qual laborou a *constelação* de coautores e de coautoras que me honra com os estudos publicados na obra que agora que vem à lume.

Na vida, é mais abençoado dar do que receber: *beatius est magis dare quam accipere*. Estou seguro de que assim o fazem todas as coautoras e todos os coautores. Vossas Senhorias são prova viva desse encontro sublime entre justiça, oblações e porvir.

Quem entrega uma parte de si em forma de contribuição às ideias, ao pensamento e às práticas do agir educativo, ingressa com essa oblação numa esfera civilizatória elevada, na qual praticamente *se pode ouvir Deus respirar*. É essa a expressão cunhada no que escreveu o tanzaniano Abdulrazak Gurnah, que agora, em 7 de outubro de 2021, foi laureado com o Prêmio Nobel de Literatura.

É com essa condição de espírito elevado que concludo, ciente de que serei vosso devedor em mora infinita e por tempo indeterminado.

Muito obrigado pela vossa atenção.

MINISTRO LUIZ EDSON FACHIN
Curitiba, 06.12.2021



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná

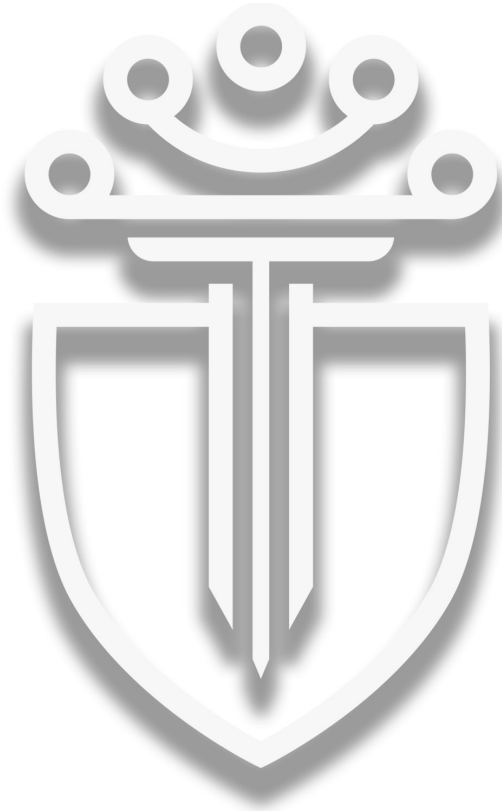


DIREITO, EDUCAÇÃO & CIDADANIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO EDSON FACHIN

2021 | Curitiba





TJPR

PONTOS RELEVANTES DO NOVO SISTEMA DE INSOLVÊNCIA BRASILEIRO

Ramon de Medeiros Nogueira¹, Alexandre Nasser de Melo²

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira vem imbuída da promessa de um país próspero, mas a entrega do prometido depende da eficiência das normas infraconstitucionais, tais como a Lei nº 11.101/2005, que se aproxima da axiologia constitucional tendo objetivos orientados ao interesse da coletividade - a proteção do mercado e das externalidades positivas empresariais. A *mens legis* reconhece a empresa como geradora de riquezas e centro de múltiplos interesses.

Apesar dos aprimoramentos que a Lei nº 11.101/2005 trouxe ao sistema de insolvência brasileiro, a aplicação da lei na prática forense deixa transparecer os desafios que envolvem a conciliação de interesses diversos em prol do interesse público, que é a superação das crises econômicas com a preservação dos benefícios sociais. Além disso, a evolução do mercado, com as inovações e a internacionalização das práticas empresariais, evidenciou alguns pontos que exigiam adequações ou atualizações da Lei, tais como a insolvência transnacional; a insolvência de grupos econômicos; o financiamento de empresas em recuperação judicial; o tratamento dos créditos tributários; o recomeço do empreendedor falido, entre outros. Questionava-se se os objetivos que foram previstos, quando da promulgação da Lei nº 11.101/2005, eram efetivamente alcançados.

Com isso, a Lei nº 14.112/2020, que entrou em vigor em janeiro de 2021, trouxe algumas novidades, mas, principalmente, positivou entendimentos que são fruto de construções da jurisprudência, buscando promover estabilidade e segurança jurídica para o ambiente de negócios brasileiro.

O Estado tem papel determinante na geração de soluções - ou problemas - econômicos, pois, por meio dos atos normativos, pode estimular

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diretor da Escola Judicial do Paraná - EJUD. Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Curitiba no período de 1999/2009, chefe de Departamento de Direito Privado da mesma instituição no período de 2003/2005 e professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná, entre 2001 e 2003. Atualmente, é professor de pós-graduação na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR.

² Advogado com ampla atuação em Direito Empresarial. Sócio-fundador da Nasser de Melo Advogados Associados. Coordenador e Professor da Pós-graduação em Falência e Recuperação de Empresas da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR e autor do livro Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, publicado pela Editora Juruá. E-mail: alexandre@nasserdemelo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0945030232834962>

ou inibir a confiança, e, conseqüentemente, as atividades e relações comerciais. A definição de princípios e objetivos que orientam a Lei nº 11.101/2005 consiste em escolhas legislativas que importam na realocação de recursos que, em última instância, visam maior eficiência em prol do resultado útil e da segurança jurídica.

No presente artigo serão analisados alguns dos mais relevantes mecanismos incorporados à Lei nº 11.101/2005, por meio da reforma legislativa, para que o diploma legal possa acompanhar a evolução do mercado e da sociedade. Os valores herdados dos preceitos constitucionais e buscados desde o início da vigência, pouco se alteraram. Os meios estabelecidos para alcançá-los, entretanto, foram aprimorados.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEI 11.101/2005

Luiz Edson Fachin³ afirma que “sociedade e Estado no Brasil foram refeitos em 1988 e assim se constituíram, moldados por finalidades elevadas ao estatuto de norma jurídica”. Segundo o jurista, a centralidade da Constituição de 1988 na arquitetura do Estado Democrático de Direito e da sociedade brasileira apreende não apenas o espaço público, mas também o direito que se dirige às relações privadas⁴. Mas da mesma forma também questiona: a Constituição Federal de 1988 entrega o Brasil que promete?⁵

Ocorre que a entrega do prometido depende também das demais disciplinas jurídicas, das normas infraconstitucionais que se apoiam na Constituição como lei fundamental, e que com ela devem se harmonizar.

Por isso, em 22 de fevereiro de 1994 foi publicada no Diário do Congresso Nacional uma exposição de motivos que anunciava a necessidade de substituição do Decreto-Lei nº 7.661/1945, que, na época, regia o tratamento jurídico da crise empresarial e insolvência no Brasil:

[...] com as transformações econômico-sociais ocorridas no País, a legislação falimentar não mais atende aos reclamos da sociedade, fazendo-se necessária a edição de nova lei, mais

³ FACHIN, Luiz Edson. *Autonomia pessoal, destino, julgamentos e instituições no Brasil*: Notas sobre uma pergunta e algumas respostas. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 10, n 2, p. 20-39, 2020, p. 25.

⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Autonomia pessoal, destino, julgamentos e instituições no Brasil*: Notas sobre uma pergunta e algumas respostas. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 10, n 2, p. 20-39, 2020, p. 25.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Autonomia pessoal, destino, julgamentos e instituições no Brasil*: Notas sobre uma pergunta e algumas respostas. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 10, n 2, p. 20-39, 2020, p. 26.

ágil e moderna. [...] Ante as evidentes deficiências do texto legal que rege a matéria, optou a Comissão por apresentar um diploma que substituisse o mencionado Dec. Lei 7.661/1945, por absolutamente desatualizado e onde foram inseridas alterações superficiais paralelamente a leis esparsas - prática assaz condenada pela boa técnica legislativa⁶.

A tramitação legislativa durou mais de uma década, sendo que apenas no ano de 2005 o Decreto-Lei nº 7.661/1945 foi substituído pela Lei nº 11.101/2005, inaugurando uma nova fase no sistema de insolvência brasileiro, imprimindo-lhe valores e objetivos mais condizentes com aqueles da axiologia constitucional.

Como o procedimento concursal é regido por normas de ordem pública, passou a ser orientado, a partir de então, de maneira mais aprofundada, para o interesse da coletividade - a proteção do mercado e das externalidades positivas empresariais, e não de credores ou do devedor individualmente considerados, inobstante tenha como objeto questões e relações jurídicas privadas⁷.

Foram estabelecidos princípios que passaram a orientar o que Luiz Edson Fachin⁸ denomina de “possibilidades interpretativas” da lei, considerando as complexidades fáticas que se apresentam em sua aplicação, visando à eficiência.

Os princípios estreitamente ligados à Constituição, aplicáveis ao sistema falimentar e recuperacional, incluem: (i) par *conditio creditorum*, que se coaduna com o princípio da isonomia, previsto no art. 5º da Constituição Federal, consistindo em tratar com igualdade os destinatários de uma mesma norma jurídica⁹; (ii) o princípio da celeridade e eficiência, em prol do resultado útil dos processos; (iii) o princípio da função social e preservação da empresa, considerando-a como célula essencial da economia de mercado¹⁰, e do desenvolvimento econômico; (iv) princípio da proteção aos trabalhadores, que decorre da noção de vulnerabilidade do trabalhador, bem como da natureza

⁶ CORREA, Mauricio. *Diário do Congresso Nacional*. Seção 1. 22.02.1994, p. 1987 (Exposição de Motivos). Ministério da Justiça, Brasília - DF, 1994, p. 1987.

⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 22.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo Direito Civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho: 70 anos da Justiça do Trabalho, v. 77, n.4, p. 186-203. Brasília, out/dez 2011, p. 192.

⁹ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2021, p. 29.

¹⁰ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005*. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Almedina, 2018. p. 82-83.

alimentar do crédito trabalhista¹¹; e (v) o princípio da desburocratização para empresas de pequeno porte, consolidando o princípio da ordem econômica, de tratamento favorecido, previsto no art. 170, inc. IX da Constituição Federal.

Buscou-se superar o dualismo pendular – que oscilava ora para proteger os credores, ora os devedores –, objetivando um equilíbrio em que nenhum dos polos seja privilegiado¹², de forma que a *mens legis* reconheceu a empresa como geradora de riquezas, benefícios sociais e centro de múltiplos interesses.

Apresenta-se, pois, a empresa como geratriz de utilidades, um dínamo rotativo de energias variadas, absorvidas dos respectivos mercados, para a produção de bens e serviços em benefício do mercado consumidor, condicionando, desse modo, o desenvolvimento local, regional ou nacional¹³.

Essa noção de interdependência no meio empresarial visa manter saudáveis os elos da cadeia de relações do mercado. Portanto, os envolvidos no processo concursal devem colaborar para a consecução do objetivo do sistema de insolvência, que não é beneficiar uma ou outra parte, mas sim a coletividade, preservando os benefícios decorrentes da atividade empresarial¹⁴.

A Constituição Cidadã foi determinante para moldar essa dinâmica socioeconômica que, posteriormente, passou a se refletir na Lei nº 11.101/2005, pois a Constituição tem como conteúdo a conduta humana motivada pelas relações sociais e econômicas, e como fim, a realização de valores da sociedade¹⁵. Nesse contexto, destaca-se o art. 170 da Constituição Federal, que estabelece que “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”.

2 O SALTO EVOLUTIVO DA REFORMA DA LEI 11.101/2005

Em vigência há mais de quinze anos, a Lei nº 11.101/2005 trouxe grandes avanços, aprimorando o sistema de insolvência brasileiro. Contudo, as nuances

¹¹ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2021, p. 37.

¹² COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2021, p. 25.

¹³ PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*: em conformidade com a Lei n. 11.101/05 e a alteração da Lei n. 11.127/05. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 140.

¹⁴ MELO, Alexandre Nasser de. *O princípio da cooperação - entre partes e entre juízos - no sistema de insolvência brasileiro*. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio; COSTA, Daniel Carnio (Coords.) *Recuperação de Empresas e Falência: diálogos entre doutrina e jurisprudência*. 1. ed. Barueri: Atlas, 2021.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39.

do desafio de conciliar interesses diversos em prol de um bem maior, que é o interesse público, apenas se revela na aplicação da lei e na prática forense¹⁶.

As leis precisam acompanhar as mudanças e inovações que ocorrem na sociedade, disciplinando-as. “A conjuntura e as necessidades humanas variam no tempo e no espaço. E assim evolui o direito positivado”¹⁷. O processo de maturação da Lei nº 11.101/2005, ainda que admita críticas e constantes sugestões de aprimoramento, não lhe retira a importância como um dos principais normativos jurídico-econômicos promulgados pós-democratização¹⁸.

Com isso, no ano de 2016, teve início o movimento reformista da Lei nº 11.101/2005, por meio da Portaria nº 467/2016 do Ministério da Fazenda, que constituiu um grupo de trabalho para propor o projeto de reforma. Como resultado, foi promulgada a Lei nº 14.112/2020, positivando construções jurisprudenciais que amadureceram ao longo dos primeiros quinze anos de vigência da Lei nº 11.101/2005.

O Conselho Nacional de Justiça, igualmente, coordenou grupo de trabalho para propor aprimoramentos, buscando promover estabilidade e segurança jurídica para o ambiente de negócios brasileiro:

É o diálogo entre os poderes, no caso o Legislativo e o Judiciário, em prol da cidadania, do jurisdicionado e em prol, principalmente, desse processo que é a recuperação judicial e a falência, que é tão impactante para o mercado, para as empresas de uma maneira geral¹⁹.

É verdade que os institutos jurídicos apresentam limitações intrínsecas. Além disso, é preciso distinguir os diferentes tipos de crises empresariais, cada uma com causas e características próprias²⁰. Conforme os ensinamentos de Douglass North^{21 22}, são os arranjos institucionais que estimulam ou inibem

¹⁶ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2021, p. 26.

¹⁷ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2021, p. 19.

¹⁸ NITSCHKE JUNIOR, Ademar; GODRI, João Paulo Atilio. *O princípio do Fresh Start como ferramenta de implementação da preservação da empresa*. In: DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros; CASTRO, Carlos Alberto Farracha de (Coords.). *Temas de Direito da Insolvência: Fundamentos, práticas e consequências*. OAB Paraná: Comissão de Estudos sobre Recuperação Judicial e Falência, 2021.

¹⁹ ÁVILA, Henrique. *Diálogo entre Poderes viabiliza nova Lei de Falências*. In: LOBO, Carolina. Notícias CNJ: Agência CNJ de notícias. 24 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dialogo-entre-poderes-viabiliza-nova-lei-de-falencias-afirma-conselheiro-do-cnj/> Acesso em: 29 jul. 2021.

²⁰ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Pandemia, Crise Econômica e Lei de Insolvência*. 1. ed. Porto Alegre: Buqui, 2020, p. 19.

²¹ NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

²² NORTH, Douglass C. *Economic performance through time*. The American Economic Review.

a confiança, e, conseqüentemente, as atividades e relações comerciais. Nesse sentido: “o que a literatura econômica considera causas do crescimento nada mais são do que conseqüências de uma dada matriz institucional específica”²³.

A mais recente crise, decorrente da pandemia de Covid-19, sem precedentes, é um exemplo de novos desafios que surgem à prestação jurisdicional, mormente no âmbito das falências e recuperações empresariais. Porém, quando os princípios e mecanismos legais estão orientados de maneira eficiente, os desafios que surgem são mais facilmente transponíveis pelas instituições que compõem o sistema de justiça.

As leis variam de acordo com os sistemas de valores, as condições e as estruturas vigentes em uma determinada sociedade e em um determinado momento, e, por essa mesma razão, é natural que sejam reformuladas, atualizadas ou adaptadas para melhor atender aos anseios da sociedade²⁴.

Daniel Carnio Costa *et al.*²⁵ esclarece que os movimentos de reforma da Lei nº 11.101/2005 provocaram reflexões a respeito de terem sido ou não alcançados os objetivos da Lei, que eram pretendidos da Lei quando da sua elaboração e promulgação. A Lei nº 14.112/2020 foi promulgada para aproximar a norma falimentar e recuperacional de seus objetivos.

3 PRINCÍPIOS E OBJETIVOS DA LEI Nº 11.101/2005

A definição de princípios e objetivos que orientam a Lei nº 11.101/2005 consiste em escolhas legislativas que importam na realocação de recursos. Daniel Carnio Costa afirma:

[...] é importante frisar que a interpretação das regras legais de um sistema de insolvência empresarial, para que seja útil e adequada, deve sempre observar pertinência com os objetivos maiores desse sistema e com os valores por ele tutelados. Da mesma forma, a criação de mecanismos jurisprudenciais de ajustes na aplicação das regras legais não pode destoar dos valores informativos do sistema como um todo²⁶.

June 1994, 84, pp. 359-368.

²³ GALA, Paulo. *A teoria institucional de Douglass North*. Revista de Economia Política, v. 23, nº 2 (90), abril-junho/2003, p.89-105, p.93.

²⁴ HERBST, Kharen Kelm. AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. *O investimento-anjo como instrumento de desenvolvimento econômico no Brasil*. Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 241-255, jul./dez. 2019, p. 246.

²⁵ COSTA, Daniel Carnio; MOREIRA, Alberto Camiña; RODRIGUES FILHO, João de Oliveira; DELLORE, Luiz; SACRAMONE, Marcelo; SANTOS, Paulo Penalva; PEREIRA, Alexandre. *Algumas reflexões sobre as propostas de alteração da lei 11.101/2005*. Migalhas: Insolvência em Foco. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/310140/algumas-reflexoes-sobre-as-propostas-de-alteracao-da-lei-11-101-2005>. Acesso em: 3 set. 2019.

²⁶ COSTA, Daniel Carnio. *A gestão democrática de processos e a tutela da função social da empresa no*

A maneira de conduzir os processos, a ordem e forma de realização dos procedimentos, os efeitos que decorrem das decisões e dos atos do devedor e dos credores, são escolhas legislativas empenhadas para direcionar os recursos de forma que interesses sociais e a proteção do mercado prevaleçam.

A diferença não é, apenas, uma diferença sobre valores, sobre visões de mundo: os recursos sociais, sejam econômicos ou não, são escassos. Uma decisão coletiva, fruto de deliberação plural, como são as tomadas pelas instituições colegiadas, é, também, uma decisão sobre a distribuição de recursos²⁷.

Os aspectos da lei que, na prática forense, demonstraram ser ineficientes ou até mesmo prejudiciais à consecução desses objetivos, foram alterados pela Lei nº 14.112/2020, e aqueles que demonstraram ser produtivos e benéficos, foram ampliados ou aprofundados. A seguir, passa-se a analisar alguns exemplos.

3.1 ADMINISTRADOR JUDICIAL E A EFICIÊNCIA DO SISTEMA JUSTIÇA

Foi ampliado o papel do administrador judicial, auxiliar do juízo, que atua de forma a reduzir a complexidade e as assimetrias informacionais entre os participantes do processo – credores, devedor, e até mesmo o juiz –, favorecendo o resultado útil e a eficiência do sistema de justiça.

A administração judicial é nomeada para desempenhar as funções previstas no art. 22 da Lei, chamadas de funções lineares. Possuem também funções transversais, que não estão expressamente previstas na lei, mas decorrem de sua interpretação sistemática.

Com a reforma legislativa, foram valorizadas as funções transversais deste profissional, que objetivam, na recuperação judicial, a criação de um ambiente transparente e de confiança, atenuando comportamentos oportunistas, de modo a viabilizar a negociação entre credores e devedores de um plano de recuperação da empresa em crise²⁸.

Também é função transversal do administrador judicial atuar como mediador de conflitos entre credores e a devedora. O acompanhamento muito próximo da evolução do processo pelo administrador judicial vai permitir que ele possa identificar os gargalos da negociação entre as partes [...] nesse

sistema de insolvência brasileiro. Migalhas: Insolvência em foco. 17.03.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/321887/a-gestao-democratica-de-processos-e-a-tutela-da-funcao-social-da-empresa-no-sistema-de-insolvencia-brasileiro>. Acesso em: 3 set. 2021.

²⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Autonomia pessoal, destino, julgamentos e instituições no Brasil*: Notas sobre uma pergunta e algumas respostas. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 10, n 2, p. 20-39, 2020, p. 31.

²⁸ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2021, p. 102.

sentido, poderá o administrador judicial, [...] agir como um catalizador de consensos, mediando conflitos pontuais e permitindo que o processo atinja os seus objetivos maiores²⁹.

Trata-se de um reconhecimento da função do administrador judicial como pilar da eficiência do sistema de justiça nos processos de insolvência, principalmente os mais complexos. Fica evidente que o administrador judicial contribui para a o atingimento dos objetivos do sistema de insolvência, evitando desvios de finalidade, considerando que não apenas os credores, mas também o devedor, pode incorrer em comportamentos oportunistas, os quais o administrador judicial deve atenuar.

Para Clarissa Somesom Tauk³⁰, o administrador judicial presta um papel tão relevante nos procedimentos de insolvência, que já se afastou da figura de mero auxiliar do juízo para ocupar o posto de agente imparcial, desvinculado dos polos (credores ou devedores), e comprometido com o resguardo dos interesses sociais e econômicos do exercício empresarial.

3.2 MELHORES PRÁTICAS PARA A EFICIÊNCIA

Igualmente alinhado com o objetivo de eficiência do sistema de justiça, a reforma incorporou à Lei nº 11.101/2005 algumas das melhores práticas observadas no âmbito da recuperação judicial e falência.

No ano de 2018, o Conselho Nacional de Justiça criou um Grupo de Trabalho de boas práticas em falências e recuperações judiciais, constituído pela Portaria nº 162/2018, para compartilhar, por meio de recomendações, com todos os magistrados, advogados e administradores judiciais, as melhores práticas na condução de processos de insolvência, incentivando os Tribunais a se estruturarem de maneira adequada, a fim de responder eficazmente aos desafios criados pelas crises empresariais.

A Recomendação do CNJ nº 38/2011 trata de mecanismos de cooperação judiciária entre os órgãos do Poder Judiciário, por considerar que esta cooperação contribui para uma maior desburocratização e agilidade para o cumprimento de atos judiciais fora da esfera de competência do juízo requerente ou em intersecção com ele. A cooperação judiciária adquiriu grande relevância, a partir da Lei nº 14.112/2020, com os institutos da insolvência transnacional.

A Recomendação do CNJ nº 57/2019, orienta aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação

²⁹ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2021, p. 102-103.

³⁰ TAUKE, Clarissa Somesom. *As novas funções do administrador judicial*. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio; COSTA, Daniel Carnio (Coords.) *Recuperação de Empresas e Falência: diálogos entre doutrina e jurisprudência*. 1. ed. Barueri: Atlas, 2021, p.169.

empresarial a adoção da constatação prévia, que passou a estar positivada no art. 51-A da Lei nº 11.101/2005.

A mediação e conciliação também são incentivadas, por meio da Recomendação CNJ nº 58/2019 e, posteriormente, pela inclusão da Seção II-A na Lei nº 11.101/2005, que prevê mecanismos de mediação e conciliação, antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial.

A Recomendação do CNJ nº 72/2020 dispõe sobre a padronização dos relatórios apresentados pelo administrador judicial em processos de recuperação empresarial, estabelecendo diretrizes mínimas e aprimorando as técnicas empregadas por esses profissionais no desempenho das suas funções, de modo que os documentos possam ser melhor compreendidos por todos os envolvidos no processo.

Há, ainda, outras recomendações com a finalidade de garantir maior uniformidade, eficiência, segurança jurídica e previsibilidade às decisões judiciais. Não é o objeto deste artigo esmiuçar cada uma delas, mas ilustrar os esforços que vêm sendo engendrados no sentido de persistir na concretização dos objetivos que foram projetados à época da promulgação da Lei nº 11.101/2005, efetuando ajustes por meio da Lei nº 14.112/2020.

3.3 SEGURANÇA JURÍDICA PARA ESTIMULAR A COOPERAÇÃO

A cooperação em prol do resultado que seja mais útil, sobretudo para a coletividade, também é essencial. Para isso, muitas vezes, as partes deverão privar-se de benefícios individuais e imediatos, e suportar algum ônus em alguma medida, para preservar a segurança jurídica e a estabilidade do mercado³¹.

Ressalte-se que não se pretende impedir que os credores busquem a defesa de seus interesses, mas sim impedir que o façam em detrimento de um bem maior, que consiste no coletivo. Para isso, a reforma legislativa aprimorou a criação de um ambiente formal de negociação, com incentivos para que credores e devedores busquem a melhor solução para a superação da crise³².

Para isso, o instituto do *stay period* foi aprimorado na reforma legislativa. Durante este período, o devedor pode ter o fôlego necessário para que possa reorganizar as suas atividades empresariais, propondo negociações e evitando a quebra³³. Foi instituído um prazo máximo, de forma que o prazo

³¹ PUGLIESI, Adriana Valéria. Direito falimentar e preservação da empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 265.

³² LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio; CARAZZA, Bruno; e COSTA, Ana Carla A. A racionalidade econômica na nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: Direito Falimentar e nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. Org: Luiz Fernando Valente da Paiva. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.35-36.

³³ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Almedina, 2018, p. 169.

de suspensão de 180 dias, agora é prorrogável por igual período, possibilitando um ambiente de relativa estabilidade para o devedor enquanto formula e negocia o plano de recuperação³⁴.

O mesmo ocorre na recuperação extrajudicial, que foi fortalecida pela reforma legislativa:

[...] com novas regras sobre a admissibilidade do procedimento, a previsão de possibilidade de suspensão das ações, novo quórum de aprovação do plano e mais segurança para a alienação de ativos. A intenção da legislação reformista foi, claramente, incrementar o instituto³⁵.

A Lei nº 14.122/2020 tornou o instituto mais célere e mais eficiente³⁶ e, apesar da informalidade atribuída à recuperação extrajudicial, o legislador garantiu a segurança jurídica por meio da homologação judicial do plano, cuja sentença terá natureza de título executivo judicial. Também ficou reduzido o quórum de adesão que autoriza a recuperação extrajudicial, o que deve aumentar substancialmente a sua utilização.

Os acordos obtidos por meio de conciliação ou mediação antecedente ou incidental ao processo também deverão ser homologados judicialmente, para maior segurança jurídica, desde que observados os limites legais da composição.

Foi também incluída a Seção IV-A, que trata do financiamento do devedor durante a recuperação judicial, incentivando esta prática por meio da preferência no pagamento desses credores que cooperam em um momento desafiador, objetivando proporcionar maior segurança jurídica para aqueles que financiam a atividade da empresa recuperanda, mitigando os riscos a que se submetem. Os mecanismos previstos fornecem maior clareza e transparência.

[...] a importância de conceder um financiamento para empresas em crise e em recuperação judicial não se limita a parte negocial do processo de recuperação judicial, mas vai além, já que viabilizará ainda mais a manutenção da empresa no mercado, gerando todos os benefícios sociais e econômicos decorrentes de sua atividade³⁷.

³⁴ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2021, p. 69.

³⁵ FONSECA, Geraldo. Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência. Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020: comentada e comparada. Rio de Janeiro: Forense, 2021, Ebook, p. 360.

³⁶ SANTOS, Paulo Penalva. A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de dezembro de 2020. Migalhas: Insolvência em foco. 19 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/339072/a-recuperacao-extrajudicial-e-as-alteracoes-da-lei-14-122--de-24-de-dezembro-de-2020>. Acesso em: 25 jul. 2021.

³⁷ MELLO, Vitor Gomes Rodrigues; NASCIMENTO, Christiane. Proposta de Alteração da Lei de

Portanto, verifica-se que as alterações legislativas promovidas pela Lei nº 14.112/2020, ao conceder maior segurança jurídica, incentivam a negociação entre as partes em prol do soerguimento da empresa, da superação da crise ou da otimização do uso de recursos escassos.

A preservação da eficiência do sistema deve balizar o exercício da interpretação da lei³⁸. Uma boa matriz institucional, portanto, é composta tanto pelas leis, como pela atuação do Poder Judiciário na sua aplicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para Luiz Edson Fachin³⁹, o diálogo entre o Direito Constitucional e os demais ramos do Direito, é irrefreável e salutar. Assim, a axiologia da Constituição reverbera para todo o ordenamento jurídico nas normas infraconstitucionais, e a Lei nº 11.101/2005 não é exceção.

Como resultado, a finalidade dos sistemas falimentar e recuperacional abrange não apenas os interesses comerciais, mas também interesses sociais, no sentido de atenuar as consequências das crises em empresas e, com isso, preservar empregos, gerar renda e arrecadação de tributos, estimular a concorrência, o empreendedorismo e os investimentos, além do desenvolvimento tecnológico e científico que muitas empresas proporcionam.

Esses objetivos já estavam definidos desde o projeto que deu origem à Lei nº 11.101/2005 e foram reafirmados no movimento de reforma legislativa que se iniciou em 2016. Após quinze anos de vigência da Lei nº 11.101/2005, foram feitas alterações por meio da Lei nº 14.112/2020, estabelecendo mecanismos para aprimorar a eficiência do sistema de insolvência, a cooperação em prol do resultado útil e da segurança jurídica. Esses aprimoramentos decorrem da boa matriz institucional, composta pelas normas orientadas pela Constituição Federal e pela interpretação e aplicação da Lei nos tribunais brasileiros.

Recuperação Judicial e Falências traz mais segurança jurídica ao Dip Financing. Migalhas de Peso. 24 mar. 2020.

³⁸ COSTA, Daniel Carnio. *Novas teorias sobre processos de insolvência e gestão democrática de processos*. In: COSTA, Daniel Carnio (Coord.). *Comentários Completos à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. Curitiba: Juruá, 2015. v. I., p. 34.

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. Trinta anos da Constituição Federal: desafios constitucionais de hoje e propostas para os próximos trinta anos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 18. ano 6. p. 363-370. São Paulo: Ed. RT, jan-mar. 2019, p. 370.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Henrique. Diálogo entre Poderes viabiliza nova Lei de Falências. *In*: LOBO, Carolina. Notícias CNJ: Agência CNJ de notícias. 24 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dialogo-entre-poderes-viabiliza-nova-lei-de-falencias-afirma-conselheiro-do-cnj/>. Acesso em: 29 jul. 2021.
- CORREA, Mauricio. Diário do Congresso Nacional. Seção 1. 22.02.1994, p. 1987 (Exposição de Motivos). Ministério da Justiça, Brasília - DF, 1994.
- COSTA, Daniel Carnio. Novas teorias sobre processos de insolvência e gestão democrática de processos. *In*: COSTA, Daniel Carnio (Coord.). Comentários Completos à Lei de Recuperação de Empresas e Falências. Curitiba: Juruá, 2015. v. I.
- COSTA, Daniel Carnio; MOREIRA, Alberto Camiña; RODRIGUES FILHO, João de Oliveira; DELLORE, Luiz; SACRAMONE, Marcelo; SANTOS, Paulo Penalva; PEREIRA, Alexandre. Algumas reflexões sobre as propostas de alteração da lei 11.101/2005. Migalhas: Insolvência em Foco. 3 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/310140/algumas-reflexoes-sobre-as-propostas-de-alteracao-da-lei-11-101-2005>. Acesso em: 29 jul. 2021.
- COSTA, Daniel Carnio. A gestão democrática de processos e a tutela da função social da empresa no sistema de insolvência brasileiro. Migalhas: Insolvência em foco. 17.03.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/321887/a-gestao-democratica-de-processos-e-a-tutela-da-funcao-social-da-empresa-no-sistema-de-insolvencia-brasileiro>. Acesso em: 19 ago. 2021.
- COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2021.
- FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo Direito Civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica. Revista do Tribunal Superior do Trabalho: 70 anos da Justiça do Trabalho, v. 77, n.4, p. 186-203. Brasília, out/dez 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. Trinta anos da Constituição Federal: desafios constitucionais de hoje e propostas para os próximos trinta anos. Revista de Direito Civil Contemporâneo. v. 18. ano 6. p. 363-370. São Paulo: Ed. RT, jan-mar. 2019.
- FACHIN, Luiz Edson. Autonomia pessoal, destino, julgamentos e instituições no Brasil: Notas sobre uma pergunta e algumas respostas. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 10, n 2, p. 20-39, 2020.
- FONSECA, Geraldo. Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência. Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020: comentada e comparada. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglass North. Revista de Economia Política, v. 23, nº 2 (90), abril-junho/2003.
- HERBST, Kharen Kelm. AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. O investimento-anjo como instrumento de desenvolvimento econômico no Brasil. Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 241-255, jul./dez. 2019.
- LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio; CARAZZA, Bruno; e COSTA, Ana Carla A. A racionalidade econômica na nova lei de falências e de recuperação de empresas. *In*: Direito Falimentar e nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. Org: Luiz Fernando Valente da Paiva. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MELO, Alexandre Nasser de. O princípio da cooperação - entre partes e entre juízos - no sistema de insolvência brasileiro. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio; COSTA,

- Daniel Carnio (Coords.) Recuperação de Empresas e Falência: diálogos entre doutrina e jurisprudência. 1. ed. Barueri: Atlas, 2021.
- MELLO, Vitor Gomes Rodrigues; NASCIMENTO, Christiane. Proposta de Alteração da Lei de Recuperação Judicial e Falências traz mais segurança jurídica ao Dip Financing. Migalhas de Peso. 24 de março de 2020.
- NITSCHKE JUNIOR, Ademar; GODRI, João Paulo Atilio. O princípio do Fresh Start como ferramenta de implementação da preservação da empresa. *In*: DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros; CASTRO, Carlos Alberto Farracha de (Coords.). *Temas de Direito da Insolvência: Fundamentos, práticas e consequências*. OAB Paraná: Comissão de Estudos sobre Recuperação Judicial e Falência, 2021.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- NORTH, Douglass C. *Economic performance through time*. *The American Economic Review*. June 1994.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei n. 11.101/05 e a alteração da Lei n. 11.127/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito falimentar e preservação da empresa*. São Paulo: QuartierLatin, 2013.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SANTOS, Paulo Penalva. *A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de dezembro de 2020*. Migalhas: *Insolvência em foco*. 19 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/339072/a-recuperacao-extrajudicial-e-as-alteracoes-da-lei-14-122--de-24-de-dezembro-de-2020>. Acesso em: 25 jul. 2021.
- SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005*. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Almedina, 2018.
- SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Pandemia, Crise Econômica e Lei de Insolvência*. 1. ed. Porto Alegre: Buqui, 2020.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2011.
- TAUK, Clarissa Somesom. *As novas funções do administrador judicial*. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio; COSTA, Daniel Carnio (Coords.) *Recuperação de Empresas e Falência: diálogos entre doutrina e jurisprudência*. 1. ed. Barueri: Atlas, 2021.
- TEBET, Ramez. *Relatório PLC 71/2003*. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos, 2004.

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁴⁰

INTRODUÇÃO

As sociedades de economia mista, desde sua origem, que se deu com as companhias colonizadoras do Século XVII, têm por fim reunir capital público e privado para desenvolver atividades de primordial interesse do Estado. Constituem-se, pois, para realizar a descentralização da administração pública na prestação de serviços que lhe são próprios ou para desbravar áreas do domínio econômico que não contam com a iniciativa privada ou cuja exploração não anima os particulares. No primeiro caso pode ser citado um exemplo caseiro, a URBS – URBANIZAÇÃO DE CURITIBA S. A., voltada para realizar o planejamento urbano de Curitiba; e, no segundo, a EMBRAER S. A., criada para promover o desenvolvimento da indústria aeronáutica brasileira (hoje privatizada).

A questão relativa a uma sociedade de economia mista sujeitar-se ou não ao regime falimentar, na eventualidade de se tornar insolvente, não despertou a atenção dos juristas, senão a partir do advento da vigente Lei do Anonimato, datada do ano de 1976.

Antes não se discutia a respeito. As sociedades de economia mista e, bem assim, as empresas públicas, em sua grande maioria, eram deficitárias e o ente público controlador sempre arcava com os prejuízos financeiros que elas apresentassem, por considerá-las uma extensão das atribuições estatais. Afinal, seu tratamento estava contido no Decreto-lei n. 200/1967, que dispunha sobre a organização da administração pública federal, na qual referidas sociedades estavam inseridas, como órgãos da administração indireta, “vinculadas ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade” (art. 4º, inc. II, letra “c”, e § 1º).

A polêmica quanto a se submeter a sociedade de economia mista ao regime jurídico das empresas privadas, em obediência ao preceito constitucional que assim já determinava, foi suscitada num congresso de direito administrativo realizado no Rio de Janeiro, na década de 1980. Na ocasião, questionou-se a constitucionalidade do artigo 242 da Lei 6.404/1976, que estatuiu:

⁴⁰ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1967) e nela fez sua carreira do magistério prestando concurso para Auxiliar de Ensino em 1970, para Professor Assistente em 1974, para Professor Adjunto em 1983 e, em 1986, com a apresentação da tese “Peculiaridades do aval como obrigação cambiária de garantia”, tornou-se Professor Titular em Direito Comercial da mesma Faculdade, obtendo o título de doutor. Foi seu Diretor no período de 1989-1993, e lecionou nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da referida instituição, da qual se aposentou em 2008. Com vários livros publicados, foi presidente da OAB, Seção do Paraná, do Instituto dos Advogados do Paraná, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. É sócio fundador da sociedade de advogados Assis Gonçalves, Kloss Neto e Advogados Associados e exerce a advocacia na área de Direito Empresarial, Cooperativo e Econômico.

“As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência, mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações.”

O fundamento dessa tese não era a questão falimentar, mas a parte final desse dispositivo, que impunha a responsabilidade da entidade controladora pela situação deficitária de sua criatura, visto que nenhum acionista de sociedade anônima privada respondia pelas obrigações da companhia, mesmo quando no exercício de seu controle acionário. Assim, o regime jurídico privado, previsto na então vigente Constituição Federal de 1969, não permitiria a responsabilização subsidiária do Estado, como acionista controlador da sociedade de economia mista. A discussão perdeu força diante do alerta de existir a sociedade em comandita por ações, na qual o acionista comanditado responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

Portanto, a não submissão da sociedade de economia mista ao regime falimentar não era, à época, o centro das preocupações dos administrativistas, mas a responsabilização do Estado pelas obrigações que ela assumia, ocorrendo sua insolvência.

O fato é que a pessoa jurídica controladora da sociedade de economia mista prosseguiu respondendo por sua solvabilidade, na linha do entendimento de ser o Estado responsável pela tutela do interesse público que, por meio dela, estava a tutelar. E isso acontecia mediante “operações de salvamento”, realizadas com aportes em dinheiro, prestação de garantias, empréstimos, aumentos de capital etc.

Mesmo assim, algum desavisado de plantão inseriu, na minirreforma da Lei 6.404/1976 (operada pela Lei 10.303/2001), a revogação do seu artigo 242. Como a Lei de Falências então vigente (Dec.-lei 7.661/1945) não continha regra excluindo as empresas paraestatais de sua aplicação, era de se imaginar que ela poderia passar a ser aplicada às sociedades de economia mista, exceção feita àquelas constituídas para realizar a descentralização administrativa do Estado⁴¹. Registrei esse fato quando escrevi as *Lições de Direito Societário – Sociedade Anônima*:

“Assim, deixou de existir a responsabilidade subsidiária da controladora (para com as dívidas contraídas pela controlada após a vigência dessa lei), mas a questão relativa à falência pode trazer polêmica, já que fará ressurgir a antiga tese de a falência não ser compatível com a sociedade de economia mista criada para servir de instrumento de descentralização administrativa do Estado, apenas atingindo aquelas destinadas ao exercício de atividade econômica, em caráter suplementar à iniciativa privada.”⁴²

⁴¹ A criação de empresa pública ou sociedade de economia mista para exploração de uma atividade econômica, como se sabe, só se pode dar em caráter excepcional.

⁴² (São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2005, n. 10, p. 26-27.) Essas mesmas considerações estão

Reintroduzida em nosso ordenamento a vedação de falir para as empresas públicas e sociedades de economia mista, esboça-se a nova versão de inconstitucionalidade, atualmente sob o argumento de o artigo 2º, inciso I, da Lei 11.101/2005, ao excluir a sociedade de economia mista e a empresa pública do regime falimentar, contrariar o preceito constitucional que determina sua submissão ao mesmo tratamento das empresas privadas (CF, art. 173, § 1º, inc. II). É, aliás, o que está em debate no Supremo Tribunal Federal sob regime repercussão geral – “*Aplicação do regime de falência e recuperação judicial, previsto na Lei n. 11.101/05, às empresas estatais*” (RE n. 1.249.945/MG – Tema 1.101-STF, Relator o Min. Roberto Barroso).

Não me parece, porém, que essa tese possa vingar, a começar pela análise do preceito constitucional invocado, segundo o qual,

“[A] lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.”

Leitura atenta dessa disposição revela que a determinação constitucional não é para que a lei imponha, porém disponha sobre a sujeição das empresas estatais ao regime jurídico das empresas privadas. Por isso, o enunciado não deve ser compreendido no sentido de comandar a adoção integral de tal regime, até porque a própria Constituição prescreve tratamento especial e diferenciado para elas ao exigir licitação e outras providências que, no que se refere aos agentes que atuam no mercado, mostra-se inconcebível. Aliás, o próprio Estatuto das Empresas Paraestatais (Lei 13.303/2016) contém outras regras que tolhem grandemente a agilidade de que necessitam os agentes econômicos para atuar num ambiente em que a regra é a liberdade de competição.

Verifica-se nessa mesma disposição constitucional que só a sociedade de economia mista, que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de exploração de serviços, é que deve observar o regime das empresas privadas; logo, dele estão excluídas as constituídas com o propósito de descentralizar atividades inerentes às atribuições próprias da administração pública.

reproduzidas no *Manual das Companhias ou Sociedades Anônimas* (3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, n. 12), onde acrescentei que “[A] questão relativa à sujeição da sociedade de economia mista à falência, que podia trazer polêmica, ficou igualmente superada com o advento da Lei 11.101/2005, que regulou a Falência e a Recuperação de Empresas, excluindo-as de sua aplicação (art. 2, I).”

Outro ponto a considerar é que o termo “empresas privadas” tem um sentido que não corresponde a conceito algum de direito privado. Do ponto de vista do direito comercial ou empresarial, empresa é atividade exercida por empresários ou por sociedades empresárias. Já na Constituição Federal o vocábulo figura em diversas passagens com um sentido *lato* para designar os sujeitos de direito que desenvolvem qualquer atividade econômica, empresária ou não empresária.⁴³ Nessa compreensão, isto é, como sujeitos de direito que desenvolvem atividades econômicas, enquadram-se no conceito de empresas privadas, portanto, não só os empresários e as sociedades empresárias, mas todos os agentes que a exercem de forma organizada.

Ora, as sociedades simples, que têm por objeto a prática de atividades rurais ou intelectuais, e as pessoas naturais, que exercem atividade econômica não empresária, inserem-se no conceito constitucional de empresas privadas, mas estão fora do regime jurídico traçado pela Lei 11.101/2005; assiste-lhes a insolvência civil, regulada pelo Código de Processo Civil de 1973 (arts. 748 e ss), nessa parte ainda em vigor, para solucionar sua situação deficitária. No entanto, essa mesma sociedade simples, se adotar o tipo de sociedade anônima, não mais se submeterá à insolvência civil, mas à falência e poderá fazer uso da recuperação judicial ou extrajudicial para evitá-la. É o que basta para evidenciar que o regime falimentar não integra inexoravelmente o arcabouço jurídico das empresas privadas.

Sob outro ângulo, mesmo que fosse possível abandonar o conceito conferido pela Constituição Federal à empresa privada para restringi-lo àquela que “*exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços*” – exceto se empresa rural ou de profissão intelectual (CC, arts. 966, parágrafo único, e 971) –, outra não seria a conclusão. Efetivamente, o sistema recuperacional e falimentar não se aplica a todas elas: as sociedades cooperativas, as instituições financeiras, as companhias de seguro, de câmbio e corretagem e as empresas que exploram planos de saúde, por exemplo, sujeitam-se a regimes diferenciados de insolvência, pelas particularidades que apresentam.

Para as cooperativas havia, mas não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, a liquidação administrativa extrajudicial. Sua extinção provocou um vácuo legislativo que, até o presente momento, carece de regular normatização, dado o improfício, mas ainda vigente, sistema da insolvência

⁴³ É o que se extrai dos arts. 7º, inc. XI (participação dos empregados nos lucros e na gestão da empresa); 11 (empresas com mais de 200 empregados); 54, II (empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público); 212, § 5º (contribuição social do salário-educação recolhidas por empresas); 219, parágrafo único (fortalecimento da inovação nas empresas); 218, § 4º, e 219, parágrafo único (apoio a empresas que invistam em pesquisas, criação de tecnologia e inovação); 222 (empresas jornalísticas e de radiodifusão), 239, § 4º (financiamento do seguro-desemprego com contribuição adicional de empresa com índice de rotatividade da força de trabalho) etc.

civil acima referido, no qual a solução é, essencialmente, liquidatária⁴⁴.

Já as outras entidades aqui mencionadas não têm como buscar a recuperação em nenhuma das duas modalidades previstas na Lei 11.101/2005. Para seu saneamento econômico estão previstas a intervenção administrativa e a liquidação administrativa, ambas extrajudiciais; podem submeter-se à falência, mas só após a tentativa frustrada de seu restabelecimento financeiro por meio dessas figuras, destinadas à tutela de um interesse superior (saúde, segurança, repercussão econômica etc.), que transcende os das partes envolvidas.

A existência de diferentes modos de tratar a insolvência de “empresas privadas”, qualquer que seja o significado que se lhes dê, é o bastante para afastar a ideia de que a vigente Lei Falimentar é-lhes inerente. Referida lei nada mais faz do que traçar um regime jurídico que o legislador, acertadamente ou não, considerou adequado para algumas, mas não para todas as ditas empresas privadas.

De resto, mesmo que se substituísse a referência a empresas privadas no preceito constitucional por “sociedade anônima”, por ser esse o tipo legal de que se revestem as sociedades de economia mista (Lei 13.303/2016, art. 4º), o mesmo exemplo das instituições financeiras e das companhias seguradoras – que, por força de lei, devem também segui-lo (Lei 4.595/1964, art. 25; Dec.-lei 73/1966, art. 24) –, estaria a comprovar que não é da essência da sociedade anônima insolvente ter acesso à recuperação, em qualquer de suas versões, para evitar sua quebra.

Por conseguinte, a norma que exclui a sociedade de economia mista e, bem assim, a empresa pública, do regime jurídico da insolvência previsto na Lei 11.101/2005 – ou, se se preferir, do benefício de recuperação judicial ou extrajudicial previsto nessa lei –, não agride minimamente a Constituição Federal, visto que nem todas as empresas privadas, nem todos os empresários e nem todas as sociedades anônimas subsomem-se às disposições nela estabelecidas.

Antes de concluir, devo dizer que, sob minha ótica, a questão relativa a esse tema não é a de saber se a sociedade de economia mista “pode ou não gozar do benefício da recuperação judicial ou extrajudicial de que trata a Lei Falimentar”, mas se “pode ou não ser submetida ao regime falimentar.” Sim, esse é o dilema, porque qualquer dessas recuperações integra um só e mesmo sistema, que supõe a falência e está regulada com a finalidade única de (tentar) evitá-la.

Isso assentado, pode-se especular sobre a conveniência ou não da adoção do regime falimentar para resolver a crise de uma sociedade de economia mista que explora uma atividade econômica. Ou melhor, *de legge ferenda*, é caso de perguntar: deve-se estender a falência à sociedade

⁴⁴ A respeito, ver, do autor, O Regime jurídico da insolvência. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. Curitiba, v. 19, p. 25-39, 1992.

de economia mista com esse objeto, sabendo-se que sua criação “*só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*” (CF, art. 173, *caput*)?

Primeiramente, é preciso destacar que a recuperação, assim judicial, como extrajudicial, não tem por escopo obter uma moratória ou remissão de dívidas, mas evitar que a empresa em crise tenha sua falência decretada; a dilação e a remissão do pagamento de dívidas são simples meios pelos quais a recuperação se viabiliza.

Em segundo lugar, a lei brasileira, ao regular a recuperação como medida preventiva da falência, condicionou sua admissão à anuência dos credores. Não temos mais entre nós a concordata forçada, como também não é admitida a recuperação suspensiva de uma falência em curso – o que é o bastante para se pensar que, uma vez tentada, seu êxito fica na dependência de aprovação de seu plano de recuperação pelas três classes de credores. Destaco, a propósito e à guisa de exemplo, que a assembleia geral dos credores, além do poder de aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial apresentado pela empresa devedora, tem permissão para modificá-lo, inclusive para determinar a alienação de bens não prevista no referido plano e, ainda, para escolher o gestor judicial, quando forem afastados os administradores da recuperanda (Lei 11.101/2005, art. 35, inc. I, letras “a”, “e” e “g”; art. 65 e §§). E não é só, pois os credores podem elaborar e aprovar um outro plano, se não for elaborado ou tiver sido rejeitado o da devedora e não lhes interessar a falência (arts. 6º, § 4º-A, e 56, §§ 4º e ss.).

Não aceita ou descumprida a recuperação judicial ou extrajudicial, a sociedade de economia mista irá inexoravelmente à falência, cuja finalidade, nos termos do art. 75, § 2º, da respectiva lei, “*é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia*”.

Pois bem. É possível pensar em uma sociedade de economia mista mergulhada nesse cipoal de restrições, no qual o Estado controlador (a) perde o comando e deixa o empreendimento nas mãos de terceiros que não pode escolher, correndo o risco de ver eleito um gestor judicial sem sua participação na escolha; (b) fica impossibilitado de impedir alienação de bens essenciais à atividade exercida pela controlada; e (c) sujeita-se a manobras hostis, suscetíveis de ser tramadas para eliminar a concorrência ou para permitir a assunção da atividade econômica por uma entidade privada que não busca o interesse coletivo nem tem por função zelar pela segurança nacional? E, se a sociedade de economia mista for à falência, na qual o administrador judicial passa a gerenciar a massa falida e a buscar comprador imediato para o acervo social, como ficará a tutela dos interesses estatais que, por meio dela, o controlador pretendeu realizar?

Indo além, se a questão da insolvência da sociedade de economia mista não será bem resolvida pela falência – *rectius*, pela recuperação judicial ou extrajudicial preventivas de sua falência –, é preciso buscar a solução em outro cenário. Talvez seja caso de restaurar a norma do artigo 242 da Lei das Companhias ou de implantar o regime jurídico da intervenção e liquidação administrativas, ou, ainda, de um regime jurídico especial de insolvência que permita garantir adequadamente os fins que levaram o Estado à sua criação. Para tanto, é preciso tirar o legislador de sua inércia.

Não serve olhar para países como os EUA, onde até cidades caem em falência. É necessário examinar a realidade brasileira, não só por conta de aqui haver uma legislação falimentar incompatível com os propósitos de criação das entidades paraestatais, como porque nosso sistema é totalmente distinto. Quando menos, seria possível voltar a atenção para o sistema europeu-continental e ter presente que a orientação lá adotada está consagrada na Diretiva UE 2019/1.023, do Parlamento Europeu, que, ao dispor sobre a uniformização do regime de insolvência nos países integrantes da União Europeia, dela excluiu, nomeadamente, “*os organismos públicos nos termos do direito nacional*” (art. 2, letra “h”), sob a justificativa de deverem “*estar sujeitos a um regime especial, dispondo as autoridades nacionais de supervisão e resolução de extensos poderes de intervenção em relação a esses devedores*” (*consideranda*, ns. 19 e 20).

É possível, também, deixar tudo como está, pois, havendo interesse coletivo ou razões de segurança nacional, o Estado controlador continuará suprindo as necessidades de caixa das sociedades de economia mista e das empresas públicas, à semelhança de seu comportamento em relação às demais entidades paraestatais. E, se aquelas forem por ele abandonadas, deverão ser extintas, prestando-se, para tanto, o regime jurídico da insolvência civil mais acima mencionado.

A EXECUÇÃO CIVIL EXTRAJUDICIAL

Joaquim Munhoz de Mello⁴⁵

INTRODUÇÃO

Tramitam no Senado Federal dois projetos de lei versando sobre a execução civil, que trarão significativa modificação nas regras do direito processual civil brasileiro acaso aprovados e sancionados.

O primeiro deles é o Projeto de Lei nº 4.257, de 2019, que modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, “*para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária*”. A Lei nº 6.830/1980 é a que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública.

O outro é o Projeto de Lei nº 6.204, de 2019, que dispõe “*sobre a desjudicialização da execução civil de título judicial e extrajudicial*”, introduzindo alterações nas Leis nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, nº 10.169, de 29 de dezembro de 2000, e nº 13.105, de 16 de março de 2015, sendo esta última a que instituiu o Código de Processo Civil vigente.⁴⁶

Conforme se depreende das respectivas súmulas, o propósito dos projetos é retirar a execução civil da esfera de atuação do Poder Judiciário, disciplinando o seu processamento em vias extrajudiciais.

Ponto comum na justificativa de ambos é o espantoso número de execuções pendentes no seio do Poder Judiciário, conforme têm revelado os levantamentos do Conselho Nacional de Justiça, através do Relatório Justiça em Números.

Com efeito, o último relatório elaborado – Relatório de 2021, ano base de 2020 – aponta a existência de nada menos do que 75 milhões de processos pendentes em primeiro grau de jurisdição, “*sendo que mais da metade desses processos (52,3%) se referia à fase de execução*”. Os dados levantados ainda mostram que, apesar de ingressar no Poder Judiciário quase duas vezes mais ações de conhecimento do que de execução, “*no acervo a situação é inversa: a execução é 32,8 maior*”, ou seja, o processo de conhecimento tem uma tramitação mais rápida do que o de execução. Isto se revela até mesmo paradoxal, porque as questões a serem dirimidas em sede de conhecimento são naturalmente mais intrincadas, demandando na grande maioria das vezes a produção de provas, enquanto na execução o que se busca é a prática

⁴⁵ Professor aposentado de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, da qual foi Diretor. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná, do qual foi Presidente. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Advogado militante.

⁴⁶ Os projetos estão disponíveis em <https://www12.senado.leg.br>.

de atos materiais para a satisfação de direito estampado em título executivo, com pouca atuação de cunho decisório do órgão jurisdicional.

Outra revelação importante do Relatório 2021 é que a maior parte dos processos de execução pendentes é composta por execuções fiscais, *“que representam 68% do estoque em execução”*. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, aponta o Relatório, representando aproximadamente 36% do total de casos pendentes *“e congestionamento de 87% em 2020”*. Fator preponderante do elevado percentual de congestionamento nas execuções fiscais é a não localização de patrimônio do devedor suficiente para a satisfação do crédito, permanecendo o processo pendente. E isso se dá, registra o Relatório, porque *“as dívidas chegam ao Judiciário após esgotados os meios de cobrança administrativos, por isso a difícil recuperação”*.⁴⁷

Diante desse quadro tão sombrio, revelador do estorvo que a execução civil passou a representar no desempenho do Poder Judiciário, é elogiável a iniciativa de buscar soluções legais alternativas para a satisfação do direito de crédito estampado em título executivo.

2 A QUESTÃO CONSTITUCIONAL ENVOLVIDA

A jurisdição, no Estado moderno, é atividade pública. E essa função é monopólio do Poder Judiciário no direito brasileiro, conforme ensinamento de José Frederico Marques nas suas *“Instituições de Direito Processual Civil”*, marco na doutrina processual brasileira. E o mestre paulista invocava o § 4º do art. 141 da Constituição de 1946 para afirmar que o princípio do juiz natural, ali recepcionado, *“impede que outros órgãos do Estado exerçam a função jurisdicional”*.

Nos dias de hoje, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988 em nada difere do texto constitucional de 1946 neste particular, ao dispor que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”*.

Citando Chiovenda, acrescenta Frederico Marques que *“A execução é atividade jurisdicional”*, porque nela se efetiva a atuação da lei mediante uma substituição de atividade. Ademais, prossegue, se a jurisdição é atividade estatal cujo escopo reside no aplicar o direito objetivo em relação a uma pretensão, cumpre que essa missão se esgote para que esteja plenamente realizada. Se o Judiciário se limitasse a dizer qual o direito cabível, não estaria fazendo aplicação da vontade concreta da lei. Sua tarefa se realizaria pela metade e não atingiria, assim, o seu objetivo final. Aplicar o direito objetivo é transfundir na vida real, nos fatos e na vida em comunhão, o preceito que é ditado *hic et nunc* para a solução de uma lide. E, para isto, *“é necessário não só que o juiz diga*

⁴⁷ Justiça em números 2021, CNJ, 5.3 Gargalos da execução. Acessível em: <https://www.cnj.jus.br>.

*qual é esse preceito, como também que o imponha coativamente à obediência das partes”.*⁴⁸

Este entendimento ecoa como um alerta para a inconstitucionalidade da retirada, pura e simples, da execução civil do âmbito do Poder Judiciário.

Como que para afastar este risco, a Justificação do Projeto de Lei nº 6.204/2019 consigna que, de uma forma geral, a desjudicialização no Brasil já é uma realidade, citando como exemplos a disciplina legal para o processamento extrajudicial do inventário, da separação e do divórcio (Lei nº 11.441/2007), da retificação do registro civil (Lei nº 13.484/2017) e do registro imobiliário (Lei nº 10.931/2004), e da usucapião (CPC, art. 1.071, que introduziu o art. 216-A na Lei de Registros Públicos). Tais hipóteses, contudo, não se inserem na seara contenciosa, do conflito de interesses a ser dirimido. São situações em que não há conflito – o divórcio ou a separação consensual, por exemplo –, mas que na tradição do direito brasileiro se submetiam a um controle de órgãos do Poder Judiciário em sede administrativa – a chamada jurisdição voluntária –, e não em sede contenciosa. Muitos desses procedimentos foram sendo excluídos do controle do Poder Judiciário ao longo do tempo, passando para a esfera do foro extrajudicial, sem quebra da garantia constitucional do juiz natural, por não apresentarem qualquer situação de conflito de interesses entre as partes.

3 AS PECULIARIDADES DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Muito embora a execução se insira na atividade jurisdicional do Estado, é bem de ver que os atos que integram o processo de execução possuem peculiaridades próprias, que o distanciam em muito do processo de conhecimento.

Como no processo de conhecimento o que se busca é a solução de um conflito de interesses decorrente da pretensão de uma das partes contestada pela outra – a chamada lide –, a atuação do juiz é preponderante, pois a ele cabe a investigação dos fatos controvertidos para apurar com quem está a razão, solucionando o conflito mediante a aplicação da regra legal que deva regular e compor a lide. Nas palavras de Liebman, na cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha, sob certos pontos de vista, ao de um historiador quando reconstrói e avalia os fatos do passado.

Já no processo de execução o que se busca é a satisfação de um direito estampado em título executivo, o que exige do órgão jurisdicional uma atividade totalmente diversa, “*prevalentemente prática e material*”, prossegue o citado

⁴⁸ MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. 4. ed.: Forense, v. I, ps. 223 e 230/231.

mestre, visando a produzir na situação de fato as modificações necessárias para efetivar o conteúdo da regra jurídica que regula o caso.⁴⁹ Em sede de execução não cabe qualquer questionamento a respeito da formação ou da exigibilidade do título, mas tão somente a prática de atos materiais tendentes à satisfação do direito nele estampado. Qualquer discussão a respeito da exigibilidade do título deve ser travada à parte, em sede de cognição.

Por outro lado, os atos materiais a serem praticados no processo de execução são da atribuição dos auxiliares do juízo, cabendo ao juiz tão somente determinar ou autorizar a sua realização. Tome-se como exemplo o procedimento da execução por quantia certa: i) o executado é citado pelo Oficial de Justiça para pagar a dívida no prazo de 3 dias, sob pena de penhora; ii) não efetuado o pagamento, o Oficial de Justiça realizará a penhora (CPC, art. 829); iii) penhorados os bens, serão eles avaliados pelo próprio Oficial de Justiça ou pelo Avaliador Judicial (art. 870); iv) uma vez avaliados, os bens serão alienados por iniciativa particular ou em leilão judicial (art. 879), caso não sejam adjudicados pelo credor (art. 904, II); v) alienados os bens, o valor apurado será entregue ao credor (art. 904, I).

Citado para pagar a dívida sob pena de penhora, e não para oferecer contestação como ocorre no processo de conhecimento, a atuação do executado no curso do processo de execução se dá em contraditório *“parcial e atenuado”*, como aponta Giuseppe Tarzia: *“parcial enquanto limitado quoad objectum a alguns temas; atenuado porque se manifesta através de modos rápidos e informais”*.⁵⁰ Sua atuação terá por escopo apenas o controle da observância dos parâmetros legais na prática dos diferentes atos da execução, a fim *“de não ser prejudicado além do que for necessário”* para a satisfação do direito do exequente.⁵¹

Em contrapartida, ao juiz cabe tão somente assegurar que os atos do procedimento executivo não excedam os parâmetros legais, buscando o equilíbrio entre a regra que estabelece que a execução se realiza no interesse do exequente (art. 797), com a que determina que ela se faça pelo modo menos gravoso ao executado (art. 805). Sua atuação de natureza decisória será sobre questões pontuais, meramente formais em sua grande maioria.

Este cenário dos atos que integram o processo de execução permitiu vislumbrar a possibilidade de transferir a agentes extrajudiciais a prática daqueles que são de atribuição dos auxiliares do juízo, em busca de meio mais célere para a satisfação do direito estampado no título, com isto desafogando o foro judicial de boa parte de sua carga de trabalho.

⁴⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. 4. ed.: Saraiva, 1980, p. 43-44.

⁵⁰ TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. In: Revista de Processo, v. 28, p. 84.

⁵¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo. p. 215.

Há no direito comparado alguns exemplos de fórmulas para a execução extrajudicial, como no direito francês, italiano e português. E agora, os projetos aqui analisados propõem a sua adoção, em diferentes medidas, também pela legislação processual brasileira.

4 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A questão da constitucionalidade de execução que se processe fora da esfera do Poder Judiciário já foi submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, diante da execução extrajudicial de dívidas hipotecárias contraídas no regime do Sistema Financeiro da Habitação, instituída pelo Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966.

Sem excluir a possibilidade de adoção da via judicial, o referido decreto-lei prevê a possibilidade de que o credor hipotecário formalize ao agente fiduciário eleito no contrato a solicitação de execução da dívida, passando ele a atuar como agente da execução. Nesta condição: i) notificará o devedor para purgar a mora em 20 dias; ii) publicará editais para leilão do bem hipotecado, no caso de não purgação da mora; iii) emitirá, juntamente com o leiloeiro, a carta de arrematação do bem a ser levada ao registro imobiliário (arts. 31 e 32).

Uma vez transcrita a carta de arrematação no registro imobiliário, *“poderá o adquirente requerer ao Juízo competente imissão de posse no imóvel”*, devendo o juiz deferir o pedido liminarmente, a menos que o devedor comprove, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, que resgatou ou consignou judicialmente o valor de seu débito antes da realização do leilão (art. 37, §§ 2º e 3º).

E em seu art. 41, o apontado decreto-lei disciplina a hipótese de substituição, pela via judicial, do agente fiduciário eleito no contrato hipotecário, quando houver fundadas razões para por em dúvida a sua imparcialidade ou idoneidade.

A discussão sobre a constitucionalidade da execução extrajudicial instituída pelo Decreto-lei nº 70/1966 chegou ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário, tendo sido por repetidas vezes afastada a arguição de inconstitucionalidade.

Num recente julgado do Tribunal Pleno foi assim assentado:

1. O procedimento de execução extrajudicial previsto pelo **Decreto-Lei nº 70/66** não é realizado de forma aleatória, uma vez que se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, pois o devedor é intimado a acompanhá-lo e pode lançar mão de recursos judiciais, se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite.
2. Bem por isso, há muito a jurisprudência da Suprema Corte tem

apontado que as normas constantes do **Decreto-lei nº 70/66**, a disciplinar a execução extrajudicial, foram devidamente recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

3. Recurso extraordinário provido.⁵²

E no RG AI 771770 PR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

A adoção de via extrajudicial para a execução civil, portanto, deve estar balizada com o posicionamento da Suprema Corte para afastar o risco de inconstitucionalidade por violação do princípio do juiz natural, devendo permitir o *“efetivo controle judicial”* do seu processamento.

Mas não é só. A garantia do devido processo legal também deve ser preservada, valendo aqui reproduzir a advertência de Egas Dirceu Moniz de Aragão: *“O desejo de atribuir maior efetividade à execução não pode ser causa de menosprezo à igualdade das partes e ao devido processo legal”*. Favorável à adoção de vias extrajudiciais para a execução civil, o sempre lembrado mestre afirmava que o essencial é que as normas da atividade extrajudicial sejam respeitadas, assegurem a igualdade das partes e demais princípios peculiares ao processo de execução, e que não impeçam os interessados de comparecer em Juízo.⁵³

5 O PROJETO DE LEI Nº 4.257/2019

Os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça no Relatório Justiça em Números 2021, reproduzidos na abertura desta exposição, mostram a urgente necessidade de ser buscada uma fórmula extrajudicial para as execuções fiscais. A revelação de que 52,3% dos processos pendentes em primeiro grau na Justiça brasileira se referem à execução, sendo que as execuções fiscais representam nada menos do que 68% desse estoque, gera grande perplexidade. E ainda pior: o percentual de congestionamento das execuções fiscais é de 87%, ou seja, elas encalham nos juízos de primeiro grau, até porque *“a Fazenda Pública pouco ou nada diligencia na busca e localização de bens penhoráveis de seus devedores”*, como assinala com muita propriedade Humberto Theodoro Júnior. A consequência desse quadro caótico é que a Fazenda Pública não recebe seus créditos *“e também não deixa que os particulares resolvam suas pendências judiciais no prazo razoável que a Constituição lhes assegura”*.⁵⁴

⁵² RE 556520/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Tofoli, j. 08/04/2021.

⁵³ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Efetividade do processo de execução. *In*: Revista de Processo, v. 72, p. 20- 21.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas codificações francesa e portuguesa e a desjudicialização da execução forçada. *In*: Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil. Juruá, 2020,

Esses dados estatísticos passaram a ser revelados graças à elogiável iniciativa do Conselho Nacional de Justiça de promover, a partir de 2004, levantamentos periódicos da atividade do Poder Judiciário brasileiro, em todas as suas esferas. Talvez atendendo pregação que Moniz de Aragão fizera poucos anos antes, em 2000, em palestra proferida no congresso “O Direito no Século XXI Novos Desafios”, quando afirmou que o passo inicial para identificar a causa de algum mal é diagnosticar. E no caso do processo, isso exige investigação estatística.⁵⁵ Os dados apontados no Relatório Justiça em Números fizeram com que o acúmulo de execuções fiscais despertasse desde logo a atenção e passasse a estimular no seio da classe jurídica a busca por alternativas para solucionar, ou ao menos atenuar, tão grave problema. Já a partir de 2005 passaram a ser apresentados projetos de lei no Congresso Nacional com diferentes propostas visando ao aperfeiçoamento da execução fiscal, conforme levantamento elaborado por Flávia Pereira Ribeiro.⁵⁶ O projeto ora examinado é um dos mais recentes. De autoria do Senador Antonio Anastasia, de Minas Gerais, foi elaborado por comissão de juristas integrantes da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, da Consultoria do Senado Federal, e da Assessoria Legislativa do Gabinete do autor do projeto, conforme registra sua Justificação.

A proposta contida no PL 4.257/2019 é tímida. De início, porque o procedimento extrajudicial é posto como opcional para a Fazenda Pública, sem eliminar o emprego da via judicial hoje regulada pela Lei nº 6.830/1980. Ademais, seu alcance se limita a créditos fiscais relativos a i) contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas (CF, art. 145, III), ii) propriedade territorial rural (CF, art. 153, VI), iii) propriedade de veículos automotores (CF, art. 155, III), iv) propriedade predial e territorial urbana (CF, art. 156, I), v) *“além de taxas devidas em função da propriedade, do usufruto ou da posse de bem imóvel passível de alienação ou em razão da propriedade de veículo”*, conforme a redação do art. 41-A, a ser incluído na Lei nº 6.830/1980 segundo o projeto. A Justificação que o acompanha esclarece que a razão da proposta se restringir à cobrança do IPTU, do IPVA, do ITR, da contribuição de melhoria e das taxas incidentes em razão da propriedade *“é justamente porque, nesses casos, não há, em virtude de previsão legal expressa, possibilidade de se invocar a garantia do bem de família”*.

Muito embora estabeleça o projeto, no art. 41-A, que a execução extrajudicial observará a forma prescrita nos arts. 31 a 38 do Decreto-lei nº 70/1966, acima examinados (nº 4), nos artigos subsequentes há um procedimento

p. 474-475.

⁵⁵ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. O processo civil no limiar de um novo século. *In*: Revista de Direito Processual Civil, v. 16, p. 392.

⁵⁶ RIBEIRO, Flávia Pereira. Desjudicialização da execução civil. *Juruá*, 2019, p. 53-59.

próprio a ser adotado, que pode ser assim sintetizado: i) a própria Fazenda Pública procederá à notificação do devedor, juntando Certidão de Dívida Ativa, concedendo-lhe um prazo de 30 dias para a quitação do débito (arts. 41-B e 41-C); ii) não ocorrendo o pagamento, a credora lavrará termo de penhora do imóvel ou do veículo, a ser averbada na matrícula do imóvel ou no registro do veículo (art. 41-D); iii) formalizada a penhora, a credora deverá promover nova notificação do devedor, indicando o valor da avaliação apurado, concedendo-lhe novo prazo de 30 dias para pagamento (art. 41-E); iv) dentro deste último prazo o devedor poderá ajuizar embargos à penhora *“impugnando a validade da dívida ou aduzindo que a avaliação não corresponde ao valor de mercado, devendo alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de até três testemunhas”* (art. 41-F); v) não ajuizados os embargos, a credora está autorizada a realizar *“imediatamente”* o leilão do bem penhorado, a ser conduzido por agente fiduciário (art. 41-G), que emitirá a carta de arrematação (art. 41-O); vi) a imissão do adquirente na posse do bem arrematado será deferida liminarmente pelo Juízo competente, a menos que o devedor comprove que pagou ou consignou judicialmente o valor da sua dívida (art. 41-O, § 3º).

Tendo resguardado a possibilidade de acesso do executado ao Poder Judiciário, o projeto se ajusta à posição do Supremo Tribunal Federal e escapa do risco de inconstitucionalidade.

O projeto ainda propõe a inclusão do art. 16-A na Lei nº 6.830/1980, dispondo que o executado *“pode optar pela adoção de juízo arbitral para julgar os embargos ofertados”*, desde que tenha garantido a execução com depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia. Segundo a Justificação do projeto, *“tal procedimento pode ser interessante para empresas que desejam ter os embargos apreciados de maneira célere”*.

6 O PROJETO DE LEI Nº 6.204/2019

O Projeto de Lei nº 6.204/2019 é inspirado no modelo de execução extrajudicial adotado em Portugal, nas reformas processuais lá realizadas em 2003 e 2008. No regime português, ao juiz ficou reservada a atuação tão somente diante da existência de efetivo conflito entre as partes, como na oposição (aqui, embargos), ou em questões relevantes. A prática dos atos materiais da execução foi atribuída aos chamados agentes de execução, que devem ter formação jurídica – solicitador,⁵⁷ advogado ou bacharel em Direito – e estar inscritos

⁵⁷ A figura do solicitador já existiu no direito brasileiro. Eram os chamados rúbulas, dotados de conhecimento jurídico, mas não formados em Direito, que estavam autorizados a exercer a advocacia mediante inscrição na Ordem dos Advogados. Sua origem remonta aos tempos em que poucos eram os cursos de Direito no Brasil. O quadro de solicitadores foi extinto pelo

como agente na Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, sendo sua atuação fiscalizada por um órgão independente, a Comissão para a Eficácia das Execuções. Ao iniciar uma execução, cabe ao exequente fazer a escolha do agente de execução para atuar no processo, podendo livremente substituí-lo acaso insatisfeito com o seu desempenho.

Em balanço realizado 15 anos após a implantação das reformas, os dados se mostraram auspiciosos. Foi apurado que o número de processos findos aumentara significativamente em relação ao número de processos novos a cada ano, resultando em quedas anuais da taxa de execuções pendentes. No ano de 2018, 41% das execuções haviam sido encerradas com êxito, por pagamento total ou parcial, o que representa mais do que o dobro da taxa de efetividade brasileira.⁵⁸

O projeto tem como fonte tese elaborada por Flávia Pereira Ribeiro, com a qual obteve o título de Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Fazendo uma minuciosa análise das formas de execução extrajudicial existentes em países europeus, a autora conclui sua tese sustentando a possibilidade de ser implantada também no Brasil medida semelhante, sem ferir o monopólio da função jurisdicional pelo Poder Judiciário, propondo a adoção do modelo português.⁵⁹ Em razão de seu trabalho acadêmico, a referida processualista integrou a comissão que elaborou o projeto, que foi presidida pelo Professor Joel Dias Figueira Júnior, tendo ainda como membro o Tabela André Gomes Netto. Sua autora é a Senadora Soraya Thronicke, do Mato Grosso do Sul.

O PL 6.204/2019 propõe a adoção de um procedimento extrajudicial para a cobrança de títulos executivos judiciais e extrajudiciais que tenham como objeto obrigação de pagar quantia certa (arts. 1º e 6º). Permaneceriam na esfera do Poder Judiciário a execução e o cumprimento de sentença para a entrega de coisa e para o cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer.

Ao tabelião de protesto é atribuído cumulativamente o exercício das funções de agente de execução (art. 2º), *“já que afeito aos títulos e outros documentos de dívida e dotado de infraestrutura para localização e intimação do devedor”*.⁶⁰

Segundo o projeto, a execução terá início mediante requerimento do credor dirigido diretamente ao agente de execução, instruído com título

Estatuto da OAB editado pela Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963 (art. 155).

⁵⁸ Cf. RIBEIRO, Flávia Pereira. Proposta de desjudicialização da execução civil para o Brasil com base na experiência portuguesa – PL 6.204/2019. *In*: Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil. Juruá, 2020, ps. 340/341.

⁵⁹ RIBEIRO, Flávia Pereira. Desjudicialização da execução civil. Juruá, 2019.

⁶⁰ RIBEIRO, Flávia Pereira. Proposta ..., p. 349.

executivo. O título, tanto judicial como extrajudicial, deverá ser previamente protestado (art. 6º), exigência que poderá afastar a necessidade da execução no caso de pagamento pelo devedor para evitar o protesto. Tratando-se de título judicial, o exequente deverá apresentar certidão do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 14). Para requerer a instauração da execução, o credor deverá estar representado por advogado (art. 2º).

Competente para processar a execução será o foro do domicílio do devedor, no caso de título extrajudicial, e o do foro do juízo prolator da sentença condenatória, no caso de título judicial (art. 7º).

Todo procedimento executivo se dará perante o agente de execução, ao qual caberá: i) examinar o requerimento e os requisitos do título executivo, bem como eventual ocorrência de prescrição e decadência; ii) consultar base de dados para localização do devedor e de seu patrimônio; iii) efetuar a citação do executado para pagamento do título; iv) efetuar a penhora e a avaliação dos bens; v) realizar atos de expropriação; vi) realizar o pagamento ao exequente; vii) extinguir a execução; viii) suspender a execução diante da ausência de bens suficientes para a satisfação do crédito (art. 4º, incisos I a VIII).

O juízo competente será chamado a decidir apenas a respeito de dúvidas suscitadas pelo próprio agente de execução, ou *“pelos partes ou terceiros em caso de decisões não reconsideradas”* (art. 4º, incisos IX e X).

O projeto assegura ao executado o direito de se opor à execução pela via dos embargos, independentemente de penhora, depósito ou caução. Competente para deles conhecer e julgar será o juízo onde se situar o tabelionato de protesto em que estiver sendo processada a execução extrajudicial (art. 18).

Com isto, o projeto se harmoniza com a exigência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, permitindo o *“efetivo controle judicial”* do procedimento extrajudicial de execução, o que afasta qualquer resquício de inconstitucionalidade por violação ao princípio do juiz natural (acima, nº 4).

6.1 O AGENTE DE EXECUÇÃO

É bem inspirada a opção do projeto de atribuir as funções de agente de execução a serventia do foro extrajudicial já existente, fugindo do modelo português que criou uma nova profissão liberal com tal finalidade. Inicialmente destinada exclusivamente aos solicitadores, a solução portuguesa demorou a deslanchar por depender da adesão de interessados e de formalidades para a sua habilitação. Na segunda etapa das reformas, em 2008, foi estendida a advogados e a bacharéis em Direito a possibilidade de também atuarem como agentes de execução.

Atribuir a função de agente de execução a titulares de serventia do foro extrajudicial traz a vantagem do aproveitamento de estruturas administrativas já em funcionamento, conhecidas e da confiança da população, que delas há

muito se serve. Como lembra Frederico Marques, os tabeliães, como órgãos principais da *fé pública*, estão muito de perto ligados à jurisdição voluntária, não só porque os atos que praticam se filiam à administração pública do Direto Privado, como também porque, na sua evolução histórica, assumiram os notários a qualidade de juízes (*judex chartularius*, *judex ordinarius*) para a prática de atos de jurisdição voluntária. Ademais, a função de notário “*se exerce sob a fiscalização das autoridades judiciais*”.⁶¹

Por outro lado, a atuação de titular de serventia do foro extrajudicial como agente de execução também traz a facilidade da adoção, no procedimento de execução, de práticas já usuais da atividade notarial com os órgãos do Poder Judiciário, como é o caso da suscitação de dúvida, prevista pela Lei de Registros Públicos.

E o projeto, em mais de uma passagem, prevê a suscitação de dúvida como forma de superar eventuais embaraços no desenvolvimento do procedimento executivo. Assim, por exemplo, deverá o agente de execução i) “*consultar o juízo competente para sanar dúvida relevante*” (art. 4º, IX), ii) “*encaminhar ao juízo competente as dúvidas suscitadas pelas partes ou terceiros em caso de decisões não reconsideradas*” (art. 4º, X), iii) consultar o juízo competente quando discorde de pedido de gratuidade da justiça (art. 5º, § 3º), iv) “*consultar o juízo competente sobre questões relacionadas ao título exequendo e ao procedimento executivo*” (art. 20, *caput*).

Todavia, a atribuição dessa função exclusivamente a tabeliães de protesto merece maior reflexão. Em recente debate sobre o projeto em exame, ocorrido no “Seminário de Processo Civil em Memória do Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão”, promovido pela Escola Superior de Advocacia da Seção do Paraná da Ordem dos Advogados do Brasil, Rogéria Dotti alertou para o risco de ser insuficiente o número de serventias de protesto para o volume de execuções revelado pelo Relatório Justiça em Números. E deu como exemplo a cidade do Rio de Janeiro, onde há apenas quatro cartórios de protesto.

Esta é uma questão importante, que revela a necessidade de uma análise acurada de dados estatísticos. O propósito de se retirar a execução do seio do Poder Judiciário não há de ser tão somente o de desafogar o foro judicial, mas, primordialmente, o de imprimir maior celeridade aos processos dessa natureza, como afirmou no referido debate a citada processualista.⁶² Para que isto ocorra, é fundamental que os agentes de execução possuam condições de corresponder a essa expectativa, sob pena de se frustrar o objetivo da reforma preconizada pelo projeto.

⁶¹ MARQUES, José Frederico. *Instituições...*, v. I, p. 265 e 268.

⁶² Seminário disponível em: <https://eventos.esapr.org.br/ao-vivo-seminario-de-processo-civil-em-memoria-do-professor-egas-dirceu-moniz-de-aragao>.

Seria mais prudente deixar aos tribunais locais a definição da serventia, ou serventias, a assumir a função de agente de execução, através das normas de organização judiciária, avaliadas as condições da estrutura do foro extrajudicial de cada Estado.

6.2 A IRRECORRIBILIDADE DAS DECISÕES

Ao disciplinar a atuação do juízo competente na apreciação de dúvidas suscitadas, o projeto estabelece duas hipóteses de irrecorribilidade da decisão que vier a ser proferida: i) na consulta do agente de execução sobre questões relacionadas ao título exequendo e ao procedimento executivo (art. 20, § 2º); e ii) nas dúvidas não reconsideradas pelo agente de execução de decisões que forem suscetíveis de causar prejuízo às partes (art. 21, § 2º).

Neste ponto o projeto merece censura, pois excluir o cabimento de recurso contra decisão de órgão jurisdicional de primeiro grau importa em violação à garantia do devido processo legal.

Como lembra o grande mestre Chiovenda, entre os princípios judiciários fixados pela Revolução Francesa, um consistiu em que as causas possam normalmente transitar pela cognição de dois tribunais sucessivamente, o princípio do *duplo grau de jurisdição*.⁶³ No Brasil, já a Constituição do Império previa que os órgãos do Poder Judiciário fossem organizados em graus de jurisdição, estabelecendo o seu art. 158 que “*Para julgar as causas em segunda, e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para a comodidade dos Povos*”. Esta regra constitucional se repete na Carta de 1988, ao estabelecer que são órgãos do Poder Judiciário “*os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios*” (art. 92, VII). Para Cândido Dinamarco, o princípio do duplo grau de jurisdição integra o conjunto democrático dos modelos processuais inerentes ao Estado-de-direito e, mais precisamente, a cláusula *due process of law*, representando “*uma garantia para os cidadãos*”.⁶⁴ Bem por isto, na legislação processual brasileira a regra sempre foi a da recorribilidade das decisões de primeiro grau. E o Código de Processo Civil de 2015 expressamente assegurou o cabimento do recurso de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas no processo de execução e no procedimento de cumprimento de sentença (art. 1.015, p. único).

⁶³ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Saraiva, 1969, v. II, p. 88.

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. Malheiros, 2009, p. 168.

CONCLUSÕES

Os dados do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, reproduzidos na abertura desta exposição, revelam que o problema mais grave no congestionamento dos órgãos de primeiro grau de jurisdição decorre do excessivo número de execuções fiscais ajuizadas anualmente, e do enalhe dos respectivos processos pela ausência de patrimônio suficiente do devedor para saldar a dívida.

O Projeto de Lei nº 4.257/2019 não se presta a solucionar este problema. E só muito modestamente poderia atenuá-lo, em razão do limitado número de créditos tributários que autorizariam o emprego da via extrajudicial proposta.

Ademais, a criação de uma via executiva paralela à da Lei nº 6.830/1980 não é uma solução legislativa ideal, fracionando o espectro das execuções fiscais em diferentes diplomas legais. E ainda pior: diplomas legais concorrentes. Pois a proposta contida no PL 4.257/2019 é optativa – *“a Fazenda Pública pode optar pela execução extrajudicial”* (art. 41-A) – a significar que execução de crédito tributário de uma mesma natureza poderia se dar por duas vias distintas, a judicial e a extrajudicial, o que importaria em complexidade e geraria insegurança ao devedor. Uma solução legislativa necessária neste momento é uma solução unitária, que procure resolver a caótica situação das execuções fiscais em todo o seu conjunto.

Já o Projeto de Lei nº 6.204/2019 contém uma proposta que traria considerável alívio ao foro judicial, dele retirando todas as execuções e procedimentos de cumprimento de sentença que tenham por objeto obrigação de pagar quantia certa. Precisamente a obrigação que representa o maior número dos casos de execução.

Por outro lado, a adoção da via extrajudicial proposta muito provavelmente importaria em maior agilidade no trâmite dos processos de execução, como já se deu no modelo português adotado pelo projeto (acima, nº 6). Basta que os agentes de execução disponham de uma boa estrutura para desenvolver as suas atividades, o que não é difícil e pode ser bem administrado pelos tribunais locais.

Ademais, na via extrajudicial apenas os atos materiais tendentes à satisfação do crédito do exequente seriam praticados, com previsão de acesso ao órgão jurisdicional competente para os esclarecimentos de dúvidas das partes ou do próprio agente de execução, sempre que necessário. Quanto a questionamentos a respeito da formação ou da exigibilidade do título executivo, o projeto assegura ao executado o direito de se opor à execução através de embargos perante o juízo competente, independentemente de penhora, depósito ou caução.

Com esses inegáveis méritos, o ideal seria que a proposta contida no PL 6.204/2019 também se aplicasse às execuções fiscais, com a revogação da Lei nº 6.830/1980. Para evitar o acúmulo de execuções fiscais com as demais execuções, que hoje congestionam o foro judicial, a Fazenda Pública poderia ser autorizada a credenciar agentes de execução próprios, no âmbito das estruturas de seus serviços. As execuções fiscais se processariam na via extrajudicial, segundo as mesmas regras procedimentais das demais execuções por quantia certa, porém perante agentes de execução distintos.

Recorde-se que o Código de Processo Civil de 1973 unificou as execuções existentes sob a égide do Código de 1939, revogando o Decreto-lei nº 960, de 17 de dezembro de 1938, que instituíra procedimento próprio para *“a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública”*. Como consequência da unificação das execuções sob um mesmo modelo, foi incluído dentre os títulos extrajudiciais o crédito fiscal de todos os entes da Federação (CPC/1973, art. 585, VI), e a execução fiscal passou a se processar com as mesmas regras das demais execuções. Infelizmente, não por muito tempo. Quebrando a unidade da execução preconizada por Buzaid, autor do projeto do Código de 1973, foi editada a Lei nº 6.830/1980, criando desnecessariamente um procedimento distinto, tanto para a execução como para os embargos do executado, que foi recepcionada com crítica severa dos processualistas brasileiros, assim sintetizada por Humberto Theodoro Júnior: *“Na verdade, padece a nova Lei das Execuções Fiscais de, pelo menos, dois graves defeitos fundamentais: a) a descodificação de um procedimento que já se integrara ao Processo Civil, como peça de um todo harmônico e funcional; e b) a instituição de privilégios exagerados e injustificados para a Fazenda Pública, que foi cumulada com favores que repugnam à tradição e à consciência jurídica do direito nacional”*.⁶⁵

Pode ser uma boa oportunidade para a unidade da execução ser reinserida no processo civil brasileiro, agora na via extrajudicial.

Fica aqui a sugestão.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A cobrança judicial da dívida ativa da fazenda pública segundo a lei 6.830, de 22.9.80. *In*: Revista de processo, n. 22, p. 9.

REFERÊNCIAS

- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Saraiva, 1969, v. II.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. Malheiros, 2009.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. 4. ed.: Saraiva, 1980.
- MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Forense, 1971, v. I.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Efetividade do processo de execução. *In: Revista de Processo*, v. 72.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. O processo civil no limiar de um novo século. *In: Revista de Direito Processual Civil*, v. 16.
- TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. *In: Revista de Processo*, v. 28.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas codificações francesa e portuguesa e a desjudicialização da execução forçada. *In: Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Juruá, 2020.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A cobrança judicial da dívida ativa da fazenda pública segundo a lei 6.830, de 22.9.80. *In: Revista de processo*, n. 22, p. 9.
- RIBEIRO, Flávia Pereira. Desjudicialização da execução civil. Juruá, 2019.
- RIBEIRO, Flávia Pereira. Proposta de desjudicialização da execução civil para o Brasil com base na experiência portuguesa – PL 6.204/2019. *In: Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Juruá, 2020.

A TUTELA CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE E A PROTEÇÃO SOCIAL E ECONÔMICA AO TERCEIRO DE BOA-FÉ

Fabio Caldas de Araújo⁶⁶, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira⁶⁷

INTRODUÇÃO

O direito de propriedade quando estudado em sua matriz constitucional é tradicionalmente contraposto à função social. Este enfoque predominou nos estudos do século XX e correspondeu a um importante vetor para a reinterpretção do poder absoluto conferido pelo domínio (Art. 1228, *caput* CCB). A riqueza do tema exige uma abordagem atualíssima do direito de propriedade em sua visão dinâmica e não mais estática. É necessário discutir os limites da proteção conferida ao direito de propriedade dentro das relações sociais e econômicas. Se a propriedade é topologicamente classificada como um direito fundamental (Art. 5º, *caput* e XXI da CF/88) não se pode negar que a proteção do direito de propriedade deve ser inserido dentro das relações econômicas que são essenciais para o desenvolvimento da sociedade (Art. 170, II e III CF/88). O objetivo dessa abordagem é realizar uma incursão diferenciada para analisar a extensão da proteção constitucional e infraconstitucional conferida ao proprietário em relação ao terceiro de boa-fé. Esta reflexão é importante porque há uma nítida contraposição entre a previsão do Art. 1247, parágrafo único do CCB em face da redação do Art. 54, parágrafo único da Lei 13.097/2015. O conflito não tem solução simples porque não se trata de mera aplicação da regra de interpretação (*lex specialis derogat legi generali*). Mesmo que se apliquem regras hermenêuticas aprimoradas como o diálogo das fontes (*Dialog der Quellen*) a questão não encontra acomodação simples.

O direito de propriedade moderno sofre intensa transformação. A atomização do direito de propriedade por meio dos valores mobiliários (ações, debêntures, cotas de fundos de investimento) permite concluir que atualmente os bens móveis possuem maior valor econômico do que os bens imóveis. Esta mudança impacta diretamente na proteção dos meios de transmissão e na forma de consolidação da propriedade. Por esta simples constatação exsurge a necessidade de discutir o valor do papel da boa-fé objetiva como fator de proteção do titular aparente (*aquisição a non domino*).

⁶⁶ Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP, professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR, Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: gesetzgeber@uol.com.br. Lattes: 8389006383308238 Orcid: 0000-0001-6496-5926

⁶⁷ Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP, professora permanente do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR e do PPGD da Universidade de Marília – UNIMAR, Advogada. E-mail: jussara@bflaw.adv.br Lattes: 4193332125844267 Orcid: 0000-0002-4919-6935

1 A PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL (*EIGENTUM ALS GRUNDRECHTE*)

A propriedade é considerada por grande parte dos ordenamentos jurídicos como um direito fundamental.⁶⁸ A disciplina sobre a forma de apropriação e atribuição da propriedade influencia diretamente a economia de uma sociedade. A disciplina sobre a constituição, alienação e extinção da propriedade é atribuição específica dos direitos reais e consiste em questão nuclear de qualquer estamento social.⁶⁹ Os sistemas modernos estão longe da visão do modelo liberal que consagrou o direito de propriedade ao lado do direito à liberdade e igualdade. A visão do direito de propriedade ilimitado era apoiada na proibição de violar a liberdade, logo, o direito de apropriação seria uma expressão da liberdade de desenvolvimento e autodeterminação do ser humano. Atualmente, é clara a noção de que inexistem direitos que não sofram inflexão e mesmo as garantias constitucionais são alvo de ponderação e otimização por meio da interpretação constitucional e da aplicação do princípio da proporcionalidade.⁷⁰ Como informa a doutrina alemã, *a proporcionalidade* expressa, uma conexão, uma relação de duas grandezas variáveis, uma difícil tarefa de otimização.⁷¹ No mesmo sentido é a lição de

⁶⁸ Como no direito alemão, Art. 14 da GG, “Das Eigentum wird gewährleistet, Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt - A propriedade é garantida. Seu conteúdo e limitações são estabelecidas pela lei”. Como assevera Kloepfer (*Verfassungsrecht*, II, v. II, p. 498), o direito de propriedade assume dupla perspectiva de proteção: como direito subjetivo (*subjektives Recht*) e como instituto fundamental para a segurança de outros institutos de aplicação geral no sistema civil (*als Garantie des Kerns eines Normenbestandes*). No direito brasileiro, a propriedade está disciplinada no Art. 5º, *caput* da CFB como garantia fundamental. A sua disciplina conjunta com os demais direitos fundamentais como a liberdade e a igualdade ainda remete o texto brasileiro a uma clara influência liberal, ex vi: “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...”. No direito português, a propriedade está disciplinada como um direito fundamental, no entanto sua topologia e ausência de previsão conjunta com a liberdade e igualdade a posiciona no Art. 62 da CRP: “A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”. Interessante que no modelo português, a propriedade está prevista nos direitos econômicos. Todavia, a compreensão e extensão das garantias fundamentais elencadas para os direitos primários estabelecidos no título I e II da CRP podem ser estendidos para a propriedade privada pela leitura do Art. 17 que permite a aplicação do regime de proteção para os direitos análogos. Para o exame da questão, Canotilho e Vital Moreira, *CRP- Anotada*, v. I, p. 793.

⁶⁹ BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 17. ed. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999, p. 1-3.

⁷⁰ Sobre o ponto, o estudo primordial de Rafael Colina Gareia, *La Función Social de La Propiedad Privada en La Constitución Española de 1978*, p. 93 e ss.

⁷¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. 20. ed. Porto Alegre: Safe, 1998, p. 66.

Zippelius e Würtenberger⁷² na análise específica do direito de propriedade: “Por meio do princípio da proporcionalidade orienta-se a ponderação sobre a função da propriedade e sobre o conteúdo normativo a ser garantido”.⁷³

Muito embora a propriedade represente um direito fundamental no sistema brasileiro, isto não significa que a própria Constituição não possa estabelecer limites, ou que a lei ordinária esteja impossibilitada de oferecer concreção aos conceitos indeterminados que moldam os limites e o alcance do direito de propriedade (Art. 1228, *caput* do CCB). Na busca da função social da propriedade, no respeito à dignidade e ao princípio da essencialidade, o julgador busca de modo incessante a ponderação de valores para possibilitar a concreção dos mandamentos constitucionais.

Esta concreção não interfere quanto ao caráter absoluto do direito de propriedade. O proprietário tem o direito de usar e fruir de modo exclusivo e sem qualquer interferência de terceiros. Seu direito é absoluto e esta nota característica é fundamental para a garantia de estabilidade quanto ao direito de apropriação sobre os bens. A natureza absoluta é essencial para a segurança jurídica e previsibilidade de posições jurídicas. É necessário que a pessoa tenha confiança no regime jurídico de apropriação para que possa adquirir um determinado bem, com o qual estabelecerá vínculo de titularidade, exclusividade e inerência. A relação jurídica real pode ser analisada sob o prisma interno e externo. Sob a ótica interna são examinados os elementos nucleares que identificam a relação jurídico real. Sob o aspecto externo são enfocados os princípios que qualificam e distinguem a relação jurídico-real daquelas que informam os demais ramos do direito civil.

A propriedade está vinculada ao exercício do direito de liberdade, na medida em que radica sua essência no poder de apropriação e na sua livre disposição, o que implica na garantia de circulação de bens por meio de relações jurídicas que estão na base de sustentação da cadeia econômica e da estabilidade social.⁷⁴

O fortalecimento dos direitos fundamentais especialmente após o período pós-guerra exigiu um repensar do Estado positivista.⁷⁵ O choque provocado pela

⁷² ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTEMBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht* (Direito Constitucional Alemão). München, Verlag C. H. Beck, 2008, p. 326.

⁷³ “Bei der am Verhältnismässigleitprinzip orientierten Abwägung ist die Funktion des Eigentums in: dem oben beschriebenen Sinn zu wahren”.

⁷⁴ Como assevera Kloepfer (Verfassungsrecht, II, v. II, p. 498), o direito de propriedade assume dupla perspectiva de proteção: como direito subjetivo (subjektives Recht) e como instituto fundamental para a segurança de outros institutos de aplicação geral no sistema civil (*als Garantie des Kerns eines Normenbestandes*).

⁷⁵ É o que destaca Neuner (*A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado Alemão*, in: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos Fundamentais e*

conclusão quanto à ineficiência de um sistema normativo estéril e insípido e que não previa a proteção de um estatuto mínimo de garantia à incolumidade do ser humano provocou a reafirmação dos direitos universais pela Carta de 1948.⁷⁶ No entanto, a Constituição de Weimar de 1919 já havia inaugurado modelo de proteção específico aos direitos fundamentais privados representados pela *propriedade, direito à herança e liberdade contratual* e inaugurou uma nova fase, pela previsão dos direitos fundamentais sociais (*Grundrechtskatalog*).⁷⁷

Na fase atual, marcada pelo período de globalização e constitucionalização *multilevel* a propriedade tem sua função econômica e social modificada porque a sua proteção não tem como foco mais, o indivíduo. A propriedade moderna exerce papel de fomento para o crescimento social e econômico de um país. Ela não está mais sedimentada na proteção no bem de raiz, mas pulverizada em valores mobiliários, portanto, representada por bens desmaterializados e de simples transmissão.

A histórica posição de supremacia da propriedade imóvel firmou-se no período medieval, especialmente após o desenvolvimento das cidades. No período medieval as cidades desenvolvem-se ao redor dos feudos, como meio de proteção mútua e como meio de associação e cooperação. Os burgos nascem pela busca de um local estável em que as pessoas possam se estabelecer e viver com razoável segurança. Somente no período moderno com o desenvolvimento social e econômico é possível observar a formação de uma administração municipal e de uma classe burguesa que fornecerá um novo modelo social, econômico e jurídico. Neste período de transição do período medieval para o moderno, o crescimento do consumo e o acesso aos novos mundos, especialmente ante ao extraordinário desenvolvimento da navegação portuguesa, por meio da escola de Sagres, tornou possível o acesso

Direito Privado. Uma Perspectiva de Direito Comparado, Coimbra, Livraria Almedina, 2007, p. 216). O legislador do século XX não teve vinculação aos direitos fundamentais como meio de limitação e proteção dos direitos subjetivos frente ao Estado, o que refletia a ausência de uma jurisdição constitucional efetiva. Sobre as dificuldades nas implicações da unidade (*Die Einheit*) e da ordenação (*Die Ordnung*) na formulação de um sistema jurídico (Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p. 12 e ss).

⁷⁶ Os direitos fundamentais e direitos humanos são expressões que não se confundem, pois os direitos humanos são direitos fundamentais, mas positivados no Direito Internacional, enquanto os direitos fundamentais são internos e reconhecidos pela opção valorativa de cada sistema jurídico. Com precisão, como bem distingue José Miguel Garcia Medina (*Comentários à Constituição Federal*, art. 5º, São Paulo, Ed. RT, 2012, p. 47).

⁷⁷ A Constituição de Weimar refletiu um processo de evolução dos direitos fundamentais com inspiração liberal derivada da Revolução Liberal de 1848 na Alemanha e da *Paulskirchenverfassung*, cujo texto foi aprovado em Frankfurt, na Igreja de São Paulo. Sobre o tema: Schlaich/Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung. Verfahren. Entscheidungen*, 7. ed., Munique, C. H. Beck, 2007, p. 2-3. Vide ainda, Kloepfer com comentários sobre a Constituição do Reich (*Reichsverfassung*) de 1871, *Verfassungsrecht*, I, p. 53.

à Índia pelo Ocidente, por meio do contorno ao Cabo da Boa Esperança, cuja tarefa foi empreendida por Vasco da Gama, no ano de 1499. Outro grande navegador português, Pedro Álvares Cabral seria responsável por outro grande feito, a descoberta do Brasil, no ano de 1500. A expansão geográfica propiciou novos horizontes e fontes de abastecimento para o continente europeu.

O período moderno não se acomodou a esta distinção, em vista da atomização do direito de propriedade com o consequente desenvolvimento do direito societário. Os bens móveis representados, dentre outros, por ações, títulos ao portador, letras de câmbio, letras hipotecárias assumiram papel crescente com a revolução industrial, como a multiplicação dos títulos de crédito e a atomização da propriedade pela criação dos valores mobiliários. A possibilidade de fracionamento da propriedade por meio do mercado de capitais propiciou um novo mecanismo de captação de recursos às empresas e, assim, de financiar a atividade industrial. O que antes exigia grandes somas de empréstimos para alavancar novas atividades passou a contar com a participação de sócios para fomentar as atividades desenvolvidas em larga escala.⁷⁸⁻⁷⁹ Este novo cenário que aparece após a revolução industrial se tornou paradoxal pela rigidez cada vez maior quanto à proteção do direito de propriedade. Isto se explica pela necessidade de fortalecer o produto da acumulação. Afinal, o poder econômico da burguesia tornou-se a principal arma de guerra e fonte de poder político num regime marcado pela busca irrestrita e desenfreada de acumulação de riquezas. Daí o motivo do direito de propriedade ser considerado um direito inviolável, sacrossanto, ante a dicção do Art. 544 do Código Napoleônico,⁸⁰ o que foi confirmado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, junto ao Art. 17.⁸¹

⁷⁸ Sobre a distinção entre os títulos de créditos e os valores mobiliários, Fabio Konder Comparato, *Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, p. 16-25.

⁷⁹ “O aparecimento e a surpreendente difusão dos títulos de massa, inicialmente através das ações de emissão das sociedades anônimas, logo encontrando respaldo nas negociações nas bolsas, seguidas de outras obrigações por ela emitidas, além dos chamados títulos públicos de emissão governamental, e, ainda, a difusão no mercado dos títulos cambiais pelo desconto no banco, trouxeram à baila uma nova realidade no mundo, até então restrito às negociações com os títulos cambiários, limitados aos particulares nas feiras e mercados e aos poucos se expandindo” (Waldirio Bulgarelli, *Títulos de Crédito*, p. 81).

⁸⁰ *In*: verbis: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.”

⁸¹ A filosofia que marcou a fase do individualismo, e a consagração da propriedade como direito absoluto, levou Leon Duguit a definir o Código de 1804 como *Le Code de la Propriété* (Manuel de Droit Constitutionnel, p. 293). Este ilustre constitucionalista captou, com grande maestria, o espírito do legislador revolucionário, que não estava preocupado com o papel social da propriedade e sua importância para o bem-estar comum, mas apenas nos benefícios que ela acarretaria ao seu titular, em suas palavras “c’est-à-dire au point de vue des conséquences

A importância dos valores mobiliários trouxe a necessidade de aperfeiçoamento da legislação societária e o desenvolvimento de mecanismo para a proteção do terceiro de boa-fé dentro do direito comercial em vista da importância crescente exponencial do comércio jurídico e da necessidade de proteção do tráfico negocial (*Rechtsverkehr*).⁸²

O papel dos valores mobiliários, como representação jurídica da propriedade societária demonstra o novo papel da propriedade móvel e sua influência sobre a ordem social e econômica. O princípio da conservação da empresa é nada mais do que o reflexo da proteção da propriedade aplicada ao fomento social. O papel da empresa e do empresário no cenário atual é indiscutível na organização, política, econômica e social de um país.

Luiz Edson Fachin consigna:

De há muito não mais basta somente elencar princípios constitucionais (importantes tanto na ordem econômica, quanto nos direitos fundamentais e cidadania); cumpre agora, mais do que antes, dar-lhes sentidos e fins. O presente texto, na conclusão, reconhece como relevante problematizar afirmação corrente segundo a qual o governo jurídico dos princípios jurídicos contribui de modo indelével para a regulação social inclusiva e emancipatória.⁸³

Na fase atual percebe-se um avanço ainda maior que põe em discussão o conteúdo da tutela oferecida pelo Art. 5º XXII da CF/88 em relação a propriedade imobiliária. A propriedade é garantida como direito fundamental o que consiste em ponto incontroverso dentro do sistema jurídico. Como já lembrado, o seu conteúdo é compatibilizado com a função social o que reduz o caráter absoluto do poder de disposição em determinadas situações (usucapião, desapropriação, ocupação pelo poder público). O desafio do século XXI vai além e reside em discutir a garantia da *titularidade do direito de propriedade*. O direito de propriedade merece proteção irrestrita ao titular do domínio ou permite sua flexibilização em homenagem ao terceiro de boa-fé? Esta é a pergunta que o sistema jurídico terá que responder e da qual dependerá a segurança da integração econômica dos diversos sistemas jurídicos que compõem a economia globalizada. A resposta a esta pergunta

qu'elle (a propriedade - inserção nossa) entraîne, des bénéfices qu'elle assure à son titulaire, et non point en philosophes, en économistes au point de vue de son fondement et de son rôle social" (Manuel de Droit Constitutionnel, p. 294).

⁸² O banco de São Jorge, em Génova, criado em 1407 e que operou até 1805 representaria o marco embrionário das sociedades por ações.

⁸³ FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: Sentidos, Transformações e Fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 185.

não toca no conteúdo do direito de propriedade, mas no primeiro elemento da relação jurídica: *o sujeito de direito*.

2 A BUSCA PELA SEGURANÇA JURÍDICA

A sociedade moderna procura obter do sistema jurídico o que ele pode conferir de melhor: *segurança jurídica*.⁸⁴ Nesta tarefa de buscar os valores que informam o ordenamento jurídico com o fim de obter a unidade do sistema, a proteção ao terceiro de boa-fé se revela fundamental. A procura dos valores fundamentais que informam a ordem jurídica no campo do direito material ou processual exige a leitura e compreensão da base em que se radica a Constituição. A Carta Magna informa os valores que devem orientar a formação dos textos infraconstitucionais e sua interpretação é renovada pela jurisprudência da Corte Constitucional que traça os parâmetros para a interpretação dos Direitos Fundamentais. A influência da Constituição é marcante e reflete um autêntico fenômeno de constitucionalização das normas do direito privado.⁸⁵

No campo do direito privado, a *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais não pode mais ser ignorada. A questão ganhou grande rendimento com o polêmico julgamento do caso Lüth. Pela primeira vez a Corte Constitucional Alemã admitiu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com discussão sobre a possibilidade de sua irradiação em relação aos terceiros, nas relações privadas (*Drittwirkung*).⁸⁶ Até então a construção da proteção dos direitos fundamentais estava sedimentada na relação Estado-cidadão (*Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat*) que marcava a eficácia vertical dos direitos fundamentais.⁸⁷ Por meio desta noção, a relação de superioridade do Estado em relação ao cidadão (princípio da supremacia do interesse público sobre o particular) seria resguardada pela proteção vertical e imediata dos direitos fundamentais.

Não se está aqui a defender a aplicação da eficácia horizontal sobre o direito privado de modo imediato ao terceiro, mas unicamente apontando-se para a importância da questão e a necessidade de conformação do direito privado

⁸⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Lisboa: Almedina, 2006, p. 18.

⁸⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Lisboa: Almedina, 2006, p. 20.

⁸⁶ Vide a excelente crítica de Canaris sobre a utilização da eficácia da irradiação na decisão histórica (Bverf, 7, 198-230). O ilustre civilista diferencia com propriedade a distinção entre a eficácia imediata e a vigência imediata dos direitos fundamentais que provocam consequências absolutamente distintas e que não são observadas na nomenclatura jurídica. Isto é comum no Direito Brasileiro em que a expressão *Drittwirkung* é tomada como sinônima para ambas as situações em grande parte dos manuais e cursos de direito constitucional.

⁸⁷ ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTENBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht (Direito Constitucional Alemão)*. München, Verlag C. H. Beck, 2008, p. 177.

à ordem Constitucional.⁸⁸ O direito brasileiro conheceu muito cedo a incidência horizontal dos direitos fundamentais em virtude do grande tempo de defasagem da legislação pátria. O primeiro CCB entrou em vigência no ano de 1916 e sofreu sua grande reforma apenas no século XXI com a aprovação do CCB de 2002. A elaboração e promulgação tardia da primeira codificação brasileira poderia ter sido motivo de grande vantagem, pois neste período o mundo ocidental já contava com o monumental BGB que foi promulgado em 1896 e que contou com longa *vacatio legis* e que entrou em vigência apenas no ano de 1900.⁸⁹

Como informa a melhor doutrina, o BGB é fruto de uma codificação tardia e representativa da terceira sistemática.⁹⁰ A poderosa influência do BGB sobre o direito brasileiro, no que tange à proteção do terceiro, assume peculiar posição no regime da proteção da propriedade móvel pela boa-fé. Neste ponto peculiar há uma relação direta com a contribuição francesa pela regra de Bourjon, mas sem descurar da influência da *Gewere* de onde provém a regra de garantia da transmissão dos bens móveis (*Hand muss Hand wahren*), ou mesmo da boa-fé incentivada pelo direito inglês na realização de feiras públicas (*open market*). Esta conjunção informa um regime peculiar que iria determinar a mudança de postura do direito brasileiro, conforme leitura do Art. 1268 do CCB, mas em relação aos *bens móveis*. Até o ano de 2002 é possível afirmar que o direito brasileiro ainda era absolutamente anacrônico ao permitir a reivindicação dos bens móveis.⁹¹

No regime da propriedade imóvel, em que as relações jurídicas são marcadas por maior, o legislador sequer cogitou da possibilidade de proteção efetiva ao terceiro de boa-fé mantendo-se a regra da reivindicação plena nos moldes do Art. 1247, parágrafo único do CCB. Esta regra somente poderia sofrer alguma atenuação quando outro instituto jurídico alcançasse consumação e que pode ser visualizada na figura da usucapião especial do Art. 1242, parágrafo único.

Esta concepção demonstra a importância e força do direito de propriedade no sistema jurídico brasileiro. Não é lícito procurar estabelecer uma gradação entre os direitos com o fim de estabelecer classificação quanto a maior ou menor importância. Uma prova desta afirmação é a tutela conferida aos direitos da

⁸⁸ Sobre a eficácia imediata e mediata dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, Canaris, Direitos Fundamentais e Direito Privado, p. 54.

⁸⁹ O avanço do diploma alemão para a época pode ser visualizado na discussão do projeto do BGB, com a separação clara entre o regime público e privado, in, *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerliches Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, t. I, p. 2-14.

⁹⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *A Posse: Perspectivas Dogmáticas e Actuais*. 3. ed. atual. Lisboa: Almedina, 2000, p. 72.

⁹¹ Esta era a solução do Código de 1916 para a solução da titularidade em relação aos bens móveis, conforme redação do: “Feita por quem não seja proprietário, a tradição não alheia a propriedade grifo nosso). Mas, se o adquirente, estiver de boa fé, e o alienante adquirir depois o domínio, considerar-se revalidada a transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento do seu ato”.

personalidade que ocupam uma posição de destaque pelo conteúdo sensível que está relacionado diretamente à essência da pessoa e sua dignidade. No entanto, não é menos importante o regramento dos direitos reais, pois a subsistência do ser humano depende da fruição de bens, o que justifica a proteção jurídica absoluta conferida pelo sistema constitucional e infraconstitucional.

Um dos pontos de maior polêmica reside em definir a relação de interação entre a pessoa e a coisa.⁹² Nos direitos reais e na sociedade civilizada esta interação é regrada por normas que disciplinam as formas de aquisição, conservação e extinção da propriedade. Ainda que fosse desejável que todas as relações de interação entre a pessoa e a coisa pudessem ser materializadas por títulos jurídicos que garantissem segurança e transparência nas relações sociais, o modelo ideal ainda estaria longe.

A comprovação desta afirmação pode ser demonstrada pela tutela da posse. Apesar da posse configurar uma relação fática, a proteção atual conferida pelo sistema a equipara à propriedade. Se isto pode parecer incompreensível para o jurista europeu, não o é para o jurista brasileiro. A sedimentação da posse no sistema brasileiro por meio de precedentes (Art. 927 CPC) foi fundamental para trazer segurança jurídica e previsibilidade nas transações econômicas.

No Brasil, o STJ sedimentou proteção poderosa por meio da Súmula 84: *É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.*

Esta solução jurisprudencial foi necessária porque a realidade social e econômica do país não permite solução similar ao modelo alemão que já contava com centenas de estudos sobre a legislação codificada no ano de 1900.⁹³

O Código Civil Alemão construiu o sistema de transmissão da propriedade dentro de um regime diverso daquele que marcou o direito romano. A doutrina procura diferenciar os sistemas de transmissão da propriedade em três grupos: a) *sistemas puramente causais* (proeminência do título); b) *sistemas modais* (proeminência do modo) e c) *sistemas mistos* (combinação do título e modo) para a aquisição da propriedade.⁹⁴ O sistema alemão se afastou do modelo

⁹² Sobre as possíveis teorias que explicam a relação jurídica real, Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, 213 -260. Vide ainda o interessante trabalho de Rigaud, *Le Droit Réel – Histoire et Theories*, especialmente p. 113 e ss.

⁹³ Como alerta Pontes de Miranda (*Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, p. 64), em estudo sobre a evolução do direito civil pátrio, no período da pré-codificação, “Não chegaram a quinze os bons volumes brasileiros sobre o direito civil, publicados antes do Código”. A consulta a este autor é importante pela bela síntese que realiza da formação do direito lusitano e brasileiro, no período que antecede não apenas a codificação brasileira, mas portuguesa.

⁹⁴ A que Orlando de Carvalho denomina: sistema do título e do modo, o sistema do modo e o

romano e optou pelo *sistema modo*, no qual o registro de imóveis assume caráter constitutivo⁹⁵ E neste sistema adotou-se modelo que somente é conhecido no direito brasileiro para os bens móveis, especificamente para os títulos de crédito, representado pelo *princípio da abstração* ou da *separação (Trennungsprinzip)*.⁹⁶

O direito brasileiro construiu um modelo *sui generis* permitindo a estabilização da posse ao lado da propriedade. E foi além ao dar preferência ao possuidor de boa-fé ainda que fosse necessário contrapor a formação de um direito real legítimo. Esta evolução pode ser observada pela construção da súmula 308 do STJ: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.” Este precedente é polêmico e de duvidoso acerto ao estabelecer uma hipótese ampla e irrestrita de defesa da posse. A súmula 308 do STJ representou a morte civil do instituto da hipoteca no direito brasileiro, o que não é compreendido nos sistemas europeus, no qual o direito real (eficácia erga omnes) prevalece sobre o direito pessoal (eficácia *inter partes* do compromisso de compra e venda).⁹⁷

Acontece que a segurança jurídica que corresponde ao bem jurídico e que radica a noção de sistema é extremamente enfraquecido por esta opção. Afinal, o titular de um compromisso de compra e venda que não registra seu bem imóvel e oculta propositadamente o seu patrimônio merece proteção efetiva do sistema jurídico? Não seria uma violação da cláusula geral da boa-fé? O confronto entre o compromitente comprador (possuidor direto) com o terceiro adquirente que confiou no registro merece solução pela prevalência da aplicação da Súmula 84 do STJ? Deveria ser garantida a posição do comprador que confiou no registro de propriedade, nos termos do Art. 1245 do CCB? O mesmo questionamento pode ser transportado para o regime de aquisição da

sistema do título (*Direito das Coisas*, p. 197).

⁹⁵ JARDIM, Mônica Vanderleia Alves de Sousa. *Efeitos Substantivos do Registro Predial – Terceiros para Efeitos de Registro*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 51.

⁹⁶ O princípio da separação é explicado de modo didático por Baur (*Sachenrecht*, §5º, 40, p. 48) que se utiliza de um exemplo da compra e venda de um livro. De acordo com o jurista, na maioria das vezes, não nos damos conta de que no ato de aquisição de um único exemplar defrontamo-nos com duas operações sucessivas marcadas pelo contrato de compra e venda (*Kaufvertrag*) e pelo acordo de transmissão do bem móvel (*Übereignung*). O fato passa despercebido porque na maioria das vezes os atos são simultâneos. Todavia, quando existe um espaço de tempo (*Zwischenraum*) que medeia entre o ato obrigacional e a entrega da coisa esta percepção é mais simples. Seria a hipótese em que o livreiro necessita encomendar primeiramente o livro para realizar a sua entrega em aproximadamente uma semana. Para esta hipótese, o ato de entrega e o ato de aquisição possuem um lapso temporal diverso e que permite esta compreensão do mecanismo de funcionamento do direito alemão.

⁹⁷ Em nosso sistema o compromisso de compra e venda registrado assume natureza de direito real quando registrado (Art. 1225, VII CCB), a proteção conferida pela súmula 84 do STJ independe do registro.

propriedade em hasta pública. O novo CPC tutela expressamente a aquisição do terceiro arrematante, nos termos do Art. 903:

Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, *a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretroatável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos (grifo nosso).*

A solução processual é altamente elogiável e representa a valorização da boa-fé objetiva na seara processual, na medida em que fortalece a aquisição derivada oriunda da venda judicial. Entretanto, esta consolidação da propriedade ao terceiro arrematante de boa-fé ficaria imune à aplicação da Súmula 84 do STJ? O que dizer quando o terceiro se apresenta e defende sua posse de boa-fé confrontando o título de propriedade formado pela consolidação da arrematação. A questão é interessante porque revela um conflito entre situações legítimas de boa-fé: *a boa-fé do arrematante versus a boa-fé do possuidor.*

A estas questões a doutrina e a jurisprudência brasileira não tem dedicado a atenção adequada. E como afirmado no início deste ensaio, a Constituição protege o núcleo essencial do direito de propriedade, mas cabe ao operador do direito sedimentar a sua concretização quanto aos fundamentos da relação jurídico-real (sujeito, objeto e forma).

A proteção irrestrita da posse funda-se em uma visão de hipossuficiência do possuidor. A Súmula 84 do STJ acaba por mudar paradigma básico do sistema jurídico brasileiro ao transformar *a posse de boa-fé em instituto de maior rendimento do que a propriedade*. A posse, a princípio, estaria imune ao direito de seqüela e à eficácia *erga omnes* do direito real.

O direito de propriedade brasileiro, ao contrário do direito português, é fortemente influenciado por questões sociais e conflitos possessórios coletivos que atingem a base de proteção da propriedade, o que provoca um grande impacto sobre a construção dos institutos jurídicos. A súmula 84 do STJ reflete o fortalecimento da posse em um sistema jurídico marcado pela informalidade no regime de transmissão econômica dos bens. Fatores culturais e sociais influenciam nesta fórmula que acaba conferindo importância destacada para o contrato preliminar. Um exemplo desta afirmação reside na proteção conferida aos contratos de adesão firmados por particulares com incorporadoras. A necessidade da moradia e a proteção constitucional ao patrimônio mínimo fortalecem a posição do comprometente possuidor ao ponto de sublimar a boa-fé subjetiva. É o que fundamenta a formação da Súmula 308 do STJ.

Em vista do que foi exposto cabe agora discutir o novo ponto de maturação do direito de propriedade no sistema brasileiro, o qual está apoiado essencialmente na posição de boa-fé do terceiro adquirente e que deriva da leitura do Art. 54, parágrafo único da Lei 13.097/95.

3 A EVOLUÇÃO NA PROTEÇÃO DO TERCEIRO DE BOA-FÉ PELA ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE IMPLÍCITA

Em vista do que foi exposto cabe agora discutir o novo ponto de maturação do direito de propriedade no sistema brasileiro, o qual está apoiado essencialmente na posição de boa-fé do terceiro adquirente e que deriva da leitura do Art. 54, parágrafo único da Lei 13.097/95.

Até o presente momento foi possível concluir que o sistema brasileiro se apoia na proteção constitucional da propriedade como meio de garantir a existência digna do seu titular e relativiza o seu modo de formação. A relação jurídica real, em face do sistema jurisprudencial brasileiro foi suavizada para permitir que a posse de boa-fé possa servir de suporte fático para a estabilização da posição jurídica do seu titular. A utilização dos embargos de terceiro e a proteção da posse como autêntico direito real representa uma *adoção implícita do princípio da consensualidade no direito brasileiro*. A posse representaria a demonstração da formação e consumação do vínculo contratual, o que seria fato jurídico suficiente para legitimar o direito de apropriação e estabilizar a posição jurídica do terceiro de boa-fé, a qual resta inatacável. Este resultado pode ser dessumido pela nova redação do Art. 674 do CPC que permite a utilização dos embargos de terceiro pelo possuidor, proprietário e proprietário fiduciário. O modelo processual estabelece uma equiparação de força entre a proteção da posse e da propriedade.

Esta proteção da posse ao ponto de configurar um direito real anômalo, sem previsão típica (Art. 1225 CCB), mas jurisprudencial, foi retratada de modo claro na formação da súmula 92 do STJ. Entretanto, o STJ já sinaliza que o compromisso de compra e venda é considerado justo título para fins de instruir o pedido de usucapião ordinário. Sabe-se que o justo título sempre foi representado pelo documento hábil para a transferência da propriedade (carta de arrematação, escritura pública). Este entendimento acabou sendo fortalecido após a súmula 239 do STJ que eliminou a necessidade do registro do compromisso para fins do exercício da pretensão judicial de adjudicação compulsória.⁹⁸

⁹⁸ Neste sentido, STJ: “O instrumento de promessa de compra e venda insere-se na categoria de justo título apto a ensejar a declaração de usucapião ordinária (grifo nosso). Vide, REsp 941.464/SC, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, 4ª T., julgado em 24/04/2012, DJe 29/06/2012.

4 O FORTALECIMENTO DA BOA-FÉ PELA LEI 13.097/2015 E A MUDANÇA DE PARADIGMA DO CCB SOB A LUZ DA CF

O registro de imóveis é uma inegável conquista moderna fruto da contribuição francesa e alemã. O estudo do registro é comumente realizado sob perspectiva de proteção do proprietário (Art. 1245 CCB). O panorama atual não permite mais esta restrição pela leitura da Lei 13.097/2015. Este importante diploma insere o princípio da concentração no direito brasileiro e adota posição de proteção forte ao terceiro de boa-fé como meio de acomodar a função social com a função econômica a favor de quem confia no sistema jurídico.

O sistema brasileiro sempre foi causal e o registro nunca ofereceu proteção absoluta. Não existia qualquer correlação do direito brasileiro com a aplicação do §892 BGB. Se alguma discussão ainda foi possível perante o Art. 859 do CCB de 1916, o diploma civil de 2002 sequer repetiu a regra de presunção do registro. A presunção relativa ainda poderia ser intuída pela combinação dos Arts. 1245 e 1247, *caput* e parágrafo único do CCB. A legislação nacional sempre aderiu ao modelo romano de proteção aos bens imóveis e o CCB nunca propiciou uma luz de aproximação com o sistema alemão, em vista da inexistência de proteção absoluta conferida pelo registro.⁹⁹

Além de exigir a combinação do título e do modo, como meio de consumir a aquisição da propriedade, o direito brasileiro sempre permitiu que o registro tivesse que ser invalidado, mesmo após o registro do ato de aquisição. Não havia proteção similar à oferecida pelo direito português, ou mesmo pelo direito italiano, e muito menos, na plenitude conferida pelo direito alemão.

A pretensão de anulação ou nulidade voltada para o negócio jurídico que embasa o registro permitiria o pedido de nulidade do título e a cumulação com a reivindicação da propriedade. A redação do Art. 1247 do CCB não permitiria outra interpretação: “Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule”.

Como o registro poderia ser anulado ou cancelado, o sistema brasileiro deveria trazer algum mecanismo para sanar o vício do registro quando presente um terceiro de boa-fé. A solução adotada pelo direito brasileiro era radical. E neste aspecto muito mais severo do que a previsão legal do Art. 291 do CCP que permite um diálogo das fontes (*Dialog der Quellen*) com os Arts. 5º e 17º do CRP. No direito brasileiro isto seria impensável. O Art. 1247, parágrafo único, já citado, é expresso: “Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente”.

⁹⁹ Na vigência do CCB de 1916 o STF foi chamada a se manifestar sobre a interpretação do art. 859. A tese da presunção absoluta foi rechaçada: “essa presunção não é absoluta e indiscutível, constitui uma presunção *iuris tantum* (art. 859) que poderá ser destruída por ação anulatória” (RE 16.454, Rel. Min. Luis Gallotti, 03/04/1950).

O dispositivo legal afastava a boa-fé como fonte merecedora de proteção, ainda que o terceiro demonstrasse sua posição ética. Mesmo que o terceiro demonstre que a aquisição não é proveniente de terceiro, mas tem causa no próprio título originário do alienante, que procura o cancelamento do registro, a proteção, em tese, estaria afastada. Percebe-se como o CCB foi mais radical na proteção ao direito de propriedade do que em relação aos sistemas estrangeiros. E o mais surpreendente é que no direito brasileiro o registro de imóveis assume natureza constitutiva, contudo, esta constituição estaria assegurada, em um primeiro momento, apenas ao *versus dominus* (Art. 1245 CCB), e num segundo momento, ao adquirente por usucapião (Art. 1242, parágrafo único). Em outras palavras, ter-se-ia um sistema registral constitutivo que na prática se revela declarativo quando se trata da tutela do terceiro de boa-fé. O sistema português, ao contrário, possui um sistema registral declarativo, mas que permitiria uma proteção excepcional ao terceiro de boa-fé, o que na prática lhe confere natureza constitutiva (Art. 5º, nº 1 e 17º nº 4 do CRP).

Todo este cenário muda com a redação do já citado Art. 54, parágrafo único da Lei nº 13.097/2015, cujo teor merece transcrição,

Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel (grifo nosso), ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

A leitura do texto não permite outra interpretação. O direito brasileiro vira uma nova página no capítulo dos direitos reais por meio desta importantíssima alteração que ainda não mereceu o tratamento adequado, uma vez que sua inserção, assistemática, no corpo da Lei nº 13.097/2015, não lhe confere o destaque merecido.

Pela nova lei, as situações jurídicas retratadas perante o registro de imóveis ganham proteção efetiva, mesmo existindo situação de *evicção*. Deste modo, se a propriedade não for transferida pelo titular do domínio e o terceiro estiver de boa-fé, não existirá mais a possibilidade de aplicação do Art. 1247, parágrafo único, o qual não encontra aplicação perante a redação do Art. 54, parágrafo único da Lei 13/097/2015.

Os contornos para a construção da boa-fé subjetiva ética são mais simples no período atual. No direito brasileiro a transmissão da propriedade imóvel acima de determinado valor (Art. 108 CCB) exigirá documento elaborado exclusivamente pelo notário e representado pela escritura pública (Lei nº 7433/85). Isto elimina, quase que por completo, a possibilidade de erro na transmissão. Os documentos essenciais sobre o imóvel e sobre a pessoa do

alienante (certidões) são de verificação obrigatória. Este é o motivo que reforça a necessidade de proteção ao terceiro de boa-fé que confia na publicidade e na fé pública registral. É lícito afirmar que o direito brasileiro passa a contar com o princípio da proteção efetiva da fé pública. O terceiro não merecerá guarida apenas quando estiver de má-fé, ou quando a lei afastar expressamente esta proteção, como na hipótese dos Arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101/05.¹⁰⁰

Na contraposição entre a aquisição *a non domino* e a usucapião, não há que se falar na proteção ao terceiro de boa-fé. A usucapião corresponde a uma solução forte do sistema e que visa proteger a posse prolongada e não a posse instantânea. A usucapião se forma independentemente do registro e reside em modo originário de aquisição de propriedade que origina pretensão publiciana para o seu titular. Esta é a razão pela qual a parte final, do Art. 54, parágrafo único da Lei 13.097/2015, ressalva a proteção ao terceiro em relação as formas de aquisição e extinção da propriedade que não dependem do registro.

A Lei 13.097/2015 acabou inserindo modificações importantes para o sistema registral. Nela destaca-se a previsão do princípio da concentração e da aquisição *a non domino* pelo terceiro de boa-fé. As alterações provocadas pela redação do Art. 54, I a IV e seu parágrafo único, mostram, sem dúvida, uma das maiores alterações ocorridas no sistema civil desde a promulgação do CCB de 2002. A alteração ainda passa despercebida quanto à sua real importância e seus efeitos. Sua leitura exige uma nova interpretação dos Arts. 1245 e 1247, parágrafo único do CCB. Por meio dos Arts. 54 e 55 da Lei nº 13.097/2015 o direito brasileiro ruma, nitidamente, para uma proteção similar à fornecida pelo sistema alemão conforme leitura do § 892 do BGB.¹⁰¹

O Art. 54, parágrafo único da Lei nº 13.097/2015 e o Art. 1245 do CCB permitem que os dispositivos do Art. 291 do Código Civil Português e do Art. 17 do Código de Registro de Portugal possam iluminar a construção do modelo brasileiro. O sistema jurídico pátrio passa a conferir uma proteção que ultrapassa a figura do Art. 1242, parágrafo único do CCB.

O fato mais curioso é que a proteção conferida pelo Art. 54, parágrafo único pode ser estudada, quanto à origem legislativa, com o foco voltado para o Art. 2652, n.º 6 do Código Civil Italiano.¹⁰² Este dispositivo possui elementos

¹⁰⁰ ARAÚJO, Fabio Caldas de. Princípio da Concentração (Dimensão Material e Processual). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 321, no prelo.

¹⁰¹ ARAÚJO, Fabio Caldas de. Princípio da Concentração (Dimensão Material e Processual). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 323, no prelo.

¹⁰² *In: verbis: "le domande dirette a far dichiarare la nullità [1422] o a far pronunziare l'annullamento [1425, 1445] di atti soggetti a trascrizione e le domande dirette a impugnare la validità della trascrizione [2665, 2675].*

Se la domanda è trascritta dopo cinque anni dalla data della trascrizione dell'atto impugnato, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi di buona fede

de influência sobre o nascimento do Art. 291 do CCP e do Art. 1242, parágrafo único do CCB. E por mais que a aquisição *a non domino* pela via do registro esteja configurada pelo Art. 54, parágrafo único da Lei 13.097/2015, não foram estabelecidos requisitos específicos para a consumação da posição do terceiro de boa-fé, com base no registro. Entende-se que este parâmetro há de ser fixado pela jurisprudência na construção do *standard* a ser obedecido no caso concreto. Os elementos apontados pelo direito alemão quanto à construção da boa-fé para fins do §932 do BGB representam certamente uma fonte de orientação para a leitura sobre a boa-fé do terceiro adquirente.

O Art. 2652, n.º 6 da lei civil italiana, em sua primeira leitura, parece harmonizar-se com a modalidade da usucapião abreviada do Art. 1242, parágrafo único do CCB. Todavia, esta aproximação é equivocada. No direito italiano, o dispositivo já havia sido criticado na sua forma de redação, porque foi copiado da legislação austríaca. A solução adotada pelo direito brasileiro, até antes da Lei nº 13.097/2015, foi linear e forte. Ao inserir a previsão do Art. 1242, parágrafo único no CCB de 2002, o legislador criou um tipo diferenciado para fins de usucapião. E com sua alocação na usucapião é possível afirmar que o direito brasileiro havia assumido uma posição ainda mais radical do que a do ordenamento português. Esta conclusão advém da conexão entre o Art. 1245 conjugada com a do Art. 1247, parágrafo único do CCB.

Esta questão assumiria maior complexidade. À primeira vista, havia uma tendência natural de transportar para o Art. 1242, parágrafo único, para a figura do Art. 2562, nº 6 do CCI. Esta transposição deveria ser evitada. É possível que seja colhida uma tênue influência quanto ao prazo e escopo de proteção do terceiro, porém, o dispositivo do Art. 2652, nº 6 nasce de uma necessidade de proteção específica da publicidade originada pelo ato de transcrição. Até o advento do Art. 54, parágrafo único da Lei 13.097/2015 esta proteção era inexistente. Até então, o Art. 1245 e 1247, parágrafo único do CCB não permitiam proteção ao terceiro de boa-fé pela existência do registro. A evicção permitiria o ajuizamento de ação de nulidade do registro cumulando-a com pretensão de reivindicação do bem imóvel.

O Art. 2652, nº 6 do CCI nunca revelou uma hipótese de usucapião. Aliás, no próprio direito italiano existe a previsão específica de usucapião ordinária, como modalidade de usucapião abreviada (*usucapione abbreviata*).¹⁰³ Isto

in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda. Se però la domanda è diretta a far pronunciare l'annullamento per una causa diversa dall'incapacità legale la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda, anche se questa è stata trascritta prima che siano decorsi cinque anni dalla data della trascrizione dell'atto impugnato, purché in questo caso i terzi abbiano acquistato a titolo oneroso [1445; disp. att. 227].

¹⁰³ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile (La Proprietà)*, v. VI. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999, p. 820.

exige que as figuras sejam extremadas para que eventual confusão não seja realizada. Esta diferenciação é perfeitamente possível no direito italiano e deve ser transportada para o ordenamento brasileiro. A explicação é simples. No direito brasileiro não havia qualquer previsão, seja na LRP ou mesmo no CCB de proteção para o terceiro que confiou no registro. A inexistência de mecanismos de proteção para o terceiro com base na verdade registral. Logo, nada mais natural que toda a proteção fosse canalizada para a usucapião abreviada, pois o registro de uma alienação onerosa e com boa-fé seriam causas para diminuição sensível do prazo da usucapião. Esta situação era paradoxal, pois apesar do sistema brasileiro trabalhar com um registro público de natureza constitutiva, a proteção concedida ao terceiro de boa-fé era débil.

O sistema italiano possui um mecanismo diferenciado pelo fato de regular de modo minucioso, no Código Civil, as disposições referentes à transcrição da propriedade para fins de publicidade (Arts. 2643 a 2696 do CCI). O Art. 2652, nº. 6 não retrata hipótese de usucapião. O dispositivo prevê prazo específico para o registro da ação de impugnação ao registro, no prazo de 5 anos, do título proveniente do alienante. Não há menção nenhuma no dispositivo de qualquer combinação envolvendo: *posse* e *tempo*. O terceiro de boa-fé consolida sua posição jurídica de modo absoluto, não pelo exercício de posse mansa e pacífica, mas por contar com um título transcrito, de modo oneroso, cuja causa primária não tenha sido atacada em até 5 anos. A aproximação entre a figura da aquisição *a non domino* imediata prevista pelo Art. 2652, nº 6, e a usucapião tabular ordinária, foi alvo de confusão no próprio direito italiano.¹⁰⁴

Esta confusão não é mais possível sequer no ordenamento brasileiro. A Lei nº 13.097/2015 muda radicalmente o cenário da aquisição da propriedade no direito brasileiro. Se até o ano de 2015 o direito brasileiro não contava com qualquer dispositivo para a proteção efetiva do terceiro de boa-fé, que confiasse na publicidade do registro de imóveis, o cenário agora é diverso. O direito brasileiro, por meio do parágrafo único do Art. 54 da Lei nº 13.097/2015 mira, de modo claro, para o ordenamento alemão, com opção expressa pela proteção ao terceiro de boa-fé na circulação econômica dos bens imóveis. A proteção conferida pela usucapião ordinária especial do Art. 1242, parágrafo único, deixa de ser a única alternativa viável para a consolidação da posição jurídica do terceiro.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Como confessa Mengoni, *Gli Acquisti a non domino*, p. 302. Segundo o mesmo autor fala-se em uma função sanante da publicidade, ainda que relativa.

¹⁰⁵ ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Princípio da Concentração* (Dimensão Material e Processual). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 324, no prelo.

5 A CONCENTRAÇÃO E O RENDIMENTO MÁXIMO DA PROPRIEDADE SOB A LUZ DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO (ART. 5º, LXVIII)

Como bem lembra Hedemann (1924), os ordenamentos modernos não desconhecem que o proprietário poderá ser surpreendido por uma derrota no juízo possessório quando não consiga demonstrar a existência da posse, mas apenas do domínio. Esta é uma consequência natural da separação entre o juízo petitário e possessório (*petitorium y possessorium*).¹⁰⁶ Esta separação tem fundamento no direito romano e não se coaduna com a proteção constitucional conferida pelo Art. 5º, XXI e 170, II da CF/88.

Esta separação entre o juízo possessório e petitário ainda encontra guarida no Art. 557 do CPC. Ambas as pretensões se chocam, o que exige uma solução do sistema para racionalizar a disputa sobre os bens móveis e imóveis.

A propriedade é marcada pela presença do título, cujo fato provoca uma reação natural do proprietário que busca a proteção do bem que lhe está afetado, inclusive com o uso da força. Este é um dos motivos que provoca a necessidade de separação entre o juízo possessório e petitário. Há uma tendência do proprietário justificar, de modo ilimitado, o seu poder de interferência sobre o uso de bem atribuído *temporariamente para terceiro* (auf Zeit), com base no título dominial.

A separação entre o tratamento da posse e da propriedade ainda levaria em consideração uma relação de hipossuficiência do possuidor, o que é assinalado pela doutrina alemã como fator de limitação para a alegação do domínio. Deste modo, a proteção processual possessória (*Possessorischer Besitzschutz*¹⁰⁷) não permite a fundamentação no domínio ou mesmo em qualquer outro direito real, pois se trata de proteção específica, deferida ao desprotegido. O possuidor seria uma parte enfraquecida na relação jurídica (*Rechtsschutz des kleinen Mannes*).¹⁰⁸

Por mais que o possuidor mereça proteção e o domínio realmente necessite sofrer limitação quanto ao seu uso, sob pena de serem cometidas injustiças, o direito não pode se afastar de sua real finalidade que é a acomodação social dos conflitos por meio da criação racional de técnicas que possam auxiliar na pacificação (*Rechtsfrieden*).

Esta duplicação de juízos é um reflexo histórico da independência das pretensões, o que permite solução diferenciada conforme assinala Hedemann (1924), cuja solução dependerá de qual pedido será finalizado por primeiro.

¹⁰⁶ HESSE, Konrad. *Tratado de Derecho Civil – Derecho de Cosas*, t. II, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

¹⁰⁷ Vide a crítica de Baur à expressão ‘*possessorische*’ (possessório), in *Sachenrecht*, § 9º, III, p. 84.

¹⁰⁸ “*Sie sind gewissermaßen der Rechtsschutz des kleinen Mannes*”, *der sich nicht auf Eigentum oder ein dingliches Rechts stützen kann*” (elas são, por assim dizer, uma forma de proteção ao mais fraco e não podem se apoiar na propriedade ou em outro direito real – tradução livre), Baur, *Sachenrecht.*, p. 84.

Todavia, o sistema estabelece a prevalência do domínio sobre a posse, quando a demanda petitoria seja encerrada com prioridade, o que reflete o princípio “*petitorium absorbet possessorium*”. Isto não significa, em absoluto que o título de propriedade não possa fundamentar a proteção possessória. Do contrário, estar-se-ia se negando a posição natural e corriqueira de que o possuidor também ocupe a posição de proprietário. Como informa a doutrina italiana, o título poderá assumir função *colorandam possessionis*.¹⁰⁹

É inegável que o título representará um documento de extrema importância histórica para o processo, já que a definição do início da posse estará, muitas vezes, atrelada à comprovação dos elementos inseridos em sua configuração e que fundamentam a pretensão possessória. Isto não elimina a diferença entre as esferas de discussão, o que revela a necessidade de cuidado para que as partes, ou mesmo o juiz não provoquem confusão quanto à formulação do pedido, ou ao julgamento da causa.

No sistema português, como ilustra Menezes Cordeiro (2000), um dos motivos condutores da supressão do procedimento especial, por meio do Decreto-Lei nº 329-A/95, residiu na compreensão de que seria desnecessária a separação das ações possessórias apenas para tornar expressa a possibilidade de alegação do domínio como matéria defesa. O tratamento conferido pelo sistema português, antes da reforma e mesmo após a supressão dos Arts. 1033 a 1051 não guarda qualquer relação com aquele conferido pelo sistema brasileiro.

É possível afirmar que o resultado de maior similaridade alcançado pelo direito brasileiro está retratado pelo conteúdo da Súmula 487 do STF (que é aplicado pelo STJ¹¹⁰) com o seguinte enunciado: “Será deferida a posse

¹⁰⁹ Esta função de realce do título sobre a posse é frisada de modo pontual por Beghini: “in linea general la funzione dei documenti (come estratti catastali, note di trascrizione ecc.) è solo quella di suffragare una situazione di fatto già delineata” (Beghini, L’Azione di Reintegrazione del Possesso, p. 29-30).

¹¹⁰ As súmulas que representavam consolidação de entendimento da lei federal passaram, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a serem de competência do STJ. Muitas súmulas estão superadas, a súmula 487 continua sendo aplicada, ex vi: “A rigor, não se encontra dissenso interpretativo nos acórdãos confrontados, pois, em ambos, admite-se a discussão do domínio, em Ação Possessória, se com base nele a posse estiver sendo disputada (grifo nosso). A propósito, no voto condutor do acórdão embargado, a Ministra Isabel Gallotti expressamente consignou a aplicabilidade da Súmula 487/STF: “Corroborando essa afirmação, a sentença esclarece que ambos os litigantes disputam a posse com base em títulos exarados pela União, passando, então, a examinar a exceção de domínio (fl. 555), a qual resolveu em favor do Estado. (...) Segundo a súmula 487 do STF, “será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio se com base neste for disputada”. Para que estivesse configurada a similitude fático-jurídica, ambas as decisões teriam que versar sobre a possibilidade, em Ação Possessória, de discussão do domínio útil lastreado em aforamento, instituto, entretanto, que não fora apreciado no acórdão paradigma. Acrescente-se que o caso em tela apresenta peculiaridades não constatáveis no acórdão paradigma, a exemplo da controvérsia acerca do título jurídico concedido pela União, em relação ao imóvel objeto do litígio. Agravo Regimental não provido. (AgRg nos EREsp

a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”. O verbete não expressa o cerne do problema que deve ser debatido no direito brasileiro, mas retrata com lucidez a única solução prática e viável quando as duas partes disputam a posse com base no título dominial.

Preleciona Luiz Edson Fachin:

Entre limites e possibilidades, as flexibilidades teóricas e as inconsistências na aplicação prática, alguns demasiados ecletismos são desafios complexos que estão na porta de entrada do Brasil dos dias correntes. Ao Direito cumpre arrostá-los sem temor e com a generosidade acolhedora do debate e da problematização: afinal, *beatius est magis dare, quam accipere*.¹¹¹

Em vista do sistema registral brasileiro conferir precisão desejável, especialmente pela obrigatoriedade da concentração (Art. 54, Lei 13.097/2015), inexistente razão para não permitir mais a alegação do domínio no juízo possessório. Esta possibilidade deve ser examinada pelo juiz que poderá refutar o domínio quando o desdobramento da posse (indireta e direta) for causal (e.g. locação, comodato). Entretanto, naquelas situações em que a posse não é causal, inexistente motivo plausível para negar o conhecimento do domínio no juízo possessório que atende ao princípio da duração razoável do processo nos termos do Art. 4º do CPC e Art. 5º, LVXVIII da CF/88.

CONCLUSÃO

Em vista da breve exposição percebe-se que a tutela constitucional sob a ótica social e econômica da propriedade caminha para uma necessária acomodação do interesse individual ao interesse coletivo. A necessidade de proteção ao tráfico negocial (*Rechtsverkehr*) é inegável e não pode estar restrita unicamente à propriedade mobiliária. Na propriedade imobiliária a proteção conferida pela Lei 13.097/2015 não altera o núcleo estruturante do direito de propriedade que é de matriz constitucional (Art. 5º, XXI e 170, II e III).

O fortalecimento da boa-fé objetiva é indiscutível e revela sua força como instituto fundamental para a acomodação das relações sociais. Caberá aos Tribunais Superiores formarem precedente sobre o tema para que seja definido o embate entre o disposto pelo Art. 1247, parágrafo único do CCB e o Art. 54, parágrafo único da Lei 13.097/2017 sob as luzes do Art. 5º e 170 da CF/88. O reconhecimento do princípio da concentração fortalece a atitude ética no direito material e processual, inclusive contribuindo para a otimização do princípio da duração razoável do processo pela possibilidade de absorção matéria petítória no juízo possessório.

471.172/SC, Rel. Ministro Hermann Benjamin, CE, julgado em 04/03/2015, DJe 07/05/2015).

¹¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: Sentidos, Transformações e Fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 185.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. CODIGO CIVIL (1896). Code Civil allemand. Disponível em: <https://www.gesetze-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>. Acesso em: 18 dez. 2020.
- ARAÚJO, Fabio Caldas de. Princípio da Concentração (Dimensão Material e Processual). São Paulo. Revista dos Tribunais. 2020, no prelo.
- BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. Sachenrecht. 17. ed., München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999.
- BEGHINI, Roberto. L'Azione di Reintegrazione del Possesso. Padova: Cedam, 1995.
- BIANCA, C. Massimo. Diritto Civile (La Proprietà), v. VI. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999.
- BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113097.htm#:~:text=Reduz%20a%20zero%20as%20al%C3%ADquotas,dezembro%20de%201995%2C%209.440%2C%20de. Acesso em: 01 abr. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 471.172/SC, Rel. Ministro Hermann Benjamin, CE, julgado em 04/03/2015, DJe 07/05/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186830074/agravo-regimental-nos-embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-agrg-nos-eresp-471172-sc-2014-0288587-0/relatorio-e-voto-186830080>. Acesso em: 17 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp 941.464/SC, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, 4ª T., julgado em 24/04/2012, DJe 29/06/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865836602/recurso-especial-resp-941464-sc-2007-0078158-8/inteiro-teor-865836611?ref=juris-tabs>. Acesso em: 23 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 16.454, Rel. Ministro Luiz Gallotti, em 03/04/1950. Disponível em: http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/061_2.pdf. Acesso em: 12 nov. 2020.
- BULGARELLI, Waldirio. Títulos de Crédito. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Lisboa: Almedina, 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito (Tradução da 2. ed. do original: Systemdenken Und Systembegriff in der Jurisprudenz) 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Systemdenken Und Systembegriff in der Jurisprudenz. Berlin: Dunker & Humblot, 1983.
- CARVALHO, Orlando de. Direito das Coisas. Lisboa: Coimbra, 2012.
- COMPARATO, Fabio Konder. Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- CREIFELDS, Carl. Rechtswörterbuch. 14. ed. atual. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997.
- DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 4 mar. 2021.
- DUGUIT, Léon. Traité de Droit Constitutionnel. t. II. 2 ed. Paris: Fontemoing, 1923.
- FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil: Sentidos, Transformações e Fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FRANÇA. Code civil des français. De l'imprimerie de la Republique, Paris, 1804. Disponível em: <https://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>. Acesso em: 24 mar. 2021.

- HEDEMANN, Justus Wilhelm. Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. B. VIII, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1924.
- HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. 20. ed. Porto Alegre: Safe, 1998.
- HESSE, Konrad. Tratado de Derecho Civil- Derecho de Cosas, t. II, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.
- ITÁLIA. II Codice Civile Italiano. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm. Acesso em: 05 jan. 2017.
- JARDIM, Mónica Vanderleia Alves de Sousa. Efeitos Substantivos do Registro Predial - Terceiros para Efeitos de Registro. Coimbra: Almedina, 2013.
- KLOEPFER, Michael. Verfassungsrecht. Band I. München, Verlag C.H. Beck, 2011.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. A Posse: Perspectivas Dogmáticas e Actuais. 3. ed. atual. Lisboa: Almedina, 2000.
- MENGONI, Luigi. Gli Acquisti a Non Domini. Milano: Giuffrè, 1994.
- O, A. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin: J. Guttentag, 1888.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- PORTUGAL. Código Civil Português. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/147103599/202105112151/73905391/diplomaExpandido>. Acesso em: 15 dez. 2020.
- RIGAUD, Louis. Le Droit Réel. Histoires et Theories. Toulouse: A. Nauze, 1912.
- SCHLAICH, Klaus/KORIOTH, Stefan. Das Bundesverfassungsgericht. Stellung. Verfahren, Entscheidungen, 7. ed., Munique, C. H. Beck, 2007.
- ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTENBERGER, Thomas. Deutsches Staatsrecht (Direito Constitucional Alemão). München, Verlag C. H. Beck, 2008.

O MANDADO DE INJUNÇÃO E A EFETIVIDADE DE DIREITOS, LIBERDADES E PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS

Leonardo Grillo Menegon¹¹², Flávia Osmarin Tosti Menegon¹¹³

INTRODUÇÃO

É preciso dizer, resumidamente contudo, que, a respeito da (in)efetividade das normas constitucionais, tal perspectiva sobressai pela temática do novo constitucionalismo, mais conhecido como neoconstitucionalismo. Essa nova realidade conferiu o *status* de norma jurídica às disposições constitucionais. Assim, “a partir do momento em que valores e opções políticas transformaram-se em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos”.¹¹⁴ Em tal momento a “força normativa da Constituição” restou, precisamente, confirmada.¹¹⁵ Com efeito, “as normas constitucionais, nessa trilha, contam (e devem contar) com mecanismos específicos de defesa contra os desvios eventualmente praticados pelos demais centros de produção normativa ou de atuação e concreção constitucional”.¹¹⁶

É nesse contexto que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) inaugurou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e o mandado de injunção (MI), com o propósito de colmatar as lacunas legislativas e, a vista disso, garantir a efetividade das normas respectivas.¹¹⁷

Antes, contudo, uma observação.

¹¹² Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná – EMAP. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8237976939343311>. E-mail: menegonleo@hotmail.com ORCID: orcid.org/0000-0002-5056-4731.

¹¹³ Advogada. Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Pós-graduanda em Direitos Difusos e Coletivos pela Faculdade CERS, na modalidade educação à distância, em parceria tecnológica com o Curso CEI. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp, na modalidade educação à distância, em parceria tecnológica com a Rede LFG. Bacharela em Direito pela Faculdade Barão do Rio Branco. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6716440493735601>. E-mail: flaviatmenegon@gmail.com ORCID: orcid.org/0000-0002-7387-8119.

¹¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. p. 4. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697> Acesso em: 05 ago. 2021.

¹¹⁵ HESSE, Konrad. *Die normative Kraft der Verfassung*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, trad. port. de Gilmar Mendes, *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 24. (destaque do original).

¹¹⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 124.

¹¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. ed. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 330 e 584.

É preciso lembrar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) apreciou, pouco tempo atrás, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 272) para o caso de inconstitucionalidade por omissão.¹¹⁸ Nada obstante, ainda que sem pretensão de esgotar o assunto, o presente estudo se propõe ao breve exame da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, inserida no rol de ações da via principal, abstrata ou concentrada (art. 103, § 2º, da CF/88, regulado pela Lei n.º 9.868/1999) e, de modo especial, do mandado de injunção, atrelado ao controle da omissão de modo concreto ou incidental (art. 5º, inc. LXXI, da CF/88, regulado pela Lei n.º 13.300/2016).

Para tanto, o método adotado será o dedutivo.

Nos itens seguintes serão feitas considerações aos principais aspectos que circundam o controle das omissões inconstitucionais e os referidos instrumentos de natureza constitucional previstos para esse fim, a partir da análise da legislação e jurisprudência relacionada ao tema.

1 FORMAS DE CONTROLE DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS EM NOSSO DIREITO

Sabe-se que é possível contrariar a Constituição “praticando um ato que ela proíba (inconstitucionalidade por ação), ou mesmo, deixando de praticar um ato que ela exija (inconstitucionalidade por omissão)”.¹¹⁹ Em outras palavras, a violação é decorrente da inércia legislativa revelada pela demora em regulamentar uma norma constitucional de eficácia limitada. Em tal acepção, a referida norma “constitui-se preceito de integração que reclama, em caráter necessário, para efeito de sua plena incidência, a mediação legislativa concretizadora do comando nela positivado”.¹²⁰

Vale ressaltar que, em geral, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88). Nesse contexto, Luís Roberto Barroso obtempera que:¹²¹

Ainda quando se afigure pouco lógica a existência de uma regra afirmando que as normas constitucionais são aplicáveis, parece bem a sua inclusão no texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência. Por certo, a competência para aplicá-las, quando não o façam espontaneamente os destinatários do comando, há de ser o Poder Judiciário.

¹¹⁸ STF, Plenário. ADPF 272, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 25/03/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443932/false> Acesso em: 05 ago. 2021.

¹¹⁹ FONSECA, João Francisco Naves da. *O processo do mandado de injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 29.

¹²⁰ STF, 2ª Turma, RE 244.935, AgR. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, DJU 05.05.2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur106328/false> Acesso em: 05 ago. 2021.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada, p. 50. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46330> Acesso em: 05 ago. 2021.

Na trilha desse raciocínio, e com o fim de combater a chamada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais” de eficácia limitada, o Poder Judiciário, com fulcro na CF/88, transfaz efetiva as normas constitucionais destituídas de efetividade em casos tais, mediante a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, particularmente, o mandado de injunção, cuja reflexão será objeto principal deste estudo.

Na magistral lição de Pedro Lenza:¹²²

Tal como a ADO – ação direta de inconstitucionalidade por omissão –, o mandado de injunção surge para “curar” uma “doença” denominada síndrome de inefetividade das normas constitucionais, vale dizer, normas constitucionais que, de imediato, no momento em que a Constituição entra em vigor (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5º, § 3º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de ato normativo integrativo e infraconstitucional.

Registre-se, a título de exemplo, a decisão do Plenário do STF que, nos autos da ADO 26/DF e do MI 4733/DF, ao reconhecer o estado de mora inconstitucional por injustificável inércia do poder público e omissão legislativa, houve por bem que atos homofóbicos e transfóbicos são formas contemporâneas de racismo social.¹²³

Para mais, o exercício pleno dos direitos revela a necessidade de que existam instituições destinadas a evitar e combater violações a esses mesmos direitos, exemplo disso é o Poder Judiciário.¹²⁴ Nada obstante, cabe uma advertência final, conforme propugnam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:¹²⁵

Não há dúvida de que o papel do Judiciário nesse campo é realmente fundamental. Porém, não há como efetivar uma Constituição sem a mobilização ativa da cidadania e sem que a atividade política seja também inspirada pelos valores constitucionais. É inocência supor que seja possível efetivar a Constituição apenas pela via da atividade jurisdicional.

Em suma, os dois institutos jurídicos foram consagrados pela CF/88 para resguardar a fruição de direitos, liberdades e prerrogativas e combater o vício omissivo que torna inviável o seu exercício. A despeito disso, apresentam diferenças substanciais, de modo que não se admite a fungibilidade de um instrumento em outro, em razão da impossibilidade jurídica do pedido de conversão do MI em ADO, como será visto em minúcias a seguir.¹²⁶

¹²² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1269.

¹²³ STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4377/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13.6.2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>; <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false> Acesso em: 05 ago. 2021

¹²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. ed. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 63.

¹²⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 446.

¹²⁶ STF. Plenário. MI 395/PR QO, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 27.05.1992. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur151445/false> Acesso em: 05 ago. 2021.

Assim, por um lado, a ação direta declara a inconstitucionalidade por omissão a fim de resguardar a ordem constitucional objetiva, na forma do art. 103, § 2º, da CF/88. Noutra flanco, de acordo com o art. 5º, inc. LXXI, da CF/88, o mandado de injunção constitui mecanismo de estatura constitucional capaz de sanar, em âmbito concreto, a dita patologia constitucional de inefetividade das disposições respectivas, garantindo-se, de conseguinte, o pleno exercício de interesses subjetivos no caso concreto.

2 BREVES NOTAS SOBRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Trata-se de uma ação de controle abstrato de constitucionalidade – o qual é realizado, consoante o art. 102, inc. I, alínea a, da CF/88, mediante o rol de ações da via concentrada, reguladas pelas Leis n.º 9.868/1999 e n.º 9.882/1999 –, cuja pretensão será deduzida em juízo por meio de um processo constitucional objetivo, para tornar efetiva a norma constitucional de eficácia limitada, isto é, não autoaplicável.

Como dito, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) terá cabimento no caso de omissão de qualquer norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. Assim, se relacionada com norma da CF/88 será da competência do STF, ao passo que, se relacionada com norma da Constituição Estadual tocará ao Tribunal de Justiça a sua apreciação.

A concessão de medida cautelar – para a suspensão da aplicação da lei ou ato, no caso de omissão parcial, bem como para a suspensão de processos judiciais ou procedimentos administrativos ou, ainda, outra providência – depende de decisão da maioria absoluta, com audiência da outra parte (art. 12-F e § 1º, da Lei n.º 9.868/1999).

Por fim, a decisão final consubstancia em ciência ao Poder competente para a adoção de providências, as quais deverão ser adotadas, no caso de órgão administrativo, em 30 dias ou prazo razoável, excepcionalmente estipulado pelo Tribunal, em circunstâncias específicas ou em razão do interesse público envolvido (art. 12-H e § 1º, da Lei n.º 9.868/1999).

3 REFLEXÕES A RESPEITO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Como se viu, o remédio heroico pode ser impetrado sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, em razão de interesses subjetivos (art. 5º, inc. LXXI, da CF/88).

Em relação à natureza e finalidade do referido *writ*, constitui-se de “ação constitucional, de natureza civil e de procedimento especial”¹²⁷,

¹²⁷ MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed., rev., atual., e ampl. Salvador:

destinado ao controle concreto ou incidental da omissão – que é realizado por todos os juízes e Tribunais –, cuja pretensão será deduzida em juízo por meio de um processo subjetivo, a fim de assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas das partes litigantes, nos termos do art. 2º, da Lei n.º 13.300, de 23.06.2016, que regulamentou o mandado de injunção individual e coletivo.

Assim giza o reportado dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

Vale lembrar que o mandado de injunção coletivo acompanhava, analogicamente, os moldes do *mandamus* coletivo previsto na Lei n.º 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança). No mesmo sentido, a Segunda Turma do STF reconheceu, por analogia ao mandado de segurança, a adequação da via do *Habeas Corpus* Coletivo, mais conhecido como “HC das mães”, nos autos do HC 143.641/SP, como garantia de acesso à justiça dos grupos mais vulneráveis.¹²⁸

Quanto ao cabimento desse *writ*, para que seja validamente acionado, mostra-se necessário o nexos causal entre a falta (absoluta/total ou relativa/parcial) de norma regulamentadora e a inviabilidade do exercício de direitos, prerrogativas e liberdades outrora mencionados. Segundo o magistério de André Ramos Tavares¹²⁹, é interessante observar que “a norma acolheu a distinção entre a omissão normativa completa e a omissão normativa parcial”.

De outra banda, é de referir a decisão do Plenário do STF que, nos autos do MI 430/DF, entendeu pelo cabimento do *writ*, de forma bastante ampla, ao conceder a ordem para reconhecer a mora do Congresso Nacional em regulamentar o art. 192 da CF/88, cujo § 3º tratava do limite constitucional de 12% (doze por cento) de juros reais ao ano, o qual, no entanto, foi revogado via emenda constitucional (EC 40/2003).¹³⁰

Ademais, a legitimidade ativa é conferida a qualquer pessoa (física ou jurídica) que se diz titular do objeto da impetração, nos termos do art. 3º– que

Juspodivm, 2020, p. 639.

¹²⁸ STF. Segunda Turma. HC 143.641/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22.2.2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392233/false> Acesso em: 05 ago. 2021

¹²⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 898.

¹³⁰ STF. Plenário. MI 430/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 26.05.1995. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur20397/false> Acesso em: 05 ago.2021.

enumera os legitimados para a impetração individual –, ao passo que, a legitimidade passiva é atribuída ao ente estatal encarregado por elaborar a norma vergastada, mas se encontra em mora na regulação de direitos, liberdades ou prerrogativas outorgadas pela Constituição e cujo exercício esteja obstado em decorrência disso.

Deve-se observar, ainda, o art. 319 do Código de Processo Civil (CPC), no que toca aos requisitos gerais de admissibilidade da petição inicial, cabendo, de igual forma, a determinação dirigida à parte impetrante para adequação e regularização daquela manifestação primeira, acaso identificados defeitos e irregularidades capazes de dificultar (ou inviabilizar) o julgamento de mérito (art. 321 do CPC).

É de se ressaltar que, “a regulamentação a que se refere a Constituição é a primária, isto é, aquela que, sendo efetivada, poderia permitir o exercício do direito”, de modo que não há legitimidade passiva *ad causam* para o caso de regulamentação secundária.¹³¹

Para o julgamento desse remédio judicial, “sujeita-se a regras especiais de competência previstas na Constituição, a símile de outras ações que retratam controle específico de atos estatais”¹³², de forma que o Poder, órgão ou entidade responsável pela regulamentação da norma, é que deverá nortear o estabelecimento da competência (arts. 102, inc. I, “q”, 102, inc. II, “a”, 105, inc. I, “h”, 121, § 4º, inc. V, e 125, § 1º, da CF/88).

Para o trâmite e efeitos do *writ* em referência, aplicam-se, subsidiariamente, a Lei n.º 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança) e da Lei n.º 13.105/2015 (Código de Processo Civil), conforme a dicção do art. 14 da Lei n.º 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção). Distingue-se, contudo, do mandado de segurança (art. 23 da Lei n.º 12.016/2009), porquanto não há previsão legal de prazo para que seja impetrado o mandado de injunção. No mesmo sentido, esclarece Rafael Carvalho Rezende Oliveira:¹³³

Enquanto houver omissão normativa, o mandado de injunção poderá ser impetrado pelos respectivos legitimados. A partir da superação da omissão inconstitucional, com a elaboração da norma regulamentadora faltante pelo órgão público competente, o mandado de injunção fica obstado. Nesse caso, se a elaboração da norma ocorrer no curso do processo, o mandado de injunção perderá o objeto (art. 11, parágrafo único, da Lei n.º 13.300/2016).

É de se observar, para bem salientar isto, que não se admite a concessão de liminar em sede de mandado de injunção, segundo o STF.¹³⁴ Ademais, nos

¹³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 972.

¹³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 971.

¹³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021, p. 805.

¹³⁴ STF. Plenário. MI 342, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 31.10.1991. Disponível em:

termos do enunciado 12, da I Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal (CJF), verifica-se que é cabível a intervenção de *amicus curiae* (art. 138 do CPC) no procedimento do mandado de injunção (Lei n. 13.300/2016).¹³⁵

De mais a mais, em sendo reconhecido o estado de mora legislativa será deferida a injunção inicialmente para, consoante o art. 8º da Lei do Mandado de Injunção (LMI), determinar um prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora (inc. I), ou, acaso não seja suprida a falta no prazo referenciado, para estabelecer as condições em que se dará o exercício das liberdades, das prerrogativas ou dos direitos reclamados ou, ainda, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação ordinária própria visando a exercê-los (inc. II). Esse prazo será dispensado quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em *mandamus* constitucional anterior, ao termo outrora estabelecido para a edição da norma (parágrafo único).

Como se observa, portanto, “o legislador fez uma opção central pela adoção da *teoria concretista intermediária*”.¹³⁶ Além disso, “os efeitos da decisão, como regra, produzem-se *inter partes* (...). É possível, no entanto, que à decisão seja conferida eficácia *ultra partes* e *erga omnes*”, conforme a dicção do art. 9º, *caput*, 1ª parte, e § 1º da LMI.¹³⁷ Em casos tais, segue-se a posição concretista geral. O dispositivo legal acima mencionado também prevê a possibilidade de extensão da aplicação em feitos análogos, a depender do caso concreto (§ 2º), bem assim a coisa julgada *secundum eventum probationis* (§ 3º), ou seja, quando há possibilidade de renovar a propositura do *writ*, desde que se apresente prova nova, conforme entendimento doutrinário.¹³⁸

Mais um ponto merece reflexão em relação aos efeitos da decisão. A corrente não concretista, que se limita à comunicação da omissão ao Poder competente, foi acolhida pelo STF no julgamento do MI 107/DF, ao entender que ao alcance do pedido, em sede de mandado de injunção, está contida a declaração da omissão com mora do Poder, órgão ou autoridade que deve regulamentar a norma constitucional para viabilização do direito, liberdade ou prerrogativa por ela concedido.¹³⁹

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur154620/false> Acesso em: 05 ago. 2021.

¹³⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Processual Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1052> Acesso em: 05 ago. 2021.

¹³⁶ MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed., rev., atual., e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 652. (destaque do original).

¹³⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal comentada*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 296. (destaque do original).

¹³⁸ ANDRADE, Adriano. MASSON, Cleber. ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 300.

¹³⁹ STF. Plenário. MI 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 21.11.90. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745> Acesso em: 05 ago. 2021.

Vale ressaltar que, nos autos do MI 232/RJ, o STF aplicou a corrente concretista intermediária, uma vez que, ao declarar a mora legislativa, fixou um prazo para que a omissão fosse suprida, sob pena de, após esse lapso temporal, o requerente gozar do direito vindicado. No caso dos autos, a Corte determinou o prazo de 06 (seis) meses para adoção de providências legislativas necessárias ao cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, § 7º, CF/88; acaso não fosse cumprido esse encargo, no prazo referenciado, o requerente passaria a fruir da imunidade tributária requerida.¹⁴⁰

Por outro lado, no julgamento MI 721/DF, o STF admitiu a corrente concretista individual, isto é, com efeitos restritos às partes da ação mandamental. Assim, diante da inexistência de disciplina específica para a aposentadoria especial do servidor público (art. 40, § 4º, da CF/88), impôs a adoção, via pronunciamento judicial, de normas próprias aos trabalhadores em geral (art. 57, § 1º, da Lei n.º 8.213, de 24.07.1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social).¹⁴¹

Finalmente, em outubro de 2007, nos autos do MI 708, o Pretório Excelso adotou, excepcionalmente, a corrente concretista geral, de modo que se garantiu o exercício do direito pretendido com efeito para todos. O STF, em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão normativa sobre o direito de greve dos servidores públicos, fixou o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria, ao passo que, determinou a aplicação da Lei n.º 7.783, de 28.06.1989, que regula o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral.¹⁴²

Na atualidade, portanto, “o STF admite a criação da norma faltante pelo Poder Judiciário quando da procedência do mandado de injunção”.¹⁴³ Como é possível observar, o entendimento da Corte Suprema quanto aos efeitos da decisão tomada no âmbito do mandado de injunção não foi linear, havendo deferência ora ao modelo que confere maior concretude ao pronunciamento jurisdicional, ora a perspectiva que prestigia a atuação dos diferentes atores do cenário institucional.

Impende mencionar, outrossim, que o art. 10 da Lei prevê uma espécie de ação de revisão, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou do direito proclamado.

¹⁴⁰ STF. Plenário. MI 232-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 06.02.1991. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759> Acesso em: 05 ago. 2021.

¹⁴¹ STF. Plenário. MI 721-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30.08.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390> Acesso em: 05 ago.2021.

¹⁴² STF. Plenário. MI 708-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25.10.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551> Acesso em: 05 ago. 2021.

¹⁴³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021, p. 807.

Além disso, a superveniência da norma regulamentadora vergastada produzirá efeitos não retroativos em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável; nada obstante, restará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito (art. 11 e parágrafo único da LMI).

De outra banda, “é possível que seja impetrado mandado de injunção coletivo quando os direitos constitucionais de uma determinada categoria ou coletividade estiverem sendo usurpados pela ausência de norma infraconstitucional que os regulamente”.¹⁴⁴ Quanto ao mandado de injunção coletivo, portanto, o art. 12 da Lei prescreve que este será promovido pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis (inc. I); por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária (inc. II); por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial (inc. III); e, enfim, pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados (inc. IV); nesse compasso, a Lei do Mandado de Injunção definiu que as liberdades, as prerrogativas e os direitos protegidos pelo *writ* são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria (parágrafo único).

Por fim, é preciso ter em mente que, conforme o parágrafo único do art. 13 da Lei n.º 13.300/2016, e “seguindo a lógica do processo coletivo (*right to opt out*), o mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos processos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva”¹⁴⁵, como adiante alinhavado.

¹⁴⁴ CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 429.

¹⁴⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 883. (destaque do original).

4 INTERFACES ENTRE A LEI DO MANDADO DE INJUNÇÃO, A LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O mandado de injunção coletivo, nos termos do parágrafo único do art. 13 da Lei n.º 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção), repese-se, não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 dias, a contar da ciência comprovada da impetração coletiva.

Semelhantemente, o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se este não requerer a desistência do *writ* no prazo de 30 dias, a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva, conforme o § 1º do art. 22 da Lei n.º 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança).

Noutro flanco, as ações coletivas, previstas no inc. I (difusos) e inc. II (coletivos) do parágrafo único do art. 81 da Lei n.º 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os inc. II e III do art. 103 do CDC, não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida a suspensão – e não desistência, portanto – no prazo de 30 dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, consoante o art. 104 do CDC.

Por fim, muito embora não tratado pelo dispositivo legal acima mencionado, isto é, art. 104 do CDC, as ações individuais homogêneas também não induzem litispendência em relação às ações individuais, podendo existirem paralelamente.¹⁴⁶ No mesmo sentido: STJ. REsp 160288/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 13.08.2001.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma resumida, o poder constituinte originário, preocupado com a eficácia das normas constitucionais, instituiu o mandado de injunção – ao lado da ação direta de inconstitucionalidade por omissão –, na forma do art. 5º, inc. LXXI, da CF/88, com o fim de assegurar o exercício de direitos fundamentais e da cidadania inviabilizados em razão da inércia legislativa. É nesse cenário que surge a Lei n.º 13.300/2016 para regulamentar a referida ação mandamental.

Assim, dentro da ordem de ideias aqui exposta, o Poder Judiciário representa uma garantia institucional fundamental de apreciação judicial, em caso

¹⁴⁶ GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor. 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2007, p. 259.

de lesão ou ameaça a direito proclamado, conforme a dicção do princípio base da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88.

Em conclusão, é preciso ter em mente que o controle, no plano concreto, das omissões inconstitucionais, por intermédio do órgão jurisdicional, ainda poderá ensejar extensos debates na comunidade jurídica, notadamente em vista do atual arranjo constitucional dos princípios da independência, da harmonia e da separação dos Poderes da República (art. 2º e art. 60, § 4º, inc. III, ambos da CF/88).

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Adriano. MASSON, Cleber. ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.
- BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697> Acesso em: 05 ago. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46330> Acesso em: 05 ago. 2021.
- BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de Direito Processual Civil*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1052> Acesso em: 05 ago. 2021.
- BRASIL. PLANALTO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm Acesso em: 05 ago. 2021.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> Acesso em: 05 ago. 2021.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.
- FONSECA, João Francisco Naves da. *O processo do mandado de injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2007.
- HESSE, Konrad. *Die normative Karft der Verfassung*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, trad. port. de Gilmar Mendes, *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed., rev., atual., e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal comentada*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. ed. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

O MINISTRO LUIZ EDSON FACHIN NO STF E O FIO CONDUTOR DE SUA ATUAÇÃO

Miguel Gualano de Godoy¹⁴⁷

1 PROÊMIO: ALEGRIA DE ALUNO, FELICIDADE DE CONSTITUCIONALISTA

Existe um fio condutor, democrático, republicano e igualitário, que tem marcado a atuação do ministro Luiz Edson Fachin no Supremo Tribunal Federal nestes seis anos de judicatura constitucional.

Neste artigo gostaria de chamar a atenção justamente para esse fio condutor que tem caracterizado os passos e o exercício da jurisdição constitucional pelo ministro Fachin.

São milhares as ações, recursos, casos, que aportam no STF. Uma parte deles é de relatoria do ministro Luiz Edson Fachin. Observando de dentro, e também de fora, identifico nos últimos cinco anos uma constante do ministro Fachin: seu compromisso com a democracia, com o republicanismo e com a igualdade.

Este artigo busca analisar ações, casos e votos que exprimem esse compromisso e exibem esse fio condutor. O artigo está dividido em três partes. Na primeira parte exponho o que enxergo como resultado de seu compromisso com a proteção da democracia, a partir de duas ações de controle concentrado abstrato – a ADI 5.127 (vedação dos contrabandos legislativos em projeto de conversão de medida provisória em lei) e a ADI 6.121-MC (vedação de extinção por decreto de órgão colegiado da administração pública cuja existência seja mencionada em lei em sentido estrito).

Na segunda parte apresento a defesa que vem sendo feita através de suas decisões do princípio republicano, a partir de uma ação de controle concentrado abstrato e de um caso concreto – a ADI 5.540 (desnecessidade de autorização prévia da Assembleia Legislativa para que governador seja processado por crime comum perante o STJ) e o RE 865.401 (direito do parlamentar de requisitar, como cidadão, informações diretas do chefe do Executivo – Tema 832 da Repercussão Geral).

¹⁴⁷ Pós-doutor pela Faculdade de Direito da USP. Professor Adjunto de Direito Constitucional (graduação, mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFPR, com período de estudos e pesquisas na Harvard Law School e Universidade de Buenos Aires (UBA). Autor dos livros: Fundamentos de Direito Constitucional (Ed. Juspodivm, 2021); Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais (Ed. Fórum, 2017); Caso Marbury v. Madison: uma leitura crítica (Ed. Juruá, 2017); Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella (Ed. Saraiva, 2012). Ex-assessor do Ministro do STF Luiz Edson Fachin. Advogado. E-mail: miguel@godoy.io Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5084161927220609> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3532-6468>

Na terceira parte analiso, a partir de uma ação de controle concentrado abstrato e de um caso concreto – a ADI 5.357 (sobre o Estatuto da Pessoa com deficiência) e o RE 845.779 (direito dos transexuais de utilizarem o banheiro do gênero com o qual se identificam – Tema 778 da Repercussão Geral), a defesa feita pelo ministro Fachin de uma compreensão robusta de igualdade

Essas ações, casos e votos foram escolhidos porque eles são representativos desse fio condutor robusto que enxergo na atuação do ministro Fachin.

Há outros ainda, que merecem a mesma atenção, mas que não cabem neste espaço, como o voto vencido na ADPF 378 sobre o rito do impeachment (um voto à época incompreendido, e hoje, passado à história, já bastante entendido), a decisão no MS 34.406, sobre a votação da cassação do então Deputado Eduardo Cunha e as possibilidades e limites da interpretação *interna corporis* pela Câmara dos Deputados, ou ainda a compreensão que o ministro Fachin vem construindo sobre a conformação do federalismo brasileiro e os aparentes conflitos entre competências legislativas concorrentes (RE 194.704, RE 730.721, entre outros).

Cito esses outros casos porque tive a honra e o prazer de ter sido assessor do ministro Luiz Edson Fachin desde seu primeiro dia no STF. E com ele permaneci por quase dois anos de trabalho intenso e profícuo. Nesse período foi possível ver, de uma janela muito particular, a história acontecer.

Em 2015 vimos a crise fiscal assolar os Estados, os salários dos servidores não serem pagos ou serem parcelados, os depósitos judiciais serem sacados para pagarem despesas correntes e ainda um Senador da República ser preso no curso do mandato. Em 2016 vimos a crise política, com o afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados e todo o processo de *impeachment* que culminou com o impedimento da Presidente da República Dilma Roussef. Em 2017 vimos a trágica morte do ministro Teori Zavascki, a homologação de fortes acordos de colaboração, a Lava Jato chegar à relatoria do ministro Fachin e o então Presidente da República Michel Temer ser gravado, investigado e acusado. Foram anos difíceis para o Brasil. E o STF esteve no centro de todas essas crises. Acompanhar o ministro Fachin nesse período de turbulência foi um desafio, circunspeto e fascinante ao mesmo tempo. Foi também um indescritível aprendizado sobre os desafios do exercício da jurisdição constitucional.

Eu já conhecia o professor Luiz Edson Fachin do meu tempo de estudante na centenária Universidade Federal do Paraná (UFPR), instituição à qual devo quase toda minha formação jurídica. Um jurista brilhante, formado e docente titular na UFPR. Sempre acompanhei de perto seu trabalho. Já havia lido seus livros, já o havia escutado inúmeras vezes, participado de seu grupo de pesquisa. Mas, eu havia mesmo era trilhado rumo pelo Direito Constitucional (sob a orientação fina e profunda da Prof. Vera Karam de Chueiri).

Quando o professor Fachin foi indicado ao Supremo eu estava na reta final do doutorado e havia voltado há pouco tempo de um período de estudos e pesquisas na Harvard Law School. Assim como todos da UFPR, também fiquei

vibrante com a indicação. Mas, mal podia imaginar que comporia sua equipe. Quando veio o convite, foi um misto de alegria e felicidade. Alegria de aluno por poder trabalhar com um grande professor, felicidade de constitucionalista por poder trabalhar com e no STF.

Esse período que passei no Supremo Tribunal Federal assessorando o ministro Fachin foi umas das experiências profissionais mais importantes, desafiadoras e também prazerosas que já tive. Lá pude ser testemunha do compromisso constitucional do ministro Fachin, da sua independência, imparcialidade e extrema dedicação em encarar com profundidade teórica e rigor dogmático as ações e casos que chegaram ao Supremo. E ainda tive pessoas incríveis ao meu lado nessa jornada dentro do STF.

Mas, para um constitucionalista que trabalha com o Supremo, sair do Tribunal não foi deixá-lo. Apenas passei a observar o STF, e a partir de então também o estimado ministro Fachin, de um ponto de vista externo. E de onde olho, ontem e hoje, enxergo o compromisso e o fio condutor que têm guiado o ministro Fachin no exercício da jurisdição constitucional.

É importante advertir: não se ignoram aqui as críticas a que o ministro Fachin, como os demais, está submetido. Tampouco se passa ao largo da exigência de um olhar crítico sobre o STF e sobre a atuação individual dos ministros. As críticas vêm sendo feitas. Os espaços de reflexão cultivados, vide os encontros *Hora de Atualização* promovidos pelo ministro Fachin. As propostas de correção também têm sido apresentadas, notadamente pela Academia, e destaco aqui os trabalhos críticos e propositivos que tenho acompanhado de perto da UFPR, USP, INSPER e FGV Direito Rio. Se a metade vazia do copo não tem sido ocultada, é possível então abrir espaço para um artigo que se debruce sobre a metade cheia. É disso, pois, que trata este escrito.

2 DEMOCRACIA, REPUBLICANISMO E IGUALDADE: O FIO CONDUTOR

2.1 O COMPROMISSO COM A DEMOCRACIA

Uma defesa forte da democracia se concretiza na exigência de respeito ao seu processo legislativo, ou seja, na necessidade de observância estrita das regras que conformam a elaboração das espécies normativas pelo Poder Legislativo. Daí o destaque para o voto do ministro Fachin na ADI 5.127, que vedou a inserção dos, assim chamados, contrabandos legislativos (ou também jabutis) nos projetos de conversão em lei de medidas provisórias.

O voto foi importante porque abriu a divergência e formou a maioria pelo novo entendimento. O fundamento da decisão foi todo construído nas normas que regulamentam o processo de edição da medida provisória e seu posterior controle pelo Legislativo.

Sendo a medida provisória (i) espécie normativa primária (art. 59, V, CRFB/88), (ii) com requisitos específicos para sua edição (casos de relevância e

urgência, conforme art. 62 CRFB/88), (iii) de competência exclusiva do Presidente da República (art. 62, CRFB/88) e (iv) sujeita a condição resolutiva (art. 62, §3º, CRFB/88), seu objeto se circunscreve àquele definido pelos motivos de sua edição pelo Presidente da República. Vale dizer, uma vez editada a medida provisória, toda e qualquer emenda a ser proposta pelo Parlamento quando da sua conversão em lei deverá guardar consonância com o objeto originário da medida provisória.

Diante disso, uma medida provisória que trate, por exemplo, sobre o regime jurídico das telecomunicações não pode, no seu processo de conversão em lei no Legislativo, ser emendada por parlamentares para tratar de tema diverso, como a regulamentação do regime jurídico do saneamento básico.

Essa exigência de pertinência temática entre o objeto da medida provisória e as emendas a serem propostas pelos parlamentares ao projeto de conversão da medida provisória em lei decorre da própria Constituição.

Em primeiro lugar como exigência do devido processo legislativo, previsto, entre outros, nos arts. 1º, *caput*, parágrafo único, 2º, *caput*, 5º, *caput*, LIV, CRFB/88. Em segundo lugar, em razão das limitações previstas ao poder de emenda, previstas, por exemplo, nos artigos 61, §1º, 84, 63, I, II, 166, §§3º e 4º, todos da CRFB/88, e também aplicáveis às emendas apresentadas ao projeto de conversão de medida provisória. Em terceiro lugar porque o processo legislativo sobre temas passíveis de edição de medida provisória se dá, em geral, através do regime de tramitação tradicional ou conclusivo (art. 58, §2º, II, CRFB/88).

Emendas ao projeto de conversão de medida provisória em lei são possíveis, mas desde que guardem pertinência temática com o objeto da medida provisória. Proposições que vão além do quadrante temático estabelecido pela medida provisória, seu objeto e objetivo, usurpam as competências exclusivas do presidente da república, enfraquecem as possibilidades de debate parlamentar sobre o tema ao se valer de um processo legislativo mais célere, e ainda enfraquecem o controle e a transparência sobre o que é votado pelo Parlamento.

Se o STF possui a competência para guardar a Constituição, uma de suas principais funções consiste na defesa da democracia e das regras do processo democrático. Nele se incluem as regras do processo legislativo. Zelar pelo respeito estrito às regras do processo legislativo é manter os canais democráticos abertos e em funcionamento regular. É, assim, guardar a própria democracia que funda nosso compromisso constitucional e nossa República.

Nessa mesma toada de defesa da democracia, o voto do ministro Fachin na medida cautelar da ADI 6.121, que, abrindo a divergência, fez com que, ao longo do julgamento, se formasse maioria para vedar a extinção por decreto de órgãos colegiados da administração pública que haviam sido criados por lei e que garantiam, assim, participação popular na administração pública.

O caso é interessante porque representou efetivo freio à iniciativa apressada do Executivo.

O Presidente da República editou o Decreto 9.759/2019 extinguindo uma série de órgãos colegiados existentes na Administração Pública. Nesse sentido, o art. 1º, § 2º do Decreto 9.759/2019 previu que ficariam extintos os colegiados que sejam mencionados em lei, mas sem que esta tenha definido a competência ou a composição. O problema é que uma série de conselhos, notadamente conselhos de direitos sobre políticas públicas setoriais, foram previstos em lei de forma genérica. Sua composição e funcionamento foram então estabelecidos por normas infralegais. Esses conselhos sempre possuem em sua composição a participação de cidadãos, a fim de que a sociedade civil também componha e faça parte, em alguma medida, de políticas públicas setoriais elaboradas e aplicadas pela administração pública.

Ora, se os conselhos foram previstos em lei, ainda que de forma genérica, não pode um decreto extingui-lo, sob pena de violação ao princípio da legalidade e da competência privativa do presidente prevista no art. 84, VI, *a*, da Constituição. Há evidente inconstitucionalidade formal na previsão do art. 1º, § 2º do Decreto 9.759/2019.

Mas, não é só. Há também inconstitucionalidade material nessa previsão do Decreto. Ao extinguir conselhos que, por sua composição, garantem participação direta de cidadãos nos referidos órgãos colegiados, o Decreto vulnerou ainda o princípio democrático, republicano e de participação popular na vida pública e administrativa do país (art. 1º, *caput*, parágrafo único, CRFB/88). Há, assim, inconstitucionalidade formal.

Diante disso, é de se concluir que se cabe ao presidente da república dispor sobre os órgãos da administração pública, suas competências encontram balizas e determinantes no texto constitucional. Seja para exigir o respeito à hierarquia das espécies normativas (decreto não pode extinguir órgão colegiado cuja existência encontre menção em lei), seja para não socavar as possibilidades de participação popular na formação das políticas públicas estatais.

Respeitar e comprometer-se com a democracia é incluir todos os potencialmente afetados por uma decisão para participar do processo de discussão e decisão. Extinguir conselhos da Administração Pública que possuem participação popular é, portanto, uma violação à democracia e à bem vinda participação do povo nas questões públicas de sua comunidade.

2.2 O COMPROMISSO COM O REPUBLICANISMO

Encarar o republicanismo como princípio constitucional é compreendê-lo como norma cogente. É dotar de conteúdo e significado esse que tem sido um princípio tantas vezes enunciado, mas tão pouco empregado como norma direta e imediatamente aplicável.

Por isso foi significativo o voto do ministro Fachin na ADI 5.540, que declarou inconstitucional a exigência de autorização prévia de Assembleia Legislativa para que Governador de Estado responda por crime comum perante o STJ.

O ministro Fachin se debruçou sobre o conteúdo do princípio republicano previsto em nossa Constituição em seu art. 1º, *caput* para promover uma leitura redentora de tal previsão constitucional. Daí seu voto iniciar invocando Fábio Konder Comparato e sua proposta de redescobrimiento do princípio republicano.

Ser republicano é não admitir diferenças injustificadas entre pessoas que ocupam cargo público daquelas que não ocupam. Daí a invocação pelo ministro Fachin de uma das grandes referências do republicanismo contemporâneo – Philip Pettit – e sua defesa de que *“Ninguém, indivíduo ou grupo, deve possuir discricionariedade sobre como os instrumentos serão utilizados. Ninguém deve poder tomá-los para si: nem alguém que seja completamente bondoso e zeloso pelo bem público, nem, certamente, alguém que seja responsável por intervir na vida de seus concidadãos em favor de seus próprios interesses seccionais. As instituições e as iniciativas não devem permitir a manipulação ao capricho individual de quem quer que seja.”*

Ou seja, a Constituição de 1988, ao se fundar republicana em nosso compromisso constitucional, não admite que se estabeleçam maiores privilégios a pessoas pelo simples fato de ocuparem o cargo público de governador do estado. A garantia para o livre exercício do cargo, sem que a pessoa ocupante do cargo de governador fique sujeita às pressões locais e regionais, foi definida pela escolha de um foro especial, no STJ. Mais do que isso é conferir blindagem injustificada a um agente que é, em primeiro lugar, um servidor público, pois eleito para gerir o Executivo estadual. É um privilégio que não só não encontra amparo na Constituição, como afronta o princípio republicano nela previsto logo em seu art. 1º.

Nesse compasso republicano, também se destacou o voto do ministro Fachin no RE 865.401 (Tema 832 da Repercussão Geral) pela possibilidade de vereador requisitar diretamente ao prefeito, na qualidade de cidadão, informações sobre a gestão pública do município.

O caso é interessante porque se originou em razão de mandado de segurança no qual se discutia o direito líquido e certo de vereador a obter cópias de documentos para avaliação de despesas realizadas. O fundamento do mandado de segurança foi o direito fundamental ao acesso às informações diante da negativa do chefe do poder executivo municipal de fornecer documentos e informações referentes ao emprego dos recursos públicos pela administração local.

A Constituição em seu art. 5º, XXXIII estabeleceu que é direito de todos receber dos órgãos públicos informações de seu interesse, seja ele particular, coletivo ou geral.

Essa previsão constitucional aplicada como fundamento para a requisição de vereador sobre a gestão municipal explicita então o direito subjetivo do vereador em obter as informações desejadas, seja na qualidade de membro do

legislativo municipal responsável pela fiscalização do poder executivo municipal, seja como cidadão diretamente interessado e residente no município. Em ambas as perspectivas está expresso também o compromisso republicano subjacente a esse direito do vereador como parlamentar ou cidadão. Afinal, como asseverou o ministro Fachin, *“o princípio republicano exige que prevaleça a transparência e o acesso às informações sobre a gestão e a aplicação dos recursos públicos, considerando que esta constitui verdadeira condição de possibilidade para a consolidação de uma democracia constitucional.”*

O princípio republicano exige justamente esse compromisso em que tudo o que é público seja publicamente tratado, de tal forma que o direito à informação sobre o que é público esteja disponível ou seja disponibilizado a quem assim o requerer. Ou como defendeu Philip Pettit, *“o que importa para uma teoria republicana é que ninguém tenha que depender da boa vontade dos demais para poder exercer suas liberdades básicas”*.

Ser republicano e republicanamente comprometido é, pois defender a transparência do que é público e o acesso a tudo o que é público. Seja o requerente vereador ou cidadão. Afinal, o princípio republicano não faz diferenciação entre quem ocupa cargo público ou não, pois ele se aplica a todos indistintamente.

2.3 O COMPROMISSO COM A IGUALDADE

Um compromisso com a igualdade se traduz no enfrentamento dos receios e das barreiras impostas àqueles que são apontados como diferentes.

Por isso foi importante o voto do ministro Fachin na ADI 5.357 sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e sua previsão legal que vedou qualquer cobrança extra de alunos com deficiência por parte das escolas particulares.

O voto do ministro Fachin iniciou sua fundamentação invocando o status constitucional da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, o primeiro tratado internacional de direitos humanos incorporado à Constituição de 1988 segundo o rito do art. 5º, §3º. Assim, não apenas as previsões da Constituição regiam a controvérsia, mas também as previsões específicas da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Partindo dessa premissa normativa (Constituição e Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência), o ensino inclusivo das pessoas com deficiência se constitui em direito da criança e dever de todos – Estado e particulares. Tanto é assim que a Lei 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, estabeleceu a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção das pessoas com deficiência no ensino regular e promovendo as adaptações necessárias, mas sem qualquer ônus financeiro extra (art. 28, §1º, da Lei 13.146/2015).

Afirmar que pessoas com deficiência exigem maiores cuidados ou gastos e que esses custos devem ser a ela repassados, significa punir financeiramente essas pessoas por serem como são ao invés de se removerem as barreiras ou promoverem as adaptações que permitam uma vida igualitária em comunidade.

Como afirmou o ministro Fachin, não é possível entravar as normas constitucionais para se invocar supostos direitos (o suposto direito das escolas particulares de não arcar com os custos da eliminação de barreiras ou das adaptações necessárias) que se destinem a negar o direito fundamental de igualdade das pessoas com deficiência. Afinal, *“à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver. Ademais, o enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente.”*

O discurso dos direitos não pode ser invocado para socavar os direitos. Especialmente quando se está a tratar de igualdade e equidade no espaço educacional. A deficiência, em realidade, nunca está na pessoa, mas no ambiente, no meio, que não permite que a pessoa seja e exista em sua plenitude.

Segregar ou impor ônus é marginalizar quem deve ser incluído, mas é também privar todos os demais de aprender com quem é diferente. E ser diferente jamais foi óbice uma compreensão robusta de igualdade. Antes, a igualdade abarca a pluralidade e a diferença e exige que, nessa pluralidade e diferença, todos possam ser tratados de forma equânime. Como defendeu o ministro Fachin, *“é somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB)”*.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) assumiu justamente esse compromisso igualitário ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as privadas, devem pautar sua atuação educacional a partir de um sistema que garanta condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem inclusivos e que eliminem as barreiras existentes.

Igualdade é tratar com equidade, é compreender a deficiência não como um problema, mas uma condição inerente à pessoa e que deve, assim, ser naturalmente enfrentada para que todos possam ser e existir em condições equitativas.

Por isso não se pode mesmo admitir que uma criança com deficiência que frequente escola particular tenha que pagar a mais por isso. Se uma deficiência constitui e faz parte da vida de uma criança, tratá-la com igualdade é oferecer as condições de possibilidade para que a criança seja e exista integralmente tal qual uma criança, como qualquer criança – e sem que a escola possa cobrar nada a mais por isso caso ela tenha alguma deficiência.

No mesmo sentido de uma proteção ampla da igualdade está o RE 845.779 (Tema 778 da Repercussão Geral), em que se busca estabelecer

proteção de tratamento igualitário daqueles que se identificam com o gênero diverso do biológico.

O caso é interessante porque surgiu de ação que, na origem, reconheceu o direito à indenização por dano moral em razão da restrição injustificada do uso de banheiro público em shopping center adequado à identidade de gênero de mulher transexual.

A Constituição de 1988 estabeleceu em seu art. 5º, *caput*, o direito à liberdade e à igualdade. Em seus incisos, estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres (inciso I) e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).

Esses dispositivos constitucionais se somam ainda às previsões dos pactos internacionais de direitos humanos assumidos pelo Brasil. Assim, em razão da cláusula material de abertura prevista no art. 5º, §2º da Constituição, o caso deve também ser visto sob a ótica das normas de proteção internacional dos direitos humanos.

Nesse quadrante, a igualdade entre as pessoas em geral, e a igualdade entre homens e mulheres em particular, deve ser vista sob a ótica da não discriminação, tal qual posto pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu art. 2º, I e 26).

Ao prever que os Estados devem garantir a todas as pessoas a não discriminação em razão do sexo ou de qualquer outra condição, o Pacto abarca necessariamente as mulheres e os homens transexuais. Ou seja, ninguém pode ser discriminado, ou ser vetado de usar o banheiro do gênero com o qual se identifica, em razão de seu sexo biológico ou da sua condição de transexual.

Essa interpretação igualitária encontra ainda amparo nos Princípios de Yogyakarta, apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU, e que trata justamente da orientação sexual e da identidade de gênero. Segundo esse documento, a identidade de gênero está relacionada à uma experiência interna, individual, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros).

Tratar com a igualdade que exige a Constituição de 1988 e os compromissos internacionais de direitos humanos é, portanto, permitir que as pessoas sejam como são, ou como querem ser, e que, assim, possam ser livres e iguais para utilizar o banheiro do gênero com o qual se identificam.

Mas o ministro Fachin não ignorou que essa experiência individual, privada, também se relaciona com as demais pessoas e com a esfera pública. Daí a exigência de *“um mínimo de exteriorização dessa vontade de se identificar como do sexo oposto”*. Assim, se estabelece como imprescindível um marco distintivo da vivência de gênero e não apenas de sua funcionalidade.

Vale dizer, é preciso que haja alguma forma de expressão exterior que permita que a identificação com outro gênero seja assimilável. Essa exigência evita, a um só tempo, as usuais preocupações sobre eventuais abusos de direito ou tentativas de locupletamento ilícito mediante dano moral.

É possível, portanto, fazer concreto o compromisso com uma compreensão robusta de igualdade e, assim, estabelecer a proteção dessa igualdade também para os aspectos relacionados ao gênero e seus usos cotidianos. E aqui se inclui a utilização do banheiro do gênero com o qual pessoas transexuais se identificam, e sem que se caiam em falsos fatalismos por eventual abuso desse direito.

Gênero vai muito mais além da definição cromossômica e por isso transexuais podem e devem ter o direito de utilizar o banheiro do gênero com o qual se identificam.

Ser igual é tratar pessoas com deficiência ou transexuais, antes de tudo, como pessoas. Suas características e particularidades não retiram sua condição de pessoa e, assim, proteger e garantir sua igualdade, em todos os âmbitos e esferas, é proteger sua existência digna.

3 FECHAMENTO: PERMANÊNCIA QUE IMPORTA, DIVERGÊNCIA QUE FAZ PARTE

Neste artigo abordei seis ações, casos e votos que exprimem o que enxergo como o fio condutor da atuação do ministro Fachin no STF. Um fio condutor bem marcado por um compromisso robusto com a democracia, com o republicanismo e com a igualdade.

As ações, casos e votos aqui abordados trataram de temas diversos, mas todos eles afetos à competência precípua do Supremo Tribunal Federal: a guarda da Constituição. E, no exercício dessa competência, não apenas a guarda das promessas constitucionais, mas uma guarda em prol da concretização dos compromissos fundamentais que fundam a nossa Constituição. Se não basta prometer, mas é preciso comprometer-se, o ministro Fachin tem se mostrado fiel guardião da Constituição de 1988 e com ela comprometido.

Nesses cinco anos de judicatura constitucional do ministro Fachin, certamente houve decisões das quais eu, você leitor, jurisdicionados, cidadãos, discordamos. É da vida a pluralidade e a diferença de visões e compreensões.

É natural, portanto, que dissintamos em algum momento sobre a interpretação mais adequada da Constituição. E é nosso papel, juristas, jurisdicionados e cidadãos, perscrutar essas decisões, criticá-las, propor correções. Mas, se nesse mister, a despeito das diferenças, continuarmos a enxergar o fio condutor democrático, republicano e igualitário, então estaremos no mesmo caminho, apesar das pontuais divergências de passada.

É, pois, esse mesmo caminho que importa, ainda que divirjamos em alguns passos, pois é ele que expressa o compromisso constitucional firmado em 1988 e que permanece, e deve permanecer, ainda hoje. E é esse compromisso

que tenho enxergado nas decisões do ministro Luiz Edson Fachin e, por isso, nelas consigo observar o fio condutor que lhe marca – democrático, republicano, igualitário. E isso, nos tempos tormentosos de polarização e teste de resiliência da nossa democracia e das nossas instituições, é motivo mesmo de celebração.

É nesse espírito que o reconhecimento do fio condutor de uma atuação fiel e comprometida com a Constituição de 1988 nos permite escapar de uma leitura pessimista para então se recordar que sempre é possível abrir espaço para a esperança. A esperança de uma Constituição que vincule, se concretize e que faça do nosso país e da nossa vida um lugar e um viver melhores.

Como disse João Cabral de Melo Neto:

*“Severino, retirante,
deixe agora que lhe diga:
eu não sei bem a resposta
da pergunta que fazia,
se não vale mais saltar
fora da ponte e da vida;
nem conheço essa resposta,
se quer mesmo que lhe diga
é difícil defender,
só com palavras, a vida,
ainda mais quando ela é
esta que vê, Severina;
mas se responder não pude
à pergunta que fazia,
ela, a vida, a respondeu
com sua presença viva.
E não há melhor resposta
que o espetáculo da vida:
vê-la desfiar seu fio,
que também se chama vida,
ver a fábrica que ela mesma,
teimosamente, se fabrica,
vê-la brotar como há pouco
em nova vida explodida;
mesmo quando é assim pequena
a explosão, como a ocorrida;
como a de há pouco, franzina;
mesmo quando é a explosão
de uma vida Severina.”*

A GESTÃO COMO FIM SOCIAL E A ESTRATÉGIA: INDUTORES DE AÇÕES DE AGREGAÇÃO DE VALOR NO PODER JUDICIÁRIO PARANAENSE

José Laurindo de Souza Netto¹⁴⁸, Gustavo Calixto Guilherme¹⁴⁹,
Adriane Garcel¹⁵⁰, Anderson Ricardo Fogaça¹⁵¹

INTRODUÇÃO

Esta exposição tem como tema central apresentar a função social da gestão e a Estratégia Nacional do Poder Judiciário no intuito de investigar a influência nas ações de agregação de valor que são realizadas pelo Poder Judiciário Paranaense.

Na Era Exponencial e no contexto da Revolução 4.0, as organizações devem estar preparadas para os novos desafios, o que impõe uma postura voltada à inovação, à eficiência e principalmente à gestão como fim social, voltada ao ser humano.

¹⁴⁸ Doutor e mestre pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Estágio de Pós-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza. Professor do Programa de Mestrado na Universidade Paranaense – UNIPAR. Professor convidado no Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: jl@tjpr.jus.br

¹⁴⁹ Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes. Graduado em Direito pela Universidade Positivo e em Administração pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8273-3982>. Lattes Id: <http://lattes.cnpq.br/0022546041410306>. Assessor Jurídico Administrativo da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

¹⁵⁰ Mestra em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Graduação em Letras com licenciatura Plena em Português e Inglês pelo Centro Universitário Campos de Andrade e Graduação em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Pós-graduada em Direito Público Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Pós-graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho da 9ª Região – EMATRA/UNIBRASIL. Pós-Graduada em Ministério Público, especialista em Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAP/ UNIVERSIDADE POSITIVO. Advogada licenciada na OAB/PR. Mediadora Judicial e Assessora Jurídica na Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>.

¹⁵¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Juiz de Direito em 2º grau e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: andersonfog1977@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8495-9443> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/9343656785887913>.

A estratégia institucional é a ampla gama de propósitos, objetivos e diretrizes para construir uma situação futura, que deve servir como indutor das ações que são concretizadas por determinada organização.

Nessa perspectiva, esta pesquisa objetiva analisar a gestão como fim social, a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio 2021-2026, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, apresentar o plano de gestão para o biênio 2021-2022 e algumas das ações de agregação de valor realizadas no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A pesquisa justifica-se diante da necessidade da utilização da gestão como função social, com foco no indivíduo, em alinhamento às diretrizes constitucionais e ao planejamento estratégico institucional.

Para tanto, a metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados.

Primeiramente, serão apresentados os princípios do Estado Constitucional e a necessidade de utilização da gestão como fim social, direcionada ao desenvolvimento das capacidades humanas.

Em um segundo momento será abordada a Estratégia Nacional do Poder Judiciário, o plano de gestão do Tribunal de Justiça do Paraná para o biênio 2021-2022 e as ações que estão sendo realizadas de agregação de valor à prestação jurisdicional.

Por fim, será demonstrado que a gestão como fim social e a estratégia atuam como guias, como indutoras, nas atividades de inovação e na melhoria contínua dos serviços prestados ao cidadão.

1 A GESTÃO COMO FIM SOCIAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL

A supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela eficaz da esfera individual de liberdade. Com as Constituições democráticas do século XX, o aspecto da Constituição como norma diretiva fundamental assume protagonismo, dirigindo-se aos poderes públicos e condicionando os particulares de maneira a assegurar a realização dos direitos fundamentais-sociais (STRECK, 2014, p. 113-114).

A Lei Maior rege a organização política-jurídica de um Estado, dispendo acerca de sua forma e dos órgãos que integram a sua estrutura, bem como as limitações ao poder por meio do sistema de “freios e contrapesos” e da enumeração de princípios, direitos e garantias fundamentais (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 4-5).

Princípios são disposições que devem ser seguidas, formando a base, o ponto de partida para a análise de todo o ordenamento jurídico e para onde ele se norteia (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 29). Eles são verdades estruturantes de um sistema jurídico, assim admitidas, não só por serem evidentes ou terem

sido comprovadas, mas também por motivos práticos (REALE, 1995, apud CAVALIERI FILHO, 2010, p. 31).

A República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, têm entre os seus valores supremos a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o desenvolvimento nacional para construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A consagração da dignidade humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa deve constituir o objetivo supremo da ordem jurídica, impondo aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna (NOVELINO, 2010, p. 340).

A realização plena do preceito constitucional da cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados (PIOVESAN, 2014, p. 91).

Na sua perspectiva objetiva, o direito ao desenvolvimento sustentável significa a proteção do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, como a vida, a saúde e o meio ambiente equilibrado (WEDY, 2018).

Os ditames constitucionais reaproximam o Estado e a sociedade, passando esta a exigir daquele uma posição mais ativa na busca da redução das desigualdades, visando proporcionar liberdade aos indivíduos. O Estado Social de Direito objetiva conciliar a economia capitalista e o bem-estar social, o que faz por meio do reconhecimento constitucional dos direitos sociais fundamentais e da regular intervenção estatal na economia e na propriedade privada (SILVA, 2014, p. 285-286).

O reconhecimento do ser humano como o centro de todo o sistema normativo está atrelado à necessidade de atendimento à função social.

A função social da propriedade está prevista no artigo 5º, inciso XXIII, do texto constitucional: “a propriedade atenderá a sua função social”, bem como constitui-se em princípio constitucional da ordem econômica (artigo 170, III). No ‘novo’ Estado não mais se mostra suficiente a percepção de propriedade estritamente privada. A função social passa a condicionar o exercício do direito de propriedade ao cumprimento de uma finalidade, qual seja, a consecução do bem-estar coletivo, considerando aspectos sociais, econômicos e ambientais (BERTONCINI; OIKAWA, 2019, p. 231).

O princípio da função social também incide sobre a empresa. O Estado Social, na busca pela real liberdade dos indivíduos e pelo fim das desigualdades materiais, intervém na economia atribuindo novos papéis à empresa por meio da sua funcionalização social. O artigo 170 corrobora o entendimento ao estabelecer que a ordem econômica deve promover a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, de forma a assegurar a dignidade humana e a justiça social (BERTONCINI; OIKAWA, 2019, p. 235).

Um dos grandes desafios da atualidade é assegurar a garantia dos direitos fundamentais constitucionais e promover o desenvolvimento nacional em meio a um cenário disruptivo, de transformação rápida e de modificação do processo civilizatório.

A Era exponencial vivenciada é o volume de informação, tecnologia e conhecimento que se expandem de forma desmedida e atingem toda a sociedade.

A velocidade das transições ocasiona uma mudança de padrão em escala global sem precedentes, impactando as pessoas e os setores tradicionais. O Poder Judiciário e todas as instituições públicas têm como desafio acompanhar um mundo em transformação. As organizações devem se preparar para o momento disruptivo digital emergente (PICCOLI, 2018, p. 24).

A nova revolução tecnológica (Revolução 4.0), a Quarta Revolução Industrial, implica na transformação de toda a humanidade e conduz a desafios fascinantes. Se, por um lado, a incerteza que rodeia o desenvolvimento e a adoção de novas tecnologias significa que são desconhecidas as transformações geradas por essa revolução, por outro, a complexidade e a interconexão entre os setores implicam que todos os *stakeholders* da sociedade global (governos, empresas, universidades e sociedade civil) devem trabalhar em conjunto para moldar um futuro coletivo (SCHWAB, 2019).

A premissa Judiciário 4.0 está inserida nesse contexto de o Poder Judiciário estar preparado para as profundas mudanças que serão desencadeadas a partir da digitalização de tudo (PICCOLI, 2018, p. 77).

A chamada Justiça 4.0 e o processo contemporâneo trouxeram à tona o dever de eficiência e da garantia dos direitos fundamentais constitucionais.

Esse novo cenário exige que as organizações estejam preparadas para os novos desafios e impõe uma postura voltada à inovação, à eficiência e principalmente à gestão, gestão como função social, focada no ser humano.

Na história, poucas instituições surgiram tão rapidamente como a gestão ou tiveram um impacto tão grande. A gestão transformou a estrutura social e econômica dos países desenvolvidos e criou uma economia global. É responsável pelo uso produtivo do conhecimento. É por esse motivo que a tarefa fundamental da gestão continua a ser a mesma: tornar as pessoas capazes, capazes de trabalhar em equipe, partilhar objetivos comuns, valores, e se desenvolverem para se adaptarem à mudança, para se tornarem cada vez mais qualificadas (DRUCKER, 2001¹⁵²).

A gestão também é trabalhar com a mudança de *mindset*, a maneira de pensar. O *mindset* depende muito de quem está no comando e do planejamento. Os resultados das pessoas dependem de sua programação mental, do conjunto de pensamentos e crenças individuais que determinam

¹⁵² A Gestão Como Uma Função Social. Condensado do livro *The Essential Drucker*, de Peter F. Drucker. Disponível em: http://www.adets.com.br/gestao_como_funcao_social.pdf. Acesso em: 17 mai. 2021

o comportamento humano. O objetivo das organizações atuais é estabelecer uma nova cultura, engajando os colaboradores a desenvolver um mindset crescente, incluindo a gestão de pessoas, a gestão colaborativa, inteligência emocional e a inovação como um dos pilares estratégicos.

Nesse quesito, é fundamental o gerenciamento de “soft skills”, habilidades comportamentais e o quanto os indivíduos estão com a mente aberta para absorver as informações e as inovações. A constante aprendizagem em habilidades comportamentais, como persuasão, criatividade, adaptabilidade e inteligência emocional são fundamentais em um período de tantas mudanças.

Na década de 1990, o psicólogo estadunidense Daniel Goleman criou o termo inteligência emocional, no intuito de saber lidar e controlar as emoções. O desenvolvimento dos aspectos fundamentais do QE (Quociente Emocional), como a autoconsciência, o autocontrole, a consciência social e a habilidade de gerir relacionamentos se traduzem em sucesso profissional (GOLEMAN, 2011).

Enquanto a inteligência emocional determina nosso potencial para aprender os fundamentos do autodomínio, a competência emocional mostra o quanto desse potencial dominamos de maneira que ele se traduza em capacidades profissionais (GOLEMAN, 2011).

É evidente que a inteligência artificial e as novas tecnologias devem ser cada vez mais utilizadas, mas deve-se ter em mente também a inteligência emocional, que está diretamente relacionada a liderança, e jamais esquecer da presencialidade, das relações humanas e sociais.

Assim, os órgãos públicos e privados devem focar sua atuação e estratégia principalmente em seus recursos humanos, não só no aspecto interno, no intuito de obter lucro ou de aumentar a eficiência, mas também no desenvolvimento do indivíduo, na evolução do conhecimento, na integração de pessoas como forma de atingir objetivos comuns e contribuir com a sociedade, utilizando a gestão como fim social.

A gestão deve permitir que as instituições e os seus integrantes cresçam e se desenvolvam consoante às oportunidades e às necessidades. A formação e o desenvolvimento devem ser contínuos (DRUCKER, 2001).

São novos tempos, voltados ao desenvolvimento humano a fim de gerar eficiência, atingir objetivos e desenvolver a sociedade, utilizando a gestão como fim social.

É o ser humano no centro da agenda institucional. O cidadão no centro das estratégias (PICCOLI, 2018, p. 106).

2 A ESTRATÉGIA NACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

A Estratégia organizacional refere-se ao conjunto de grandes propósitos, dos objetivos, das metas, das políticas e planos para concretizar uma situação futura desejada (FERNANDES; BERTON, 2005, p. 7).

Planejar é conhecer e compreender os contextos interno e externo, saber o que se quer e como atingir objetivos, evitar possíveis ameaças, calcular riscos, preparar-se taticamente e buscar sinergias, usar em relação às metas propostas e superar-se de maneira continuada e constante para oferecer resultados cada vez melhores (CHIAVENATO; SAPIRO, 2020).

O principal objetivo do planejamento estratégico é alavancar as ações necessárias para as manobras que permitam que as organizações consigam navegar e avançar dentro de mutáveis e dinâmicas condições cada vez mais imprevisíveis em seu contexto de negócios (CHIAVENATO; SAPIRO, 2020).

A Gestão Estratégica e Planejamento do Poder Judiciário 2021-2026 foi instituída pelo Conselho Nacional de Justiça por advento da Resolução nº 325/2020, que estabeleceu a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o próximo sexênio. A missão, a visão, os valores, os macrodesafios do Poder Judiciário e os indicadores de desempenho são os componentes da Estratégia do Judiciário 2021-2026.

A missão primordial do Judiciário é a realização da justiça e sua visão de futuro é ser efetivo e ágil na garantia dos direitos e que contribua para a pacificação social e o desenvolvimento do país.

Os macrodesafios do Poder Judiciário foram estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, divididos em três grandes eixos: i) sociedade, na garantia dos direitos fundamentais e no fortalecimento da relação institucional do Poder judiciário com a sociedade; (ii) processos internos, na agilidade e produtividade na prestação jurisdicional, enfrentamento à corrupção, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais, prevenção de litígios e adoção de soluções consensuais para os conflitos, consolidação do sistema de precedentes obrigatórios, promoção da sustentabilidade, aperfeiçoamento da gestão da justiça criminal, da gestão administrativa e da governança judiciária; (iii) aprendizado e crescimento, com o aperfeiçoamento da gestão de pessoas, da gestão orçamentária e financeira e fortalecimento da estratégia nacional de TIC e de proteção de dados.

Os atributos de valor consubstanciam-se em: acessibilidade, agilidade, credibilidade, eficiência, ética, imparcialidade, inovação, integridade, segurança jurídica, sustentabilidade, transparência e responsabilização.

No Poder Judiciário, as diretrizes recentes do Conselho Nacional de Justiça traduzem o anseio pelo novo e por um serviço judicial mais efetivo e transparente. Prova disso é a criação recente do Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS), do Conselho Nacional de Justiça (Portaria nº 119/2019 do CNJ) e da Meta 09 atribuída à Justiça Estadual, que trata da integração da Agenda 2030 ao Poder Judiciário (GARCEL; GUILHERME; NETTO, 2020).

A Agenda é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade, e possui 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas que buscam fortalecer a paz universal e a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, para promover uma vida digna para todos, dentro dos limites do planeta.

Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são: (1) erradicação da pobreza; (2) fome zero e agricultura sustentável; (3) saúde e bem-estar; (4) educação de qualidade; (5) igualdade de gênero; (6) água potável e saneamento; (7) energia limpa e acessível; (8) trabalho decente e crescimento econômico; (9) indústria, inovação e infraestrutura; (10) redução das desigualdades; (11) cidades e comunidades sustentáveis; (12) consumo e produção responsáveis; (13) ação contra a mudança global do clima; (14) vida na água; (15) vida terrestre; (16) paz, justiça e instituições eficazes e (17) parcerias e meios de implementação.

Em razão de sua abrangência, a implementação dos ODS e o atingimento das metas da Agenda é um grande desafio e depende de empenho conjunto e atuação de todos: governo, que possui uma função primária e crucial, pois estabelece políticas públicas de desenvolvimento; sociedade civil; setor privado; academia e cidadãos (LUCCHESI; ROSA, 2020, p. 24).

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná criou um plano de gestão para o próximo biênio, com o objetivo de inserir o ser humano no centro do sistema de justiça e estão sendo implementadas diversas iniciativas alinhadas aos Macrodesafios da Estratégia Nacional do Poder Judiciário e aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

3 O PLANO DE GESTÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ E AS AÇÕES DE AGREGAÇÃO DE VALOR

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, foi criado o plano de gestão¹⁵³ para o biênio 2021-2022, atrelados aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, à Estratégia Nacional do Poder Judiciário e a cinco princípios basilares, que formam a base de todos os valores existentes no Estado Democrático de Direito.

Os princípios do plano de gestão são: (i) a valorização do ser humano; (ii) o aumento da eficiência; (iii) a ampliação da capacitação; (iv) o uso racional de recursos e (v) a aproximação do Poder Judiciário com a população. Todas as atividades, ações de agregação de valor realizadas na gestão, estão sendo indexadas aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, aos Macrodesafios do Poder Judiciário e aos princípios basilares de gestão.

A valorização do ser humano abrange todos os Objetivos de

¹⁵³ Sobre o assunto: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/54846527/Plano+de+Gest%C3%A3o+-+atualizado/0f7c49fd-992e-631c-c3a5-59ef628d4515>

Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas. Refere-se ao respeito ao próximo, o valor mais importante dos dias atuais. Traz toda a necessidade de diálogo, interno e externo, ou seja, é a valorização não só de quem presta a justiça, mas de quem recebe a prestação jurisdicional.

No âmbito interno foi criado o projeto Movimento¹⁵⁴, relacionado ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 3, de saúde e bem-estar, que disponibiliza atividades que tenham o objetivo de promover a saúde integral e o bem-estar dos colaboradores, como atividades de ginástica laboral, postura, meditação, entre outras.

Na perspectiva de quem recebe a prestação jurisdicional, em atendimento ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 10, de redução das desigualdades, e ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16, de busca da paz, justiça e instituições eficazes, foi criada a Central de Medidas Socialmente Úteis (CEMSU). A Central de Medidas Socialmente Úteis¹⁵⁵ utiliza a política pública de justiça restaurativa, uma justiça nova, que transforma, que inicia no Direito Criminal, mas se expande para todas as áreas. No modelo tradicional, o que se busca é a pena, a prisão, independente da recuperação do indivíduo, do dano que ele cause para a sociedade e da responsabilização visando a prevenção. A Central de Medidas Socialmente Úteis atua justamente nessa lacuna, como órgão gestor de alternativas penais, que substitui a pena restritiva de liberdade por medidas socialmente úteis, muito mais produtivas à sociedade, auxiliando o indivíduo infrator a se conscientizar por meio da aplicação da Justiça Restaurativa, visando a reinserção social e a prevenção da violência. A Central de Medidas Socialmente Úteis do Fórum Criminal de Curitiba realiza atividades como atendimentos pré e pós-custódia, círculos restaurativos, audiências de mediação e encaminhamento para a prestação de serviços à comunidade.

Especificamente sobre o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5, de igualdade de gênero, foi criada a CEMSU Mulher, implementada com a finalidade de promover o protagonismo e a emancipação da mulher na sociedade. A Central também criou o Projeto “Remição por Práticas Restaurativas”, proposta inédita no país, que abre a possibilidade de remição da pena por meio da Justiça Restaurativa.

O segundo princípio de gestão é o aumento da eficiência. Como resposta à inovação que se faz necessária na Era Exponencial, no contexto da Justiça 4.0 e, direcionado pelo Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16, de busca de instituições eficazes, a principal medida adotada foi a criação do Ateliê da Inovação, por meio do Decreto Judiciário nº 259, de 10 de maio de 2021.

¹⁵⁴ Sobre o assunto: <https://www.tjpr.jus.br/web/movimento/inicial>. Acesso em: 11 mai. 2021.

¹⁵⁵ Sobre o assunto: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/tjpr-inaugura-a-central-de-medidas-socialmente-uteis-no-centro-judiciario-de-curitiba/18319. Acesso em: 11 mai. 2021.

O Ateliê da Inovação é um espaço físico, com equipe multidisciplinar e três salas, denominadas *workshop*, *sprint* e *situação*, onde são colocadas as problemáticas mediante análise de dados no sistema de Business Intelligence, com servidores de diversas áreas do Tribunal para criar soluções ágeis aos problemas identificados nas unidades jurisdicionais e administrativas.

Além do Ateliê da Inovação, outras iniciativas podem ser elencadas no eixo relacionado à Justiça 4.0.

O processo de digitalização dos autos iniciou-se em 2007 no Tribunal de Justiça do Paraná, logo após o advento da Lei nº 11.419/2006 (Lei da informatização do processo judicial) e o Tribunal foi pioneiro na utilização do processo eletrônico. Atualmente, a tramitação dos processos judiciais e administrativos do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná é feita de forma eletrônica, respectivamente pelos sistemas Projudi e SEI (Sistema Eletrônico de Informação), em consonância ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, proporcionando o acesso à justiça por meio digital.

Em 2017, após o advento do Novo Código de Processo Civil, que estabeleceu a utilização de videoconferência como uma das ferramentas para as práticas de atos processuais (artigo 236, §3º, artigo 385, §3º, artigo 453, §1º), o Tribunal editou a Instrução Normativa Conjunta nº 03/2017, que inaugurou a utilização do sistema de videoconferência em âmbito criminal. Atualmente, a utilização das ferramentas digitais e de videoconferência tanto em primeiro quanto em segundo grau de jurisdição é realidade.

Em conformidade com a Resolução nº 372/2020 do Conselho Nacional de Justiça foi instituído o Balcão Virtual, lançado em abril de 2021, plataforma destinada ao atendimento, por videoconferência, de partes, advogados ou interessados nos processos em trâmite na Justiça Estadual. O Balcão Virtual surge para garantir o êxito do Juízo 100% digital e auxiliar na mudança cultural trazida pela pandemia. A prestação jurisdicional deve ser adequada às necessidades da população, de modo a atender a sociedade de forma célere e alinhada com os avanços tecnológicos e sociais (NETTO; 2021).¹⁵⁶

O terceiro princípio é a ampliação da capacitação, relacionada ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 4, de educação e qualidade. A educação e a capacitação são os maiores instrumentos de transformação do ser humano. Nesse momento de modificação do processo civilizatório, é indispensável o conhecimento para uma constante evolução. Como ensina Peter Drucker, o pai da Administração Moderna, “o conhecimento e a informação são os recursos estratégicos para o desenvolvimento de qualquer país. Os portadores desses recursos são as pessoas”.

¹⁵⁶ Sobre o assunto: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/tjpr-lanca-balcao-virtual/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 17 mai. 2021.

A principal ação de agregação de valor para a capacitação foi a criação da Escola Judicial do Estado do Paraná, aprovada em sessão do Órgão Especial em março de 2021. A Escola Judicial está sendo implementada para ser o órgão oficial de capacitação de Magistrados e Servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com competência para definir as diretrizes básicas para a formação e aperfeiçoamento do quadro funcional, fomentar pesquisas e promover cursos nas mais diversas áreas do conhecimento, com ênfase na formação humanística. Já estão sendo ofertados cursos *in company*, cursos de formação de gestores, de gestão de competências, planejamento estratégico, gestão de conflitos e técnicas de negociação, *compliance*, entre outros.

O quarto princípio é o uso racional de recursos, que abrange vários Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, como por exemplo o ODS 7, de energia acessível e limpa, e o ODS 11, de cidades e comunidades sustentáveis. O Tribunal de Justiça do Paraná possui um monitoramento de despesas com energia via sistema de inteligência de negócios, que proporciona a análise de dados e de redução de custos nas Comarcas. Além disso, o Tribunal tem um projeto junto com a Copel (Companhia Paranaense de Energia) de eficiência energética, que tem como objetivo a substituição de lâmpadas fluorescentes por unidades de tipo LED, mais vantajosas e econômicas, além de terem uma vida útil muito maior.

Por fim, a aproximação do Poder Judiciário com a sociedade, por meio do acesso à justiça, por ações de transparência e pelo diálogo com o cidadão. Contempla os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 10, de redução das desigualdades, 11 (cidades e comunidades sustentáveis), 16 (paz, justiça e instituições eficazes) e o 17, de parcerias e meios de implementação visando a melhoria do serviço público. Entre os diversos projetos, estão sendo realizadas a modernização do site e do Portal da Transparência, o sistema de busca de jurisprudência e ações de comunicação e diálogo imediato com a população, como por exemplo por meio do Programa “Em Foco” e o programa “De Olho na Justiça”, que trazem informações dos serviços judiciais prestados em prol de toda a sociedade.

CONCLUSÃO

A gestão é o instrumento transformador da realidade econômica e social, responsável pelo uso produtivo do conhecimento para tornar as pessoas capazes e aprimorar as aptidões individuais em busca de objetivos comuns.

Na Era Exponencial e no contexto da Revolução 4.0, cada vez mais cresce a necessidade da prática da gestão como função social, entendida como estratégia para o alcance das metas institucionais e da Agenda de Direitos Humanos, por meio do desenvolvimento do indivíduo.

A Estratégia Nacional do Poder Judiciário está fundada na perspectiva da sociedade, de processos internos e do aprendizado e crescimento, com o aperfeiçoamento da gestão de pessoas.

Como resposta ao trabalho, conclui-se que a gestão como função social e a Estratégia Nacional do Poder Judiciário funcionam como guias, como indutores das ações de valor realizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

As atividades são baseadas na gestão como fim social, no desenvolvimento do indivíduo e no ser humano como o centro do sistema de Justiça.

Por fim, a continuidade das práticas que estão sendo realizadas e o foco no ser humano contribuirão na busca das metas estratégicas institucionais e do objetivo maior da Agenda 2030, de promover uma vida digna e fortalecer a paz universal.

REFERÊNCIAS

- BERTONCINI, Mateus; OIKAWA, Mariana Mendes Cardoso. O consumo consciente e a educação para o consumo como função social da empresa. *In: Estudos em homenagem ao professor Clayton Reis*. Curitiba: Instituto Memória: 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/> Acesso em: 10 mai. 2021.
- BRASIL. Plataforma Agenda 2030. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/>. Acesso em: 11 mai. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/> Acesso em: 11 mai. 2021.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2010.
- CHIAVENATO, Idalberto; SAPIRO, Arão. Planejamento Estratégico: da intenção aos resultados. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2020.
- DRUCKER, Peter F. A Gestão como função social. Condensado do livro The Essencial. Adets Assessoria e desenvolvimento para o Excelência do Terceiro setor. Disponível em: http://www.adets.com.br/gestao_como_funcao_social.pdf. Acesso em: 17 mai. 2021.
- FERNANDES, Bruno Henrique Rocha; BERTON, Luiz Hamilton. Administração Estratégica: da competência empreendedora à avaliação de desempenho. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GOLEMAN, Daniel. Inteligência Emocional [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.
- LUCCHESI, Camila Kososki; ROSA, Jaqueline Lobo da. Novas reflexões sobre o pacto global e os ODS da ONU. Danielle Anne Pamplona [et. al] (org.) – 1.ed. Curitiba: NCA Comunicação e Editora, 2020.
- NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2010.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- PICCOLI, Ademir Milton. Judiciário Exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação do ecossistema da justiça. São Paulo: Vidaria Livros, 2018.
- PIOVESAN, Flávia; Temas de direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. São Paulo: Edipro, 2019.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de; GUILHERME, Gustavo Calixto; GARCEL; Adriane. Planejamento Estratégico Sustentável do Poder Judiciário Paranaense. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/152>. Acesso em: 11 mai. 2021.
- STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- WEDY, Gabriel. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/ambiente-juridico-direito-fundamental-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 11 mai. 2021.

RACIONALIDADE DO EMPREGO DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Luiz Guilherme Marinoni¹⁵⁷

1 AS CLÁUSULAS PROCESSUAIS ABERTAS A SERVIÇO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A EXPANSÃO DO PODER DA CORTE

O verdadeiro problema do exercício da ação mediante técnicas processuais idôneas à obtenção das tutelas do direito está na tradicional relação entre a tipicidade dos meios processuais e a segurança jurídica. Lembre-se que a doutrina do direito processual italiano elaborou o princípio da tipicidade das formas processuais como garantia contra a possibilidade de arbítrio judicial. Vittorio Denti chegou a advertir que Chiovenda, em uma das suas mais famosas conferências – *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* –, não somente demonstrou a importância das formas como garantia contra o arbítrio do juiz, como também enfatizou a estreita ligação entre a liberdade e o rigor das formas processuais¹⁵⁸.

Quando se pensa na tutela do direito objetivo, como é óbvio, a relação entre a atipicidade das técnicas processuais e a amplitude do poder judicial se baseia em pressupostos completamente diferentes, ou melhor, em pressupostos próprios ao controle de constitucionalidade, para o que importa a relação entre a tutela judicial da Constituição, a deliberação popular e o diálogo institucional.

Na tradição do controle de constitucionalidade abstrato, de origem kelseniana, a função da Corte era limitada a eliminar a norma incompatível com a Constituição do ordenamento jurídico¹⁵⁹. A decisão anulava a norma, com eficácia desconstitutiva. Não eram concebidas decisões interpretativas – interpretação conforme e declaração parcial de inconstitucionalidade sem alteração do texto – nem decisões reconstrutivas – decisões aditivas etc. Além disso, não só não existia o problema da limitação dos efeitos retroativos, como, na verdade, não se cogitava sobre a modulação dos efeitos temporais, inclusive a respeito do diferimento dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo¹⁶⁰.

Se as decisões que não implicam o desaparecimento da lei ou que corrigem a lei inconstitucional ou dela extraem efeitos surgiram numa ulterior

¹⁵⁷ Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná. Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Vice Presidente da International Association of Procedural Law.

¹⁵⁸ Vittorio Denti, Il processo di cognizione nella storia delle riforme, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, p. 808.

¹⁵⁹ Antonio Ruggeri e Antonino Spadaro, *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*, Torino: Giappichelli, 2019, p. 21 e ss;

¹⁶⁰ Francisco Fernández Segado, *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I, Madrid: Dykinson, 2009, p. 155-158.

fase do controle de constitucionalidade de tipo europeu, a modernidade da teoria constitucional estadunidense está no uso frutuoso do poder de não decidir ou, mais precisamente, no conceito de não decidir além do necessário, compreendidos os limites do necessário nas fronteiras que, uma vez ultrapassadas, afetam a democracia deliberativa, dela retirando a potencialidade de fazer o povo ser ouvido e de as instituições democráticas se fazerem ouvir. Na verdade, saber até onde ir, ou como decidir sem desrespeitar a deliberação popular e as demais instituições, é algo imprescindível quando o poder da Corte se distancia da simples possibilidade de anular a norma incompatível com a Constituição.

Frise-se que a atenção aos fatos simplesmente contradiz o fundamento do controle de constitucionalidade da tradição europeia. A necessidade de interpretar a Constituição com base nos fatos e a percepção de que a discussão sobre os fatos, inclusive morais, é indispensável em um sistema aberto ao pluralismo democrático, fez com que o direito processual constitucional passasse a cogitar sobre as formas de representação da população e dos grupos na Corte – *amici curiae* –, a audiência pública e as provas dos fatos constitucionais, com tudo que a teoria da prova carrega consigo, como os critérios de valoração e os standards da prova.

Na verdade, a justificativa dos fatos é algo absolutamente imprescindível para o exercício adequado do controle de constitucionalidade, constituindo a pedra de toque de um diálogo constitucional consistente, capaz de fomentar uma melhor e mais democrática forma de interpretação da Constituição.

Os fatos têm grande importância quando se está diante da tutela da inconstitucionalidade por omissão. A questão da inconstitucionalidade por omissão evidencia com toda a força a transformação do controle de constitucionalidade, trazendo problemas que não podem deixar de ser devidamente enfrentados quando se pretende encontrar um sistema que efetivamente tutele a Constituição sem negar os valores da teoria democrática. A configuração de uma omissão legislativa, imprescindível para não se ter inevitável violação da separação de poderes, exige a demonstração não só de que o Legislativo não agiu, mas também que deveria agir para a Constituição não se tornar despida de tutela, indispensável para realizá-la. Ademais, tratando-se de desacordos morais razoáveis, não há como supor que o Legislativo deixou de editar lei para proteger uma posição que, estando na penumbra de um direito fundamental, é razoável para uns e desrazoável para outros, sendo isso possível somente diante de circunstâncias fáticas excepcionais, obviamente também sempre carentes de demonstração.

De outra parte, assiste-se cada vez mais à concessão de liminares no controle abstrato, o que traz perplexidade quando isso ocorre mediante decisão monocrática cujos efeitos se eternizam no tempo, gerando uma espécie de controle de constitucionalidade unipessoal, completamente destituído de legitimidade democrática, representando genuína falta de respeito à população, às demais instituições públicas e ao próprio Judiciário.

Estas categorias de técnicas processuais constitucionais – relacionadas, respectivamente, com os tipos de decisão, com os efeitos temporais da decisão, com a necessidade da decisão, com os fatos e com o tempo do processo –, embora tenham se tornado absolutamente indispensáveis para a devida e adequada tutela da Constituição, conferem à Corte um poder bastante elástico, obviamente incapaz de ser controlado mediante previsão legislativa, ou seja, mediante a velha estratégia da tipicidade das formas (das técnicas) processuais.

Porém, constituiria ingenuidade inescusável imaginar que as decisões da Corte que se valem de tais técnicas processuais são insuscetíveis de controle. Se o controle não é tão simples de se fazer, na medida em que o poder de escolha e de uso do instrumento processual se assenta em termos que devem ser concretizados conforme as particularidades da situação objeto de tutela, há bem vistas as coisas, especificidades que o tornam ainda mais complexo e sofisticado do que aquele que se realiza quando do emprego de cláusulas processuais abertas pelo Juiz que está diante da tutela jurisdicional a ser prestada na ação comum concreta.

É que os parâmetros de controle, no caso de controle de constitucionalidade objetivo, estão basicamente na tutela jurisdicional adequada das normas constitucionais, de um lado, e na deliberação popular e no respeito às demais instituições públicas, de outro. A aproximação racional entre esses fatores, enquanto síntese para o emprego frutuoso e respeitoso das técnicas processuais constitucionais, tem relação de causa e efeito com a ideia de que a interpretação constitucional não constitui monopólio do Judiciário.

Em suma, o controle do poder do emprego das técnicas processuais por parte da Corte, aí incluído o de decidir, deve ser presidido pelos critérios que harmonizam a tutela judicial com os valores deliberativos. Note-se que manter a lei ou reconstruí-la, modular os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, decidir limitadamente, considerar os fatos e conceder tutela de urgência *não é algo que possa escapar de critérios apropriados e de justificativa que possa ser convincente*. Embora toda e qualquer justificativa deva ser convincente, aquela que é realizada pela Corte é mais sensível do que qualquer outra, uma vez que se destina a tornar claras as razões do controle do direito instituído em nome da população, que inexoravelmente afeta também o modo como as pessoas e as demais instituições públicas compreendem a Constituição.

2 O PROBLEMA DAS DECISÕES INTERPRETATIVAS E RECONSTRUTIVAS: QUANDO O MENOS PODE SER MAIS

Tanto a interpretação conforme quanto a declaração parcial de nulidade constituem decisões interpretativas, na medida que não declararam a inconstitucionalidade do dispositivo ou mesmo reconhecem ou pressupõem

a sua invalidade. Enquanto isso, as decisões reconstitutivas, como o próprio nome indica, admitem a incapacidade de o dispositivo permitir qualquer interpretação constitucional.

A proximidade entre interpretação conforme e declaração parcial de nulidade tem levado as Cortes a utilizarem uma ou outra sem qualquer preocupação dogmática, mas com base em razões de momento, não racionalizadas e, por isso mesmo, sequer justificadas. Tem sido assim no direito brasileiro e, por exemplo, no direito português, conforme reconhece a sua própria doutrina¹⁶¹.

É correto admitir que, no controle direto, a interpretação conforme afirma a única interpretação capaz de permitir a sobrevivência da lei, ao passo que a declaração parcial de nulidade afirma a inconstitucionalidade de determinadas interpretações. Nesse sentido, a declaração parcial faria o que a interpretação conforme não pode fazer. Aplica-se a técnica da interpretação conforme quando se pretende declarar a única interpretação possível, *mas, quando há mais de uma interpretação possível e, ainda assim, se torna necessário eliminar a possibilidade de determinadas interpretações, a Corte se vale da declaração parcial de nulidade sem redução de texto*. A declaração de inconstitucionalidade não é de parcela do dispositivo, mas de parcela das interpretações que o dispositivo propicia, ou mesmo de uma destas interpretações. Aí a distinção entre decisão reconstitutiva do tipo redutivo e declaração parcial de nulidade: *a decisão redutiva elabora sentido que nega parcela do texto, ao passo que a declaração parcial de nulidade respeita o texto, declarando a inconstitucionalidade de algumas interpretações possíveis*.

Recorde-se que a interpretação, compreendida como o sentido que pode ser validamente extraído do dispositivo legal, pressupõe a possibilidade de o texto ser logicamente compreendido. Embora interpretar obviamente não seja apenas descrever o texto, mas trabalhar com os critérios capazes de permitir a compreensão do dispositivo, o resultado-interpretação jamais pode negar o enunciado legislativo. Fosse de outro modo, *sequer importaria concordar ou discordar de uma decisão judicial na perspectiva da sua correção argumentativa*¹⁶².

É evidente que a tarefa de reconstruir também permite chegar numa norma sem com que a lei seja excluída do ordenamento jurídico ou não possa mais ser aplicada. Porém, quando se verifica que a norma-interpretação que se pode extrair do texto, para se tornar compatível com a Constituição, tem que ser reduzida, acrescida ou ter parte substituída, estabelece-se uma

¹⁶¹ Rui Medeiros, *A decisão de Inconstitucionalidade. Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Lisboa: Ed. da Universidade Católica, 1999, p. 400 e ss; Fernando Alves Correia, *Justiça Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 337 e 343.

¹⁶² Massimo Luciani, Interpretazione conforme a Costituzione, *Enciclopedia del Diritto* (bozze collazionate), p. 72.

norma diferente da criada pelo Parlamento¹⁶³. *A norma judicial pressupõe a invalidade da eleita pelo Legislador, o que obviamente não ocorre quando a decisão consiste numa interpretação que reconhece o produto legislativo.*

De modo que não há como ignorar a diferença *entre interpretar a lei e interpretar apesar do Legislador*. Essa distinção é fundamental quando não se quer misturar as funções do Judiciário e do Legislativo, respeitando-se o que os representantes do povo têm a responsabilidade de fazer. Para reconstruir a norma legislativa, chegando-se em outra que não viole a Constituição, há necessidade de uma argumentação *qualitativamente diferenciada e da superação de um ônus mais forte do que aquele que se exige para interpretar em respeito à lei*. Isso é mais do que é óbvio, considerando-se o próprio significado de presunção de constitucionalidade e tudo o que esta presunção carrega consigo.

Embora a reconstrução da norma constitua uma espécie de forma de tutela contra a inconstitucionalidade, constituindo resposta legítima do controle judicial de constitucionalidade, nenhum Juiz pode alterar o sentido da lei, para torná-lo de acordo com a Constituição, sem uma justificativa rigorosa. Essa justificativa, além de dever ser capaz de superar a presunção de constitucionalidade, *deve ser fiel ao propósito primário do Legislador*, evidenciando que a norma reconstruída constitui um “necessário ajuste” – *e não mais do que isso* – daquela que foi primitivamente proposta. *A justificativa da reconstrução da norma necessita evidenciar que a jurisdição não está a ocupar o espaço do Legislador, estabelecendo norma que só por ele poderia ser instituída.*

Não é por outro motivo que a justificativa do controle de constitucionalidade, em caso de falta ou insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais, exige a demonstração de que a norma reconstruída não supera a fronteira do “*mínimo necessário*” à tutela do direito fundamental. Sem isso, como não poderia deixar de ser, a decisão judicial careceria de legitimidade.

Ademais, não há como ignorar uma relevante particularidade que diferencia a reconstrução da norma da declaração de inconstitucionalidade. Enquanto o Legislador obviamente pode suprir o espaço deixado pela lei invalidada, alguém pode dizer que essa margem não existe quando há reconstrução da lei. Nesse sentido, a reconstrução da norma é, em princípio, mais desafiadora do que a sua própria nulificação. Isso significa que não basta ver que, se a norma judicial não observar os seus limites, existirá decisão violadora da teoria democrática, mas que é necessário ter presente que o poder de o Legislativo responder às decisões da Corte *certamente pode redundar numa lei contrária a uma decisão reconstitutiva*.

Ora, se há inescindível distinção entre decisão interpretativa e reconstitutiva, a Corte não pode se valer de uma ou outra sem devida e rigorosa

¹⁶³ Gustavo Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, *Enciclopedia del Diritto*, v. 36, p. 655; Gaetano Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, p. 1684 e ss.

justificativa. Cabe-lhe demonstrar quando não basta a decisão interpretativa, surgindo a necessidade da reconstrutiva. Mais do que isso, torna-se muito importante não reconstruir uma norma sem se perceber, deixando-se consequentemente de lado a justificativa imprescindível a tanto.

Não é difícil encontrar decisões do Supremo Tribunal Federal, rotuladas de “interpretação conforme”, com conteúdo nitidamente reconstrutivo. A Corte, em alguns casos, corretamente admite que a interpretação conforme tem limites¹⁶⁴, mas, em outros, se vale da mesma técnica para reconstruir a norma-interpretação¹⁶⁵. Aliás, alguns votos chegam a evidenciar expressamente o problema em deliberações curiosas, em que os demais julgadores nada falam para justificar que podem fazer exatamente o contrário. Lembre-se, por exemplo, que o Ministro Gilmar Mendes, durante o julgamento da ADPF 132, advertiu que o Supremo Tribunal Federal, “a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos”, tem proferido “o que a doutrina constitucional, amparada na experiência da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos”¹⁶⁶, não obstante não exista no acórdão sinal de deliberação ou razões nos votos dos julgadores que afirmaram interpretação conforme¹⁶⁷.

Sublinhe-se que o grave fenômeno da desvalorização da lei, em que estão inseridas as decisões que, sem a devida justificativa, instituem normas incompatíveis com a interpretação possível, não apenas se alimenta da confusão entre interpretar e controlar a constitucionalidade, mas a estimula, legitimando-a em detrimento da correta dogmática do processo constitucional e da teoria democrática.

Daí por que “*menos pode ser mais*”. Em virtude da eficácia vinculante, afirmar interpretação conforme de modo equivocado, imaginando-se não haver negação da lei, é muito mais agressivo à democracia do que declarar a inconstitucionalidade – quando se exige justificativa específica, necessária para evidenciar a invalidade da lei. Além disso, reconstruir a interpretação possível de modo consciente, mediante devida justificativa da inconstitucionalidade, interfere mais sobre a liberdade parlamentar do que a declaração de inconstitucionalidade quando não se tem clara a possibilidade de o Legislador negar ou modificar a norma judicial mediante o processo legislativo ordinário.

¹⁶⁴ ADI 3046-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.05.2004; ADI 1344-ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.04.2006; ADI 2405-RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; RP 1417-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988.

¹⁶⁵ Assim, por exemplo, ADI 1127, Rel. Ministro Marco Aurélio; Rel. para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, 26.05.2006.

¹⁶⁶ ADPF 132-RJ, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 16.05.2011.

¹⁶⁷ Luiz Guilherme Marinoni, *A Zona de Penumbra entre o STJ e o STF*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 66-74.

3 A MODULAÇÃO DE EFEITOS: A CONSTITUIÇÃO EM RISCO

O direito brasileiro, na linha do direito estadunidense, firmou a premissa da nulidade dos atos inconstitucionais (*the unconstitutional statute is not law at all*). Nesse sentido, como a lei inconstitucional não constitui direito, ela não pode produzir efeitos válidos. Por isso, chegou-se à conclusão de que a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, riscando-se os efeitos concretos produzidos pela lei declarada inválida.

No entanto, a criação de determinadas situações concretas com base em uma lei declarada inconstitucional pode trazer graves consequências à própria Constituição. Percebeu-se que a eliminação dos efeitos concretos derivados da lei declarada inconstitucional, em alguns casos, poderia ser mais prejudicial à Constituição do que a própria eficácia da lei inconstitucional.

A preservação de uma situação ou consequência inconstitucional, portanto, passou a ser vista como possível quando capaz de traduzir menor ofensa à Constituição. Assim, o art. 27 da Lei 9.868/99 abriu oportunidade para a Corte modular os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, seja para limitar os seus efeitos retroativos, seja para dar-lhe efeitos apenas a partir do momento em que proferida ou ainda para suspender os seus efeitos, condicionando a sua produção a um termo ou prazo futuro. Pensa-se, na primeira hipótese, em limitação dos efeitos retroativos da decisão e, nas duas outras, em efeitos prospectivos ou que apenas podem ser produzidos no futuro.

Isso, como é evidente, abre oportunidade para a Corte legitimar os efeitos de um ato que não é Direito ou, em outras palavras, para dar eficácia à lei que nega a própria Constituição. Esse é o ponto que reclama atenção: *a Constituição, diante da possibilidade da modulação dos efeitos temporais da decisão, é colocada em risco.*

Para que isso não ocorra é imprescindível manejar adequadamente os conceitos que legitimam a modulação de efeitos, ou seja, a “segurança jurídica” e o “excepcional interesse social”. Antes de tudo, há de se não transigir com uma lei que viola manifestamente a Constituição, ou seja, que nega a literalidade de um dispositivo constitucional. Isso quer dizer que, sob pena de a Constituição perder autoridade, a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade somente deve ser admitida em casos excepcionais. Além disso, a modulação de efeitos deve ser rechaçada sempre que puder trazer benefícios a quem produziu a inconstitucionalidade. Do contrário, a Corte não apenas estará consentindo com a violação da Constituição, mas estimulando a sua repetição.

Note-se, ademais, que a suspensão ou o diferimento dos efeitos da decisão tem impacto ainda mais forte sobre o sentimento social a respeito da importância da Constituição e da sua tutela judicial. Afinal, quando a Corte suspende os efeitos da sua decisão, ela afirma, num mesmo instante, que a lei viola a Constituição, mas pode continuar a produzir efeitos.

A exigência de maioria de dois terços dos membros da Corte, prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, é um indício de que a modulação requer uma justificativa que deve ser precisa, capaz de demonstrar que dois terços dos julgadores estão de acordo que há razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justificam admitir efeitos à lei inconstitucional.

A segurança jurídica, na sua feição de confiança na ordem jurídica, justifica a modulação quando é mais sacrificante suprimir os efeitos da lei inconstitucional do que os manter. Na mesma dimensão, razões de “excepcional interesse social” podem justificar a modulação quando a ressalva dos efeitos da lei inválida é imprescindível para impedir mal maior à Constituição e aos direitos fundamentais.

Portanto, a decisão de modulação depende de um juízo de proporcionalidade. O princípio da nulidade da lei inconstitucional, para ser sacrificado, *requer a consideração das circunstâncias da situação concreta que são idôneas a demonstrar a necessidade de ressalva dos efeitos da lei inconstitucional*. Aliás, os fatos igualmente assumem importância quando se tem em conta que a modulação dos efeitos pode variar, para o passado ou para o futuro, conforme as necessidades da específica situação concreta. Recorde-se que é possível excluir a eficácia retroativa sobre situações específicas ou sobre determinado período, assim como é possível suspender os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mantendo-se a eficácia da lei, por maior ou menor prazo.

Isso tem grande importância. *As decisões de modulação de efeitos não se contentam com juízos alheios aos fatos*. Obviamente não há como limitar os efeitos retroativos de uma decisão, ou projetar os seus efeitos unicamente para o futuro, com base em elaborações meramente abstratas sobre a segurança jurídica ou outro princípio constitucional sob a forma de “excepcional interesse social”, justificando-se teoricamente a prevalência de um ou outro sobre a Constituição.

É preciso considerar os fatos inseridos no espaço sobre a qual a lei inconstitucional incidiu para se ter material capaz de permitir raciocínio acerca de se a tutela judicial da Constituição pode ceder diante da segurança jurídica ou de “excepcional interesse social”. Os fatos relacionados aos motivos da aplicação da lei, às consequências concretas derivadas da sua aplicação e especialmente à consolidação dessas consequências têm relevo para se concluir que é melhor validar do que invalidar os efeitos de uma lei inconstitucional. No caso de diferimento dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, é preciso aferir os benefícios que se pretende alcançar com a preservação dos efeitos da lei após o reconhecimento da sua inconstitucionalidade, justificando-se.

No conhecido caso belga relativo à proibição de fumar em bares e restaurantes, declarou-se a inconstitucionalidade da lei que excluiu a proibição de fumar nos locais restritos à venda de alimentos pré-embalados, mantendo-se a possibilidade de fumar, nesses locais, até determinada data, fixada com base em uma prognose de que, no período, os estabelecimentos poderiam se adaptar à proibição geral de fumar.

O exemplo, na verdade, serve para demonstrar que atribuir efeitos a uma lei inconstitucional pode exigir a consideração de fatos capazes de justificar a possibilidade e a necessidade de um período capaz de permitir o funcionamento de um serviço sob condição reconhecida inconstitucional. Esse prazo é efetivamente necessário? Qual o prazo razoável? A manutenção do serviço em condição inconstitucional pode produzir danos às pessoas? De que espécie? Esses danos são toleráveis em vista da necessidade de um prazo de adaptação? Tais fatos obviamente podem variar, ou ser mais ou menos relevantes, conforme cada situação concreta.

Os fatos, quando importantes para a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, não podem ser desconsiderados. Quando os fatos incidem sobre a formação do devido juízo acerca da modulação, desconsiderá-los é preferir uma decisão dotada de grande carga de ilegitimidade. Afinal, *essa decisão está a conferir eficácia a uma lei inconstitucional sem atenção à realidade.*

A modulação, diante de juízos alheios aos fatos, tem *justificativa incompleta*. Daí por que se deve ter muito cuidado com as decisões de modulação de efeitos, em regra realizadas a partir de embargos de declaração ou numa fase do julgamento *em que se pode imaginar estar se decidindo a respeito de algo não tão importante quanto a constitucionalidade da lei*. Ora, não é preciso dizer que decidir sobre a eficácia de uma lei inconstitucional é tão importante quanto decidir sobre a sua constitucionalidade. Isso significa que não há como racionalmente restringir a participação dos *amici curiae* nesta fase, ou mesmo ignorar a necessidade de ouvida de especialistas.

Sublinhe-se que deixar a discussão dos fatos de lado só é possível quando esses são notórios. Nessa hipótese, para se evitar o vício da incompletude da justificativa, é necessário demonstrar a notoriedade dos fatos e, portanto, também submeter a questão da notoriedade a discussão e decisão. Ou seja, não há como deixar de discutir os fatos com base na mera suposição de que esses são conhecidos por todos, como se fosse possível decidir a partir de uma convicção pessoal a respeito de que um fato é notório.

O processo constitucional, também aqui, tem relevo para que uma decisão não seja tomada com base em elaborações abstratas inconsistentes. Além de a Corte não poder decidir sem oportunizar às partes e aos *amici* a apresentação dos seus argumentos, a devida discussão dos fatos é imprescindível, podendo variar em intensidade, para se ponderar entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e a ressalva dos seus efeitos com base na segurança jurídica ou em excepcional interesse social na forma de princípio constitucional – ou mesmo para se identificar as situações e períodos em que a limitação da retroatividade deve ocorrer, assim como para se delimitar o adequado prazo de sobrevivência dos efeitos da lei declarada inconstitucional. Em suma, *o processo constitucional tem importância para evitar que o risco diante da atribuição de efeitos a uma lei inconstitucional se transforme na negação da Constituição.*

4 DECIDIR DE FORMA MAXIMALISTA OU MINIMALISTA É ALGO QUE ESTÁ À DISCRICÃO DA CORTE?

Talvez mais grave do que confundir interpretação possível com reconstrução seja imaginar que há discricionariedade quanto a poder decidir com profundidade ou com limitação uma dada questão constitucional. Afinal, quando a Corte *deve* deixar de aprofundar uma questão constitucional?

Não há dúvida que, em determinadas situações, a Corte está proibida de decidir de modo aprofundado uma questão constitucional. Isso ocorre em todos os casos em que a decisão, ao se aprofundar teoricamente sobre uma questão, obstrui a deliberação popular e dificulta a decisão parlamentar – muitas vezes a impedindo.

Isso ocorre quando é impugnada uma lei que, prevendo algo, com o passar do tempo – muitas vezes não muitos anos – pode se estender ou não a situação diversa, *fazendo surgir uma questão não discutida pelas pessoas nem muito menos pelo Parlamento*.

Trata-se, portanto, do problema do *second look*, discutido na experiência estadunidense e revelado mediante os importantes escritos de Alexander Bickel¹⁶⁸ e Guido Calabresi¹⁶⁹, e que também é facilmente compreensível com base na doutrina do minimalismo, de Cass Sunstein¹⁷⁰, especialmente quando relacionada aos acordos teóricos (desnecessariamente) aprofundados¹⁷¹.

É possível utilizar muitos exemplos para se explicar o ponto. Cabe referir o caso da eutanásia, em que se cogitou a respeito da inconstitucionalidade de leis que proibiam o suicídio assistido nos estados de Nova Iorque e Washington, quando se afirmou, expressamente, ainda que em *opinions* concorrentes, a necessidade de se aguardar maior discussão popular e adequada deliberação parlamentar acerca de particularidades fáticas relacionadas com a eutanásia, ou seja, com uma conduta que ainda não havia sido devidamente discutida pela população e pelos parlamentos estaduais.

Algo absolutamente semelhante se percebe quando se tem em conta o célebre caso *Roe v. Wade*¹⁷², em que a Suprema Corte dos Estados Unidos,

¹⁶⁸ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 113 e ss; Alexander Bickel, Foreword: The passive virtues, *Harvard Law Review*, 1961.

¹⁶⁹ Guido Calabresi, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores), *Harvard Law Review*, v. 105, 1991, p. 80-151. Segundo Vittoria Barsotti, “l’approccio di Calabresi può definirsi mite in quanto nella sua opinione egli esercita una *virtù passiva di stampo bickeliano* ...” (Vittoria Barsotti, *L’Arte di Tacere – Strumenti e Tecniche di non Decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino: Giappichelli, 1999, p. 269).

¹⁷⁰ Cass Sunstein, Foreword: Leaving Things Undecided, *Harvard Law Review*, v. 110, 1996, p. 96 e ss; Cass Sunstein, Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law, *John M. Olin Law & Economics, Working Paper n. 322*, University of Chicago, 2007.

¹⁷¹ Cass Sunstein, Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law, *John M. Olin Law & Economics, Working Paper n. 322*, University of Chicago, 2007, p. 12.

¹⁷² 410 U.S. 113 (1973).

interpretando a cláusula do devido processo legal, dela retirou um direito constitucional à privacidade, de que decorreria um direito de liberdade, para criar um direito de realizar aborto, sem permitir uma adequada discussão popular sobre os fatos.

Lembre-se que a própria *Justice* Ginsburg, que se celebrizou pela defesa dos direitos das mulheres nos Estados Unidos, reconheceu o equívoco da decisão proferida pela Corte em *Roe*. São conhecidas as suas posições a respeito, uma apresentada em escrito publicado na *North Carolina Law Review*¹⁷³, em 1985 – pouco mais de dez anos depois de *Roe* e antes do seu ingresso na Corte¹⁷⁴ –, e outra em encontro realizado na *Chicago Law School*, em 2014 – quando já passados *quarenta anos* da decisão que até hoje continua sendo objeto de severa discórdia nos Estados Unidos. Nessa última ocasião, dialogando com o professor Geoffrey Stone, Ruth Ginsburg reafirmou que teria sido muito melhor que a Corte houvesse se contido, deixando fluir o processo democrático.

Ginsburg, já como *Justice* da Suprema Corte, se postou exatamente do mesmo modo quando a Corte se encontrou com a questão da constitucionalidade das leis que criminalizavam o suicídio assistido, e, em *Vacco v. Quill*¹⁷⁵ e *Washington v. Glucksberg*¹⁷⁶, cogitou sobre a possibilidade de o Judiciário proclamar um “direito de morrer” com base na cláusula do *due process* – o qual havia sido afirmado pela Corte do Nono de Circuito na decisão recorrida.

Note-se que, tanto diante da questão do aborto, quanto da eutanásia, não apenas havia possibilidade de tudo ser mais bem resolvido mediante o processo democrático, como a Corte foi obrigada a realizar um complexo discurso teórico para decidir. Em ambos os casos se decidiu com base numa cláusula aberta – o *due process* –, que nada dizia sobre a questão enfrentada, aludindo-se a um direito que sempre foi reconhecido como de difícilíssima delimitação – o direito de privacidade –, do qual derivaria, respectivamente, um direito de abortar e de encerrar a vida. Na verdade, discursos deste tipo revelam uma grande e perigosa ambiguidade, contribuindo para a propagação daquilo que a doutrina estadunidense tem chamado de “*direitos encontrados pelo juiz*”¹⁷⁷.

Larry Kramer, aliás, um reconhecido “progressista”, afirma textualmente que a Corte Burger, em *Roe v. Wade*, “*inventou um direito ao aborto*”¹⁷⁸.

¹⁷³ Ruth Ginsburg, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, *North Carolina Law Review*, v. 63, 1985, p. 385-386.

¹⁷⁴ A *Justice* Ginsburg tomou posse na Suprema Corte dos Estados Unidos em 1993, indicada pelo presidente Bill Clinton.

¹⁷⁵ 521 U.S. 793 (1997).

¹⁷⁶ 521 U.S. 702 (1997).

¹⁷⁷ Guido Calabresi, *Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, *Harvard Law Review*, v. 105, 1991, p. 137.

¹⁷⁸ Larry Kramer, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, New

De modo que aqui se está muito longe de qualquer cogitação moral sobre a adequação das referidas decisões. O que se pretende demonstrar é apenas que um “bom discurso teórico” pode ilegitimamente suprimir toda a dinâmica da deliberação popular, centrada nos valores da democracia.

O *second look* tem indiscutível parentesco com o minimalismo. Isso porque ambos estão assentados na necessidade de as decisões que governam a sociedade não perderem contato com a vontade popular e com os valores democráticos. Uma especial pesquisadora do direito processual constitucional comparado, como Vittoria Barsotti, reconheceu isso ao escrever que uma das *opinions* – a do *Justice Souter* – que frisaram a necessidade de a Suprema Corte deixar a questão da eutanásia aberta à deliberação popular, nos Estados Unidos, deveria ser vista como *democracy-forcing*, exatamente na linha da doutrina de Sunstein, uma vez que estaria a convocar com energia o Legislador a tratar da questão da eutanásia¹⁷⁹.

Sublinhe-se que o doutrinador do minimalismo, ao tratar do caso *Roe v. Wade*, no artigo sugestivamente intitulado de “*Leaving Things Undecided*”¹⁸⁰, advertiu que a Corte não precisaria ter aprofundado seu discurso teórico para instituir o direito de realizar aborto, na medida em que *Roe* fora estuprada, o que obviamente permitiria uma decisão de conteúdo mais limitado, deixando as coisas em aberto para devida deliberação democrática. Como disse Cass Sunstein, a Corte *teria lidado muito melhor com a questão do aborto caso houvesse atuado de modo cauteloso e de uma maneira mais dialógica e interativa*¹⁸¹.

Situação similar apareceu recentemente no direito brasileiro. A questão da criminalização do uso pessoal de drogas, identificada a partir de recurso extraordinário¹⁸² interposto pela Defensoria Pública em favor de pessoa flagrada com pequena quantidade de maconha, em princípio abre oportunidade para um discurso aprofundado e complexo com base no direito fundamental à privacidade (art. 5º, X, CRFB). Contudo, a questão realmente colocada à discussão da Corte diz respeito à proporcionalidade da criminalização do uso de pequena quantidade de maconha, que obviamente não exige a conclusão de que o complexo e indeterminado direito fundamental à privacidade garante a todos um direito de liberdade de usar drogas, não obstante os malefícios que possam causar à saúde psíquica e, por consequência, à vida social.

Não há dúvida que invocar o direito fundamental à privacidade para afirmar um direito de liberdade de consumir droga é construir um discurso que

York: Oxford University Press, 2004, p. 229.

¹⁷⁹ Vittoria Barsotti, *L'Arte di Tacere – Strumenti e Tecniche di non Decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, p. 284.

¹⁸⁰ Cass Sunstein, Foreword: *Leaving Things Undecided*, *Harvard Law Review*, v. 110, 1996, p. 96 e ss.

¹⁸¹ Cass Sunstein, Foreword: *Leaving Things Undecided*, *Harvard Law Review*, v. 110, 1996, p. 14.

¹⁸² RE 635.659, Rel. Min. Gilmar Mendes.

não apenas vai muito além da declaração de inconstitucionalidade da sanção penal do usuário de maconha em virtude de violação da proporcionalidade. Há por detrás deste desnecessário discurso algo muito mais grave e perigoso: a argumentação, realizada na penumbra do direito à privacidade, de que todos têm liberdade de usar drogas, uma vez delineado em precedente vinculante, tem a potencialidade de dificultar e bloquear a deliberação acerca de tema que jamais foi objeto de adequada discussão popular ou de qualquer decisão legislativa. Não é preciso dizer que, quando elaborada a lei de drogas (Lei n. 11.343/06), não se decidiu sobre se a população deve poder livremente usar drogas.

*É evidente que as decisões com teorização aprofundada, em alguns casos, são necessárias e indispensáveis, mas não há como não perceber que o silêncio acerca do que pode bloquear a deliberação popular e resultar falso quando os fatos podem ser melhor discutidos faz ver que decidir além da conta pode ser pior do que deixar de decidir*¹⁸³.

Tudo isso serve para demonstrar que a Corte não pode decidir sem critérios no controle abstrato, tratando de uma questão constitucional de modo limitado ou aprofundado sem justificar devidamente o motivo da sua opção decisória. A Corte possui dever de não decidir quando pode bloquear a deliberação popular e o processo democrático ou mesmo agir de modo precipitado, produzindo resultado que poderá ser visto como equivocado ou falso a partir de uma discussão sobre os fatos realizada em local apropriado.

Note-se que não se está a falar de uma mera possibilidade de autocontenção, mas em um genuíno dever de não decidir, derivado da certeza de que não decidir é decidir com responsabilidade perante a sociedade e a democracia. Afinal, o conceito de “virtude passiva” ou de “uso virtuoso do poder de não decidir” não significa outra coisa do que decidir com respeito à população e às instituições públicas.

*Em outras palavras, não há qualquer motivo para imaginar que a Corte só pode utilizar corretamente do seu poder de não decidir no momento em que tem em mãos filtros como o *certiorari* e a repercussão geral. Como é óbvio, não se está afirmando que a Corte pode deixar de responder ao pedido formulado mediante a ação direta. O que se está demonstrando é que a Corte não pode decidir além do necessário e pode se valer da técnica das decisões provisórias, justificando a necessidade de um novo pronunciamento do Legislativo.*

Quando uma questão é ainda carente de deliberação popular e devida decisão parlamentar, a Corte simplesmente não deve declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade, pois estará indiscutivelmente se precipitando. Se a questão exige maior discussão popular ou científica para o esclarecimento de fatos também pode ser inadequado decidir, na medida em

¹⁸³ Cass Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law*, *John M. Olin Law & Economics, Working Paper n. 322*, University of Chicago, 2007, p. 12.

que a afirmação de uma lei suspeita ou a sua rejeição à distância da adequada deliberação sobre os fatos *é algo que certamente não se deseja alcançar com o controle de constitucionalidade e com a autoridade do Supremo Tribunal Federal.*

Nessas situações, a Corte deve demonstrar as razões que lhe impõem não afirmar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade, *apresentando-as de modo claro e convincente à população*, quando inevitavelmente terá que delinear o que caracteriza a necessidade de uma segunda visão do Parlamento sobre a lei a partir dos olhos da população ou justifica maior deliberação popular ou aprofundamento das discussões científicas.

De modo que a Corte, *apesar de não declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade, não se isenta do dever de justificar e, por consequência, de decidir.* Ela obviamente decide ao dizer, com base em motivos justificados, que não pode afirmar a (in)constitucionalidade. Em outros termos, ela apenas não decide na forma tradicional. Mas não há como negar que ela decide quando se tem claro que o dever de a Corte decidir diante da ação direta é o de responder de forma *adequada e responsável à necessidade de tutela da Constituição, sem negação da deliberação popular e da devida participação do Parlamento.*

5 A NEGAÇÃO DOS FATOS, OS PROBLEMAS DAÍ DECORRENTES E ALGUNS CRITÉRIOS CAPAZES DE VIABILIZAR DECISÕES ADEQUADAS À VERDADE DO ESTADO CONSTITUCIONAL

A despeito da previsão da participação de *amici curiae*, de audiência pública e mesmo de produção de prova na Lei 9.868/99, originariamente destinada a regular as ações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, é sabido que os fatos não têm sido adequadamente considerados em vários casos em que se torna necessário discuti-los para decidir.

Não se deseja insistir na importância dos fatos no Supremo Tribunal Federal ou mesmo na imprescindibilidade da devida aferição dos fatos, valoração das provas e justificativa para o controle de constitucionalidade. Pretende-se aqui tratar de algo também extremamente importante para o processo constitucional, porém teoricamente ainda mais complexo. Os fatos constitucionais devem ser discutidos no controle abstrato apenas quando o relator vê razão para tanto? Há necessidade de uma prévia deliberação e decisão sobre a necessidade da investigação e do debate sobre os fatos? A Corte pode se ver obrigada a admitir a discussão dos fatos ainda que pretenda decidir apenas normativamente? Quando a Corte rejeita, por maioria, a necessidade da discussão dos fatos, esses não devem ser discutidos para permitir aos demais julgadores decidirem de forma adequada?

A primeira pergunta tem resposta que pode assustar quem está familiarizado com o procedimento das ações do controle abstrato. O art. 9º

da Lei 9.868/99 rejeita a importância da questão ao afirmar que, vencidas as providências preliminares, na ação de inconstitucionalidade “o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento”, podendo, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 9º, § 1º, Lei 9.868/99). O mesmo está escrito no art. 20 da mesma Lei, redigido para a ação declaratória de constitucionalidade.

Como está claro, a lei que regula as ações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade confere expressamente ao relator o poder de identificar a existência de fatos e de decidir sobre a necessidade do seu esclarecimento. Isso quer dizer que o controle abstrato explicitamente nega algo que é básico para a devida e adequada decisão da Corte.

Trata-se, na verdade, de questão de teoria do processo. *Não há como tratar dos fatos, num órgão colegiado, como deles se trata quando há um único Juiz para decidir.* Em primeiro de grau de jurisdição, em que a prova é produzida e valorada para a decisão do Juiz, não há como imaginar um julgador que, ao contrário do seu colega, entende imprescindível o esclarecimento dos fatos para decidir. Quando há um único Juiz dotado de poder de decidir, admite-se o que se chama de “julgamento antecipado” quando a solução do mérito não depende do esclarecimento de fatos e, portanto, de produção de prova.

O problema é que não há como pensar em “julgamento antecipado” a critério de um dos membros do colegiado a quem incumbe decidir. *Pelo mesmo motivo que o relator não decide sozinho, mas delibera e decide com os demais julgadores que compõem o colegiado, o relator obviamente não pode decidir monocraticamente sobre a necessidade de discussão e esclarecimento de fatos.*

Não fosse assim, o poder de decidir estaria transferido para o relator, restando os demais Juízes privados de decidir conforme o que lhes é correto, restando-lhes impossível julgar com base nos fatos quando o relator não deseja. Ora, isso seria exatamente o mesmo do que impedir o colegiado de decidir de acordo com os fatos ou a verdade.

Portanto, quando se vê como imprescindível considerar os fatos para o exercício do controle de constitucionalidade, sejam os fatos legislativos ou as prognoses do Legislador, sejam os fatos sociais indispensáveis à concretização das normas constitucionais, *há necessariamente que se rever a tradicional regra do controle de constitucionalidade puramente normativo, em que a direção do processo incumbia exclusivamente ao relator.*

O Legislador e o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceram que a interpretação constitucional e, assim, a decisão a ser proferida na ação de

inconstitucionalidade ou na ação de constitucionalidade – para se falar apenas destas duas – frequentemente não podem se desligar dos fatos. Por conta disso, não há como manter a decisão sobre os fatos nas mãos de um único julgador, pois isso seria obrigar a Corte a se despir do seu poder de decidir, tornando-a refém de um único decisor, *que estaria não simplesmente incumbido de dirigir o processo em nome do colegiado, mas investido do poder de proferir uma metadecisão monocrática sobre um critério fundamental para a integralidade do colegiado poder decidir.*

Embora nunca devidamente analisado pela doutrina, o problema que ora se enfrenta *é tão grave que, ao mesmo tempo em que coloca em xeque o procedimento habitual da Corte, evidencia que a sua perpetuação impede que essa possa exercer o controle de constitucionalidade de acordo com a própria ideia que cercou a introdução dos fatos na Corte e foi recepcionada pela lei brasileira e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.*

Isso quer dizer que a mera suspeita de que os fatos podem importar para o controle de constitucionalidade obriga o relator a submeter a sua dúvida à deliberação e à decisão da Corte. De outra forma, qualquer Ministro poderá perceber a indispensabilidade da discussão e do esclarecimento dos fatos apenas na fase de julgamento em plenário, quando a decisão colegiada assumirá natureza paradoxal, na medida em que tomada por julgadores *incapacitados de decidir.*

De modo que é indispensável, nessas situações, uma fase que oportunize prévia discussão e decisão acerca da investigação e do debate sobre os fatos. E aí se introduz outra questão difícil. É que a decisão, no controle de constitucionalidade, também pode depender da discussão de fatos que não podem ser esclarecidos mediante provas. Ou seja, a Corte deve oportunizar a discussão dos fatos, acatando a participação de *amici curiae*, mesmo que perceba que os fatos não podem ser esclarecidos por meio de especialista ou perito.

A verdade do Estado Constitucional não depende apenas da verificação de fatos esclarecíveis por prova, como fatos científicos que podem ser esclarecidos por especialistas ou fatos que podem ser investigados por peritos. A pluralidade democrática, para ser concretizada no *locus* do controle de constitucionalidade, requer a discussão de fatos que podem ser pensados a partir de perspectivas morais diferenciadas. No Estado Constitucional, os desacordos baseados em concepções morais contrastantes são comuns, configurando a própria pluralidade que o constitui.

Como a Corte não detém o monopólio da interpretação constitucional, torna-se claro que os desacordos morais devem ser resolvidos com base no que os órgãos que têm legitimidade para decidi-los conseguem extrair a partir das discussões travadas entre as posições morais divergentes.

Perceba-se que, não fosse por esses motivos, jamais haveria razão para admitir a participação de *amici curiae* na Corte, compreendidos esses,

obviamente, como representantes de parcelas da população e, portanto, como sujeitos interessados, e não como entes neutros e desinteressados na solução da questão constitucional, *como devem ser os especialistas e os peritos*.

A discussão sobre os fatos, mediante a participação de *amici curiae*, pode ser importante para o julgador poder se situar a respeito dos conflitos morais que estão presentes na sociedade e, assim, argumentar em favor de uma interpretação constitucional capaz de permitir a reafirmação da lei ou superar o pesado ônus da presunção de constitucionalidade inerente à solução parlamentar dos desacordos morais razoáveis.

Entretanto, o que realmente importa é que a Corte, quando tem em conta os fatos, não raciocina como o Juiz que decide sobre uma situação fática litigiosa. A Corte não está preocupada em constatar a versão das partes que corresponde à realidade. A Corte analisa os fatos para ver se esses estão de acordo com o que foi pressuposto pela lei, ou mesmo para verificar o que significam diante de uma discórdia que surgiu na sociedade e desafia a concretização de uma norma constitucional.

Ora, se os fatos são importantes para a realização e para o desenvolvimento da Constituição, aferi-los adequadamente, assim como abrir oportunidade para a sua devida discussão, é imprescindível para que a Corte possa demonstrar aos destinatários da sua decisão, ou seja, à população e às demais instituições públicas, *não só a sua correção, mas também a sua legitimidade democrática*.

A Corte não apenas tem o dever de permitir o esclarecimento dos fatos quando supõe que eles são importantes para a sua específica decisão. A Corte, *quando decide apenas normativamente, pode ter que demonstrar que os fatos da questão constitucional “obviamente esclarecidos” não são suficientes para retirar a validade da sua decisão*. Quando a Corte se pauta em um discurso exclusivamente teórico, ela ainda assim pode ter que mostrar à sociedade o significado dos fatos envolvidos na questão constitucional para evidenciar que, apesar deles, cabe-lhe decidir de modo unicamente normativo. Caso contrário, *os fatos poderão restar encobertos, ou não ser revelados à população, facilitando uma decisão normativa em detrimento da verdade*.

Pense-se, por exemplo, no caso da eutanásia nos termos das *opinions* concorrentes proferidas na Corte do Segundo Circuito e na Suprema Corte dos Estados Unidos. Tais *opinions* advertiram a impropriedade de se aprofundar o discurso teórico com base nas cláusulas da *equal protection* e do *due process*. Mas isso fundamentalmente pela circunstância, enfaticamente frisada, de que *a questão da eutanásia jamais teria sido adequadamente discutida*, de modo que, além de se esperar o aprofundamento da discussão popular, seria necessário aguardar as deliberações nos parlamentos estaduais e nas Cortes inferiores antes de se pensar em firmar um precedente para toda a nação.

Afirmou-se a clara inviabilidade de se firmar um *precedente puramente normativo*, do tipo que permite à Corte *“inventar direitos”* (Larry Kramer¹⁸⁴) ou

¹⁸⁴ Larry Kramer, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, p. 229.

“encontrar direitos” (Guido Calabresi¹⁸⁵) em detrimento dos fatos. As *opinions* do Judge Calabresi¹⁸⁶ e dos Justices Ginsburg, O’Connor e Souter¹⁸⁷ se assentaram na necessidade de se considerar fatos que ainda não haviam sido discutidos e, assim, esclarecidos. Lembre-se que o Justice Souter, ao sublinhar a importância de maior deliberação sobre os fatos, estava sob a pressão de argumento em favor da manutenção da lei do estado de Nova Iorque, subsidiado em informes do que acontecera na Holanda quando da aprovação da eutanásia, que alertavam não apenas sobre o surgimento de uma espécie de “serviço” para a prestação da eutanásia, mas também a respeito de repetidos casos de “eutanásia involuntária”¹⁸⁸.

O exemplo do caso da eutanásia, à luz do significado das *opinions* que se sustentaram no *second look* ou no minimalismo, é suficiente não só para demonstrar que a Corte, quando está diante de fatos ainda não esclarecidos, deve aguardar para eventualmente decidir pela inconstitucionalidade. Ele é fundamental para evidenciar que a Corte, mesmo quando pretende decidir apenas normativamente, deve abrir oportunidade para a participação de *amici* e especialistas para poder evidenciar como os fatos estão sendo compreendidos pelas pessoas ou pelos profissionais e cientistas.

Há situações em que, na Corte, será possível demonstrar que os fatos ainda estão em discussão na sociedade ou perante os cientistas. Nessa hipótese, a Corte obviamente não deve afirmar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade com base em um discurso normativo alheio ao “estado atual das coisas” ou à compreensão dos fatos na sociedade ou na comunidade científica. A sua decisão deve ser no máximo “provisória”, afirmando-se, na fundamentação, que a (in) constitucionalidade está condicionada a um maior aprofundamento dos fatos, o que rompe qualquer possibilidade de bloqueio ou desestímulo ao prosseguimento da deliberação popular ou a uma nova decisão legislativa.

Se há fatos importantes para a decisão de uma questão constitucional, mas não se sabe o estado acerca da sua compreensão na sociedade, essa incerteza deve necessariamente ser esclarecida para orientar a fundamentação da decisão. Para a Corte decidir de modo apenas normativo, numa situação como essa, será necessária justificativa capaz de convencer que os fatos simplesmente não importarão, mesmo quando passíveis de pleno esclarecimento.

A Corte obviamente pode discutir os fatos que já foram objeto de deliberação no Parlamento, mas decidir como se eles não existissem, sem dar à população oportunidade de demonstrar a sua importância, é algo que certamente contradiz o pluralismo democrático e a própria necessidade que

¹⁸⁵ Guido Calabresi, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores), *Harvard Law Review*, v. 105, 1991, p. 137.

¹⁸⁶ *Quill v. Vacco*, 80 F.3d 716 (2d Cir. 1996).

¹⁸⁷ *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

¹⁸⁸ Víctor Ferreres Comella, *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 266 e ss.

obrigou o processo constitucional a se abrir à participação popular para a legitimação das decisões proferidas no controle de constitucionalidade.

Daí porque a Corte deve, quando diante de fatos importantes à solução da questão constitucional, sempre oferecer oportunidade à adequada deliberação por meio da participação de *amici curiae*, mediante audiência pública ou provas técnicas. A Corte não pode decidir normativamente *apesar dos fatos, mas tem o dever de justificar que pode decidir normativamente a despeito do que foi esclarecido pela participação popular na deliberação sobre os fatos*. É por isso que, inclusive, *pode ter que abrir oportunidade para a discussão dos fatos apesar de pretender decidir apenas normativamente*.

Não é correto pensar numa decisão sobre a possibilidade de produzir provas fatos quando, ao invés desta estar a serviço da devida regulação do processo, ela pode impedir que o colegiado possa cumprir o seu dever de decidir adequadamente. Caso se entenda que a Corte deve poder decidir sobre a oportunidade de discussão dos fatos, sempre haverá a natural possibilidade de se decidir quanto a isso por maioria. Afinal, uma decisão de seis a cinco, quanto à necessidade de ouvida de *amici* ou de produção de provas, significa o quê? Se em princípio esta decisão tem o absurdo sentido de impedir a minoria de decidir adequadamente, é evidente que há de se extrair dela algo diferente.

Quando a maioria entende que a questão constitucional deve ser resolvida apenas normativamente, há de se permitir a discussão dos fatos para que os demais membros da Corte possam decidir, *ao invés de serem obrigados a aderir a um raciocínio decisório que lhes parece completamente equivocado*. Isso é frequentemente ignorado por falta de percepção de que todo julgamento pressupõe a possibilidade de se raciocinar adequadamente para se poder decidir corretamente. Como é óbvio, o julgador que entende que os fatos devem ser discutidos e esclarecidos está impedido de bem decidir. Está claramente obstaculizado de raciocinar livre e adequadamente para poder decidir, o que, bem vistas as coisas, se não é estar literalmente proibido de decidir, é indubitavelmente estar impedido de poder tomar uma decisão que reflita a sua convicção – o que, ao fim e ao cabo, significa exatamente o mesmo.

É por isso que, ao se admitir decisão por maioria quanto à necessidade de esclarecimento de fatos, há de se permitir a discussão dos fatos a despeito da vontade da maioria. Mas o procedimento destinado à aferição e à discussão dos fatos, se necessariamente deve contar com a interferência e a regulação da minoria, sempre deverá estar aberto à possibilidade de participação da maioria.

Perceba-se que tudo isso evitaria situações como a que se passou, por exemplo, no julgamento do caso da “pílula do câncer”, ação direta de inconstitucionalidade n. 5501¹⁸⁹. Neste caso, colocou-se em questionamento

¹⁸⁹ ADI 5501, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, Julg. 26.10.2020.

a necessidade de esclarecimento técnico sobre os benefícios e os malefícios de remédio em vista de situação excepcional – a gravidade da doença e a demora inerente às pesquisas científicas sobre os efeitos do remédio – que, nos termos da lei, autorizava a sua utilização¹⁹⁰. O Ministro Luiz Fux, embora advertindo sobre a necessidade de audiência pública e da ouvida de especialistas para ao menos se conhecer os efeitos colaterais da droga¹⁹¹, foi obrigado a declarar a inconstitucionalidade da lei com base em fundamento que não considerou os fatos, sendo que o mesmo, obviamente, pode ter sido feito por outros membros da Corte – sem que se possa sequer saber.

Enfim, se a discussão dos fatos foi introduzida no procedimento das ações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade há mais de vinte anos, *ainda é necessário sedimentar o significado e a importância de discutir fatos nesta sede*. É inevitável tornar claro que a Corte não tem discricionariedade para deliberar sobre os fatos quando estes estão à base da questão constitucional, cabendo-lhe juízos estritamente normativos somente quando os fatos não forem relevantes para a correta interpretação constitucional¹⁹². *Não há como pensar em opção por uma decisão normativa em detrimento daquela que deve considerar os fatos. A Corte está vinculada aos fatos e à verdade do Estado Constitucional*.

6 DECISÕES MONOCRÁTICAS E LIMINARES: A CONSTITUCIONALIDADE EM ESTADO DE ESPERA

Embora os artigos 10, 12-F e 21 da Lei 9.868/99, relativos à ação de inconstitucionalidade, à ação de inconstitucionalidade por omissão e à ação de constitucionalidade, assim com o artigo 5º da Lei 9.882/99, respeitante à arguição de descumprimento de preceito fundamental, exijam maioria absoluta para a concessão de liminar, fatores ligados à urgência acabam permitindo a concessão de liminar pelo relator. Aliás, o art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/99 oportuniza expressamente essa possibilidade ao afirmar que, em caso de “extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno”.

A interferência de uma decisão monocrática, ou mesmo de uma decisão por maioria absoluta, sobre a eficácia de uma lei é algo extremamente grave.

¹⁹⁰ Na ADI 5501, o Ministro Fachin proferiu importante voto, demonstrando que há situações em que, ante a gravidade da doença, a própria agência reguladora (a ANVISA) admite processo simplificado de liberação de medicamentos, na linha do que já autorizam diversas agências reguladoras nos Estados Unidos e na Europa.

¹⁹¹ ADI 5501 – Decisão sobre a tutela liminar, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, Julg. 19.05.2016.

¹⁹² David Laurence Faigman, *Constitutional Fictions – A Unified Theory of Constitutional Facts*, New York: Oxford University Press, 2008, esp. p. 43 e ss.; Pia Lange, *Darlegungs- und Substantiierungspflichten im Verfassungsbeschwerdeverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 14 e ss.

No primeiro caso se permite que um único membro da Corte interfira sobre a decisão do Parlamento e sobre a decisões dos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública. Na segunda hipótese, há uma decisão que, dotada de igual interferência, também vale apenas para determinado espaço de tempo, em regra até que seja julgado o mérito. Ainda que em ambos os casos se possa falar, em termos técnicos-processuais, de “suspensão da eficácia”, as duas decisões estabelecem a “invalidade provisória do direito” e, assim, exigem grande cautela.

Se a decisão de apenas um Ministro só pode ser admitida diante de situações excepcionais, o mesmo ocorre com a decisão liminar tomada por maioria absoluta. É que ambas as decisões são condicionadas ao julgamento do mérito, tendo que aguardar por um período em regra longo e que, na atual prática do Supremo Tribunal Federal, é insuscetível de controle por quem quer que seja.

A decisão que concede a liminar interfere sobre o direito produzido pelos representantes do povo por prazo indeterminado e não sujeito a qualquer controle, especialmente por parte da população. Vale dizer que não apenas o direito fica em “estado de vegetação” pelo prazo que a Corte deseja, como essa é isenta de quaisquer explicações à população e às demais instituições quanto a isso.

A suspensão da eficácia da lei pode abrir oportunidade para danos e prejuízos, algo que é claro quando se está diante de uma decisão provisória que, em razão da sua própria natureza, nem sempre é confirmada. Na verdade, a “interferência provisória” sobre a legislação, além de causar grande insegurança jurídica, sempre é suscetível de gerar relevantes impactos materiais e financeiros, cuja responsabilidade, em virtude da prática que se formou no trato das liminares em controle de constitucionalidade, parece não ser de ninguém.

De forma que, se é necessário abrir oportunidade para a concessão de liminares no controle abstrato, é preciso cuidado e rigor para definir não apenas quando a Corte pode assim atuar, mas também quando a liminar pode ser concedida pelo relator. Não há dúvida que essa possibilidade tem que ser fortemente caracterizada como excepcional, não sendo bastante pensar na concretização dos conceitos indeterminados que há séculos são vistos como requisitos das cautelares – pensados para a tutela individual dos direitos subjetivos –, abstraindo-se da realidade que se perfaz quando se está diante do confronto sobre a aplicação do direito objetivo.

O problema da liminar no controle abstrato, como não poderia deixar de ser, também tem relação com o tempo. Não fosse por isso, a liminar jamais seria necessária, uma vez que a urgência ou o perigo obviamente não teriam motivo para obrigar a Corte a antecipar alguma eficácia da sua decisão. Em outras palavras, a liminar tem relação imediata com o tempo para o julgamento do mérito da ação direta.

Mas o adequado emprego da técnica da liminar, nessa dimensão, exige verificar se a urgência não deflui da demora do procedimento por meio do qual

se decide. Afinal, quanto mais longo é o procedimento maior é a possibilidade de se ver necessidade de liminar, existindo, por conta disso, uma imbricação entre urgência e demora do processo.

Há casos em que a demora do processo pode ser remediada sem qualquer receio. É assim quando basta e é racional a abreviação do procedimento para não se ter necessidade de decidir no seu curso, ou seja, para não haver imprescindibilidade de decisão *provisória*. É exatamente essa a razão teórica da distinção entre procedimentos de cognição sumária – em que o juízo apto à decisão é de probabilidade e de urgência, como o do procedimento cautelar – e procedimentos formalmente sumários, também ditos acelerados ou abreviados – em que há simples abreviação da prática dos atos necessários ao julgamento do mérito ¹⁹³.

Note-se que o Legislador agiu impulsionado pela possibilidade da abreviação do procedimento quando instituiu o chamado “rito abreviado” no art. 12 da Lei 9.868/99. Diz esse dispositivo que, “havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, *submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação*”.

Claramente, o recado dessa regra é no sentido de que, quando a Corte percebe que pode “*julgar definitivamente a ação*” em pouco tempo, não há razão para pensar em liminar, evitando-se assim todos os problemas oriundos de uma “*decisão provisória*” em sede de controle abstrato. Portanto, embora o procedimento abreviado do art. 12 da Lei 9.868/99 tenha como causa “*pedido de medida cautelar*”, ele se aplica quando a Corte tem consciência de que pode decidir com base em cognição exauriente – e não com base em verossimilhança. Quer dizer que a urgência, no caso, implica mera *abreviação do procedimento*, mas não sua *sumarização material*.

Ocorre que a liminar, especialmente no controle abstrato, mesmo quando necessária é sempre um mal, ou melhor, é sempre algo que pode trazer sérios problemas, na medida que, em si, constitui uma interferência bastante agressiva – porque baseada num juízo provisório – sobre o direito, além de sempre trazer prejuízos à segurança jurídica e poder provocar contundentes danos materiais. Com isso se quer dizer que, quando possível, a liminar deve ser evitada. A liminar é a última alternativa procedimental ou técnico-processual, podendo ser concedida apenas quando não há outra forma de evitar negação à necessidade de pronta tutela.

Assim, a primeira regra a ser firmada é a de que a Corte, não importando a tutela buscada mediante a ação, deve sempre trocar, quando possível, a necessidade

¹⁹³ Victor Fajren Guillén, *El Juicio Ordinario y los Plenarios Rápidos*, Barcelona: Bosch, 1953, p. 32 e ss.

de liminar pelo julgamento mediante o procedimento abreviado. Todas as vezes em que a Corte, deparando-se com requerimento de liminar, puder se valer do procedimento abreviado do art. 12, ela não pode conceder a liminar. Isso porque não há que se falar entre opção entre conceder a liminar e utilizar do procedimento abreviado. Esse último sempre e necessariamente deve ser usado quando a Corte puder cumprir os termos do art. 12 da Lei 9.868/99, ou melhor, quando, após as informações e as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, puder julgar o mérito da ação com a devida convicção.

Em outras palavras, havendo requerimento de liminar, e presentes os demais requisitos relativos à matéria presentes no art. 12 – relevância da matéria e especial significado para a ordem social e a segurança jurídica – a Corte deverá – e não apenas poderá, conforme parece sugerir o próprio art. 12 – preferir o procedimento abreviado em detrimento da concessão de liminar. Outra opção, como é evidente, configura uso de técnica processual capaz de trazer maior onerosidade à decisão judicial, ou melhor, evidencia uso de técnica completamente inadequada à prestação de tutela ao direito constitucional.

Na verdade, isso, embora evidente, não era percebido na prática do Supremo Tribunal Federal até a introdução do procedimento abreviado pela Lei 9.868/99. Antigamente, mesmo quando era possível à Corte “*julgar definitivamente a ação*”, analisava-se apenas o requerimento da liminar em Plenário, prática que gerava uma *desnecessária duplicação* de oportunidades capazes de permitir o julgamento da ação. Como não havia razão para se prolongar o procedimento, bastando as informações da autoridade responsável pela lei ou ato normativo e as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, o mérito da ação podia ser julgado desde logo, em uma única assentada.

É interessante que a compreensão dessa prática permite entender manifestações como a do Ministro Marco Aurélio, em que se diz que, “ultimamente, *para evitar verdadeiro duplo julgamento*, vem-se acionando, nas ações diretas de inconstitucionalidade, o artigo 12 da Lei n. 9.868/99, partindo-se para o *julgamento definitivo da ação*”¹⁹⁴. Realmente, quando não há necessidade de aferir fatos, produzir provas técnicas e realizar audiência pública, não há como ter em conta fase processual que possa alongar o tempo do processo, impedindo que a Corte possa decidir desde logo, ou seja, após as informações e manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República. *Isso sem qualquer dúvida seria uma inútil duplicação de julgamentos.*

Perceba-se, aliás, que o processo constitucional pode responder de forma ainda mais eficiente a essa situação. A técnica da cisão do julgamento do mérito, introduzida no Código de Processo Civil de 1973 por meio do

¹⁹⁴ RE n. 505.477, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 15.06.2007.

§ 6º do artigo 273 (tutela antecipada em caso de incontrovérsia de parcela do pedido ou de um dos pedidos), e recentemente aperfeiçoada no art. 356 do Código de 2015 (julgamento antecipado de parcela do pedido ou de um dos pedidos), confere ao Juiz poder para decidir parcela da demanda quando o processo deve caminhar adiante para garantir a plena discussão do litígio.

O fundamento dessa técnica processual é a de que, se o direito fundamental à duração razoável do processo não permite a dilação da tutela jurisdicional quando não há necessidade de produção de prova capaz de justificar o alongamento do tempo processual – havendo assim um direito à tutela judicial imediata condicionado à desnecessidade de o processo prosseguir –, a incontrovérsia a respeito de parcela da demanda deve necessariamente impor a possibilidade de tutela parcial do mérito – obviamente que independentemente de urgência ou perigo de lesão. Significa que a cisão do julgamento está implícita no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva¹⁹⁵.

É claro que a transposição dessa técnica para o processo constitucional não é automática. O problema do controle de constitucionalidade obviamente não está no tempo que pode prejudicar o autor ou naquele necessário a garantir a plenitude do contraditório ao demandado. O tempo que importa à tutela do direito constitucional diz respeito à necessidade de os fatos serem discutidos e esclarecidos para que o pluralismo possa se concretizar, assim como para que a Corte não possa estar alheia à verdade do Estado Constitucional¹⁹⁶ – inclusive para decidir com a advertência da provisoriedade da sua decisão quando os fatos ainda tiverem que ser esclarecidos a partir da deliberação popular e do aprofundamento da discussão em sede científica. Em outras palavras, *o processo constitucional pode exigir mais tempo em vista da realização do pluralismo democrático e da devida aferição dos fatos constitucionais*¹⁹⁷.

Porém, o controle abstrato não é isento à possibilidade de a Corte constatar situação em que os fatos devem ser discutidos e esclarecidos apenas para a adequada decisão *de um dos dispositivos constitucionais impugnados ou sobre parcela da questão constitucional objeto da ação*. Quando isso acontece, *a mesma lógica que legitima o julgamento antecipado parcial no processo civil impõe a cisão do julgamento do mérito da ação abstrata*.

¹⁹⁵ Luiz Guilherme Marinoni, *Il diritto di azione come diritto fondamentale*, Torino: Giappichelli, 2016, p. 47 e ss; p. 52 e ss; Luiz Guilherme Marinoni, *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nella prospettiva della teoria dei diritti fondamentali*, *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano: Giuffrè, 2005, v. 1, p. 93-162; Luiz Guilherme Marinoni, *El derecho de acción como derecho fundamental*, Bogotá: Temis, 2015, p. 31-64.

¹⁹⁶ Peter Häberle, *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*, Porto Alegre: Fabris, 2008, esp. p. 108-114.

¹⁹⁷ David Laurence Faigman, *Constitutional Fictions – A Unified Theory of Constitutional Facts*, esp. p. 143 e ss.

Quando não há como usar o procedimento abreviado do art. 12 da Lei 9.868/99 para “*julgar definitivamente a (integralidade da) ação*”, isso não quer dizer que essa não possa ser julgada “*definitivamente*” em parte. Na verdade, ao se verificar essa possibilidade cabe à Corte invocar o art. 12 para decidir de *modo parcial*, porém *definitivamente* o mérito. O processo não se encerra em razão de haver necessidade de discussão e esclarecimento de fatos para que a *outra parcela* do mérito possa ser *definitivamente* decidida.

Porém, se a indefinição dessa parte do mérito puder trazer prejuízos, a liminar certamente pode ser concedida em face dela. Isso quer dizer que, diante de uma situação que comporta cisão do julgamento do mérito, em tese é possível que, *ao lado da decisão definitiva parcial, seja concedida liminar para evitar lesão a direitos fundamentais*.

Assim, quando for requerida liminar, a Corte deve, antes de tudo, analisar se o mérito pode ser imediatamente definido na sua integralidade ou em parte. A análise da liminar só tem razão de ser quando a totalidade ou parcela do mérito tiver que aguardar instrução dilatória para ser “*definitivamente julgado*”. Trata-se, sem qualquer dúvida, *de mais uma importante colaboração que o emprego correto da técnica processual pode prestar à adequada tutela constitucional*.

Contudo, se a Corte só necessita decidir sobre liminar quando não pode imediatamente julgar definitivamente a integralidade do mérito, também é óbvio que o *relator* não pode concedê-la quando assim é possível ou quando, havendo urgência e necessidade de o processo ser distendido, a Corte pode deliberar sobre o requerimento de liminar sem que a reunião do colegiado gaste tempo incompatível com a efetividade da tutela de urgência.

Isso quer dizer que a liminar apenas pode ser concedida pelo relator na excepcionalíssima hipótese de o pouco tempo necessário à reunião do colegiado poder abrir oportunidade a dano grave a direitos fundamentais. Não é por outro motivo que o art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/99, ao permitir a concessão de liminar pelo relator, alude a “*extrema urgência*” e a “*perigo de lesão grave*”. As expressões “*extrema urgência*” e “*lesão grave*” têm significado claro: o relator apenas pode decidir quando a urgência é “*extrema*”, ou seja, *incompatível com o tempo necessário para a Corte poder decidir*. A liminar não pode ser concedida pelo relator quando não há motivo para acreditar que *o tempo para o colegiado decidir pode trazer “lesão grave”*. Os qualificativos “*extrema*” e “*grave*”, portanto, querem indicar, respectivamente, que a “*urgência*” e o “*perigo de lesão*” devem ser *fortes o suficiente* para dar ao relator a possibilidade de decidir em detrimento da necessidade do voto da maioria absoluta dos membros da Corte.

Na verdade, algo parecido, mas dotado da mesma intenção, está grafado no § 3º do art. 10 da Lei 9.868/99, que confere oportunidade para a Corte deferir liminar, sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, apenas em caso de excepcional

urgência. Em outras palavras, a restrição da exigência de maioria absoluta só é possível quando a urgência é *incompatível* com a devida discussão, deliberação e decisão do requerimento de liminar *por parte da Corte*.

A lógica disso tudo é cristalina: i) só há razão para conceder liminar quando o tempo de demora do julgamento do pedido pode abrir oportunidade para a violação de direitos fundamentais; ii) a liminar, em regra, deixa de ter razão de ser quando o tempo para o “julgamento da ação” pode ser abreviado mediante a utilização do procedimento do art. 12 da Lei 9.868/99; iii) se o tempo, não podendo ser abreviado pelo procedimento do art. 12, oportuniza lesão grave, cabe à Corte deliberar e decidir sobre a necessidade de liminar, sendo imprescindível para tanto quórum de dois terços, estando a possibilidade de deferimento condicionada a maioria absoluta; iv) o relator pode analisar o pleito de liminar sempre que pode demonstrar que não há tempo para a Corte decidi-lo, existindo neste caso “*extrema urgência*”; v) nesses casos, o relator deve submeter a sua decisão ao Plenário.

A necessidade de discussão e esclarecimento dos fatos pode justificar a impossibilidade de a Corte decidir com brevidade o mérito, *mas é excepcional a possibilidade de o relator ter que decidir em virtude do tempo a ser gasto para a Corte decidir sobre a liminar*. Quando os fatos devem ser esclarecidos e discutidos para a Corte poder decidir, esse fator, em princípio, não exclui a possibilidade de a própria Corte decidir sobre a liminar, não sendo suficiente para abrir oportunidade a uma decisão monocrática.

Ora, *isso* simplesmente quer dizer que a possibilidade de o relator conceder liminar é *extremamente remota*. O relator, para conceder liminar, deve demonstrar a “*extrema urgência*”, ou seja, que a urgência não permite aguardar o *julgamento da ação no procedimento abreviado* ou a *Corte decidir sobre a liminar* quando o procedimento do art. 12 não pode ser aplicado.

O relator deve justificar que o tempo para a Corte *julgar a ação ou decidir sobre a liminar* é inconciliável com a urgência que legitima a sua atuação isolada. A ausência ou a inconsistência dessa justificativa deslegitima a liminar, tornando-a um ato violador da autoridade da Corte. Essa justificativa não pode consistir em argumentos destituídos de significado concreto, como a simples alegação de que há urgência ou perigo de lesão. *Alegações desse tipo nada dizem e, portanto, são inconsistentes enquanto justificativa capaz de autorizar decisão monocrática ou mesmo liminar da própria Corte*. Como é evidente, a urgência deve ser demonstrada com base *nos motivos concretos que podem evidenciá-la*. Esses motivos *devem ser justificados com clareza e precisão na fundamentação da decisão concessiva da liminar*.

De qualquer forma, na hipótese extremamente excepcional de uma decisão monocrática concessiva de liminar, *só a falta de consciência sobre o significado da decisão por maioria absoluta e, portanto, a negação da importância da Corte no quadro do Estado de Direito, permite compreender*

a não remessa imediata da decisão do relator à confirmação do Plenário. Isso decorre da própria lógica de legitimação dos atos decisórios da Corte. Uma decisão monocrática que suspende os efeitos de uma lei sem se preocupar com a necessidade de maioria absoluta constitui apenas por isso um ato flagrantemente abusivo e violador da autoridade do Supremo Tribunal Federal. De modo que, quando o relator justifica a imprescindibilidade da concessão da liminar por decisão monocrática, cabe-lhe imediatamente remeter a sua decisão ao conhecimento do plenário sob pena dessa perder eficácia.

Há exemplo recente, relativo a situação que surgiu no início da pandemia, que demonstra a importância de o relator, mesmo diante de urgência que lhe impõe decisão monocrática, ser deferente ao colegiado. A ADI 6363 questionou Medida Provisória (936/2020) que, diante da pandemia, autorizou a redução de jornada de trabalho e de salário e a suspensão temporária de contrato de trabalho *mediante acordo individual*.

O relator, Ministro Lewandowski, concedeu liminar “*ad referendum*” do Plenário do Supremo Tribunal Federal para dar interpretação conforme à Constituição ao § 4º do art. 11 da Medida Provisória 936/2020, de maneira a assentar que “[os] acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] *deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração*”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes”¹⁹⁸. A liminar, no entanto, não foi referendada pelo Plenário, entendendo-se que a participação dos sindicatos não era necessária. Sublinhe-se que, nesse caso, a liminar foi deferida no dia 6 de abril de 2020, começou a ser discutida no Plenário no dia 16 e, finalmente, foi reprovada no dia 17 de abril. *Entre a concessão da liminar, a remessa, a deliberação e a decisão se passaram apenas nove dias úteis*.

Submeter a liminar ao Plenário é algo bem diferente do que optar pelo procedimento abreviado do art. 12. A possibilidade de adotar esse procedimento indica, em regra, a desnecessidade de liminar monocrática. Quando, apesar da possibilidade de utilização do procedimento abreviado, o relator vê razões para deferir a liminar, a sua justificativa deve demonstrar que o tempo para a Corte julgar a ação, mesmo no procedimento abreviado, pode gerar graves prejuízos. O mesmo deve ocorrer, como é evidente, quando não há possibilidade de usar o procedimento abreviado e também há urgência incompatível com a decisão da Corte sobre a liminar. Nas duas hipóteses, o relator deve submeter a sua liminar ao referendo do colegiado. Afinal, o referendo é uma consequência de uma exigência normativa para o deferimento da liminar.

¹⁹⁸ ADI 6363, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, 06.04.2020.

É preciso ter claro que o procedimento do art. 12 não é uma mera alternativa à análise monocrática do requerimento de liminar. Esse procedimento se impõe quando não há necessidade de discussão e esclarecimento de fatos, ou melhor, quando nada exige tempo maior para a decisão definitiva do mérito. De modo que é preciso ler com cautela o art. 12, especialmente na parte em que fala que o relator “*poderá*” diante “da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica” submeter o processo diretamente à Corte. O relator *deve* submeter o processo diretamente à Corte sempre que o mérito está em condições de ser imediata e definitivamente julgado. Associar o julgamento imediato a requerimento de liminar ou à qualidade da matéria discutida é apenas uma *evidente ênfase* à proibição de o relator conceder liminar fora de hipóteses excepcionais, assim como à impossibilidade de a Corte gastar tempo *desnecessário* para julgar definitivamente a ação.

Não há motivo para o relator submeter o processo ao procedimento abreviado sob o argumento *indecifrável* da “relevância da matéria” (art. 12, Lei 9.868/99). Afinal, tratando-se de controle de constitucionalidade mediante ação diretamente endereçada à Corte falar em matéria relevante chega a constituir um argumento em *bis in idem*, de modo que, à distância dos reais motivos para o imediato julgamento do mérito, serviria apenas para aumentar a discricionariedade na definição do momento para a oportuna e definitiva proteção do direito constitucional.

Ademais, não há como deixar de perceber que, concedida ou referendada a liminar pela Corte, ela não se estabiliza, como se apenas pudesse ser revogada quando do julgamento do mérito da ação. Diante da interferência da liminar sobre o direito e a democracia, assim como da sua natureza eminentemente provisória, a manutenção da sua eficácia deve estar sujeita a revisão periódica, considerando-se as circunstâncias que podem alterar a convicção acerca dos pressupostos que autorizaram a sua concessão.

Enfim, a liminar ou a tutela de urgência não podem interditar a tutela constitucional, deixando a Constituição e a democracia em estado de espera. Quando a liminar é concedida, a demora injustificada para decidir definitivamente o mérito em prazo razoável pode ser tão prejudicial quanto não prover liminarmente na hipótese em que há probabilidade de violação de direitos fundamentais. E esse prejuízo é certamente muito mais perverso e desrazoável quando a liminar é fruto de decisão monocrática não referendada. Aí, soma-se à negação da adequada tutela jurisdicional constitucional clara violação à autoridade da Corte, de modo que, bem vistas as coisas, torna-se apropriado dizer que a Constituição é deixada em estado de espera de modo flagrantemente abusivo.

REFERÊNCIAS

- Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 113 e ss; Alexander Bickel, *Foreword: The passive virtues*, *Harvard Law Review*, 1961.
- Antonio Ruggieri e Antonino Spadaro, *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*, Torino: Giappichelli, 2019, p. 21 e ss;
- Cass Sunstein, *Foreword: Leaving Things Undecided*, *Harvard Law Review*, v. 110, 1996, p. 96 e ss; Cass Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law*, John M. Olin Law & Economics, Working Paper n. 322, University of Chicago, 2007.
- Cass Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law*, John M. Olin Law & Economics, Working Paper n. 322, University of Chicago, 2007, p. 12.
- David Laurence Faigman, *Constitutional Fictions—A Unified Theory of Constitutional Facts*, New York: Oxford University Press, 2008, esp. p. 43 e ss; Pia Lange, *Darlegungs- und Substantiierungspflichten im Verfassungsbeschwerdeverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 14 e ss.
- David Laurence Faigman, *Constitutional Fictions – A Unified Theory of Constitutional Facts*, esp. p. 143 e ss.
- Francisco Fernández Segado, *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I, Madrid: Dykinson, 2009, p. 155-158.
- Guido Calabresi, *Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, *Harvard Law Review*, v. 105, 1991, p. 80-151. Segundo Vittoria Barsotti, - *approccio di Calabresi può definirsi mite in quanto nella sua opinione egli esercita una virtù passiva di stampo bickeliano ...*” (Vittoria Barsotti, *L’Arte di Tacere – Strumenti e Tecniche di non Decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino: Giappichelli, 1999, p. 269).
- Guido Calabresi, *Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, *Harvard Law Review*, v. 105, 1991, p. 137.
- Gustavo Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, *Enciclopedia del Diritto*, v. 36, p. 655; Gaetano Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, p. 1684 e ss.
- Larry Kramer, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, New York: Oxford University Press, 2004, p. 229.
- Luiz Guilherme Marinoni, *Il diritto di azione come diritto fondamentale*, Torino: Giappichelli, 2016, p. 47 e ss; p. 52 e ss; Luiz Guilherme Marinoni, *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nella prospettiva della teoria dei diritti fondamentali*, *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano: Giuffrè, 2005, v. 1, p. 93-162; Luiz Guilherme Marinoni, *El derecho de acción como derecho fundamental*, Bogotá: Temis, 2015, p. 31-64.
- Luiz Guilherme Marinoni, *A Zona de Penumbra entre o STJ e o STF*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 66-74.
- Massimo Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, *Enciclopedia del Diritto (bozze collazionate)*, p. 72.
- Peter Häberle, *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*, Porto Alegre: Fabris, 2008, esp. p. 108-114.
- Quill v. Vacco, 80 F.3d 716 (2d Cir. 1996).
- Rui Medeiros, *A decisão de Inconstitucionalidade. Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Lisboa: Ed. da Universidade Católica, 1999, p. 400 e ss; Fernando Alves Correia, *Justiça Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 337 e 343.
- Ruth Ginsburg, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, *North Carolina Law Review*, v. 63, 1985, p. 385-386.
- Vacco v. Quill, 521 U.S. 793 (1997).

Víctor Ferreres Comella, *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 266 e ss.

Victor Fairen Guillén, *El Juicio Ordinario y los Plenarios Rápidos*, Barcelona: Bosch, 1953, p. 32 e ss.

Vittoria Barsotti, *L'Arte di Tacere – Strumenti e Tecniche di non Decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, p. 284.

Vittorio Denti, *Il processo di cognizione nella storia delle riforme*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, p. 808.

DIREITOS HUMANOS EM NORBERTO BOBBIO: A TRAJETÓRIA DE UMA UTOPIA EM BUSCA DE CONCRETIZAÇÃO

Zulmar Fachin¹⁹⁹, Jéssica Fachin²⁰⁰

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos tem sido objeto de pesquisas em diversos campos do conhecimento. Não apenas o Direito, mas a Filosofia, a Ciência Política, a Sociologia e a Antropologia têm sido espaços científicos merecedores da atenção dos estudiosos. Trata-se de um tema transversal e que, por isso, oferece certo grau de complexidade para sua compreensão.

Esse texto tem por objetivo refletir sobre os direitos humanos estudados por Norberto Bobbio, especialmente sua historicidade, fundamento, judicialidade e efetivação. Toma por base as reflexões sobre direitos humanos produzidas por Norberto Bobbio, o qual dedicou parte de sua vida no estudo do tema. Serão utilizados textos produzidos pelo autor no período subsequente à Segunda Guerra Mundial até sua morte (2004), publicados não apenas na Europa e em outras partes do mundo, mas também no Brasil. O texto reconhece que a construção de tais direitos teve no referido autor uma voz firme e propositiva não apenas para justificar a sua formalização, mas, principalmente, na busca incessante de sua efetivação.

A indagação que se pode suscitar está em saber se a vasta obra de Norberto Bobbio foi útil para o desenvolvimento, a consolidação e a efetivação dos direitos humanos no Brasil. O problema desafia os estudiosos dos escritos do autor, no sentido de construir percepções e respostas a essa indagação.

Este estudo trabalha com a hipótese de que a doutrina bobbiana desempenhou papel fundamental para a compreensão e, sobretudo, efetivação

¹⁹⁹ Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito (UEL). Mestre em Ciência Política (UEL). Bacharel em Direito (UEM). Licenciado em Letras (Unicesumar). Professor na UEL e no Programa de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica na Universidade Cesumar - Unicesumar. Coordenador do Mestrado Profissional em “Direito, Sociedade e Tecnologias” da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Presidente do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI. Foi Procurador-Geral do Município de Londrina (2013-2014), da Universidade Estadual de Londrina (2001) e da Câmara de Vereadores de Londrina (2000). E-mail: zulmarfachin@uol.com.br. ORCID - 0000.0001.5514.5547.

²⁰⁰ Doutora em Direito Constitucional (PUCSP). Mestre em Ciência Jurídica (UENP). Especialista em Direito Processual Civil (IDCC) e em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC). Licenciada em Letras (UEL) e Bacharela em Direito (PUCPR). Professora no Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologia das Faculdades Londrina e no IDCC – Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Coordenadora Acadêmica dos cursos de Especialização em Direito do IDCC. Advogada. E-mail: jessicaafachin@gmail.com. ORCID: 0000-0003-0486-7309.

dos direitos humanos. Nessa perspectiva, as últimas décadas, no Brasil, foram palco de avanços concretos na forma de as pessoas usufruírem direitos humanos, especialmente os relativos à igualdade e à liberdade, embora ainda reste um longo caminho a ser percorrido.

A produção científica de Norberto Bobbio, composta por mais de 50 títulos, localiza-se em vários quadrantes do conhecimento humano: Filosofia Política, Filosofia Jurídica, Teoria do Estado e Teoria do Direito. No campo dos direitos humanos, especificamente, podem ser relacionados “El Tiempo de los Derechos”, “Teoria Geral da Política”, “Locke e o Direito Natural”, “Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant”, “Igualdade e Liberdade” e “A Era dos Direitos”. Esta última obra pode ser considerada uma espécie de cânone mundial no campo jusfilosófico.

Homem da liberdade e da igualdade, Norberto Bobbio viveu a noite escura dos totalitarismos e a angústia dos excluídos da paz, lançados à condição de *refugos da terra* (Hannah Arendt). Tanto na Itália, seu berço, quanto em toda a Europa, ele recebeu críticas que vinham de diversos campos do arco ideológico: para os liberais, ele era socialista; para os socialistas, era liberal. Na verdade, raros pensadores na história da humanidade conseguiram mostrar, como ele o fez, a existência de um ponto de equilíbrio entre tais ideologias, visto que, por um lado, ele abraçava a liberdade e, de outro, pugnava pela igualdade.

Poucos autores exerceram e ainda exercem tanta influência no estudo dos direitos humanos como vem ocorrendo, há décadas, com Norberto Bobbio. Seria tarefa difícil (impossível, talvez) tentar identificar fronteiras geográficas para delimitar a influência de sua vasta produção científica sobre o tema. Não será arriscado, todavia, afirmar que tanto na Europa quanto nas três Américas o pensador italiano fez escola em diversos campos do conhecimento humano.

Entre os pontos mais importantes relativos aos direitos humanos estudos por Norberto Bobbio, estão a historicidade (evolução histórica), o fundamento, a juridicidade e a efetivação. O objetivo desta pesquisa é fazer uma reflexão sobre cada um desses atributos dos direitos humanos.

1 HISTORICIDADE

Os direitos humanos podem ser compreendidos como um produto da História. Desse modo, a historicidade impõe-se como uma de suas características. O tempo tem ensejado as condições materiais de nascimento de novos direitos humanos.

No momento intermediário de sua vida acadêmica, Norberto Bobbio identificou cinco perspectivas no desenvolvimento dos direitos humanos: filosófica, histórica, ética, jurídica e política²⁰¹. Este foi, certamente, um dos

²⁰¹ BOBBIO, Norberto. *El Tiempo de los Derechos*. Trad.: Rafael de Asís Roig. Madrid: Editorial

primeiros estudos que o autor realizou sobre direitos humanos, tema sobre o qual veio a se notabilizar nas décadas seguintes.

Mais tarde, em uma perspectiva jurídico-positiva, o autor identificou quatro fases evolutivas dos direitos humanos: constitucionalização, progressão expansiva, universalização e especificação²⁰². No presente trabalho, será adotada esta contribuição do autor para o desenvolvimento de tais direitos, os quais tem reflexo nos direitos da personalidade.

A primeira etapa da evolução dos direitos humanos principiou no século XVIII e foi marcada pela *constitucionalização* dos direitos humanos, os quais tiveram assento nas Constituições dos Estados Unidos (1787) e da França (1791). O marco a sinalizar este caminho foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que previu: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (art. 16). O reconhecimento jurídico-constitucional transformou o que era um ideal em direito subjetivo, isto é, direitos naturais passaram a ser direitos positivados nas Constituição dos países.

Nesse contexto, afirma Norberto Bobbio:

Na realidade, a *Déclaration* tinha dois grandes precedentes: os *Bills of rights* de muitas colônias americanas que se rebelaram em 1776 contra o domínio da Inglaterra e o *Bill of right* inglês, que consagrava a gloriosa Revolução de 1689. Do ponto de vista conceitual, não existem diferenças substanciais entre a *Déclaration* francesa e os *Bills* americanos, dado que todos amadureceram no mesmo clima cultural dominado pelo jusnaturalismo e pelo contratualismo: os homens tem direitos naturais anteriores à formação da sociedade, direitos que o Estado deve reconhecer e garantir como direitos do cidadão²⁰³.

Vale ressaltar que a positivação dos direitos humanos (de resto, qualquer direito) gera consequências importantes para as pessoas que os titularizam. Um direito humano positivado gera o dever de ser observado não apenas pelo Estado, mas também pelo poder privado e, de um modo geral, por todas as pessoas, ao tempo em que passa a ter mais força normativa. Isto ocorre em razão da densidade normativa que adquire um direito a partir do momento em que ele passa a ter *status* de norma constitucional.

Registre-se que a constitucionalização dos direitos humanos significou um passo importante em relação às concepções jusnaturalistas desses direitos. Para Norberto Bobbio, “La *doctrina liberal* de origen iusnaturalista

Sistema, 1991, p. 98.

²⁰² BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a filosofia política e a lição dos clássicos. Trad. Daniela Baccaccia Vresiani. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 481-483.

²⁰³ BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Trad. Carmen C. Varriale e outros. Brasília: UnB, 1999a, p. 353.

revaloriza, frente al Derecho positivo del Estado, los *derechos naturales* de los individuos”. Desse modo, afirma que “Estos derechos, en cuanto dictados por la naturaleza y no inpuestos por una autoridad externa, son anteriores al Estado y constituyen, por tanto, para la autoridad política un límite insuperable”²⁰⁴.

A segunda etapa foi a de *progressiva expansão* dos direitos humanos, o que já revela ser uma fase que se desenvolveu ao longo do tempo. Assim, os direitos humanos foram sendo positivados, em uma caminhada progressiva no tempo: os direitos civis, como a liberdade de associação; os políticos, como o sufrágio universal, transformando o Estado liberal em Estado democrático; e os sociais, como o limite de horas para a jornada laboral do trabalhador, precipitando o nascimento do Estado democrático e social. Vale ressaltar que tais direitos vão sendo criados em circunstâncias concretas, ampliando cada vez mais o acervo cultural das sociedades, especialmente as do mundo ocidental. As novas circunstâncias partejam novos direitos humanos, os quais acabam sendo acrescidos ao rol já existente.

A terceira etapa caracterizou-se pela *universalização* dos direitos humanos, cujo ponto de referência pode ser identificado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Nesta fase, a afirmação dos direitos humanos é, ao mesmo tempo, universal e positiva. É universal porque os princípios contidos na Declaração de 1948 não tem por destinatários apenas os cidadãos de um Estado determinado, mas todos os homens; é positiva porque desencadeia um processo em cujo final os direitos humanos deverão ser não mais apenas declarados e reconhecidos em documento jurídico, mas efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado, se este os tiver violado. Nessa perspectiva, os direitos do cidadão passam a ser direitos do homem ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque inserida na humanidade, o que implica em reconhecer que serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo. Pode-se afirmar, de modo mais incisivo, que os direitos do homem “nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”. Em outras palavras, a Declaração Universal é o embrião de um movimento dialético, que principia pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transforma-se na particularidade concreta dos direitos positivos e, ao final, gera a universalidade não mais apenas abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais²⁰⁵.

²⁰⁴ BOBBIO, Norberto. El Tiempo de los Derechos, p. 29.

²⁰⁵ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004b, p. 19.

É emblemático, neste sentido, que esta declaração de direitos humanos tenha sido concebida para ter caráter “universal”, conforme resta sugerido em seu próprio título. Este processo de universalização, que continua a se desenvolver até nossos dias, alçou o indivíduo como sujeito de direitos na ordem internacional, visto que ele passou a ter legitimidade para postular nas instâncias jurídicas internacionais (ONU, OEA), inclusive contra o próprio Estado ao qual ele está vinculado. Neste sentido, o autor afirma que, após a Declaração de 1948, os direitos humanos passaram a ter eficácia jurídica e valor universal.

A quarta etapa é a da *especificação* dos direitos humanos. Com o tempo, forma surgindo novas pretensões de direitos humanos suscitando exigências específicas de proteção. Tais pretensões se apresentam em relação ao sexo (direitos das mulheres), às diversas fases da vida (direitos das crianças, adolescentes, jovens ou idosos) e às condições normais ou excepcionais (direitos dos deficientes). Esses avanços sociais passaram a exigir proteção jurídica específica para cada pretensão apresentada. Registre-se, neste sentido, a existência de uma pluralidade de documentos jurídico-normativos produzidos na ordem internacional para proteger tais direitos. Podem ser mencionados, apenas a título exemplificativo, a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Pequim, China, 1995), a Conferência Internacional sobre o Combate à Pornografia Infantil na Internet (Viena, Áustria, 1999) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Marraqueche, Marrocos, 2013).

O estudo das fases evolutivas dos direitos humanos conduz ao reconhecimento da historicidade como características dos direitos humanos ou, pelo menos, de muitos direitos humanos. Neste sentido, esclarece o autor:

“(...) a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos”²⁰⁶

Vale ressaltar, ainda, que tem sido natural o nascimento de direitos humanos a partir de outros direitos humanos. Como exemplo, tem-se a saúde como especificidade do direito à vida e o meio ambiente como manifestação do direito à vida.

Pode-se afirmar, em complemento, que, no início do século XXI, novos direitos são descortinados em dimensões específicas da vida humana, tais como a intimidade religiosa, a identidade sexual e o direito ao esquecimento.

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 2004b, p. 19.

Tais direitos passaram a reclamar proteção jurídica específica para resguardá-los de toda sorte de agressões.

Embora tenha dedicado longos e importantes estudos sobre o direito natural, especialmente a partir de John Locke²⁰⁷, o autor reconhecia a historicidade como característica dos direitos humanos, os quais, para ele, são históricos porque resultam das lutas travadas pela própria sobrevivência humana e das transformações das condições de vida que essas lutas acabavam por produzir. Neste sentido, afirma que os direitos humanos “nascem em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.²⁰⁸

Na perspectiva histórica dos direitos humanos, o autor sustentou que os homens não nascem livres e que, por isso, a liberdade deve ser conquistada na vida social, onde as condições econômicas, políticas e culturais podem conduzi-lo, mesmo a contragosto, a adquirir consciência do próprio valor do homem. Assim, ao desenvolver sua trajetória na face da Terra, o homem terá consciência de suas próprias possibilidades e, ao mesmo tempo, dos próprios limites do mundo dos outros homens²⁰⁹. Pode-se afirmar, então, que, neste ponto específico, ele não avaliza as abstrações dos iluministas.

Apesar de reconhecer os obstáculos à evolução no processo de declaração e efetivação dos direitos humanos, Norberto Bobbio sabia que era este o caminho a percorrer, afirmando que sempre é tempo para palmilhar o longo caminho da construção dos direitos humanos. E quem se dispuser a caminhar por esta senda, “terá a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que está diante de nós, talvez tenha apenas começado”.²¹⁰

O autor reconhece que, “desde a sua primeira aparição no pensamento político dos séculos XXVII e XVIII, a doutrina dos direitos do homem avançou muito, embora entre conflitos, confutações, limitações”. Como se estivesse a buscar uma utopia concreta (Habermas), ele apontou que “Mesmo que a meta final, uma sociedade de livres e iguais, não se tenha cumprido, foram percorridas várias etapas, em relação às quais já não será possível retroceder tão facilmente” E conclui: “Só Deus sabe quantas tempestades conheceu o nosso século, mas, apesar de tudo, a estrela polar ao final reapareceu no nosso horizonte”²¹¹ (BOBBIO, 2000, p. 481).

²⁰⁷ BOBBIO, Norberto. Locke e o Direito Natural. Trad.: Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UnB, 1997.

²⁰⁸ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 1992^a, p. 5 e 32.

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. Entre Duas Repúblicas: às origens da democracia italiana. Trad.: Mabel Malheiros Bellati. Brasília: UnB, 2001, p. 37.

²¹⁰ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 1992a, p. 46.

²¹¹ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política, p. 481.

A historicidade revela que os direitos humanos estão sempre em construção não apenas pela necessidade de reconhecer novos direitos, mas também pela luta travada na busca de efetivação dos direitos já formalizados pelo ordenamento jurídico de um País. Nesta perspectiva, em obediência a este processo evolutivo identificado pelo autor, torna-se importante compreender o fundamento dos direitos humanos, tema que tem suscitado e ainda suscita grandes debates doutrinários.

2 FUNDAMENTO

O problema do fundamento dos direitos humanos foi, ao longo do tempo, uma angustiante preocupação para Norberto Bobbio. Principiou por distinguir o fundamento de um *direito existente* do fundamento de um *direito que se pretende existente*. No primeiro caso, é necessário investigar no ordenamento jurídico positivo, do qual faz parte como titular de direitos e de deveres, se há uma norma dotada de validade e também qual é essa norma. Já no segundo caso, é preciso buscar razões sólidas para defender a legitimidade do direito em questão e convencer o maior número possível de pessoas para reconhecer como existente e válido o direito que decorre da referida norma. O convencimento deve se dar, de modo especial, sobre as pessoas que detêm o poder de produzir, direta ou indiretamente, normas válidas naquele ordenamento jurídico²¹².

Norberto Bobbio relembra que o jusnaturalismo construiu a tese de que o fundamento dos direitos humanos é absoluto, o que se pode deduzir dos estudos elaborados por diversos autores, entre os quais Immanuel Kant, John Locke e Thomas Hobbes. Esta tese foi refutada pelo autor que, ao fazê-lo, apresentou diversos argumentos.

a) *a expressão “direitos humanos” é muito vaga*: a tentativa de definir o que são direitos humanos é quase inglória. Por outro lado, a interpretação de tais direitos tem sido diversas, oscilando conforme a posição ideológica do intérprete;

b) *os direitos humanos constituem uma classe variável*: oscilam em função das condições históricas, das necessidades e dos interesses em jogo, da alteração das classes no poder, bem como das transformações técnicas, sociais e econômicas. Desse modo, sendo historicamente relativos, os direitos humanos não podem ter um fundamento absoluto;

c) *a classe dos direitos humanos é heterogênea*: há direitos humanos com estatutos muito diversos entre si. Direitos humanos com eficácias tão diversas não podem ter o mesmo fundamento e, por outro lado, se eles comportam restrições, não podem ter fundamento absoluto;

²¹² BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 1992^a, p. 15.

d) *há direitos humanos que podem estar em situações antinômicas entre si*: em tal hipótese, o autor afirma que dois direitos em antinomia não podem ter fundamento absoluto, visto ser inadmissível haver um fundamento que torne um direito e seu oposto, ao mesmo tempo, inquestionáveis e irresistíveis.²¹³

Para o autor, insistir na busca de um fundamento absoluto para os direitos humanos é uma ilusão. Além disso, sustentar a existência de um fundamento absoluto para alguns direitos humanos estabelecidos foi, ao longo do tempo, um obstáculo ao reconhecimento de novos direitos, quando eram parcial ou totalmente incompatíveis com aqueles. No mesmo sentido, a teoria jusnaturalista do fundamento absoluto do direito de propriedade atuou como empecilho ao desenvolvimento de uma legislação de caráter social, ao passo que atribuir fundamento absoluto aos direitos de liberdade também serviu de oposição contra a introdução de direitos sociais.²¹⁴

Neste sentido, a busca pelo fundamento absoluto dos direitos humanos é uma busca inglória. Afirma que “toda busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada”, posto que “O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras”.²¹⁵ Vale ressaltar que a doutrina dos direitos absolutos foi adotada, especialmente na visão privatista, como característica dos direitos da personalidade.

Por outro lado, Norberto Bobbio observa que o *fundamental* oscila no tempo e no espaço, visto que, embora presente no aqui e no agora, pode deixar de sê-lo em outras culturas ou em diferentes espaços temporais. Para ele, “O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”.²¹⁶

Considerando as lições acima expostas, pode-se concluir, com o autor, que não é possível sustentar a existência de um fundamento absoluto dos direitos humanos. Embora sejam importantes, esses direitos precisam conviver com outros direitos igualmente caros para a sociedade.

Já em relação à defesa dos direitos humanos de natureza social, vinculados à subsistência humana, Norberto Bobbio recorda “que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade”.²¹⁷

Vale ressaltar, ainda, no que tange ao fundamento dos direitos humanos, a correlação feita pelo autor entre direito e dever, o que é próprio dos campos da Moral e do Direito. Primeiro, desenvolveu-se o código dos deveres (obrigações);

²¹³ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 2004b, p.14-15.

²¹⁴ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 2004b, p.15.

²¹⁵ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 1992a, 17-22.

²¹⁶ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 1992a, 19.

²¹⁷ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 1992a, p. 24.

mais tarde, o código dos direitos. Os códigos morais ou jurídicos, ao longo do tempo, foram compostos essencialmente de normas imperativas, positivas ou negativas, traduzindo comandos e proibições. Como exemplos, são mencionados os Dez Mandamentos, o Código de Hamurabi e a Lei das XII Tábuas.²¹⁸

O autor compara a relação direito-dever com a relação pai-filho. Um não existe sem o outro: assim como não pode existir um pai sem um filho e vice-versa, não pode existir um dever sem direito e, assim como o pai vem antes do filho, a obrigação sempre veio antes do direito.

Neste sentido, direito e dever são as duas faces da mesma moeda. Saber qual é o verso e qual é o reverso depende da posição a partir da qual olhamos a moeda. Na trajetória evolutiva de direito e moral, a moeda foi observada mais pelo lado dos deveres do que do lado dos direitos. O ponto de partida era, portanto, a sociedade. A partir do momento em que a moeda passou a ser olhada do ponto de vista do indivíduo, os direitos passaram a ser protegidos.²¹⁹ Nessa perspectiva, a sociedade viveu momentos importantes de afirmação dos direitos, formalizando-os para garanti-los. Podem ser mencionados, além de outros, como referenciais de afirmação de direitos a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração Universal de Direitos Humanos.

Com a formalização dos direitos humanos, estes passaram a ter juridicidade. A partir desta perspectiva, Bobbio sustentou a existência de juridicidade dos direitos humanos.

3 JURIDICIDADE

Norberto Bobbio reconhece que a doutrina dos direitos naturais está na base do que, mais tarde, representou a juridicidade desses direitos. Essa doutrina influenciou as declarações de direitos do século XVIII, foi recebida pelas primeiras Constituições e, mais tarde, impulsionou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Neste sentido, é incisivo em afirmar que tal doutrina “está na base das Declarações dos Direitos proclamados nos Estados Unidos da América (a começar de 1776) e na França revolucionária (a começar de 1789), através das quais se afirma o princípio fundamental do Estado liberal como Estado limitado”.²²⁰ Registre-se que as declarações de direitos do século XVIII preocupavam-se com a liberdade, deixando em segundo plano (ou mesmo ignorando) a igualdade. No século XX, todavia, a igualdade passou a receber forte proteção jurídica não apenas na ordem

²¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, 1997, p. 476.

²¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, 1997, p. 477.

²²⁰ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 3. ed. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. Brasília: Editora Brasiliense, 1990, p. 13.

internacional, mas também na ordem jurídica interna de cada País. Pode-se afirmar, neste ponto, que, desde a década de 1980 do século passado, o Direito brasileiro experimentou importante evolução tanto no plano normativo quanto no plano de efetivação. Os referenciais teóricos construídos pela doutrina, especialmente a constitucionalista, ofereceram subsídios para que os direitos humanos pudessem ser compreendidos como direitos dotados de normatividade, ensejando sua efetivação.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é consequência imediata da mais violenta tragédia que assolou o mundo no século XX. Os signatários deste documento, dotados de variadas matizes ideológicas, de diferentes condições econômicas, de antagônicas concepções de vida, sensibilizados pelo desprezo dos direitos mais elementares das pessoas, conseguiram selar um grande consenso sobre os temas mais importantes. O autor reconhece, neste sentido, que “A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”.²²¹

Seu apreço pelo papel jurídico da Declaração Universal de Direitos Humanos foi registrado em vários dos seus estudos. Nesta lição, foi categórico:

“Em outras palavras: enquanto a afirmação dos direitos naturais foi uma teoria filosófica, essa afirmação teve valor universal, mas não teve uma eficácia prática: quando esses direitos foram acolhidos pelas constituições modernas, a sua proteção se tornou eficaz, mas apenas nos limites em que era reconhecida por aquele particular Estado. Depois da Declaração Universal, a proteção dos direitos naturais passou a ter ao mesmo tempo eficácia jurídica e valor universal. E o indivíduo, de sujeito de uma comunidade estatal, passou a ser também sujeito da comunidade internacional, potencialmente universal”²²²

Pode-se afirmar, a partir da lição acima, que a Declaração de 1948 atribuiu juridicidade aos direitos humanos, os quais deixam de ser meras proclamações axiológicas para se revestirem de caráter jurídico e, portanto, suscetíveis de exigência por parte de cada pessoa que os titularize.

O autor observa que, durante o período histórico em que os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, o único meio de protegê-lo em face da sua violação por parte do Estado era o direito de resistência. Com a positivação dos direitos humanos, todavia, o direito de resistência converteu-se em direito positivo de promover uma ação judicial contra o próprio Estado.

²²¹ BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. (Trad.). Carmen C. Varriale e outros. Brasília: UnB, 1999a, p. 27.

²²² BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política, p. 486.

Em outras palavras, em face do direito natural, o titular de um direito humano somente poderá protegê-lo mediante o direito de resistência, ao passo que a positivação dos direitos humanos da Constituição de um Estado garante proteção jurídica do próprio Estado e também contra ele. Considere-se, ainda, que a positivação de tais direitos em tratados internacionais acaba por estabelecer outro tipo de proteção. Neste sentido, Bobbio conclui que os autores da Declaração de 1948 estavam bastante conscientes do meio que leva ao fim desejado, embora uma coisa seja esta consciência e outra seja a sua realização.²²³

Não é demais registrar, neste ponto, que a juridicidade dos direitos humanos começou a se apresentar ainda com as Constituições produzidas no século XVIII (Estados Unidos e França). Contudo, foi com o referencial de 1948 que esse atributo dos direitos humanos passou a se impor de modo mais incisivo, ressaltando visto que, a partir da juridicidade, passou-se à busca pela efetivação de tais direitos.

Com a superação da Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal de Direitos Humanos passou a ser o marco normativo da proteção e efetivação dos direitos humanos. Esse documento protegeu tanto a liberdade como a igualdade.

Em seguida, ainda sub o influxo da “guerra fria”, a Assembleia Geral da ONU publicou dois pactos, os quais versaram sobre a liberdade e a igualdade, respectivamente. O pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966) tem como valor nuclear a liberdade, traduzindo-se em direitos cívicos e políticos. Já o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), fulcrado no princípio da igualdade, contempla os direitos econômicos, sociais e culturais.

Percebe-se que tanto a liberdade como a igualdade foram protegidas, embora em documentos jurídico-normativos diferentes. Foi no âmbito dessa trajetória de afirmação de direitos que se desenvolveu o constitucionalismo contemporâneo, cuja contribuição para a efetivação dos direitos, especialmente dos direitos humanos, foi e continua sendo muito importante.

Neste contexto de defesa dos direitos humanos de natureza social, vinculados à subsistência humana, Bobbio advertia “que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade”.²²⁴ Nesse campo, o autor advogou a necessidade de efetivação dos direitos humanos, o que foi, talvez, sua grande contribuição para a realização da sempre árdua tarefa de ensinar às pessoas a possibilidade de usufruir dos direitos positivados no ordenamento jurídico de um País.

4 EFETIVAÇÃO

Norberto Bobbio transitou com desenvoltura no espaço localizado entre a declaração e a efetivação dos direitos humanos. A falta de efetivação

²²³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 2004b, p. 19.

²²⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 1992a, p. 24.

desse direitos foi um dos problemas que mais lhe preocupou. Ele tinha a nítida distinção entre *declarar* e *efetivar* direitos humanos. Sua lição mais lapidar, neste ponto, e também muito lembrada em trabalhos científicos, trazia à tona o problema de sua época, mas que continua sendo o desafio do século XXI:

“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político (...). Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”²²⁵

Norberto Bobbio adverte, ainda, que há relativa facilidade para obter acordo no sentido de formalizar direitos humanos, mesmo que, eventualmente, as partes envolvidas não estejam convictas em relação aos seus fundamentos. Todavia, quando se trata de passar à ação, ou seja, ao campo da efetivação de tais direitos, começam a surgir reservas e oposições, ainda que não haja questionamentos em relação aos fundamentos.²²⁶ Em outras palavras, não há dissensos em declarar os direitos humanos, enquanto que a tentativa de sua efetivação suscita, naturalmente, obstáculos os quais, com frequência, são intransponíveis.

Vale ressaltar que a preocupação com a efetivação dos direitos humanos tornou-se um dos desafios assumidos pela Proclamação de Teerã, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 13 de maio de 1968, por ocasião da I Conferência Internacional sobre Direitos Humanos. Este documento reconheceu que, desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, vinham sendo elaboradas normas com vistas a assegurar não apenas proteção normativa, mas também o gozo dos direitos humanos. O documento advertiu aos Países signatários que ainda faltava muito a ser feito na esfera da aplicação destes direitos e liberdades, constituindo-se “objetivo supremo em relação aos direitos humanos que a humanidade usufrua da máxima liberdade e dignidade”. Imbuída do propósito de alcançar a efetivação dos direitos humanos, a Declaração de Teerã conclamou os Países a assegurem a cada pessoa “o direito de participar plenamente na vida política, econômica, social e cultural”, devendo os Países reafirmarem o propósito de aplicar de modo efetivo as normas jurídicas relativas aos direitos humanos constantes na Carta das Nações Unidas e em outros instrumentos normativos internacionais (arts. 4º, 5º e 6º).

Dentre os direitos sociais, Norberto Bobbio destacava como fundamentais a instrução, o trabalho e a saúde.²²⁷ Por sua influência, tais direitos sociais, ao

²²⁵ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 1992a, p. 24 e 25.

²²⁶ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 2004b, 15 e 16.

²²⁷ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política, 2000, p. 507.

lado de outros, foram protegidos nas Constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial. Como exemplo, pode-se mencionar a Constituição brasileira de 1988, a qual dedicou especial atenção aos direitos sociais, especificamente aqueles referidos pelo autor como os mais importantes: direito ao trabalho (art. 7º), direito à saúde (art. 196) e direito à educação (art. 205).

O discurso de Norberto Bobbio sobre os direitos humanos está ligado à realidade da vida cotidiana, que, em verdade, é o grande desafio da humanidade nestes tempos de incertezas. Para ele, o problema dos direitos humanos está ligado aos grandes problemas do nosso tempo, “que são os problemas da guerra e da miséria, do absurdo contraste entre o excesso de potência que criou as condições para uma guerra exterminadora e o excesso de impotência que condena grandes massas humanas à fome”²²⁸. Não por acaso, ele deu tanta atenção ao estudo do Estado (a defesa do Estado de Direito) como instrumento de elevada importância não apenas nas relações internas, na construção e manutenção da paz social, mas também nas relações com outros estados, para a construção e manutenção da paz mundial.

Nessa perspectiva, o autor destacou o valor da pessoa humana em face do Estado e o papel deste na efetivação dos direitos humanos. Afirma que a pessoa humana precede ao Estado. Ela não vive em função do Estado, mas é o Estado que existe para ela. O pressuposto ético segundo o qual a pessoa o é em sua singularidade e não por grupos de interesses leva ao reconhecimento da igualdade natural dos homens.²²⁹ Trata-se, portanto, de um modelo de estado que protege os direitos da pessoa humana, limitando o poder estatal e reconhecendo a igualdade de direitos entre as pessoas.

Desse modo, Norberto Bobbio defende a interligação entre direitos humanos e Estado de Direito, visto que este se mostrou violador daqueles, mas, paradoxalmente, é seu garantidor, ao contrário do que ocorre no estado despótico e no estado absoluto. Em outras palavras, no estado despótico, os indivíduos têm deveres, mas não desfrutam de direitos, ao passo que, no estado absoluto, os indivíduos tem direitos privados em face do soberano. Já, no Estado de Direito, “o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos”.²³⁰ Estas lições induzem ao reconhecimento de que existe reciprocidade entre Estado de Direito e direitos humanos, ensejando a possibilidade concreta de efetivação de tais direitos.

Vale ressaltar que Norberto Bobbio exerceu e continua a exercer grande influência no Direito brasileiro, particularmente no que tange à efetivação dos direitos humanos inscritos na Constituição Federal de 1988. Tais

²²⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 1992a., p. 45.

²²⁹ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 117.

²³⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 1992a., p. 61.

direitos, com pequena variação, são os direitos fundamentais ou os direitos da personalidade

CONCLUSÃO

Conclui-se que Norberto Bobbio dedicou sua vida ao estudo de muitos temas, entre os quais se destacam: os direitos humanos, a democracia, a paz e a guerra. Pode-se afirmar que foi grandiosa a contribuição dos seus estudos para o desenvolvimento, a consolidação e a efetivação dos direitos humanos.

Constatou-se a partir dos estudos do autor que os direitos humanos, após serem declarados, passaram a ter juridicidade, o que se verificou com o surgimento das declarações de direitos (Estados Unidos e França), ainda no final do século XVIII. Este processo de atribuir juridicidade aos direitos humanos intensificou-se no decorrer do século XX, com a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e com o advento de Constituições democráticas promulgadas após o II Pós-Guerra.

Os direitos humanos são o resultado de uma longa construção histórica. Esta trajetória no Tempo pode ser dividida em 4 fases: constitucionalização, progressiva expansão, universalização e especificação dos direitos humanos. A Constituição brasileira de 1988 é legatária dessa construção para a qual Norberto Bobbio ofereceu grandes contribuições.

Este já longo caminho não é *um dado*, mas *um construído*. A concretização dos direitos humanos é o desafio do nosso tempo. Se, por um lado, é importante que tais direitos estejam formalizados, por outro, eles necessitam ser usufruídos pelas pessoas que os titularizam. Neste campo, o Estado desempenha papel fundamental, não apenas deixando de violá-los (como é o caso de Estados totalitários), mas também de executar políticas propositivas, visando à sua concretização na vida cotidiana.

O autor identificou a existência de reciprocidade entre Estado e direitos humanos. Estes devem ser protegidos pelo Estado, inclusive em face do arbítrio do próprio Estado. A efetivação dos direitos humanos, especialmente os de natureza social, necessitam da atuação do Estado.

Pode-se afirmar, em arremate, que Norberto Bobbio contribuiu positivamente para o desenvolvimento, a afirmação e a efetivação dos direitos humanos. Essa contribuição influenciou o Direito brasileiro, especialmente a partir da Constituição de 1988, quando referidos direitos passaram a ser mais efetivados na vida cotidiana, embora este seja um caminho sempre em construção.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. 3. ed. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. Brasília: Editora Brasiliense, 1990.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992a.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004b.
- BOBBIO, Norberto. El Tiempo de los Derechos. Trad.: Rafael de Asís Roig. Madrid: Editorial Sistema, 1991.
- BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. (Trad.). Carmen C. Varriale e outros. Brasília: UnB, 1999a.
- BOBBIO, Norberto. Locke e o Direito Natural. Trad.: Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UnB, 1997.
- BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a filosofia política e a lição dos clássicos. Trad. Daniela Baccaccia Vresiani. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.
- BOBBIO, Norberto. Entre Duas Repúblicas: às origens da democracia italiana. Trad.: Mabel Malheiros Bellati. Brasília: UnB, 2001.
- BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. 5. ed. (Trad.). Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

OS JUÍZES E OS ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS

Teresa Arruda Alvim²³¹

1 A JUSTA HOMENAGEM

Ministro Luiz Edson Fachin é um homem digno de todas as homenagens. Intelectual profundo e sério, homem genuinamente preocupado com o bem estar do próximo, pai exemplar, marido dedicado. Na minha família, a alegria foi geral quando se cogitou o nome dele para ser Ministro do Supremo Tribunal Federal. Seu nome engrandece o Tribunal mais importante do país. Temos o privilégio de fruir de sua amizade há muitas décadas.

2 DELIMITAÇÃO DO TEMA

O Código de Processo Civil de 2015 encampou abertamente a ideia de que o direito, de fato, não é uma ilha. Como o direito serve à sociedade nada mais natural do que, na hora de decidir, o juiz leve em conta também os impactos que a sua decisão provavelmente produzirá sobre a sociedade.

O fato de o Código permitir a oitiva de *amici curiae* e, de certo modo, “estimular” a realização de audiências públicas, demonstra a preocupação do legislador com que o juiz decida consciente das prováveis implicações que sua decisão terá no mundo empírico.

Esse “contraditório com a sociedade” que se realiza justamente por meio de audiências públicas e da participação dos *amici curiae* acontece muito frequentemente, no direito brasileiro, no Supremo Tribunal Federal.

Por isso me pareceu que este seria um tema adequado para um artigo escrito em homenagem ao Ministro Fachin. Trata-se de tema com o qual já venho me preocupando há algum tempo e que já gerou alguns textos.

²³¹ Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra. Professora Visitante na Universidade de Lisboa. Diretora de Relações Internacionais do IBDP. Honorary Executive Secretary General da International Association of Procedural Law. Membro Honorário da Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM e da ABDConst. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná - CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais). Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais. Relatora da Comissão de Juristas, designada pelo Senado Federal em 2009, que redigiu o Anteprojeto de Código de Processo Civil. Relatora do Anteprojeto de Lei de Ações de Tutela de Direitos Coletivos e Difusos, elaborado por Comissão nomeada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2019, (PL 4778/20). Advogada.

Claro que o Supremo Tribunal Federal, assim como todos os outros Tribunais do país, bem como os juízes de primeiro grau devem decidir os casos que lhe são postos à apreciação com base no ordenamento jurídico em vigor. Ocorre que apenas durante períodos históricos de menor complexidade e em fases de notável estabilidade é que o direito se reduz a um padrão normativo rígido, que é imposto à sociedade.

Nossa época, entretanto, é de intensa mobilidade e complexidade social. Portanto, não se pode dizer que, nos nossos dias, o direito seja um fenômeno identificável a um padrão normativo rígido. Ao contrário, muitas vezes os textos normativos: são formados por conceitos elásticos, como, v.g., fato notório; frequentemente o legislador inclui na lei aquilo que se vem chamando de “cláusulas gerais”, como, por exemplo, a função geral do contrato; e o raciocínio jurídico em torno de princípios, cuja formulação verbal é, normalmente, bastante vaga, vem se tornando cada vez mais frequente. Portanto, o padrão normativo que serve de base às decisões judiciais, muitas vezes é razoavelmente inseguro e “temperado”, e nesse “tempero” está incluída a necessidade de se levarem em conta as consequências que a decisão a ser tomada muito provavelmente gerará na vida real.

Alias, o consequencialismo hoje é objeto de lei expressa: o art. 20 da nossa LINDB determina que as decisões administrativas e judiciais não se baseiem apenas em abstrações jurídicas, mas que se levem em conta as consequências práticas da decisão.

Por isso, o consequencialismo é tema de grande relevância para o momento presente: não se podem *IGNORAR* os impactos das decisões tomadas pelo Estado na realidade, no mundo dos fatos.

Quanto ao uso de argumentos consequencialistas em decisões judiciais de um modo geral, percebe-se haver opiniões extremistas: uns consideram poderem-se usar argumentos consequencialistas, como base única fundamental da decisão, sempre que isto se revelar necessário. No outro extremo, há os que entendem que argumentos consequencialistas jamais podem ser utilizados, porque não seriam jurídicos.

A nosso ver, no entanto, são argumentos jurídicos, no sentido mais abrangente da expressão. Hoje, ninguém mais identifica o direito com a norma escrita. Por vários caminhos diferentes, pensadores do direito vêm, aos poucos, se afastando da noção de *direito* como equivalente à *norma escrita*.

Sempre me chamou a atenção, muito antes (mas realmente muito antes) da entrada em vigor do CPC de 2015, a força normativa da jurisprudência. A previsibilidade do direito é objetivo que, efetivamente, só pode ser alcançado, se os jurisdicionados estiverem sujeitos a um *texto legal* numa *mesma e única interpretação*. Sob este aspecto, portanto, é indiferente a qualidade desta interpretação, o erro ou o acerto do sentido atribuído ao texto: para efeito

de gerar segurança jurídica, basta que o jurisdicionado tenha conhecimento e certeza da pauta de conduta em que deve basear o planejamento de sua vida.

A previsibilidade (ou a calculabilidade) são valores que inerentes à ideia de direito e que integram a noção mais ampla de segurança jurídica.

Esta visão do direito põe uma relevantíssima carga de responsabilidade no Poder Judiciário, já que vê, nele, um protagonista na criação do próprio direito.

Argumentos consequencialistas têm, no Brasil, servido, muito frequentemente, de base a decisões judiciais. Estes argumentos, como se observou, são o resultado da avaliação, que faz o juiz, dos *impactos* que sua decisão pode gerar na *sociedade*. Argumentos consequencialistas podem, portanto, influir decisivamente no próprio teor da decisão.

Todavia, como procuraremos demonstrar, não podem ser a única base da decisão. Como disse antes, e a palavra me parece adequada para transmitir a ideia, o consequencialismo não pode ser se não um “tempero” da decisão judicial: nunca a sua base fundamental.

Entretanto, esses argumentos seduzem: pode-se entender que, como o direito serve à sociedade, nada mais natural e desejável que sejam levadas em conta as consequências da tomada de decisão no mundo empírico. Exercendo um juízo de valor sobre serem positivos ou negativos tais impactos, o juiz decide de modo X ou Y.

Mas não se pode perder de vista o *perigo* que isto representa. Em sociedades pluralísticas como as atuais, em que não há uma classe dominante e outra dominada; em que as ideias de certo/errado estão razoavelmente esmaecidas; em que o que é bom/ruim, pode variar imensamente segundo o ponto de vista de quem faz esta avaliação, com o uso de argumentos consequencialistas deve-se ter muito cuidado. Ou seja, ainda que se admitisse que argumentos consequencialistas pudessem ser o fundamento principal de uma decisão judicial, muitos cuidados devem ser tomados, já que vivemos em sociedades de “muitas verdades”. Essas verdades nada mais são do que, de rigor, diferentes pontos de vista.

Sem as cautelas necessárias, a difusão do estilo consequencialista de fundamentar decisões tem o condão de gerar *intensa desuniformidade no direito e, por consequência, comprometer a previsibilidade.*

As reflexões que proponho neste artigo giram em torno, justamente, de *cuidados*, que devem ser tomados, no emprego destes argumentos.

O que se disse se aplica inteiramente às decisões do Supremo Tribunal Federal, justamente pela sua responsabilidade dúplice: a de dar a última palavra a respeito do sentido das normas constitucionais, nos casos em que a questão ou a causa decidida se revestirem de repercussão geral; e a de gerar, com suas decisões, efeitos positivos na sociedade.

3 SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica, em meu sentir, é um *valor*, encampado por um *princípio*, cuja função é *supraordenadora*.²³²

Trata-se, a meu ver, de uma ideia inerente, conatural ao próprio direito. De um valor *constitutivo* do direito.²³³

No Brasil, esse princípio tem assento constitucional (CF/1988, art. 5º). Integra a noção de Estado de Direito e a proteção da dignidade humana, consistindo, sob certo aspecto, numa pressuposição para que os homens possam planejar e controlar seu futuro.

À segurança tem-se dado importância extrema no mundo de hoje, justamente como reação à profunda insegurança em que vivemos.

Muito se discute a respeito das causas dessa insegurança, e dentre as principais, está, com certeza, o excesso de informações, somado ao “dever”, que tem o homem contemporâneo, de planejar, racionalmente, e, de certa forma, *predeterminar* seu futuro. Não há como assimilar toda a informação que está à disposição, e, muito menos, gerenciar e organizar os dados, para compreender, adequadamente, o presente e planejar o que há de vir, exercendo, assim, certa dose desejável de controle sobre o futuro. A sensação de impotência é fonte de tremenda insegurança.

Vivemos, por outro lado, em sociedades de grupos. Não há mais uma camada *dominante* e outra *dominada*. Há interesses, e grupos se formam à volta deles: as instituições financeiras, os consumidores, os industriais, e assim por diante. Interesses estes, muito frequentemente, contrapostos. Há muitas “verdades”, muitas versões da realidade, muitas noções diferentes do que seja *certo* e *errado*, bom ou ruim.

Esse quadro pode gerar excesso de regramento, leis, decretos, medidas provisórias, e, portanto, correlatamente, o perigo de não se saber *exatamente*

²³² Tratando separadamente destes sentidos, ou destas possíveis dimensões, da segurança jurídica, ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 121 e ss.

²³³ Odilon Romano Neto ensina: “Ao se tratar da *proteção da confiança*, destaca-se inicialmente que a confiança, antes de um fenômeno jurídico, é um fenômeno social presente nas relações humanas, qualificando-se como ‘uma sólida esperança em uma pessoa, uma coisa ou um comportamento’, em relação aos quais o sujeito que confia projeta sentimentos de *segurança* e *estabilidade*. A confiança é, portanto, um elemento essencial no convívio social, na medida em que a partir dela se estrutura um ambiente de estabilidade e previsibilidade, dentro do qual indivíduos e empresas podem planejar o futuro e contribuir para o desenvolvimento social e econômico do país. Como anotou Canotilho, ‘o homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida’” (ROMANO NETO, Odilon. A proteção da confiança na Constituição Federal de 1988. In: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira (Coord.). *A Constituição da República, segundo Ministros, Juizes, Auxiliares e Assessores do STF*. Salvador: JusPodivm, 2018 p. 284-285).

“o que é o direito”, por qual pauta de conduta deve o jurisdicionado orientar-se. Essa situação se reflete também na instabilidade da jurisprudência. Os exemplos que poderiam aqui ser dados certamente fariam com que este ensaio tivesse não o número de páginas que tem, mas, em vez disso, alguns volumes.

A esse cenário rapidamente descrito, deve-se acrescentar a tendência das civilizações contemporâneas no sentido de possibilitar que, mais e mais, camadas sociais, antes excluídas, usufruam de benefícios como hospitais, consumo e, é claro, acesso à Justiça.

Some-se a isso o movimento tentacular exercido pelo direito: *tudo* é disciplinado, regulado, normativizado. Indivíduos podem, de fato, ir à Justiça em vários papéis: marido, consumidor, idoso, contribuinte etc.

Além disso, tem-se a pressão típica da nossa época: tudo deve ser feito muito rapidamente. A necessidade de rapidez diz respeito tanto às leis, quanto às decisões judiciais.

É exatamente esse contexto que revitaliza o estudo da segurança jurídica. Como observa Humberto Ávila²³⁴, “só se obtém plena consciência do significado de um bem quando se o perde”.

A segurança jurídica é tema vastíssimo, e, como é evidente, a própria expressão tem vários sentidos e dimensões, que, de certo modo, interpenetram-se e se complementam.²³⁵

Entretanto, pode-se dizer, sem medo de errar, que a necessidade de segurança jurídica foi uma das molas propulsoras da concepção do regime político resultante da Revolução Francesa. É sabido que a ideia de que os juízes deveriam decidir com base na lei, ***sem permissão de interpretá-la***, tinha em vista, principalmente, conter arbitrariedades, gerar respeito à isonomia e criar segurança jurídica.

As causas de que antes se falou e as características das sociedades contemporâneas que foram apontadas, somadas à existência de 90 Tribunais, num país de dimensões continentais, com fundas diferenças culturais de região para região levam à inexorável conclusão de que o uso de argumentos consequencialistas de forma desmesurada pelos juízes levaria a um cenário de integral insegurança jurídica.

²³⁴ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 76.

²³⁵ A esse respeito, observa Alexandre Freire: “O princípio da segurança jurídica é, sem dúvida alguma, um dos pilares do Estado de Direito. Visa a garantir estabilidade e tranquilidade nas relações jurídicas, tendo como principal objetivo proteger e preservar as expectativas de comportamento das pessoas em relação ao que resulta de suas ações e no que diz respeito às ações esperadas de terceiros” (FREIRE, Alexandre. *Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade*. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; GONZAGA JAYME, Fernando (Coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 51-82, especialmente, p. 63).

A dimensão do princípio da segurança jurídica, que serve de pano de fundo para este ensaio é a *necessidade de uniformidade* e da *consequente previsibilidade do direito*.

Essa é a razão que nos leva a afirmar, com bastante veemência, que argumentos dogmáticos nunca podem ser desprezados. Somos um país em que o juiz decide com base na lei, não significando esta afirmação que o juiz tenha que decidir com base na literalidade do dispositivo legal. Como já se comentou anteriormente, o direito do século XXI tem certos “temperos”: mas isso não quer dizer que a lei possa ser desprezada, em nome de argumentos consequentialistas. Se assim fosse, seria absolutamente imprevisível a jurisprudência, e, portanto, num certo sentido, o próprio direito.

4 SOBRE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS

É relevante frisar-se aqui, como já se adiantou antes, que argumentos consequentialistas são argumentos *jurídicos*.

A visão pragmática do direito, ao contrário das visões semânticas e sintáticas, se caracteriza justamente por levar em conta a *operatividade*, a *funcionalidade* do ordenamento jurídico, ou seja, sua capacidade de servir adequadamente à sociedade em que se insere. É o direito que gera resultados *socialmente positivos*, que está rente às necessidades do organismo social a que deve servir.

Argumentos consequentialistas harmonizam-se à perfeição com a visão pragmática do direito, já que supõem um diálogo entre o direito estrito senso e a sociedade, e a avaliação desta relação. Esta relação deve “funcionar bem”.

São aqueles que orientam a tomada de decisão, fazendo com que a opção do órgão decisor recaia sobre aquela solução que gere impacto mais positivo para a sociedade.

Têm estado presentes nas decisões judiciais, por vezes como o único ou como o principal fundamento delas. Neste último caso, tem-se um exagero inadmissível.

É comum que em decisões judiciais, principalmente em épocas como as que estamos vivendo, se “passe por cima” da lei ordinária, como se esta estivesse sendo interpretada à luz do princípio da dignidade humana ou de outro princípio qualquer, de índole constitucional, que seria, por si só, apto a afastar soluções mais conservadoras. Um exemplo caricato seria o de o juiz dispensar o devedor de quitar seu débito, apenas por que teria ficado desempregado.

Por outro lado, e essa observação é de extrema relevância, se argumentos consequentialistas dizem respeito à projeção no futuro de prováveis consequências de determinada decisão judicial, trata-se no fundo de afirmação sobre fatos, *embora se trate de fatos que ainda não ocorreram*.

Mas, evidentemente, como se trata de fatos, ainda que futuros, não basta que a respeito deles se faça uma mera afirmação. É necessária uma demonstração de que esses fatos provavelmente ocorreram, e só em face dessa *demonstração* é que se justifica a inclusão de argumentos consequentialistas numa decisão judicial.

Daí a relevância da realização de audiências públicas e da participação ativa de amigos da corte, cuja função muito frequentemente, para não se dizer exclusivamente, se liga exatamente a esta necessidade.

É por isso que de uma audiência pública podem participar economistas, agrônomos, técnicos de fertilização artificial, enfim, profissionais que esclareçam a corte a respeito dos eventuais ou dos prováveis efeitos da decisão na vida real. O mesmo se diga dos *amici curiae*, cuja razão de ser é justamente mostrar ao Tribunal que setores diferentes da sociedade veem o objeto sobre o qual se vai decidir de modos diferentes: todos eles devem ser ponderadamente levados em conta.

5 NOSSAS SOCIEDADES

Já disse alguma coisa rapidamente, anteriormente, neste mesmo artigo, sobre algumas características que me parecem ser relevantes relativas às sociedades do século XXI.

É oportuno, todavia, que se observe também que vivemos em sociedades “inclusivas”, na feliz expressão de Canotilho.²³⁶ Isso quer dizer que há, nas sociedades contemporâneas, marcada tendência a que sejam incorporadas aos segmentos institucionalizados camadas sociais que, em outros tempos, viveriam à margem dos benefícios gerados pelas conquistas da civilização.²³⁷

Essa pode ser considerada uma das características mais marcantes da nossa época. A mobilidade social vem ocorrendo concomitantemente com a intensificação do fenômeno da positivação. Essa concomitância vem gerando a

²³⁶ J. J. Gomes Canotilho. A “principalização” da jurisprudência através da constituição. *RePro* 98/83-89 (volume em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Descrevendo a “sociedade inclusiva” com os olhos voltados para o direito, assevera Arruda Alvim que a ideia contemporânea de utilidade liga-se à concepção segundo a qual o aparato estatal deve abranger um número cada vez maior de jurisdicionados, transmudando-os de jurisdicionados formais para jurisdicionados substanciais (Arruda Alvim. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1988, item 4, p. 5).

²³⁷ Sobre as sociedades *inclusivas* diz Hannah Arendt: “A sociedade de massas, contudo – quer algum país em particular tenha atravessado ou não efetivamente todas as etapas nas quais a sociedade se desenvolveu desde o surgimento da época moderna –, sobrevém nitidamente quando ‘a massa da população se incorpora à sociedade’ (...)” (*Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 250).

dificuldade de se operativizar (= fazer funcionar) um *sistema* de normas escritas e, portanto, de razoável estabilidade em sociedades que, em contrapartida, têm estado em permanente mudança.²³⁸ Aí entra a relevante função da jurisprudência.

Hoje as sociedades cada vez mais incorporam esses indivíduos e, naturalmente, cada vez mais fica difícil falar-se em interesses *da sociedade*,²³⁹ já que muito comumente há interesses de *grupos* integrantes da *mesma sociedade* que são frequentemente conflitantes e reciprocamente excludentes.

Há uma tendência a que grupos migrem para o que Arruda Alvim chama de *centro de deliberação social*, principalmente nas sociedades dos países em desenvolvimento, o que pode afetar a estrutura dessa sociedade, produzindo quase sempre a “sensação” de que o ordenamento não é “justo”.²⁴⁰ Naturalmente, nesse movimento, os grupos que antes se encontravam nesses centros de deliberação social vão sendo desalojados, ficando comprometidos valores, enquanto elementos mantenedores da institucionalização. Claro está que, num contexto dessa natureza, o direito não poderia senão desempenhar a função de resolver ou neutralizar *tensões*.

Hoje, se admite considerar que o direito não é um sistema impecável e irreprensivelmente *lógico*. O que de mais marcante existe no direito é uma série de noções-chaves, que desempenham um papel fundamental no que diz respeito à argumentação e à discussão de problemas jurídicos. Esses *topoi* (= noções-chaves) se exteriorizam por meio de *conceitos vagos*, que assumem determinados significados *em função dos problemas a serem solucionados*.

Esses *lugares comuns* da argumentação são noções como *interesse público, autonomia da vontade, deve dar-se a cada um o que é seu*. É inútil tentar montar um sistema lógico, hierarquizado e de validade universal com os *topoi*, sob pena de eles se verem necessariamente envolvidos em contradições.²⁴¹

²³⁸ Diz Warat que, em nosso século, todos os setores pugnam por participar do poder político. Isso diz respeito talvez de modo especial à classe trabalhadora que tem o firme propósito de alcançar esse desiderato (cf. *Lenguaje y definición jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973. p. 39).

²³⁹ Exatamente nesse sentido, diz Ana Paula de Barcellos que “para o estudioso, ou para o cidadão que tenha a pretensão de estar bem informado, parece realmente que não há mais coisa alguma simples no mundo: já não é possível examinar com seriedade os problemas contemporâneos sob um único ponto de vista ou oferecer-lhes uma resposta singela e direta, já que, com frequência, eles envolvem valores e interesses diversificados e conflitantes. Jornais e revistas passaram a publicar matérias compostas de várias opiniões sobre o mesmo tema, na tentativa de dar conta de sua multiplicidade e atrair leitores de todos os grupos. Nos regimes democráticos, predominantes nas sociedades ocidentais nos últimos cinquenta anos, essa pluralidade recebe espaço institucional de manifestação e desenvolvimento” (*Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 8).

²⁴⁰ Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 1.

²⁴¹ Como observa Tercio Sampaio Ferraz Junior em seu conciso e lucidíssimo prefácio à tradução

Parece ser sintomática, a esse propósito, a circunstância de cada vez mais incluírem-se, como já comentei de passagem acima, *conceitos vagos* nos *textos do direito posto*, às vezes até mesmo integrando as *cláusulas gerais*, como uma forma de tentar absorver a complexidade do mundo real, assim como é sintomática a necessidade que vem sendo sentida na comunidade jurídica, de que os princípios jurídicos integrem os raciocínios de direito.

Esse novo estilo de legislar parece atender melhor às necessidades das novas sociedades. Como se disse, esse movimento de incorporação de novos segmentos torna as sociedades dinâmicas e instáveis, feições estas que não estavam presentes nas sociedades do século XIX.

As sociedades de hoje tendem a ser, de certo modo, heterogêneas, no sentido de pluralistas, já que não se identificam claramente um grupo dominante e um grupo dominado, como em outras épocas históricas.²⁴²

Esta pluralidade de grupos que exercem influência na sociedade do século XXI gera uma certa relativização de valores, formas diferentes de se ver e avaliar a mesma realidade, o que faz com que **argumentos consequencialistas possam ser profundamente diferentes** e, portanto, se figurarem como única base de uma decisão judicial – que se admite apenas para argumentar – podem levar a uma jurisprudência inteiramente dispersa. Além do quê, é claro, não há como se admitir que uma decisão jurisdicional tomada em um Estado de Direito não seja baseada fundamentalmente no ordenamento jurídico.

6 DIREITO POSTO

Como dissemos antes, o direito não é mais um padrão normativo rígido que se impõe à sociedade. A realidade penetra no direito e influi até mesmo na confecção das próprias normas, na formulação de princípios.

De um lado, por exemplo, existe a regra de que o patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com o dos sócios que a integram. Por outro lado, em face da realidade de que a pessoa jurídica poderia estar sendo usada como “véu” para encobrir práticas de fraude, não há como fecharem-se os olhos: nasceu a teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

Outro caso interessante é o do abrandamento da regra do *pacta sunt servanda*, pela criação da teoria da imprevisão.

Princípios como a função social da empresa ou do contrato têm orientado opções interpretativas da lei.

Estes exemplos demonstram como, historicamente, o direito vem-se curvando à necessidade de enxergar a realidade e discipliná-la, suavizando

da 5. ed. da obra de Viehweg. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento da Imprensa Nacional, 1979.

²⁴² Arruda Alvim. *Op. cit.*, item 11, p. 14.

seus dogmas. Quando a realidade e a teoria entram em choque, não se deve desprezar a realidade, fingindo que não se a está vendo, mas alterar a teoria!

Por outro lado, impactos da decisão na vida real há muito tempo são levados em conta por certas decisões, em virtude de previsão legal expressa. De fato, por exemplo, o que faz o juiz, ao avaliar o *periculum in mora*? Se não projetar, no futuro, as consequências da não concessão da medida, pleiteada pela parte, imediatamente? O que faz o juiz, quando avalia o “dano marginal”? O *periculum in mora* reverso?

As próprias normas jurídicas incorporam muito frequentemente a necessidade de o juiz levar em conta a realidade, muitas vezes projetando os efeitos de sua decisão, no futuro. É o que o magistrado faz, por exemplo, quando avalia o “interesse do menor”.

7 FUNÇÃO DOS ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTA

Como disse antes, parece-me que o direito dos nossos dias é “temperado”; não se confunde com a literalidade da dicção da lei. Optar-se por um dos modos em que o texto pode ser compreendido não se confunde com desprezá-lo ou deixa-lo de lado.

Textos de lei, muito frequentemente, comportam mais de uma interpretação. A eleita deve ser dentre elas a que *melhor responde* às necessidades sociais do momento. A escolha deve acontecer com olhos na realidade.

No avaliar qual seria a solução que *melhor responde* às necessidades sociais do momento, o juiz deve apropriar-se do *ethos* dominante, o quanto possível, distanciando-se da sua visão pessoal sobre o tema.

Tomemos um exemplo: há uma portaria (12/2012) que tem por objetivo responder a necessidades derivadas de *situações extraordinárias*, permitindo ao contribuinte que peça prorrogação do prazo para o pagamento de tributos federais. Esta portaria pode ser tida como não autoaplicável, porque um de seus dispositivos alude à necessidade de uma norma posterior. Entretanto, sua finalidade restaria integralmente frustrada, pois a portaria foi concebida para remediar situações de urgência. Todavia, havendo outro caminho (outro resultado possível de interpretação do mesmo texto) é este o que deve prevalecer. O outro caminho seria, por exemplo, o de se entender que a suspensão do prazo para o pagamento deveria ocorrer **de imediato**, e a tal “norma posterior” poderia dizer respeito a outros aspectos, como, por exemplo, à forma de pagamento do tributo.

Assim, em contextos como o de que acima se tratou, os argumentos consequencialistas desempenham papel “desempatador” entre duas ou mais interpretações possíveis, devendo prevalecer a que responde de modo mais eficiente e evidente às necessidades sociais do momento.

Outro dos cuidados que devem ser tomados quando se empregam argumentos consequencialistas é o de que esta projeção, no futuro, de efeitos da decisão que viria a ser tomada, sejam, como se disse, *devidamente demonstrados*, às vezes, até mesmo, por meio de prova pericial.

Resumindo e concluindo: argumentos consequencialistas são bem vindos. Não pode, entretanto, ser a única base da decisão do juiz. São, a meu ver, de duas ordens os cuidados que devem ser tomados: (i) não se pode deixar de lado o direito posto e as soluções devem ser obtidas pela via interpretativa, ainda que à luz de projeções dos efeitos da decisão sobre a sociedade, projeções estas que (ii) não de ser, pelo menos, as consequências projetadas no futuro com prováveis efeitos da decisão, analiticamente demonstradas e, em certos casos, até mesmo evidenciadas, por meio de prova pericial.

8 OS RISCOS

Sociedades pluralísticas, como as do século XXI, como já se observou antes, são bem mais complexas do que as que havia há alguns séculos.

Há, em vez de uma classe dominante e outra dominada, vários grupos, com diversos interesses, que fazem pressão para que tudo ocorra como lhes parece “melhor”.

Assim, e por isso, os conceitos de *bom* ou *ruim* para a sociedade, podem ser manipulados de formas diferentes, em decisões judiciais diversas.

De fato, a avaliação sobre ser mais positivo o impacto da decisão X ou Y na sociedade pode variar imensamente, na dependência de quem a faz.

A *falta de uniformidade* e conseqüente comprometimento da *previsibilidade do direito* mostra o *perigo* de argumentos consequencialistas serem a *única base* ou a base principal de uma decisão judicial. Isto porque, como dissemos no item 2 deste artigo, decisões judiciais, além de resolverem o conflito que existe entre as partes no caso concreto, têm carga normativa, i.e., são *precedentes*: são direito.

Portanto, é enganosa a impressão que se tem no sentido de que o juiz que decide levando em conta apenas os impactos de sua decisão no mundo empírico estaria “fazendo justiça”. O direito é como uma música, tocada por uma orquestra, com vários instrumentos. Se um deles destoa, compromete o todo, ainda que esteja ele (só eles!) tocando uma bela música.

REFERÊNCIAS

- ARENDR, Hannah. Entre o passado e o futuro. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1979.
- ARRUDA ALVIM. A arguição de relevância no recurso extraordinário. São Paulo: Ed. RT, 1988.
- ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 121 e ss.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. A “principalização” da jurisprudência através da constituição. *RePro* 98/83-89.
- FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; GONZAGA JAYME, Fernando (Coord.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 51-82, especialmente, p. 63.
- ROMANO NETO, Odilon. A proteção da confiança na Constituição Federal de 1988. *In*: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira (Coord.). A Constituição da República, segundo Ministros, Juízes, Auxiliares e Assessores do STF. Salvador: JusPodivm, 2018 p. 284-285.
- VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Brasília: Departamento da Imprensa Nacional, 1979.
- WARAT, Luis Alberto. *Lenguaje y definición jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

DIREITO COMPARADO COMO FUNDAMENTO EM DECISÕES JUDICIAIS

Matheus Tauan Volpi²⁴³, Murilo Alan Volpi²⁴⁴

INTRODUÇÃO

No âmbito acadêmico, a investigação comparada é prática cada vez mais comum em todo o mundo²⁴⁵. Da mesma forma, nos tribunais, o recurso ao direito comparado sofreu grande incremento na atualidade²⁴⁶. O uso abundante da argumentação comparada é prática reiterada nas decisões de tribunais superiores de diversos países²⁴⁷. No Brasil, essa prática é facilmente notada, não sendo diferente do restante do mundo²⁴⁸.

Uma das características mais marcantes dos votos dos Ministros do STF, desde os primeiros anos da república até os dias de hoje, é a citação do direito comparado²⁴⁹. Essa prática, ademais, é estimulada há muito tempo no Brasil. Desde o longínquo ano de 1890, pelo art. 386, do Decreto nº

²⁴³ Doutorando em Direito Tributário pela UFPR. Mestre e Especialista em Direito Tributário pela USP. Professor de Direito Penal e Processo Penal na UNIP-São José do Rio Preto/SP. Já foi Advogado e Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP). Atualmente exerce o cargo de Delegado de Polícia no Estado de Minas Gerais (PC/MG). E-mail: volpi.mt@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0111272040274580>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0863-9947>.

²⁴⁴ Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Especialista em Direito Tributário pela USP. Já foi Delegado de Polícia (PC/MG), Advogado e Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP). Atualmente exerce o cargo de Promotor de Justiça no Estado do Paraná (MP/PR). E-mail: vmvolpi@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1183964859259783>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5593-8272>.

²⁴⁵ HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 39-66. p. 63.

²⁴⁶ CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1-35. p. 01.

²⁴⁷ CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. Revista Direito GV, São Paulo, 6(2), jul-dez 2010, p. 469-492. p. 470.

²⁴⁸ MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo: breves reflexões por ocasião da criação da Associação Brasileira de Direito Público Comparado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Org.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 1, p. 151-160. p. 152.

²⁴⁹ HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI:<https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>. ROSENBLATT, Paulo; ADRIANI, Lorrane Torres. Transplantes jurídicos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: uma crítica à ausência de método comparativo. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 20, n. 122, out.2018/jan.2019, p. 691-715. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e122-1554>.

848²⁵⁰, que organizava a Justiça Federal, apontava-se a importância do direito estrangeiro como subsidiário da jurisprudência e do processo federal²⁵¹.

Nesse contexto, a citação de argumentação comparada sempre foi realizada, mas em tempos recentes sofreu grande incremento²⁵², notadamente nos casos mais complexos²⁵³. Com efeito, é possível identificar alguns votos com ricas análises de direito comparado, contribuindo para a melhoria da jurisprudência interna²⁵⁴. Por outro lado, contudo, há, segundo alguns autores, votos em que o direito comparado não é empregado de forma metodologicamente adequada, vislumbrando-se um déficit de fundamentação²⁵⁵.

Com o avanço do direito comparado como disciplina autônoma a partir de 1900, houve brusca mudança na forma da comparação, em virtude do amplo estudo do assunto e incremento no rigor metodológico²⁵⁶. Todavia, esse avanço metodológico do direito comparado não foi totalmente assimilado em parcela dos votos. Apesar do crescente interesse no direito comparado, pouco se avançou no tocante à metodologia dessa espécie de estudo²⁵⁷. Como resultado, identifica-se, na jurisprudência, votos em que o direito comparado não é empregado de forma metodologicamente adequada²⁵⁸.

Carlos Bastide Herbach, nesse sentido, aponta que a experiência do STF na utilização do direito comparado encontra-se abaixo dos padrões teóricos

²⁵⁰ BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

²⁵¹ “Art. 386. Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias às disposições e espirito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal.”

²⁵² MARQUES, Gabriel Lima. *O argumento de direito comparado no Supremo Tribunal Federal – STF: um estudo a partir dos casos de liberdade de expressão no Brasil*. 2014. 135f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 13.

²⁵³ CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, 6(2), jul-dez 2010, p. 469-492. p. 475.

²⁵⁴ CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, 6(2), jul-dez 2010, p. 469-492. p. 476.

²⁵⁵ MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.65009.

²⁵⁶ HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>.

²⁵⁷ HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 39-66. p. 39.

²⁵⁸ MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.65009.

fixados pelos modernos estudos e práticas do direito comparado²⁵⁹. Da mesma forma, vários outros estudos apontam certa negligência metodológica no uso do direito comparado como fundamento em decisões judiciais²⁶⁰.

Em dissertação de mestrado defendida na UFRJ, Gabriel Lima Marques aponta que o argumento de direito comparado no STF tem sido utilizado sem a apresentação de justificativas para seu emprego, sem situar a referência importada em seu contexto no ordenamento de origem, sem o emprego de uma metodologia clara e com a adoção dos argumentos de forma acrítica.²⁶¹

Dessa forma, este artigo, dentro de suas limitações, pretende investigar se há padrões mínimos de fundamentação a serem observados para o adequado emprego do direito comparado como fundamento em decisões judiciais.

Para tanto, inicialmente foram analisadas as características da atividade jurisdicional. Em seguida, avançou-se para a análise do método do direito comparado. Foram abordadas, na sequência, as críticas formuladas ao emprego do direito comparado em decisões judiciais, bem como a temática dos transplantes jurídicos. Por fim, por meio do método dialético, em análise crítica, contrapondo diferentes as opiniões acerca dos temas discutidos, ponderando as polaridades opostas, até o alcance da síntese, identificou-se padrões mínimos para a utilização do direito comparado como fundamento em decisões judiciais.

2 DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

2.1 IMPORTÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO

O dever de fundamentar é inerente ao exercício legítimo do poder. Alcança o exercício da função judiciária (art. 93, IX, da CF), administrativa (art. 5º, LIV e LV, da CF e art. 2º da Lei nº 9.784/99) e, até mesmo, a função legislativa.

Embora no âmbito legislativo não existam padrões claros e diretos de fundamentação previstos como no âmbito administrativo ou judiciário, o processo legislativo é marcado por fases e requisitos que viabilizam o conhecimento pela sociedade das intenções e propostas do ato legislativo. Tornam possível o conhecimento pela sociedade das intenções do legislativo as exposições de

²⁵⁹ HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>.

²⁶⁰ ROSENBLATT, Paulo; ADRIANI, Lorrane Torres. Transplantes jurídicos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: uma crítica à ausência de método comparativo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 122, out.2018/jan.2019, p. 691-715. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e122-1554>.

²⁶¹ MARQUES, Gabriel Lima. *O argumento de direito comparado no Supremo Tribunal Federal – STF: um estudo a partir dos casos de liberdade de expressão no Brasil*. 2014. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 118.

motivo, as discussões e fundamentações no trâmite legislativo nas comissões temáticas etc. Há, dessa forma, um ritual próprio que permite a participação e a obtenção de informações pelos interessados sobre das decisões legislativas²⁶².

No âmbito do Poder Judiciário, não sendo seus membros eleitos pela população, a legitimidade do exercício do poder depende essencialmente da fundamentação, da existência clara de uma metodologia interpretativa, em que fique nítido o motivo pelo qual é realizada, bem como a importância e pertinência da citação do direito comparado em cada decisão, bem como o motivo da escolha de determinados ordenamentos como referência, e não outros²⁶³. A legitimidade do exercício do poder pelos tribunais depende dessa metodologia comparativa²⁶⁴.

A discricionariedade, em regra, é incompatível com a função jurisdicional. Ao judiciário não incumbe a escolha entre indiferentes jurídicos, mas sim dar a última palavra, quando provocado, sobre o direito, afirmando qual é a vontade do direito²⁶⁵. O antídoto contra a discricionariedade nesta acepção é a motivação, o ônus argumentativo²⁶⁶.

2.2 PROBLEMAS NA FUNDAMENTAÇÃO

Há inúmeras dificuldades, contudo, na verificação da existência de decisões adequadamente fundamentadas. Inicialmente, destaca-se um ponto comum na jurisprudência do STF: a dispersão de fundamentos²⁶⁷. Mesmo nas decisões unânimes ou amplamente majoritárias, muitas vezes não é possível identificar um argumento singular que possa ser apontado como vencedor, já que cada ministro apresenta suas próprias razões e fundamentos²⁶⁸.

²⁶² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, jul.-set. 2011, p. 55-73.

²⁶³ CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1-35. p. 05.

²⁶⁴ CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1-35. p. 05.

²⁶⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 5, n. 2. p. 135-164, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.56183. p. 159.

²⁶⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 5, n. 2. p. 135-164, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.56183. p. 159/160.

²⁶⁷ ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; CHRISMANN, Pedro Henrique Veiga. Deliberação judicial colegiada: aspectos problemáticos. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 165-188, jan./abr. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i1.57578. p. 166.

²⁶⁸ ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; CHRISMANN, Pedro Henrique Veiga.

Há polêmica também quanto à conveniência da citação de doutrina em decisões judiciais. Alguns países proíbem tal prática, enquanto outros não fazem as citações simplesmente por praxe judiciária. Outros, por fim, admitem as citações doutrinárias sem qualquer amarra ou limite²⁶⁹.

Por fim, no que se refere à citação de Direito Comparado em decisões judiciais, a mera citação de referências estrangeiras, sem observância da adequada metodologia, pode redundar no aumento da discricionariedade judicial, possibilitando a escolha arbitrária de normas estrangeiras que se amoldem à tese que se pretende defender, em fenômeno chamado de *cherry-picking*²⁷⁰.

2.3 DIREITO COMPARADO COMO FUNDAMENTO

Sustenta-se, na atualidade, que os tradicionais métodos de interpretação são insuficientes, de forma que o direito comparado seria a solução para diversos desafios da sociedade contemporânea.

Os tradicionais métodos de interpretação são os métodos gramatical, sistemático, histórico e teleológico. Segundo Peter Häberle, esses métodos, embora de extrema valia, são insuficientes para solucionar impasses em uma sociedade em constante transformação. Dessa forma, Peter Häberle propõe que o direito comparado constitua o quinto método de interpretação constitucional, capaz de colher experiências e soluções nela empregadas para dirimir os conflitos no direito interno²⁷¹.

A despeito disso, todavia, no Brasil, em regra, o direito comparado é ainda manejado como *obiter dictum*, constituindo quase sempre apenas um reforço argumentativo, complementar ou retórico, sem constituir o argumento nuclear do voto²⁷². Os argumentos baseados nas normas pátrias continuam sendo os argumentos centrais. O recurso ao direito comparado, embora utilizado na decisão para a interpretação das normas, não figura, em regra, como decisivo²⁷³.

Deliberação judicial colegiada: aspectos problemáticos. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 165-188, jan./abr. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i1.57578. p. 166.

²⁶⁹ MEIRELLES, Edilton. A citação da doutrina nas decisões judiciais no direito comparado. Revista de Processo, São Paulo, v. 206/2012, abr/2012, p. 151-163.

²⁷⁰ HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>. p. 198.

²⁷¹ ROSENBLATT, Paulo; ADRIANI, Lorrane Torres. Transplantes jurídicos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: uma crítica à ausência de método comparativo. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 20, n. 122, out.2018/jan.2019, p. 691-715. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e122-1554>.

²⁷² CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. Revista Direito GV, São Paulo, 6(2), jul-dez 2010, p. 469-492.

²⁷³ CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. Revista Direito

3 DA METODOLOGIA DO DIREITO COMPARADO

3.1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

O nascimento do direito comparado como campo de estudo dá-se em Paris, no ano de 1900, com o Congresso Internacional de Direito Comparado²⁷⁴.

Registre-se, contudo, que, apesar disso, desde os gregos antigos, já se fazia a comparação de ordenamentos. Aristóteles estudou várias constituições de cidades-Estado para escrever a *Política*. Da mesma forma, Montesquieu inseriu vários trechos comparatistas em sua famosa obra “Do espírito das leis”, de forma que, para alguns, o nascimento do direito comparado deu-se na Europa no século XVIII, sendo Montesquieu o “pai” do direito comparado²⁷⁵.

3.2 DA FUNÇÃO DO DIREITO COMPARADO

O direito comparado só é adequadamente compreendido se identificadas corretamente as suas funções²⁷⁶. Segundo Carlos Bastide Herbach, é possível identificar uma função primária e cinco funções secundárias do direito comparado²⁷⁷.

A função primária consiste no conhecimento dos ordenamentos estrangeiros e, conseqüentemente, aquisição de novos conhecimentos. As funções secundárias, por sua vez, seriam: 1) geração de um maior número de alternativas para solução de problemas concretos, mediante a compreensão de normas estrangeiras; 2) auxílio ao legislador; 3) permitir a interpretação do direito nacional, quando necessário suprir uma lacuna e a solução seja harmônica com o direito interno; 4) contribuir na formação dos juristas; e 5) preparar processos de unificação do direito no plano internacional ou supranacional²⁷⁸.

GV, São Paulo, 6(2), jul-dez 2010, p. 469-492. HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>.

²⁷⁴ HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>. p. 198.

²⁷⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

²⁷⁶ HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>. p. 199.

²⁷⁷ HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>. p. 200.

²⁷⁸ HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>.

Aspecto relevante é o de que o direito comparado não tem força vinculante. Em regra, tanto quem acredita na validade do argumento de direito comparado em decisões judiciais como quem não aceita seu emprego concordam em um aspecto: o argumento de direito comparado não é vinculante²⁷⁹.

De qualquer forma, o recurso ao direito comparado em decisões judiciais é útil pois, normalmente, os problemas jurídicos são similares em diversos locais do mundo, em sociedades com várias características similares. Dessa forma, compreender como é solucionado um problema similar em outro país, como o juiz julga determinada lide, é algo totalmente válido, pois sempre é possível aprender algo com isso²⁸⁰.

3.3 DO MÉTODO DO DIREITO COMPARADO

O método constitui uma condição indispensável para uma pesquisa jurídica comparativa plausível. Paradoxalmente, todavia, o método permanece sem a devida atenção teórica necessária e várias questões chave ainda não foram resolvidas²⁸¹.

Para o alcance das funções do direito comparado, é indispensável a observância da metodologia própria do direito comparado, sem o que a atividade de comparação pode mostrar-se como meramente ornamental, sem nenhum valor epistemológico.

Além disso, no contexto de decisões judiciais, a mera citação de referências estrangeiras pode redundar no aumento da discricionariedade judicial, possibilitando a escolha arbitrária de normas estrangeiras que se amoldem à tese que se pretende defender, em fenômeno chamado de *cherry-picking*.

Um dos aspectos centrais na análise do direito comparado é não desconsiderar o contexto no qual as normas encontram-se inseridas. É impossível, por exemplo, compreender o famoso caso *Marbury v. Madison* de forma dissociada de seu contexto histórico.²⁸²

²⁷⁹ CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1-35. p. 4.

²⁸⁰ CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1-35. p. 4.

²⁸¹ GLANERT, Simone. Method? In: MONATERI, Pier Giuseppe (ed.). *Methods of Comparative Law*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2012. p. 61-81. p. 63.

²⁸² CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. *Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 199-224, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1008.

Realizada a escolha dos ordenamentos a serem comparados, é útil o emprego de metodologia analítico-comparativa para, inicialmente, descrever as características de cada um dos modelos em estudo para, ao fim, proceder a uma análise crítico-comparativa, apontando as similitudes e divergências entre os ordenamentos²⁸³.

Na análise comparatista, deve-se observar que as normas também se modificam por processos informais, procedimentos não escritos, a exemplo das convenções, práticas policiais e precedentes, que provocam alteração na norma, a despeito da permanência do mesmo texto normativo²⁸⁴.

Deve-se evitar a tendência do imperialismo no direito comparado, em que muitas vezes se assume um papel acrítico, de simplesmente hospedar práticas europeias sob o argumento da necessidade de “civilizar”. É preciso uma postura crítica, preocupada com o estudo contextual das normas jurídicas, aberta à atividade interpretativa, com engajamento transdisciplinar²⁸⁵.

4 CRÍTICAS AO EMPREGO DO DIREITO COMPARADO EM DECISÕES JUDICIAIS

Há várias objeções ao emprego do direito comparado como fundamento em decisões judiciais. As críticas compreendem desde argumentos relacionados à legitimidade do recurso ao direito estrangeiro sob a perspectiva da legitimidade democrática, argumentos relacionados à desconsideração do contexto da norma e, até mesmo, argumentos relacionados ao controle da fundamentação das decisões judiciais e aumento da discricionariedade judicial²⁸⁶.

4.1 AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Para alguns autores, a utilização de fontes estrangeiras não é democrática, já que as decisões são internalizadas de outro Estado, sem qualquer influência na produção legislativa e controle e escolha dos juízes²⁸⁷. Com efeito, a utilização de

²⁸³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; MARTINS, Thomas Passos. Uma análise histórico-comparatista das convergências processuais no controle difuso de constitucionalidade entre Brasil e França. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. -, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1178.

²⁸⁴ MELO, Lucas Fonseca e. Normas constitucionais não escritas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 211- 239, abr./jun. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i80.1263.

²⁸⁵ MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.65009.

²⁸⁶ HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>. p. 198.

²⁸⁷ HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição

fontes estrangeiras faria ingressar no ordenamento elementos alheios à aquela sociedade, sem qualquer previsão na lei interna, não votados pelas casas legislativas, impondo indevidamente elementos estrangeiros à sociedade destinatária²⁸⁸.

Carlos Bastide Herbach destaca que a crítica relacionada à legitimidade não prospera porque as fontes estrangeiras não são impostas ao juiz, mas funcionam apenas como uma opção de aprimoramento do raciocínio judiciário²⁸⁹.

Destaque-se, ademais, que, no Brasil, em regra, o direito comparado, em regra, é manejado apenas como um reforço argumentativo, complementar ou retórico, sem constituir o argumento nuclear da decisão²⁹⁰. Os argumentos baseados nas normas pátrias continuam sendo os argumentos centrais. O recurso ao direito comparado não figura, na maioria das vezes, como elemento fundamental para a decisão²⁹¹.

4.2 AUMENTO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Além disso, afirma-se que a utilização de fontes estrangeiras aumentaria a discricionariedade judicial, viabilizando a escolha arbitrária de normas estrangeiras para justificar decisões previamente tomadas, em um processo de *cherry-picking*²⁹². Fala-se em um potencial uso abusivo do direito estrangeiro em decisões judiciais, prática concretizada na expressão *cherry-piking*: decisões e institutos estrangeiros utilizados apenas para justificar uma decisão de antemão estabelecida²⁹³. Em outros termos, o juiz decidiria e depois buscaria em outros ordenamentos regras que sustentassem seu ponto de vista.

constitucional brasileira. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>. p. 198.

²⁸⁸ CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1-35. p. 02.

²⁸⁹ HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>.

²⁹⁰ CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. Revista Direito GV, São Paulo, 6(2), jul-dez 2010, p. 469-492.

²⁹¹ CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. Revista Direito GV, São Paulo, 6(2), jul-dez 2010, p. 469-492. HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>.

²⁹² HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>. p. 198.

²⁹³ MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.65009.

Carlos Bastide Herbach, contudo, observa que essa crítica de aumento da discricionariedade judicial é facilmente superada pela correta utilização dos métodos e procedimentos do direito comparado, capaz de impedir o recurso arbitrário às normas de um ordenamento ou outro para simplesmente reforçar um argumento desenvolvido²⁹⁴. O emprego de adequada metodologia é fundamental para evitar a citação de dispositivos legais e jurisprudência estrangeira como mero adorno ideológico.

Sem respeito a critérios mínimos, a utilização do direito estrangeiro como argumento não possui legitimidade nem contribui para o aperfeiçoamento da decisão. Isso porque, sem métodos claros, é possível que o julgador escolha aleatoriamente decisões estrangeiras para corroborar seu entendimento pessoal, independentemente da compatibilidade daquelas regras com o direito pátrio²⁹⁵.

Aponta-se como caminho a ser seguido a conscientização da necessidade de rigor metodológico no emprego do direito comparado. Argumentos de direito estrangeiro não devem ser utilizados apenas como erudição ou para corroborar determinado posicionamento. O direito comparado deve ser utilizado no aperfeiçoamento interpretativo²⁹⁶.

O direito comparado pode enfrentar limitações como o acesso, manejo e compreensão de fontes estrangeiras, bem como o desafio de compreender adequadamente o contexto em que se produziu a fonte. Esses obstáculos podem conduzir a um mal uso do direito comparado pelos juízes, que limitam arbitrariamente a jurisdição a que se referem, deixando de justificar o critério de seleção²⁹⁷.

De qualquer forma, a crítica quanto ao aumento da discricionariedade judicial não é adequada, já que a maior discricionariedade judicial não está relacionada à citação do direito comparado em decisões, mas sim ao emprego do direito comparado sem a observância de uma metodologia adequada.

²⁹⁴ HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>.

²⁹⁵ ROSENBLATT, Paulo; ADRIANI, Lorrane Torres. Transplantes jurídicos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: uma crítica à ausência de método comparativo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 122, out.2018/jan.2019, p. 691-715. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e122-1554>.

²⁹⁶ ROSENBLATT, Paulo; ADRIANI, Lorrane Torres. Transplantes jurídicos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: uma crítica à ausência de método comparativo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 122, out.2018/jan.2019, p. 691-715. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e122-1554>.

²⁹⁷ MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, maio/ago. 2019. DOI: [10.5380/rinc.v6i2.65009](https://doi.org/10.5380/rinc.v6i2.65009). p. 492.

4.3 DESCONSIDERAÇÃO DO CONTEXTO DA NORMA

Por fim, afirma-se que, em várias decisões, faz-se o simples *transplante jurídico* do direito estrangeiro para o ordenamento interno, trazendo ao direito pátrio argumentos culturalmente descontextualizados, sem qualquer preocupação metodológica²⁹⁸. Essa grande incidência de *transplantes jurídicos*, com a simples referência a argumentos estrangeiros culturalmente, juridicamente e historicamente descontextualizados, acarreta decisões mal fundamentadas e sem coerência²⁹⁹. Essa última crítica será aprofundada a seguir.

5 TRANSPLANTES JURÍDICOS

5.1 CONCEITO E TERMINOLOGIAS

Transplante jurídico é a mudança de uma regra de um país para outro, ou de um povo para outro³⁰⁰. Trata-se do empréstimo de ideias entre culturas e sistemas jurídicos. Em outros termos, é o movimento, a transposição de uma regra ou instituto jurídico entre diferentes ordenamentos³⁰¹.

Embora o uso do termo “transplante legal” tenha se tornado notoriamente conhecido, há intensa divergência sobre a melhor nomenclatura para descrever esse fenômeno. Além disso, discute-se os limites de um verdadeiro “transplante jurídico”, havendo autores céticos quanto à sua real possibilidade³⁰².

De um lado, para Alan Watson, referência no tema³⁰³, o “transplante jurídico” é algo fácil e independe do contexto da norma. Para ele, o empréstimo bem-sucedido pode ser alcançado mesmo quando nada se sabe do contexto político, social ou econômico da lei estrangeira³⁰⁴.

²⁹⁸ ROSENBLATT, Paulo; ADRIANI, Lorrane Torres. Transplantes jurídicos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: uma crítica à ausência de método comparativo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 122, out.2018/jan.2019, p. 691-715. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e122-1554>. p. 703.

²⁹⁹ ROSENBLATT, Paulo; ADRIANI, Lorrane Torres. Transplantes jurídicos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: uma crítica à ausência de método comparativo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 122, out.2018/jan.2019, p. 691-715. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e122-1554>. p. 712.

³⁰⁰ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014. p. 13.

³⁰¹ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014. p. 14.

³⁰² LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014. p. 15.

³⁰³ CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the history of legal transplants. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Athens, v. 41, p. 637-696, 2013. p. 638/639.

³⁰⁴ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-*

Por outro lado, a ideia de transplante jurídico é, em regra, perturbadora para aqueles que acreditam que a lei deve refletir a cultura e os costumes de uma determinada sociedade. Pierre Legrand, nesse contexto, afirma que os “transplantes jurídicos” são impossíveis³⁰⁵. A lei simplesmente não pode ser separada de seu contexto. A lei só existe como interpretada e aplicada “dentro de uma comunidade interpretativa”³⁰⁶. Por outro lado, há autores intermediários que afirmam a possibilidade do “transplante jurídico”, porém com ressalvas.

Há, igualmente, intensa divergência sobre a melhor terminologia para descrever esse fenômeno da mudança de uma regra de um país para outro. Transplante jurídico é uma metáfora que foi utilizada para tentar descrever o fenômeno em análise, facilitando sua compreensão. Contudo, vários autores sustentam que essa metáfora não é correta³⁰⁷ e propõem outras metáforas que seriam mais adequadas para descrever esse fenômeno, que existe e pode ser verificado empiricamente.

Várias expressões foram propostas para substituir o termo “transplante jurídico”. Fala-se em transferência, irritação, tradução, empréstimo, migração, dentre outras nomenclaturas propostas para descrever o fenômeno.

Transferência jurídica, para alguns, seria a expressão mais adequada por ser capaz de destacar que as normas continuam existindo no ordenamento jurídico, diversamente da expressão transplante, que transmite a ideia de extirpação da regra do ordenamento de origem. Além disso, a expressão transferência expressaria melhor a possibilidade de as normas sofrerem alterações em razão do novo contexto social. Dessa forma, a metáfora da transferência seria mais adequada.

Irritação jurídica, para outros, seria a expressão que melhor descreveria o fenômeno. A transferência das normas de um ordenamento a outro seria mais precisamente uma irritação, provocando novos e inesperados eventos. O que ocorreria é um barulho externo, criador de perturbações selvagens no jogo de discursos dentro desses arranjos, forçando-os a reconstruir internamente suas próprias regras a partir do arranjo do próprio elemento externo. Já a expressão “transplante jurídico” não seria adequada porque, dentre outras questões, traz a ideia de que, após o transplante, o órgão funcionaria exatamente como funcionava no antigo organismo ou seria rejeitado, o que não acontece com as normas legais.

Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014. p. 13.

³⁰⁵ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014. p. 17.*

³⁰⁶ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014. p. 20.*

³⁰⁷ CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1-35. p. 20.

Tradução jurídica, para parcela dos autores, é outra expressão proposta para descrever o fenômeno. O termo transplante designaria um mero “recorta e cola”, enquanto a tradução designaria melhor o fenômeno de circulação de ideias, regras, práticas e instituições jurídicas. Essa metáfora da “tradução” teria o mérito de preservar a dimensão comparativa, que inexistente na ideia de “transferência”. Além disso, permite distinguir o “texto original”, existente na instituição da qual a norma foi retirada, e o “texto traduzido”, no ordenamento em que foi inserido.

Outra expressão utilizada é “empréstimo jurídico”, a qual possui o inconveniente de transmitir a ideia de que remanesce o domínio, a propriedade da ideia transferida. Além disso, gera a falsa noção de que, com o empréstimo, o conteúdo recebido permaneceria inalterável, tal como no ordenamento de origem, sem ser influenciado pelas circunstâncias fáticas³⁰⁸.

Há, portanto, inúmeras expressões utilizadas para descrever o mesmo fenômeno, divergindo os autores sobre qual delas é a mais adequada.

5.2 CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS

É preciso refletir sobre as causas dos transplantes jurídicos e suas consequências. Além das vantagens do transplante jurídico, há alguns elementos polêmicos dessa prática. Alguns fatores são apontados como causas do transplante jurídico, a saber: imposição de lei por meio de violência; mudança produzida pelo desejo de seguir modelos de maior prestígio; reformas com vistas à melhora de situação econômica; e outros fatores.

Na história, durante as conquistas e expansões militares, havia a imposição das regras jurídicas aos territórios dominados. Da mesma forma, na colonização houve a “cópia” de regras jurídicas para os países colonizados.

O fator prestígio estimula países destinatários a imitarem regras de outros países. O prestígio motiva a imitação (Graziadei). Esse “prestígio”, contudo, por vezes, é utilizado atualmente para afirmar uma respeitabilidade tácita de regras jurídicas do “Norte” (“países desenvolvidos”) e um desprestígio de regras jurídicas do “Sul” (países subdesenvolvidos).

Também estimula o transplante jurídico a ideia de “direito falido”, isto é, o desprestígio. Trata-se da baixa-estima, uma ideia de baixo valor do sistema jurídico da América Latina. Esse desprestígio torna-se campo fértil para a recepção dos transplantes jurídicos.

No contexto da América Latina, ademais, os transplantes jurídicos não são novos. Eles são entendidos como parte de uma conexão histórica entre

³⁰⁸ CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1-35. p. 21.

América Latina e Europa, e atualmente os Estados Unidos, e refletem a suposta qualidade e prestígio desses sistemas doadores.

O terceiro elemento motivador consiste na relação entre performance econômica e instituições jurídicas. Em tempos remotos (idos dos anos 80 e 90), o transplante jurídico era feito para debelar o risco de contágio de ideias comunistas. Posteriormente, desenvolveu-se a ideia de que países e organizações multilaterais poderiam realizar esses transplantes jurídicos, com a ideia de potencializar essa ideia de desenvolvimento, uniformização das regras etc.

Por fim, também estimula o transplante jurídico a atitude de advogados e atores legislativos, na busca do aprimoramento da legislação, melhor conhecimento da lei interna e incorporação de normas estrangeiras mais adequadas.

5.3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS AOS TRANSPLANTES JURÍDICOS

Um dos maiores expoentes do chamado “transplante jurídico” foi Allan Watson. Watson sustenta que: (a) os transplantes legais consistem na transferência de regras entre sistemas jurídicos; (b) tais as transferências são o principal motor da mudança legal; (c) o fato da transferência generalizada sugere que não há uma relação estreita entre o direito e a sociedade em geral; e (d) a disciplina do direito comparado deve ser orientada para o estudo dos transplantes.

Há argumentos favoráveis e argumentos contrários a essas ideias de Allan Watson. Alan Watson afirmou que os transplantes jurídicos, assim as transferências de regras entre sistemas jurídicos, são o principal motor da mudança legal. Segundo ele, o fato da transferência generalizada sugere que não há uma relação estreita entre o direito e a sociedade em geral e que a disciplina do direito comparado deve ser orientada para o estudo dos transplantes³⁰⁹.

A cultura dos advogados é fundamental para o sistema jurídico e a adoção de regras; a lei não está intimamente ligada à sociedade de uma forma necessária. Ex.: a recepção do direito romano; a difusão de alguns códigos civis.

Alan Watson argumentou que a tarefa apropriada do direito comparado como uma disciplina acadêmica era explorar a relação entre os sistemas jurídicos. Ele afirmou que não havia nenhuma conexão necessária e estreita entre as leis e a sociedade em que operavam³¹⁰. Na verdade, as leis geralmente eram emprestadas de outro lugar, de modo que as leis frequentemente

³⁰⁹ CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the history of legal transplants. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Athens, v. 41, p. 637-696, 2013. p. 640.

³¹⁰ CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the history of legal transplants. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Athens, v. 41, p. 637-696, 2013. p. 640.

operavam em sociedades e em lugares muito diferentes daqueles em que haviam se desenvolvido inicialmente. As leis costumavam estar fortemente enraizadas no passado. O transplante de leis foi fácil³¹¹.

Por outro lado, um dos maiores críticos do conceito de “transplantes jurídicos” desenvolvido por Allan Watson é Pierre Legrand. Este autor afirma a impossibilidade de realização de transplantes jurídicos³¹².

Pierre Legrand afirma que Allan Watson baseia-se em uma incorreta compreensão de norma. Segundo Legrand, as leis não são meramente “*declarações proposicionais vazias*”³¹³. Pelo contrário, a norma é “*uma forma cultural de incorporação*”, sustentada por formações históricas e ideológicas³¹⁴. A interpretação é o resultado de uma compreensão particular da regra que é influenciada por uma série de fatores, o que seria completamente diferente se a interpretação tivesse ocorrido em outro lugar ou em outra época.

Nesse contexto, os transplantes jurídicos só poderiam ocorrer se a regra e seu contexto pudessem ser transferidos entre sistemas jurídicos, o que é impossível. No novo ordenamento, o texto assume um significado diferente, conforme a nova cultura e ambiente. Emerge, assim, uma nova norma jurídica.

Em síntese, sustenta Legrand que a lei simplesmente não pode ser separada de seu contexto. Na verdade, a lei só existia como interpretada e aplicada “dentro de uma comunidade interpretativa”. Em outras palavras, em outras palavras, a lei só tem um significado no contexto; mudar o contexto e as mudanças na lei³¹⁵. Dessa forma, Legrand conclui que os transplantes jurídicos são impossíveis. No máximo, o que existe é o simples transplante de palavras sem sentido de um ordenamento para outro³¹⁶.

Por fim, há posições intermediárias. Os transplantes jurídicos não são capazes de reproduzir significados e efeitos idênticos em diferentes culturas. Contudo, as transferências jurídicas são possíveis, ocorreram e ocorrerão. As posições intermediárias destacam, por fim, que empréstimos massivos e bem-sucedidos são lugar-comum na lei.

³¹¹ CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the history of legal transplants. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Athens, v. 41, p. 637-696, 2013. p. 640.

³¹² LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014. p. 21.

³¹³ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014. p. 16.

³¹⁴ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014. p. 20.

³¹⁵ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014. p. 22/23.

³¹⁶ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014. p. 28.

6 PADRÕES METODOLÓGICOS PARA CITAÇÃO DE DIREITO COMPARADO EM DECISÕES JUDICIAIS

Tem-se atribuído genericamente o nome de “investigação comparativa” a várias espécies de estudos bastantes distintos³¹⁷. Compreende desde estudos que são erroneamente caracterizados como comparativo, pelo simples fato de citarem elementos de outro país diverso do país do autor do estudo, até estudos comparativos sérios. Também a forma de realização dos estudos comparativos varia, havendo posturas universalistas, funcionalistas e contextualistas, em suas várias vertentes³¹⁸.

De qualquer forma, não existe um método comparativo certo ou errado. Nenhum método tem status privilegiado³¹⁹. Dessa forma, para verificação da regularidade da citação do direito comparado na jurisprudência, devem ser observados alguns parâmetros, sem qualquer pretensão de apontar regras rígidas e inflexíveis.

6.1 SELEÇÃO DOS OBJETOS COMPARADOS

Aspecto inicial para citação do direito comparado como fundamento em decisões judiciais deve ser dispensar atenção na escolha dos objetos a serem comparados. O método comparativo não permite citações aleatórias e desconexas. Tiago Marrara propõe seis etapas que deveriam ser consideradas no uso do método comparativo: 1) escolha dos objetos que serão comparados; 2) descrição das características e funções de cada objeto nos ordenamentos de origem; 3) contextualização dos institutos; 4) comparação em sentido estrito; 5) análise das diferenças e dos pontos em comum entre os objetos; e 6) elaboração de críticas e propostas de aperfeiçoamento dos sistemas, com base nos elementos extraídos da comparação³²⁰.

³¹⁷ HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 39-66. p. 40.

³¹⁸ HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 39-66. p. 68.

³¹⁹ FRANKENBERG, Günter. Comparing constitutions: theory and method. In: FRANKENBERG, Günter. *Comparative constitutional studies: between magic and deceit*. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2018. p. 67-107. p. 85.

³²⁰ MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo: breves reflexões por ocasião da criação da Associação Brasileira de Direito Público Comparado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Org.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 1, p. 151-160. p. 155.

A primeira etapa já deve ser a delimitação precisa do tipo de comparação a ser realizada, se uma comparação vertical ou horizontal, se de institutos do mesmo ordenamento ou se de ordenamentos diversos³²¹.

É preciso, ademais, uma justificativa para a eleição dos objetos comparados. É necessário que se aponte quais razões levaram à utilização, por exemplo, do direito italiano, e não do direito francês, como objeto de comparação, esclarecendo se foram fatores políticos, culturais, alguma similaridade de ordenamentos ou outro elemento relevante. Isso porque, sem essa justificativa, pode-se viabilizar um potencial uso abusivo do direito estrangeiro em decisões judiciais, prática concretizada na expressão *cherry-picking*: decisões e institutos estrangeiros utilizados apenas para justificar uma decisão de antemão estabelecida³²². Em outros termos, viabilizaria a tomada de uma decisão e, em seguida, a inadequada busca de “argumentos comparados” para simplesmente justificar a decisão.

Na escolha dos objetos comparados, também é urgente evitar o excessivo emprego de modelos do norte. É preciso fortalecer pontos de ligação entre experiências diversas. É preciso um olhar interdisciplinar, um ponto de vista não limitado às práticas impositivas das democracias ocidentais.³²³

Por fim, na escolha dos objetos, deve-se observar que uma das funções do método comparativo é verificar os pontos em comum e as diferenças entre institutos, objetos, com o objeto de contribuir com o aprimoramento dos ordenamentos jurídicos. Dessa forma, portanto, alguns padrões mínimos precisam ser observados³²⁴. Com efeito, objetos idênticos não precisam ser comparados, pois não haveria qualquer utilidade em tal prática. Da mesma forma, objetos completamente distintos também não devem ser comparados. Para que a comparação seja útil, os objetos devem ser diferentes, mas minimamente analógicos, isto é, deve existir uma aproximação funcional mínima entre eles, devem desempenhar funções similares. Só assim é possível

³²¹ MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo: breves reflexões por ocasião da criação da Associação Brasileira de Direito Público Comparado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Org.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 1, p. 151-160. p. 157.

³²² MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.65009.

³²³ MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.65009. p. 499.

³²⁴ MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo: breves reflexões por ocasião da criação da Associação Brasileira de Direito Público Comparado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Org.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 1, p. 151-160. p. 154.

identificar as vantagens e desvantagens de um e de outro, viabilizando críticas e propostas de aperfeiçoamento dos ordenamentos jurídicos³²⁵.

6.2 EFETIVA COMPARAÇÃO DOS OBJETOS

Feita a seleção adequada dos objetos comparados, é fundamental que a análise dos objetos seja, de fato, comparativa. A simples menção a institutos, normas, decisões judiciais ou administrativas de ordenamentos estrangeiros não constitui o “direito comparado”³²⁶.

Como explica Thiago Marrara, há dois erros comum em visualizar tais práticas como direito comparado. Primeiro, o método comparatístico não pressupõe o cotejo entre dois ordenamentos jurídicos, sendo possível a comparação de institutos de um mesmo ordenamento jurídico. Há comparações de institutos de épocas diferentes (e.g. licitação antes e depois da Lei nº 8.666/93), institutos de ramos do Direito distintos (e.g. perempção no processo penal e no processo civil) ou objetos de diferentes estados da federação (e.g. infrações disciplinares em cada Estado da federação)³²⁷. Segundo a mera citação do direito estrangeiro sem a confrontação com o direito pátrio ou de outro ordenamento não configura comparação em sentido científico. A mera citação, sem uma análise comparativa, não exerce função construtiva, já que não é útil ao aperfeiçoamento dos objetos confrontados³²⁸.

6.3 CONSIDERAÇÃO DO CONTEXTO DAS NORMAS

Por fim, como último elemento, a análise comparativa deve considerar o contexto em que os objetos comparados estão inseridos, valendo-se, para tanto, de elementos extrajurídicos.

³²⁵ MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo: breves reflexões por ocasião da criação da Associação Brasileira de Direito Público Comparado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Org.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 1, p. 151-160. p. 154.

³²⁶ MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo: breves reflexões por ocasião da criação da Associação Brasileira de Direito Público Comparado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Org.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 1, p. 151-160. P. 153.

³²⁷ MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo: breves reflexões por ocasião da criação da Associação Brasileira de Direito Público Comparado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Org.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 1, p. 151-160. P. 153.

³²⁸ MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo: breves reflexões por ocasião da criação da Associação Brasileira de Direito Público Comparado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Org.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 1, p. 151-160. p. 154.

A transdisciplinariedade é elemento fundamental na investigação comparada, já que a separação das atividades dos juristas, cientistas políticos e sociólogos é prejudicial.³²⁹ Não é possível ignorar aspectos econômicos, políticos e sociais do contexto estrangeiro. Essa é uma das questões mais urgentes no Brasil.

A comparação exige a análise de elementos culturais, econômicos e sociais, imprescindíveis à adequada compreensão do objeto no ordenamento de origem. Além disso, a comparação deve analisar em que medida o uso da norma estrangeira seria útil ao ser transplantado para outra realidade cultural, econômica e social. Com isso, a comparação torna-se útil para o aprimoramento dos ordenamentos³³⁰.

É necessário, portanto, realizar a contextualização, valendo-se de elementos extrajurídicos para compreender o contexto social, econômico e jurídico em que as normas estão inseridas, bem como o funcionamento do Estado, a divisão e organização dos poderes. Em seguida, passa-se à comparação em sentido estrito, contrastando os objetos em análise. Analisam-se os pontos em comum e os pontos de diferença entre os ordenamentos. Por fim, deve-se formular críticas ou propostas, com o objetivo de aperfeiçoamento dos sistemas³³¹.

CONCLUSÕES

A doutrina tem apontado uma negligência metodológica no uso do direito comparado como fundamento em decisões judiciais. Afirma-se que o argumento de direito comparado é utilizado sem a apresentação de justificativas para seu emprego, sem situar a referência importada em seu contexto no ordenamento de origem, sem o emprego de uma metodologia clara e com a adoção dos argumentos de forma acrítica.

Dessa forma, este artigo, dentro de suas limitações, pretendeu investigar se há padrões mínimos de fundamentação a serem observados para o adequado emprego do direito comparado como fundamento em decisões judiciais.

³²⁹ MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.65009. p. 494.

³³⁰ MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo: breves reflexões por ocasião da criação da Associação Brasileira de Direito Público Comparado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Org.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 1, p. 151-160. P. 155.

³³¹ MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo: breves reflexões por ocasião da criação da Associação Brasileira de Direito Público Comparado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Org.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 1, p. 151-160. p. 157.

Ao fim, por meio do método dialético, em análise crítica, contrapondo diferentes as opiniões acerca dos temas discutidos, concluiu-se que, embora não existam regras fixas e inflexíveis, alguns parâmetros mínimos para a citação do direito comparado devem ser observados, a saber: (i) observância de critérios claros para a seleção dos objetos comparados; (ii) realização de efetiva comparação; e (iii) consideração do contexto em que as normas estão inseridas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; CHRISMANN, Pedro Henrique Veiga. Deliberação judicial colegiada: aspectos problemáticos. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 165-188, jan./abr. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i1.57578.
- BERNAL PULIDO, Carlos. La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 26, n. 77, p. 51-75, mayo/ago. 2007.
- BRASIL. *Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm. Acesso em: 12 de Jul. 2021.
- CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the history of legal transplants. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Athens, v. 41, p. 637-696, 2013.
- CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, 6(2), jul.-dez 2010, p. 469-492.
- CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 199-224, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1008.
- CHOUHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1-35.
- FRANKENBERG, Günter. Comparing constitutions: theory and method. In: FRANKENBERG, Günter. *Comparative constitutional studies: between magic and deceit*. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2018. p. 67-107.
- GLANERT, Simone. Method? In: MONATERI, Pier Giuseppe (ed.). *Methods of Comparative Law*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2012. p. 61-81.
- HACHEM, Daniel Wunder. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: o desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 589-610, jul./dez. 2015.
- HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.
- HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 39-66.
- HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3667>.
- LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014.
- MARQUES, Gabriel Lima. *O argumento de direito comparado no Supremo Tribunal Federal – STF: um estudo a partir dos casos de liberdade de expressão no Brasil*. 2014. 135f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo: breves reflexões por ocasião da criação da Associação Brasileira de Direito Público Comparado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Org.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 1, p. 151-160.

- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2. p. 135-164, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.56183.
- MEIRELLES, Edilton. A citação da doutrina nas decisões judiciais no direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206/2012, abr./2012, p. 151-163.
- MELO, Lucas Fonseca e. Normas constitucionais não escritas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 211- 239, abr./jun. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i80.1263.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.65009.
- RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012.
- ROSENBLATT, Paulo; ADRIANI, Lorrane Torres. Transplantes jurídicos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: uma crítica à ausência de método comparativo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 122, out.2018/jan.2019, p. 691-715. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e122-1554>.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, jul.-set. 2011, p. 55-73.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; MARTINS, Thomas Passos. Uma análise histórico-comparatista das convergências processuais no controle difuso de constitucionalidade entre Brasil e França. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. -, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1178.
- TUSHNET, Mark. Some reflections on method in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 67-83.

DECISÕES ESTRUTURANTES COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Emmanuelle Werneck Bordim³³², Ruy Alves Henriques Filho³³³

INTRODUÇÃO

O tema “decisões estruturantes” possui como berço os Estados Unidos (caso *Brown v. Board of Education of Topeka*), onde recebe como denominação a expressão “*structural lttigation*” e encontra-se em grau elevado de desenvolvimento. Em solo brasileiro, entretanto, a realidade é diversa, já que as decisões ou medidas estruturantes dão seus primeiros passos e sempre há espaço para controvérsias.

Se de um lado fundamenta-se que ao Poder Judiciário é vedada a intervenção em funções que seriam, precipuamente, dos Poderes Legislativo e Executivo, sob pena de violação ao disposto no artigo 2º da Constituição Federal³³⁴; de outro defende-se que, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que visa, fundamentalmente, a proteção de direitos e garantias fundamentais, essa intervenção é necessária para garantir a efetividade de direitos.

Assim, segundo Tesheiner³³⁵:

Essas decisões são denominadas “estruturais” em virtude de o tribunal, para dar-lhes efetivo cumprimento e garantir a observância do direito das partes, exercer supervisão nas práticas e políticas adotadas pelas instituições, sob intervenção judicial. Partem da crença de que os valores constitucionais não podem ser plenamente assegurados sem que se realizem mudanças básicas na própria estrutura dessas organizações.

Não se pode ignorar o fato de que o Poder Judiciário deve estar inserido na realidade social do país ao qual pertence, atuando de maneira a garantir

³³² Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná – EMAP. Graduada em Direito pela Instituição Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba. Estagiária de Pós-Graduação do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: e.bordim@tjpr.jus.br

³³³ Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela UFPR. Magistrado e professor do Unicuritiba e da Escola da Magistratura do Paraná. Vice-Diretor da Escola Judicial do Paraná - EJUD.

³³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 out. 2020.

³³⁵ TEISHERNER, JM. Apresentação. In: JOBIM, MF; ARENHART, SC (org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.

a prestação de tutela adequada aos direitos, portanto. Nessa linha de raciocínio, segundo leciona Ruy Alves Henriques Filho ³³⁶, é certo que:

O novel Estado Constitucional que veio à tona por ocasião do Pós-Guerra, garantidor dos direitos fundamentais e integrante da ordem internacional em prol da tutela dos direitos humanos, preocupa-se mais com a inserção do indivíduo no aparelho estatal do que alinhar-se em caráter absoluto ao conceito de divisão dos poderes.

O processo, então, passa a ser instrumento de mudança de paradigma pela qual o país traça seu (por hora) tímido caminho. Passa-se de uma visão bipolar de processo, para outro tipo de visão: a multipolar. Em outras palavras, saímos da visão até então consolidada de processo individualista, com polos bem definidos, e no qual há apenas um interesse de uma parte e a resistência a essa pretensão exercida pela outra, e que possui o condão único de entregar formalmente a prestação da tutela pretendida pela parte tida como “vencedora”.

A contemporânea e nascente visão, conforme exposto, é a de um processo multipolar, por meio do qual se busca entregar a tutela dos direitos coletivos e dos individuais homogêneos, e no qual há vários interesses provenientes de diversos sujeitos ³³⁷.

Cumprir destacar que a nova visão de processo brasileiro não deve dizer respeito apenas à quantidade de “participantes legítimos” nos polos da ação, mas sim, deve significar levar em consideração todas as versões de tutela de direitos almejadas por todos eles, a fim de que se possa proferir a mais adequada solução para o caso concreto, e da forma mais abrangente possível.

Nesse sentido, há que se frisar que o papel fundamental das chamadas medidas estruturantes na denominada microjustiça (justiça do caso concreto) é ajustar os efeitos gerais de decisões judiciais complexas, como é o caso dos processos multipolares supramencionadas ³³⁸. Já na macrojustiça (políticas públicas na sociedade, questões sociais), pode-se concluir que as decisões estruturadoras frutos do Poder Judiciário estão incumbidas de efetivar direitos que os outros dois Poderes, Executivo e Legislativo, deveriam ter efetivado, mas não o fizeram.

O Poder Judiciário, dessa forma, deixa de limitar sua atuação à profissão de decisões que talvez nunca sejam cumpridas, já que completamente dissociadas da realidade, e passa a ser um agente inserido na sociedade, de maneira a determinar soluções capazes de serem efetivadas. Pode, ainda, determinar medidas que serão efetivadas com caráter de política pública, capazes de beneficiarem sujeitos além daqueles que figuraram, de fato, no processo.

³³⁶ HENRIQUES FILHO, RA. Diálogo de tradições e a formação dos precedentes judiciais qualificados na civil law [tese]. Lisboa: Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa; 2018.

³³⁷ ARENHART, SC. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: JOBIM, MF; ARENHART, SC (org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.

³³⁸ OSNA, G. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: JOBIM, MF; ARENHART, SC (org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.

Deve-se falar, nesse contexto, em ampliação de sentido do Princípio da Congruência, hipótese na qual o Magistrado não necessita permanecer restrito ao pedido do autor da ação no momento da petição inicial, uma vez que, em certas situações, não é possível ter conhecimento completo da tutela que precisa ser prestada já no início do processo, pois não se sabe ao certo quais os exatos limites da situação que se busca tutelar.

Portanto, não se vislumbra afronta ao artigo 2º da Constituição Federal que dispõe acerca de Princípio tão valorado pelo Estado como é o da Separação de Poderes. É que não se pode “fechar os olhos e os ouvidos” para os anseios da população pertencente à sociedade na qual tais Poderes estão inseridos. Não há que se falar, assim, em uma invasão do Poder Judiciário em assuntos e funções de competência dos outros dois Poderes da União, já que o modelo de Estado Democrático de Direito primado pelo país preza pela efetivação de direitos que apenas uma resignificação na abrangência dos três Poderes e dos limites de suas atuações podem permitir.

Nestesentido, merecedestaque uma face do princípio da proporcionalidade, qual seja, o princípio da proibição da insuficiência (*Untermäßverbot*), na medida em que se aplica em casos nos quais é possível constatar omissão total ou insuficiência do Estado, mormente quando se fala na efetivação de direitos fundamentais³³⁹.

1 BREVE ANÁLISE DO HISTÓRICO PROCESSUAL À LUZ DA EVOLUÇÃO DOS TIPOS DE LITÍGIO

Sabe-se que os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, possuíam caráter essencialmente individualista, de cunho liberal, já que voltados a resolver conflitos acerca de direitos individuais, apenas. Neste contexto, o Processo Civil anterior ao instaurado pelo Código de Processo Civil de 2015, visava entregar a tutela jurisdicional pretendida em relações do tipo indivíduo x indivíduo ou indivíduo x Estado, com base, tão somente, na subsunção da literalidade da norma ao caso concreto.

Nas palavras de Gustavo Osna³⁴⁰:

Acreditava-se que caberia ao julgado unicamente pacificar disputas bilaterais entre dois sujeitos, e que a declaração do sentido da lei seria o bastante para este fim. [...]

Em síntese, ao se deparar com determinado conflito, caberia ao magistrado, atuar de maneira rigorosamente restrita às previsões legais aplicáveis. Sem que

³³⁹ SILVA, VA. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais. n. 798. p. 23 – 50. 2002.

³⁴⁰ OSNA, G. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: JOBIM, MF; ARENHART, SC (org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.

entrassem no palco aspectos como a pluralidade interpretativa, considerava-se que este caminho seria o único democraticamente legítimo, conferindo posição de prevalência à legislação escrita. Em seu conteúdo, a decisão judicial deveria se limitar à vontade do legislador; em sua forma, também deveria observar unicamente as alternativas expressamente previstas no texto legal.

Acerca do tipo de processo rudimentar que anteriormente era parte do ordenamento jurídico brasileiro, explicam Leonardo Silva Nunes, Samuel Paiva Cota e Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria³⁴¹, citando Abram Chayes, era um mero instrumento de resolução de conflitos de direito privado:

Esse modelo tradicional foi explicitado, há mais de quarenta anos, em importante trabalho de Abram Chayes:

Tradicionalmente, el proceso ha sido visto como un medio para resolver conflictos de derecho privado entre particulares. Las características que definen este modelo de litigio son:

(1) Un proceso bipolar. El litigio se organiza como una confrontación entre dos individuos, o al menos dos intereses unitarios diametralmente opuestos, a resolverse sobre la idea que “el ganador se lleva todo”.

(2) El litigio es retrospectivo. La controversia gira en torno a una serie identificada de eventos pasados y está destinada a determinar si ocurrieron y, en su caso, con qué consecuencias legales para las partes.

(3) El derecho y el remedio son interdependientes. El alcance de la reparación se deriva más o menos lógicamente de la violación sustantiva, bajo la teoría general de que el actor obtendrá una compensación medida en base al daño causado por el accionar ilícito del demandado – en un contrato, otorgándole al actor el dinero que hubiera tenido de no incurrirse en tal ilícito; en un caso de responsabilidad civil, pagando el valor del daño causado.

(4) El proceso es un episodio autosuficiente. El impacto de la sentencia está restringido a las partes. Si el actor vence, habrá una simple transferencia con fines de compensación, usualmente el pago de una suma de dinero y sólo ocasionalmente la devolución de una cosa o la realización de un acto determinado. Si el demandado vence, el perjuicio permanece donde se encontraba. En cualquier caso, el dictado de la sentencia concluye la actividad judicial.

(5) El proceso es iniciado por las partes y controlado por las partes. El caso se organiza y las cuestiones se definen a partir de los inter-cambios entre las partes. La responsabilidad sobre el desarrollo de los hechos es suya. El juez es un árbitro neutral de

³⁴¹ NUNES, LS; COTA, SP; FARIA, AMDC. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. Revista Jurídica Luso-Brasileira. v. 5. n. 5. p. 1051 - 1076. 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_1051_1076.pdf. Acesso em: 5 out. 2020.

dichas interacciones, que decide cuestiones jurídicas solo si éstas son apropiadamente planteadas por alguna de las partes.

Assim, o processo civil brasileiro, até a entrada em vigor do diploma legal ora em vigor ³⁴², possuía como pilares três espécies de provimento, quais sejam: ações de conhecimento, ações cautelares e ações de execução, sendo que se observava de maneira absoluta e inflexível o disposto no artigo 6º, segundo o qual “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Conforme exposto, as exceções da legitimação ad causam ordinária eram previstas tão somente em lei, como no caso dos artigos 8º e 9º, ambos deste próprio Código Processual Civil de 1973 ³⁴³, que autorizam a representação dos incapazes, dos ausentes e dos réus presos por terceiros que os representem em Juízo na defesa de seus interesses.

Com o passar do tempo, novas leis surgiram com o objetivo de tutelar direitos transindividuais (direitos difusos e coletivos) e direitos individuais homogêneos, motivo pelo qual passou-se a valorizar a proteção da coletividade e de seus direitos como tal. Exemplos a serem citados são a Lei nº 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) e a Lei nº 7.347 de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) ³⁴⁴.

A legislação supramencionada possui, portanto, o mérito de inaugurar instrumentos para a defesa e promoção de espécies de direitos que outrora sequer eram levados em conta.

No ano de 2016, a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil vigente nos dias atuais, a visão de processo proposta deu continuidade às mudanças que vinham sendo instauradas até então. A legitimidade ad causam ordinária foi, de certa forma, relativizada, conforme se constata a partir do disposto no artigo 18 e em seu parágrafo único ³⁴⁵:

³⁴² BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 2 out. 2020.

³⁴³ BRASIL. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869imprensa.htm. Acesso em: 2 out. 2020.

³⁴⁴ BRASIL. Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm#:~:text=LEI%20No%207.347%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201985.&text=Disciplina%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20p%C3%BAblica,VETADO\)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm#:~:text=LEI%20No%207.347%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201985.&text=Disciplina%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20p%C3%BAblica,VETADO)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias). Acesso em: 2 out. 2020.

³⁴⁵ BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 2 out. 2020.

Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.
Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

Ainda que se fale na existência de processo coletivo, ele ainda não é o instrumento mais eficaz para retratar a sociedade. Isto, em razão de não permitir a participação real de vários integrantes do grupo representado por um único indivíduo ou instituição (v.g. Ministério Público). Toma-se como pressuposto que o legitimado daquele grupo, possui conhecimento pleno acerca das reivindicações a serem realizadas, ainda que não seja o titular do direito reivindicado pelo grupo ou seja o titular parcial dele.

Sérgio Cruz Arenhart³⁴⁶ menciona que:

Paradoxalmente, portanto, o processo coletivo aliena exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos. E faz tudo isso segundo a mesma lógica da tutela individual ou seja, segundo um processo bipolarizado, onde necessariamente se veem posições antagônicas em que uma deve prevalecer sobre a outra.

Quanto aos tipos de litígio coletivo, leciona Edilson Vitorelli (2018) que são três, quais sejam, globais, locais e irradiados. Os litígios coletivos globais afetam a sociedade em geral, mas os direitos individuais dos sujeitos que a compõem são atingidos de maneira mínima. Os litígios coletivos locais, por sua vez, atingem um grupo determinado de pessoas em intensidade razoável o bastante para afetar algum aspecto de suas vidas. Nesse caso, no entanto, tal grupo determinado compartilha alguma característica além do fato de serem atingidas por determinada ação juridicamente relevante. Já nos litígios coletivos irradiados a sociedade como um todo é lesada, mas determinados grupos (que possuem características distintas uns dos outros) sofrem consequências igualmente distintas.

Além do mais, os litígios coletivos podem ser simples, nos quais a conduta reparatória é de fácil definição, ou complexos, nos quais não é possível definir com facilidade qual a exata conduta de reparação a ser promovida³⁴⁷. Fato é que, em vista do que foi exposto até o momento, vislumbra-se que

³⁴⁶ ARENHART, SC. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. Revista de Processo Comparado. v. 1. n. 2. p. 211 - 229. jul./dez. 2015. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>. Acesso em: 3 out. 2020.

³⁴⁷ VITORELLI, E. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo, p. 333 - 369, out./2018.

atualmente o ordenamento jurídico passou a decidir acerca de questões que antes não eram judicializadas, principalmente sobre as consequências da atuação deficiente dos Poderes Executivo e Legislativo na sociedade, fazendo surgir um novo instrumento e modelo processual.

E assim, pouco a pouco, a visão individualista de processo e, conseqüentemente, da tutela de direitos perde força, cedendo lugar à visão coletiva (não aquela de processo coletivo), multipolarizada, ou, ao menos mais ampla, das mesmas questões.

2 O SURGIMENTO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS COMO FORMA DE EFETIVAR A TUTELA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Conforme inicialmente demonstrado, o que conhecemos atualmente como processo estrutural surgiu como forma de instrumentalizar, possibilitar a nova forma de atuação do Judiciário, que passou a ter uma postura muito ativa na sociedade. Magistrados em conjunto com os demais sujeitos e instituições, passaram a ter de agir de maneira a inserir, cada vez mais profundamente, este Poder Público na comunidade, a fim de tomar conhecimento dos déficits e demais problemas reais que a faz padecer.

Aponta-se como origem das “medidas estruturantes”, conforme traduziu Marco Félix Jobim em sua tese de doutoramento da expressão norte americana “structural reform”³⁴⁸, o caso *Brown v. Board of Education*, motivo pelo qual se faz importante analisá-lo, nesta ocasião.

Em breves linhas, trata-se do caso em que uma criança negra chamada Linda Brown precisava atravessar a cidade a pé para conseguir chegar em sua escola pública. Porém, nas proximidades de sua casa, havia outras escolas particulares que, no entanto, não aceitavam receber estudantes afrodescendentes, tendo em vista a política separatista vigente nos Estados Unidos à época. Então, para conseguir o direito de estudar em uma escola aos arredores de sua casa, a estudante processou o Conselho de Educação Estatal. Ao final, a Suprema Corte americana acabou decidindo em favor de Brown, assegurando seu direito à educação a partir da possibilidade de frequentar uma escola exclusiva de brancos, sob o fundamento da igualdade em seu mais amplo aspecto³⁴⁹.

A quebra de paradigma foi tão grande, que a Suprema Corte decidiu que se reuniria novamente para observar a evolução do cumprimento da decisão do caso. Neste contexto, especificamente, foram tomadas decisões no

³⁴⁸ JOBIM, MF; ROCHA, MH. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of education*. In: JOBIM, MF; ARENHART, SC (org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.

³⁴⁹ DIDIER JR., F; ZANETI JR., H; OLIVEIRA, RA. Notas sobre as decisões estruturantes. In: JOBIM, MF; ARENHART, SC (org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.

sentido de implementar medidas estruturantes, ou seja, ações no sentido de dar condições ou ainda, impor o cumprimento da obrigação.

Assim, para que a decisão surtisse efeito real na sociedade, ações como novos critérios para a construção de escolas e novos procedimentos para a escolha de professores, passaram a ser exigidas e monitoradas ³⁵⁰.

Pode-se concluir que, apesar de não unânime e muito questionada à época, esta decisão serviu de precedente para a mudança de pensamento do país, sendo este o retrato de uma importante atuação judicial que ousou suprir a (falta de) atuação dos outros poderes públicos daquele país, que desprezava a desigualdade social latente em seu povo, garantindo um direito mínimo a partir de um caso único e expandindo para aquele grupo minoritário que a ele fazia jus.

Trazendo a discussão para um contexto mais atual, é possível perceber que a letra da lei deixou de ser levada em conta de maneira absoluta e sem ressalvas, passando-se a admitir que, na verdade é repleta de incompletudes e vazios, havendo espaço para interpretação quando no momento da subsunção.

Podemos reconhecer, então, que a justificativa para o protagonismo judicial evidenciado atualmente é a deficiência do conteúdo das normas, bem como da atuação dos outros dois Poderes Públicos.

Acerca do tema, leciona Ruy Alves Henriques Filho que surgiu um sistema híbrido, fruto da miscigenação entre a common law e a civil law ³⁵¹, ou seja, resultado do diálogo das tradições, por meio do qual aplica-se uma ou outra à medida em que for necessário suprir eventual lacuna ou outra falha da norma.

No âmbito dos direitos fundamentais, sabe-se que a Constituição Federal, que é considerada o centro do ordenamento jurídico (supremacia da Constituição) e que direciona a atuação do Estado para uma atuação capaz de colocar em prática os direitos e garantias preceituados, não é colocada em prática.

Os governantes e o Poder Legislativo deixam de atuar, na grande maioria das vezes, deixando a população brasileira desamparada, e fazendo com que os dispositivos constitucionais sejam apenas escritos sem qualquer efeito prático.

Por esta ter se tornado a realidade brasileira, e tendo em vista o inconformismo dos cidadãos com tamanha desídia, o Poder Judiciário passou a ser acionado com cada vez mais frequência, a fim de, caso a caso, determinar meios para a efetivação dos direitos mais básicos para uma vida digna.

Acerca do tema, Marco Félix Jobim e Marcelo Hugo da Rocha, citando Owen Fiss ³⁵², comentam que “O juiz, como intérprete dos valores elencados

³⁵⁰ JOBIM, MF; ROCHA, MH. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of education*. In: JOBIM, MF; ARENHART, SC (org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.

³⁵¹ HENRIQUES FILHO, RA. Diálogo de tradições e a formação dos precedentes judiciais qualificados na *civil law* [tese]. Lisboa: Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2018.

³⁵² JOBIM, MF; ROCHA, MH. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of education*. In:

na Constituição, deve operacionalizar as organizações burocráticas, ou seja, enfrentá-las para eliminar qualquer possibilidade de não concretização das garantias constitucionais.”

Com o intuito de ser o mais objetiva possível, necessário esclarecer um conceito puro e simplificado de processos estruturantes, motivo pelo qual ousou fazê-lo neste momento: os processos estruturantes são meios para possibilitar a tutela de direitos complexos em processos coletivos ou multipolares, ou ainda, naqueles em que, apesar de haver apenas uma parte em cada polo da ação, o objeto atinge um grupo de pessoas ou reflete na coletividade.

Os litígios estruturais, são aqueles litígios complexos, na acepção da palavra explicada anteriormente, ou seja, cuja conduta reparatória não possui definição tão simples, seja porque os interesses são fluidos ou então, porque se sobrepõem em alguns pontos e em outros não.

Acerca de tal conceito leciona Edilson Vitorelli ³⁵³:

Em resumo, o litígio estrutural é um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência do funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada, e, em virtude das características contextuais em que ocorre, sua solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura. Embora essa reestruturação possa ser feita de diversos modos e, frequentemente, não dependa da atuação do Poder Judiciário, ocorrendo pela atuação privada ou com a condução do Poder Executivo, se a alteração for buscada pela via do processo judicial, esse processo poderá ser caracterizado como processo estrutural.

Consequentemente, pode-se afirmar que uma decisão estruturante objetiva intervir em instituições da sociedade e, até mesmo de impor a prática de determinadas políticas públicas, tudo isto com o fito de garantir a efetivação de valores públicos constitucionais. Sob esta ótica, a decisão estruturante indicará uma meta a ser alcançada, a partir de determinadas medidas que também indicará.

Após a delimitação do conceito de processos estruturantes, bem como de seu objetivo, há que se falar acerca de suas características. Neste contexto, pelo reduzido espaço de debate, menciono duas principais. Início pela flexibilidade do princípio da congruência, segundo o qual o magistrado deve estar adstrito ao pedido formulado inicialmente, sob pena de proferir sentença citra, ultra ou extra petita. Em uma visão de processo tradicional, não há espaço para construção dos limites do pedido e da causa de pedir ao

JOBIM, MF; ARENHART, SC (org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.

³⁵³ VITORELLI, E. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo, p. 333 - 369, out./2018.

longo do trâmite, buscando-se em primeiro plano a estabilidade da demanda, conforme é possível concluir a partir do disposto nos artigos 322 e 324, ambos do Código de Processo Civil ³⁵⁴.

No entanto, neste eficiente instrumento social que ora se analisa, é possível, e por vezes até mesmo necessário, construir o pedido ao longo do andamento processual. Até mesmo porque, em se falando de casos dotados de alta complexidade, sequer é possível a delimitação do pedido logo na petição inicial, ou excepcionalmente, até o saneamento do processo.

Acerca desta característica, lecionam Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Junior e Rafael Alexandria de Oliveira ³⁵⁵:

A flexibilidade da congruência objetiva supõe, por isso, que a interpretação do pedido (art. 322, § 2º, CPC) leve em consideração a complexidade do litígio estrutural. Basta imaginar uma ação coletiva que diga respeito aos milhares de problemas relacionados ao rompimento da barragem da Samarco, em Minas Gerais, em 2015, o maior acidente ambiental da história brasileira. O andamento do processo, com a revelação de novas consequências do episódio, vai paulatinamente transformando o objeto litigioso e exigindo novas providências judiciais. A interpretação do pedido é seguida de perto pela necessidade da interpretação das decisões em razão do conjunto da postulação e da decisão e da boa fé (art. 489, § 3º, CPC).

Cito também, como característica dos processos estruturais, a multipolaridade, sendo certa a necessidade de promover a efetiva participação dos sujeitos processuais, a fim de compor a melhor decisão estruturante possível ao final do processo. Para tanto, existem meios variados, como audiências públicas e atuação de *amicus curiae* (artigo 138, do Código de Processo Civil), por exemplo.

Cumprе frisar que não se trata de atender a todos os interesses individuais daqueles que figuram no processo, mas de construir, a partir de ampla participação, decisão capaz de abranger, de forma mais ampla possível, os interesses gerais envolvidos.

A partir do que está sendo exposto, passo a analisar a questão específica da proteção dos direitos fundamentais como objeto dos processos estruturais. Inicialmente, necessário destacar que nem todos os processos que visam a proteção dos direitos fundamentais são estruturais. Isto porque, segundo

³⁵⁴ BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 2 out. 2020.

³⁵⁵ DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H.; OLIVEIRA, RA. Notas sobre as decisões estruturantes. In: JOBIM, MF; ARENHART, SC (org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.

Abram Chayes, quando se fala em uma “lesão relativa à operação de uma política pública”, na verdade se pensa em um litígio de interesse público, e não de um litígio estrutural.³⁵⁶

Contudo, os processos de interesse público podem ser estruturais, caso se proponham a alterar as estruturas burocráticas da sociedade, buscando a solução das causas do problema e não apenas de suas eventuais consequências.

É certo, ainda, que a Constituição Federal impõe aos Poderes Legislativo e Executivo o dever de promover, de tornar palpável aos cidadãos, os direitos previstos tanto em seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), quanto aqueles previstos de forma esparsa, a partir das ações que são possíveis dentro de suas competências. Desta forma, ao Legislativo cumpre criar normas que viabilizem a efetivação destes direitos, e ao Executivo, incumbe executar o conteúdo de tais normas, visando sempre assegurar a dignidade da pessoa humana, princípio básico do Estado (art. 1º, inciso III, CF/88)³⁵⁷.

Acerca desta categoria de direitos, orienta Robert Alexy³⁵⁸:

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito.

Ocorre que, como é de conhecimento geral, a atuação de ambos os Poderes citados acima é falha, de modo a deixar os cidadãos à mercê de sua própria sorte para conseguirem viver com o mínimo de dignidade.

Assim, a fim de obterem uma tutela efetiva de direitos mínimos, começou a judicialização de assuntos que antes nunca foram considerados objetos processuais. Não haveria como fechar as portas ao clamor popular. Teve início a atuação ativa do Poder Judiciário que hoje é denominada ativismo judicial.

Ao analisar este acontecimento é possível afirmar que um dos princípios para esta nova forma de atuação é o princípio da proibição da proteção insuficiente (ou deficiente), que se pode definir como uma das vertentes do princípio da proporcionalidade, e reprova a atuação omissa do Estado na proteção dos direitos elencados na Carta Magna.

³⁵⁶ VITORELLI, E. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo, p. 333 - 369, out./ 2018.

³⁵⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2 out. 2020.

³⁵⁸ ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

Segundo o Supremo Tribunal Federal ³⁵⁹:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). [] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) (STF – Segunda Turma – HC 104410 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 27/03/2012).

A fim de ilustrar o que está sendo sustentado, essencial se faz a análise de casos concretos. O que se faz no capítulo seguinte.

3 POSICIONAMENTOS DE DIFERENTES CORTES EM CASOS CONCRETOS EMBLEMÁTICOS

Como exemplo atual de atuação do Judiciário em processo estrutural para promoção ou proteção de direitos fundamentais, cito o caso do rompimento da barragem do Fundão (pertencente à Samarco Mineração S/A), localizada no subdistrito de Bento Rodrigues, a 35 km do centro da cidade de Mariana/MG ³⁶⁰.

Considerado o maior desastre ambiental da história do país, o rompimento da barragem deixou um rastro de destruição em quarenta e um municípios dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, causando mortes e poluição por lama tóxica.

³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2 Turma). Habeas corpus nº. 104410/RS. Habeas corpus. Porte ilegal de arma de fogo desmuniçada. (a)tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. mandatos constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniçada. Ordem denegada. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 27 de março de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>. Acesso em: 6 out. 2020.

³⁶⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Caso Samarco. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco>. Acesso em: 6 out. 2020.

O Ministério Público Federal, em conjunto com o Ministério Público de Minas Gerais e o do Espírito Santo, começaram a atuar no sentido de buscar a preservação dos direitos ambientais e sociais dos prejudicados. Neste contexto, quatro dias após o desastre foi proferida liminar pela Justiça Federal do Espírito Santo para obrigar a Samarco Mineração S/A e o poder público a preservar provas para reparar os danos causados.

Cumprir destacar que, dada a extensão e gravidade dos danos, não era possível a delimitação do pedido logo no início do trâmite processual (característica típica dos processos estruturais, conforme já foi exposto), motivo pelo qual o Ministério Público Federal noticiou os fatos acerca dos quais se tinha conhecimento até aquele momento, e objetivou a tutela cautelar a fim de garantir a produção de provas e futuras ações de responsabilização, à medida em que mais informações fossem surgindo.

Ao longo dos processos, foram proferidas várias decisões no sentido de garantir o direito social ao trabalho para os cidadãos, bem como o direito à saúde, como a decisão de proibição de pesca no Rio Doce, que teve suas águas contaminadas pela lama tóxica.

Em 02 de agosto deste ano, após conhecimento dos detalhes dos danos causados pela tragédia, a sentença do processo em trâmite na 12ª Vara Federal de Minas Gerais determinou a criação do programa “Agenda Integrada” pela Fundação Renova (Samarco), suas acionistas (Vale e BHP Billiton), os governos de Minas Gerais e Espírito Santo e os municípios localizados no que se denomina “calha do Rio Doce”³⁶¹.

Este é um exemplo claríssimo de processo estruturante, uma vez que foi determinada a criação de um programa para viabilizar e controlar o repasse e alocação de recursos obtidos com a condenação do pagamento de um bilhão de reais aos estados e municípios atingidos.

Verifica-se uma intervenção, pelo Judiciário, na estrutura das empresas envolvidas e nas ações (políticas públicas) a serem tomadas pelo poder público para recuperação dos locais, tudo isto, visando a proteção dos direitos mínimos dos cidadãos para uma vida digna, tanto para amenizar as consequências sofridas pelas comunidades atingidas, quanto para impedir que novas tragédias aconteçam futuramente.

Outros dois casos de extrema relevância e importância que foram julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foram o “Caso Yarce e Outras vs. Colômbia”³⁶² (2016) e o “Caso Maria da Penha Maia

³⁶¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Agência CNJ de Notícias. Homologado acordo de R\$ 1 bilhão para reparação do desastre de Mariana. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/homologado-acordo-de-r-1bi-para-reparacao-do-desastre-de-mariana/>. Acesso em: 6 out. 2020.

³⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Sentença Caso *Yarce e outras vs. Colômbia*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf.

Fernandes”³⁶³ (2001), este último, amplamente conhecido no Brasil.

Segundo relatório (2016) da CIDH, o primeiro caso concreto supramencionado possui como objeto [a apuração da]:

Responsabilidade internacional do Estado da Colômbia por uma série de violações de direitos humanos em detrimento de cinco defensoras dos direitos humanos e suas famílias [pelos acontecimentos ocorridos] a partir do ano de 2002, no lugar conhecido como Comuna 13, na cidade de Medellín. Esta sequência de fatos ocorreu no contexto do conflito armado na região, conhecido pelo Estado colombiano e caracterizado por confrontos entre grupos armados ilegais e as forças de segurança durante várias décadas. Este contexto na Comuna 13 se intensificou com as operações militares realizadas pelo mesmo Estado em 2002 e com o aumento da presença paramilitar após essas operações.

Cerca de dois anos e meio após a submissão do caso à Corte (03.06.2014), bem como análise minuciosa de todas as provas e argumentos das partes, sobreveio a sentença (22.11.2016) expondo todos os fundamentos para condenação do Estado Colombiano a uma série de medidas reparatórias para as vítimas e seus familiares, e, além disto, como forma de punição do Estado pelas graves violações de seus direitos humanos. Isto, buscando evitar que lesões de tamanha gravidade aos cidadãos se repitam (Capítulo D.3. Medidas de não repetição):

[...] a fim de evitar que acontecimentos como os sofridos pelas vítimas do caso se repitam, a Corte ordena ao Estado que implemente, no prazo de um ano a contar da notificação da presente Sentença, um programa, curso ou oficina — pode se tratar dos já criados pelo Estado ou de um exclusivamente voltado para a Comuna 13 — que deverá ser oferecido pelas entidades estatais correspondentes na Comuna 13, e será destinado a promover e instruir sobre o trabalho das defensoras e defensores dos direitos humanos na Comuna 13 e a fomentar e fortalecer os espaços de diálogo entre a população que habita ali, as defensoras e defensores e o Estado. Por outro lado, o programa, curso ou oficina deverá incluir em seu programa a experiência e os acontecimentos vividos pelas senhoras Yarce, Mosquera, Naranjo, Ospina e Rúa como consequência de sua luta e compromisso com a sociedade, como objetivo de exemplificar os riscos que a defesa dos direitos humanos pode acarretar e, assim, fomentar o

Acesso em: 3 mar. 2021.

³⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Sentença Caso Maria da Penha Maia Fernandes. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 3 mar. 2021.

reconhecimento daqueles que trabalham nessa tarefa. Da mesma forma, esse curso deverá ser oferecido a todos os membros das JACs, bem como a qualquer habitante da Comuna que deseje participar. A Colômbia, após a notificação da presente Sentença, deverá apresentar um relatório anual durante três anos, indicando as ações realizadas para esse fim⁴⁴⁹.

Por sua vez, segundo relatório nº 54/01 da CIDH (2001), o “Caso Maria da Penha Maia Fernandes” foi submetido à CIDH em 1998, por meio de denúncia apresentada pela vítima que dá nome ao caso por meio do Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) de que o Brasil estava sendo tolerante em relação à violência por ela sofrida e cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros (seu então cônjuge) em seu domicílio na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, principalmente durante o ano de 1983.

Inclusive, o requisito de esgotamento dos recursos de jurisdição interna (art. 46, 1, ‘a’ da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica -) deixou de ser aplicado ao caso, tendo em vista a demora injustificada na decisão dos recursos internos, uma vez que passados dezessete anos desde o início das investigações no país sem que qualquer sentença definitiva fosse proferida e sem qualquer reparação das consequências das tentativas de homicídio sofridas por Maria da Penha Maia Fernandes.

No ano de 2001, o país foi condenado a promover medidas de não repetição, ou seja, para impedir que a violência contra a mulher continuasse sendo praticada na sociedade impunemente e tolerada pela República.

61. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes recomendações:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.
2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.
3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.
4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a

tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

- a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
- b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
- c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;
- d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.
- e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

5. Apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dentro do prazo de 60 dias a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana.

Buscando atender à recomendação de nº 3 (três), foi sancionada a Lei nº 11.340/2006, e, a título de reparação simbólica, nomeou o diploma legal como “Lei Maria da Penha”.

Sendo assim, conforme exposto em breves linhas, o que os três casos concretos aqui mencionados possuem em comum é a profissão de decisões estruturantes, isto é, que buscam alterar as estruturas burocráticas da sociedade na qual estão inseridos.

Vislumbra-se também, que todos os casos buscaram a garantia de direitos básicos dos cidadãos, sejam aqueles garantidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, ou então os previstos pela Constituição da República federativa do Brasil.

4 PROCESSOS ESTRUTURANTES E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Conforme afirmado acima, os processos estruturantes são alvo de duras críticas, sob o fundamento de ofenderem o princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º, da Constituição Federal.

É ressaltado, assim, que apesar de haver possibilidade do exercício de funções atípicas por cada um dos poderes públicos, a vedação expressa no princípio é no sentido de impossibilidade de um poder atuar na competência preponderante de outro.

Ocorre que, a situação pela qual o país atravessa, é de um completo desdém e inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, que se mantêm omissos na promoção dos direitos fundamentais positivos dos cidadãos. Por este motivo, a população, buscando a efetivação de seus direitos mínimos, passou a buscar o Poder Judiciário para obrigar o Estado a atuar.

Passou-se então a debater acerca do ativismo judicial, tema controverso na doutrina. E apesar de todos os fundamentos despendidos a criticar esta atuação, merece destaque o entendimento de Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr e Rafael Alexandria de Oliveira³⁶⁴, em sentido contrário:

O tema do ativismo judicial gera importante dissensão na doutrina, por essa razão revelase adequado demonstrar que a atuação do Poder Judiciário ocorre legitimada por uma disfunção política e não por uma atividade política. Isto ocorre porque a ideia de controle judicial de políticas públicas, tanto da atividade pública e estatal, quanto da atividade privada, está ligada às noções que surgem a partir da ideia de “função social” do direito e dos institutos tradicionais do direito privado, a exemplo da função social da propriedade.

Dessa forma, forçoso concluir pela possibilidade de uma atuação ativa do Poder Judiciário na sociedade, seja para suprir omissão dos demais Poderes, seja para corrigir inconstitucionalidade dos atos por eles praticados em desfavor da população.

Não se trata da criação de novos dispositivos legais ou nova interpretação acerca deles pelo Judiciário, por certo, ou seja, intervenção jurisdicional a esmo. Por outro lado, busca-se obrigar a efetivação dos direitos fundamentais para uma existência digna em sociedade, seja por meio de medidas isoladas e atípicas, seja por meio da determinação da criação de políticas públicas por quem detém a competência para tanto.

A partir deste maior “poder” de atuação, o magistrado passou a possuir mais liberdade para decidir acerca de tais questões, característica típica do sistema da common law, o que, em um primeiro momento parece bom, mas que, em uma reflexão mais aprofundada, pode ser temerário, ao se levar em conta a possibilidade e probabilidade de insegurança jurídica que decisões diferentes pudessem causar.

³⁶⁴ DIDIER JR., F; ZANETI JR., H; OLIVEIRA, RA. Notas sobre as decisões estruturantes. In: JOBIM, MF; ARENHART, SC (org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.

No entanto, para amenizar este receio, há que se levar em conta que existem parâmetros a serem observados pelos magistrados, quer dizer, mesmo que dotados de certa liberdade para suprir a conduta omissa do Executivo e do Legislativo, os juízes devem manter-se dentro de certos limites. Um deles, mencionado expressamente no Código de Processo Civil em vigor, é o conjunto de precedentes firmado acerca de determinada matéria.

Merece destaque o artigo 926, do diploma processual mencionado acima, ao dispor que:

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

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

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

Os precedentes, assim, dizem respeito a questões de direito e submetem os Tribunais às decisões de questões fáticas que devem ser, ao menos semelhantes, a fim de despenderem tratamento jurídico igual, a fim de salvaguardar a segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, percebe-se que a visão dicotômica do processo foi deixada de lado, sendo que atualmente, em situações de direito coletivo ou relações complexas, ainda que em processos individuais, não se consideram mais apenas duas visões antagônicas litigando.

Assim, não se fala mais em “ganhar” ou “perder” uma ação, mas sim em construir, junto ao Magistrado, decisão que melhor atenda aos interesses da coletividade, de acordo com o disposto na Constituição, sobremaneira.

O novo modelo fluido de processo exige uma mudança brusca na mentalidade de todos, mas principalmente do magistrado, que tem de se adaptar a uma prática mais ativa perante a sociedade e seus anseios.

Neste sentido, vislumbra-se que o modelo processual supramencionado atua como instrumento para efetivação dos direitos fundamentais por meio de uma das faces do princípio da proporcionalidade, qual seja, o princípio da proibição da insuficiência (Untermaßverbot).

No mais, foi debatida a importância do processo estrutural, como meio para efetivação de direitos básicos, tendo em vista a resolução da causa

das lesões nos direitos dos grupos sociais ou da sociedade como um só grupo, e não apenas das consequências dessas violações.

Sabemos que ainda há muito a se fazer, principalmente no âmbito da execução das decisões estruturantes, para que haja eficácia na execução das medidas determinadas, mas é necessário admitir que os processos estruturais representam grande avanço social na busca da efetividade dos direitos fundamentais, considerando a realidade política e social do país.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARENHART, SC. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In: JOBIM, MF; ARENHART SC (org.)*. Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Sentença Caso Maria da Penha Maia Fernandes. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> Acesso em: 3 mar. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Sentença Caso Yarce e outras vs. Colômbia. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf. Acesso em: 3 mar. 2021.
- DIDIER JR., F; ZANETI JR., H; OLIVEIRA, RA. Notas sobre as decisões estruturantes. *In: JOBIM, MF; ARENHART, SC (org.)*. Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.
- HENRIQUES FILHO, RA. Diálogo de tradições e a formação dos precedentes judiciais qualificados na civil law [tese]. Lisboa: Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa; 2018.
- JOBIM, MF; ROCHA, MH. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of education*. *In: JOBIM, MF; ARENHART, SC (org.)*. Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.
- NUNES, LS; COTA, SP; FARIA, AMDC. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira. v. 5. n. 5. p. 1051 - 1076, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_1051_1076.pdf. Acesso em: 5 out. 2020.
- OSNA, G. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In: JOBIM, MF; ARENHART, SC, organizadores*. Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.
- SILVA, VA. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais. n. 798. p. 23 - 50. 2002.
- TEISHERNER, JM. Apresentação. *In: JOBIM, MF; ARENHART, SC, organizadores*. Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.
- VITORELLI, E. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo, p. 333 - 369, out./2018.

STJ ENTRE COGNITIVISMO E CETICISMO INTERPRETATIVO: OBSOLESCÊNCIA DA SÚMULA 400 DO STF

Clayton Maranhão³⁶⁵

1 A SÚMULA 400 DO STF

Enuncia o verbete 400 da Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: *“Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da C.F.”* (STF, Sessão Plenária de 03/04/1964, DJ de 08/05/1964, p. 1239.)

Referido enunciado interpretativo fora editado no longínquo ano de 1964, e aplicado sem discussão até o início dos anos oitenta, quando então, em matéria constitucional, o entendimento passou a ter votos contrários de Ministros, ainda que em corrente minoritária (v.g. os votos do Min. Thompson Flores e do Min. Moreira Alves, este acompanhado do voto do Min. Antonio Neder, no RE nº 89.108, Tribunal Pleno, j. 28.8.1980). Na transição para os anos noventa em diante, obteve a adesão dos demais Ministros da Alta Corte, e a aplicação da Súmula 400, em matéria constitucional, passou a ser rejeitada à unanimidade de votos (v.g., Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no RE nº 115.251-6, 2a. Turma, Rel. Min. Carlos Madeira, j. 24.3.1987, unânime; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no RE nº 145.680-0, 1a. Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.4.1993, unânime, RE nº 434.059-3, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 7.4.2008).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, instituído pela Constituição Federal de 1988 e assumindo para si a função de Corte de interpretação da legislação infraconstitucional, inicialmente vinha aplicando a Súmula 400 nos recursos especiais (v.g. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no REsp. nº 1.009.915, 4a. Turma, Rel. Min. Carlos Fernand Mathias, j. 25.11.1998), mas logo passou a rejeitá-la com base nos precedentes do STF (v.g. REsp. nº 1.063.310, 1a. Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 07.8.2008, unânime).

Nem o STF, tampouco o STJ deliberaram pelo cancelamento da Súmula 400, embora não mais a apliquem, sendo raros os casos que ainda ventilam pela sua aplicação buscando o não conhecimento recursal (v.g., numa hipótese atípica, que mais comportaria a incidência da Súmula 83 do STJ, o último caso

³⁶⁵ Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela UFPR Professor Associado do Departamento de Direito Civil e Processual Civil da Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Mestre em Raciocínio Probatório pela Universitat de Girona e pela Università degli Studi di Genova. Desembargador do TJPR.

de que se tem notícia aplicando-se, excepcionalmente, a Súmula 400 do STF, foi o Agravo Regimental no REsp. nº 1.581.648, 3a. Turma, j. 19.4.2016).

Objetivodestetrabalhoédemonstraraconveniênciadoimediatocancelamento da Súmula 400 do STF, não só pelo seu desuso na prática jurisprudencial das Cortes Supremas - acima sumariamente evidenciada, mas sobretudo por razões fundadas na *teoria da interpretação jurídica*, a seguir expostas.

2 INTERPRETAÇÃO: UM TERMO AMBÍGUO

A propósito da Súmula 400 do STF, há referência à interpretação razoável da lei. Não é tarefa simples definir o sintagma “*interpretação razoável*”, tampouco o termo “*interpretação*”. Limitar-me-ei apenas à ambiguidade do *termo*.

Riccardo Guastini, em toda a sua obra, professa reiteradamente que o termo “*interpretação*” comporta pelo menos *quatro* ambiguidades: (i) interpretação como atividade e interpretação como resultado dessa atividade; (ii) interpretação *in abstracto* e interpretação *in concreto*; (iii) interpretação cognitiva e interpretação decisória; (iv) interpretação em sentido estrito e construção jurídica.³⁶⁶

Segundo uma perspectiva descritiva daquilo que os juristas fazem, é inegável que não se pode confundir a atividade legislativa com a atividade jurisdicional. O texto legal é o resultado da atividade parlamentar e, ao mesmo tempo, objeto da atividade do intérprete (seja o doutrinador, o jurista ou o juiz). O “*texto legal*”, enquanto objeto de interpretação, é considerado “*dispositivo normativo*”, ao passo que o resultado da atividade interpretativa é que se considera “*norma*”.

O intérprete adscrive sentido ao texto (interpretação *in abstracto* ou interpretação orientada a textos), atividade diversa da qualificação jurídica de um suposto de fato concreto, resolvendo um problema (interpretação *in concreto* ou orientada a fatos).

Kelsen, na clássica teoria pura do direito, mencionava que o direito era parcialmente indeterminado de tal maneira que forma “*uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível*”.³⁶⁷

Seguindo a linha kelseniana, Guastini assevera que invariavelmente um texto legal contém mais de uma norma, portanto, a interpretação cognitiva é a que

³⁶⁶ Cf. Riccardo Guastini, *Filosofia del diritto positivo*. Lezioni [a cura de Vito Velluzzi]. Torino: Giappichelli, 2017, p. 308-317; ID, *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 327-333; em linhas gerais, ID, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano: Giuffrè, 2004, p. 43, 79, 82 e 259. As referências no texto seguem essas obras.

³⁶⁷ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006 [ed. 1960], p. 390.

identifica os diversos significados possíveis do marco interpretativo (ou “moldura”), vale dizer, do dispositivo normativo, sem escolher nenhum deles. É por ocasião da interpretação decisória que haverá a escolha de um dos significados identificados pela interpretação cognitiva, descartando-se os demais, também denominada de interpretação decisória *standard*. Dela difere a interpretação criativa, por meio da qual se atribui um significado novo ao texto, isto é, não compreendido dentro do marco normativo identificado pela interpretação cognitiva.

Portanto, se de um lado a interpretação jurídica refere-se a atribuição de significado a um texto, de outro, a construção jurídica engloba uma série de operações afetas à doutrina e, no que for possível, também à jurisprudência, como por exemplo, a criação de lacunas axiológicas, a dedução de normas implícitas do sistema normativo, a construção de hierarquias axiológicas ou de princípios implícitos ou de metanormas, concretização de princípios explícitos, ponderação de princípios em rota de colisão etc.

3 TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Hart asseverou que há uma “*textura aberta*” do direito, ou seja, “*áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais*”, e, além disso:

“em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade.”³⁶⁸

Foi Hart quem identificou três classes de teorias da interpretação jurídica: (i) formalismo, (ii) ceticismo e (iii) teoria mista. Deveras, segundo o filósofo britânico, “*o formalismo e o ceticismo sobre as regras são os Cila e Caríbdis da teoria jurídica: são grandes exageros, salutarés na medida em que se corrigem mutuamente, e a verdade reside no meio deles.*”

O formalismo, também conhecido por cognitivismo, refere-se à concepção segundo a qual o intérprete apenas revela o sentido inerente ao texto legal, pois o ato de interpretar é mero ato de conhecimento. Segundo o ceticismo, o ato de interpretar é um ato de vontade. No entendimento de Hart, há “*casos fáceis*”, que independem de interpretação, mas mero conhecimento, e “*casos difíceis*”, situados numa “*zona de penumbra*”, para os quais é inescapável um ato de valoração e decisão discricionária do intérprete para dirimí-los. Ou seja, a interpretação seria ora cognitivista, ora cética, por força

³⁶⁸ Herbert L. A. Hart. *O conceito de direito*. 2a. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 148-149.

da textura aberta da maioria dos documentos normativos, concebendo-se uma teoria intermediária (ceticismo moderado), considerada mais adequada e que tem muitos adeptos na doutrina e na jurisprudência.

Pierluigi Chiassoni, estudioso das teorias da interpretação judicial, defende uma variante do ceticismo moderado (não-cognitvista), por ele definido como ceticismo racional (realismo pragmático), a partir de uma redefinição analítica de discricionariedade interpretativa, e, também, das teorias formalistas, que passa a denominar de teorias cognitvistas integral e parcial. Segundo Chiassoni, as teorias cognitvistas (integral e parcial) estão sujeitas a condições de possibilidade improváveis. Sua concepção de discricionariedade interpretativa envolve a necessária concepção de um Código interpretativo³⁶⁹, contendo um conjunto de regras que definam a ordem de aplicação dos diversos critérios interpretativos, reduzindo, dessa maneira, a discricionariedade judicial atualmente imperante nos diversos sistemas normativos. Portanto, Chiassoni elabora um modelo teórico voltado para uma interpretação juridicamente “correta”.³⁷⁰

Assim, por exemplo, no modelo teórico de Chiassoni, se entende por discricionariedade interpretativa aquela relativa a *“um juiz qualquer e em relação à interpretação de uma disposição qualquer, o poder assumido como conferido explicita ou tacitamente pela ordem jurídica de escolher entre duas ou mais alternativas concernentes ao significado correto da disposição”*.³⁷¹

Existem outras tantas variantes de cada uma das teorias da interpretação formalistas-cognitvistas e céticas-não-cognitvistas, como o formalismo pragmático de Andrei Marmor, por exemplo, e que em razão dos limitados propósitos deste trabalho não poderão ser aqui exploradas.

No entanto, pode-se perceber que os espaços de discricionariedade do intérprete são amplos, notadamente em se tratando de interpretação judicial, sobretudo pela falta de regras que definam critérios interpretativos - os códigos interpretativos a que se refere a teoria de Chiassoni.

Constata-se de tudo quanto fora dito até o momento que o termo “interpretação” é ambíguo e que há um desacordo filosófico entre as teorias formalistas e céticas. Mas não é só. Ademais disso, concebe-se o direito como duplamente indeterminado, a complexificar ainda mais uma concepção precisa e segura de *interpretação jurídica*, especialmente de *interpretação judicial*.

³⁶⁹ Cf. Pierluigi Chiassoni, *Técnica da interpretação jurídica: brevíário para juristas* [tradução de Daniel Mitidiero et alli], São Paulo: RT, 2020, p. 130-132.

³⁷⁰ Pierluigi Chiassoni. *Hacia un realismo pragmático*, ‘in’ El problema del significado jurídico, Cidade do México: Fontamara, 2019, p. 194/195.

³⁷¹ Pierluigi Chiassoni. *Hacia un realismo pragmático*, cit. 195.

4 A DUPLA INDETERMINAÇÃO DO DIREITO

Riccardo Guastini, em sua costumeira analítica, expõe que o direito é duplamente indeterminado: (i) o sistema normativo é equívoco (ambiguidade em sentido amplo); (ii) cada um dos dispositivos normativos que o integram são vagos (vagueza das normas jurídicas).

Cabe, pois, uma rápida análise dessa dupla indeterminação.

4.1 EQUIVOCIDADES DO SISTEMA NORMATIVO

O *Sistema Normativo* é indeterminado, antes de tudo, no sentido de que pairam dúvidas sobre as normas jurídicas que lhe pertencem. Tem-se como gênero dessa indeterminação as chamadas *equivocidades* a seguir arroladas: (i) por vezes, o dispositivo normativo é ambíguo, expressando mais de uma norma com significados contraditórios (N1 ou N2);³⁷² (ii) também ocorre de o dispositivo normativo expressar uma norma que expresse também outra norma (N1 e N2); (iii) além disso, pode ocorrer de uma norma implicar uma outra norma (N1 -- N2); (iv) ainda, dá-se a derrotabilidade da norma jurídica por meio de exceções implícitas, o que apenas se verifica mediante interpretação *in concreto*, cujo exemplo clássico é o da placa que proíbe o acesso de veículos no parque, surgindo dúvida sobre sua aplicabilidade às ambulâncias. Esse rol de ambiguidades é meramente exemplificativo.

Como fator de indeterminação do *Sistema Normativo*, considere-se que são inúmeras as possibilidades de conjugação de enunciados completos de um texto normativo, isto é, não necessariamente enunciados de um mesmo artigo, mas por vezes por enunciados de mais de um ou de fragmentos. Isso porque, é por meio dela que se opera a identificação da(s) norma(s) expressa(s) ou implicada(s) por um dispositivo normativo, ou por um fragmento de um dispositivo normativo (*fragmento* que pode ser uma parte do *caput* de um artigo de lei, ou um inciso, ou uma alínea, ou um parágrafo da lei), ou por uma combinação de dispositivos normativos, ou por uma combinação de fragmentos de dispositivos normativos de uma mesma lei ou de leis distintas.³⁷³

Ademais, tem-se uma multiplicidade de métodos interpretativos (*literal, intencional, teleológico, sistemático, argumento a contrario, argumento*

³⁷² A indeterminação reside, inclusive, nos critérios interpretativos de definição a respeito de qual das normas expressas deve ser a selecionada. Guastini propõe reduzir essa indeterminação, sugerindo a seguinte ordem de critérios: (i) o senso comum das palavras; (ii) a intenção da autoridade normativa; (iii) a finalidade da autoridade normativa; (iv) as exigências sociais; (v) o sistema jurídico. Cf. Riccardo Guastini, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 134

³⁷³ Riccardo Guastini, *Lecciones de Teoría del Derecho y del Estado*, Lima: Communitas, 2010, p. 111.

analógico, argumento de dissociação etc.), além das prescrições da dogmática jurídica e dos juízos de valor do intérprete, por vezes subentendidos.

Considere-se que não há concordância sobre a pluralidade de métodos interpretativos (e.g., em matéria constitucional há outros métodos, como interpretação conforme a Constituição, interpretação evolutiva, modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mutação constitucional, proibição de retrocesso etc.), tampouco há regras interpretativas que definam a ordem sequencial de aplicação de cada um dos métodos de interpretação existentes.

Michele Taruffo, por exemplo, sugere que o primeiro critério de interpretação deve partir dos fatos da causa³⁷⁴; Guastini separa os critérios interpretativos em duas classes: a primeira, consistente na interpretação literal; a segunda classe pelos demais métodos, todos voltados à intenção do legislador, como modo de justificar a atribuição de sentido diversa da literalidade da norma, não estando descartada a busca da intenção do legislador na interpretação literal.³⁷⁵

Seja como for, muito desses espaços de indeterminação do *Sistema Normativo* são redutíveis por intermédio da interpretação *in abstracto*, mas não são elimináveis.

4.2 VAGUEZA DAS NORMAS JURÍDICAS

Não bastasse o âmbito de indeterminação do *Sistema Normativo*, tem-se que cada uma das normas que o compõe padece de um espaço irreduzível de indeterminação. Trata-se da vagueza dos predicados da linguagem natural. Nesse sentido, não se sabe qual a classe de fatos que a ela se subsume. Dito de outro modo, é indefinido o suposto de fato da norma, o seu antecedente normativo, também conhecido por âmbito de aplicação.³⁷⁶

Predicados são termos que denotam classes (“posse”, “domicílio” etc.), não indivíduos. O significado de um predicado é composto de dois elementos: o sentido ou intensão (conjunto de atributos) e a referência semântica ou extensão (classe de objetos). A referência depende do sentido: quanto mais preciso for o sentido dos atributos, mais restrita será a classe de objetos pertencente ao conjunto e vice-versa.³⁷⁷

³⁷⁴ Michele Taruffo menciona que o fato é o critério orientador de toda a operação interpretativa (decisória), cf. Michele Taruffo, *Il fatto e l'interpretazione*, “in” Ensaio sobre o processo civil [org. Darci Guimarães Ribeiro], Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 88.

³⁷⁵ Riccardo Guastini, *Il diritto come linguaggio*: lezioni, 2a. ed., Torino: Giappichelli, 2006, p. 152-153. Sobre as interseções entre as doutrinas literalistas e intencionalistas, estáticas e dinâmicas, e sobre a predominância da doutrina intencionalista cf. Guastini, *Interpretar e Argumentar*, BH: D'Plácido, 2019, p. 379 ss.

³⁷⁶ Riccardo Guastini, *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 340-341.

³⁷⁷ Riccardo Guastini, *Interpretación y construcción jurídica*, in: Isonomia, nº 43, octubre 2015, p. 15,

A vagueza extensional recai no referencial semântico à medida da “textura aberta”, além de ser dependente da vagueza intensional relativa à indeterminação dos atributos.

Considerando que a vagueza é inerente à linguagem natural, não depende de técnicas interpretativas ou da dogmática, podendo, em alguns casos, ser reduzida por meio da interpretação *in concreto*.³⁷⁸

5 FUNÇÃO PRECÍPUA DAS CORTES SUPREMAS

Questão relevante e que tem gerado renovados debates doutrinários diz respeito à função primordial das Cortes Supremas no direito comparado com inevitável reflexo no vértice do sistema de justiça brasileiro, tal como estruturado pela Constituição da República, notadamente ao Supremo Tribunal Federal, e, com especial enfoque para o presente trabalho, ao Superior Tribunal de Justiça.

Calamandrei deu importante contribuição doutrinária quando publicou sua notável tese sobre a Corte de Cassação Francesa³⁷⁹, todavia, muito haveria de ser acrescentado, como observa a autorizada doutrina de Marinoni:

“Muito embora a evolução da natureza da Corte de Cassação, Calamandrei, em seu monumental trabalho sobre o tema, não teve condições de ultrapassar a ideia de que a Corte se destina a declarar o exato sentido da lei e, a partir daí, a garantir a uniformidade da sua interpretação mediante o controle de legalidade das decisões judiciais.”³⁸⁰

nota 6. Para Juan Antonio Garcia Amado, “*um termo é ambíguo quando, em nossa linguagem usual, possui dois ou mais significados distintos e independentes*” (ambigüidade semântica), ou “*quando o modo de colocar as palavras num enunciado faz com que a referência desse enunciado possa ter mais de um sentido*” e “*de maneiras diferentes, modificando-se sua referência*” (ambigüidade sintática), ao passo que há vagueza de um termo “*quando não está claro a que se refere*” (Juan Antonio Garcia Amado, *Razonamiento jurídico y argumentación*, León: Eolas ediciones, 2013, p. 16-18).

³⁷⁸ Teresa Arruda Alvim suscitou a questão do cabimento de recurso de estrito direito aos tribunais superiores fundado em contrariedade de uma norma vaga, respondendo afirmativamente (Teresa Arruda Alvim, *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, São Paulo: RT, 2001, p. 235 e nota 74). O STJ enfrentou algumas vezes o tema, admitindo o recurso em todas elas, cf. AgRg no Recurso Especial 1.130.746, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06.6.2013, onde se discutiu o conceito vago de “*jurisprudência dominante*”; REsp. nº 622.554, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 12.12.2006, cujo vagueza normativa questionada era a do art. 4º da Lei nº 4.348/64, quando aludia a “*grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*”; HC nº 461.784, 6ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06.12.2018, e a vagueza conceitual das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal; dentre outros julgados. Sobre jurisprudência defensiva, a crítica de Hermes Zaneti Jr. a respeito da vagueza do sintagma “*peças necessárias*” no regime do agravo de instrumento do CPC/73, (Hermes Zaneti Jr. *A constitucionalização do processo*, São Paulo: Atlas, p. 233).

³⁷⁹ Piero Calamandrei, *La Casación Civil*, [Traducción de Santiago Santis Melendo], Buenos Aires: Librería El Foro, 2007 (III Tomos).

³⁸⁰ Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. Recomprensão do Sistema

Deveras, àquela época, Calamandrei estava imerso na cultura jurídica do cognitivismo interpretativo segundo o qual não se pensava na distinção entre texto e norma visto que incumbia ao juiz apenas revelar o sentido *a priori* dado pelo texto legal. Como fora pontuado neste trabalho (item 3, *supra*), para o cognitivismo, interpretar é um ato de *mero conhecimento*. Todavia, passado um século da publicação da obra de Calamandrei (1920), nenhum jurista hoje defenderia a teoria cognitivista, também conhecida por formalista, mesmo porque, já em 1934, ninguém mais do que Hans Kelsen já defendia um *ceticismo moderado*, quando publicou a primeira versão da sua *teoria pura do direito*, admitindo que o juiz além de *interpretar* a lei (o que ainda era um *mito* na cultura jurídica da época), também poderia *criar* normas no caso concreto. Já se concebia a “interpretação” como um *ato de vontade*, desde o “primeiro” Kelsen.³⁸¹

Se assim é, a velha dicotomia público-privado a que se referia Calamandrei na sua tese³⁸² seguramente está teoricamente superada. E, na prática, cabe à doutrina *prescrever* a transformação das Cortes Supremas, para que se adequem à essa lúdima exigência da sociedade em ver tramitando seus processos segundo a garantia fundamental da duração razoável do processo nas instâncias ordinárias, a quem incumbe a correção da aplicação da lei, deixando para o vértice da estrutura judiciária a função de garantir a unidade do direito, mediante atribuição de sentido e de desenvolvimento do direito, assegurando a isonomia de todos perante o Direito.³⁸³

Processual da Corte Suprema. 4. ed., São Paulo: RT, 2020, p. 20.

³⁸¹ Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, [Traduzione di Renato Treves, titolo originale *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik.*], Torino: Einaudi, 1952, Cap. VI, p. 123/124, *in verbis*: “38. *L’interpretazione come atto di conoscenza o di volontà. L’idea che sta a fondamento della teoria tradizionale dell’interpretazione, per la quale, mediante una qualsiasi conoscenza del diritto vigente, si potrebbe ottenere quella determinazione dell’atto giuridico che la norma superiore da applicarsi non ha ancora effettuato, è un’illusione contraddittoria perché urta contro il presupposto della possibilità d’una interpretazione. Il problema per cui ci si chiede quale, fra le possibilità date nello schema di una norma, sia quella <giusta>, non è un problema rivolto alla conoscenza del diritto positivo, non è un problema teoretico del diritto, ma un problema politico-giuridico. Il compito di estrarre dalla legge la sentenza giusta o l’atto amministrativo giusto è approssimativamente lo stesso di quello di creare, nello schema della costituzione, le legge giuste. Come non si possono estrarre dalla costituzione a mezzo dell’interpretazione delle leggi giuste, così non si possono nemmeno estrarre dalla legge per mezzo dell’interpretazione delle sentenze giuste. Certamente, fra questi due casi esiste una differenza, ma questa è soltanto quantitativa e non qualitativa e consiste nel fatto che, dal punto di vista materiale, il vincolo del legislatore è molto più debole di quello del giudice per il fatto che il primo, nella creazione del diritto, è relativamente libero più libero del secondo. Ma anche il giudice è un creatore del diritto ed egli pure è relativamente libero più libero del secondo. Appunto per questo, la determinazione della norma individuale nel procedimento esecutivo della legge è una funzione della volontà in quanto con questa viene riempito lo schema della norma generale.*”

³⁸² Piero Calamandrei, *La Casación Civil*, tomo III, Tít. II, Cap. V, p. 121-145, e Cap. VI, p. 147-180.

³⁸³ Luiz Guilherme Marinoni, O STJ enquanto Corte de Precedentes, cit., p. 129/131.

Com irretocável acerto, o Ministro Teori Zavazcki já vaticinava no STJ:

“a mensagem deixada pelo constituinte é no sentido de que os Tribunais devem laborar pela uniformização de sua jurisprudência, assim buscando a aproximação entre os valores do jurídico e do justo, de tal arte propiciando que o princípio da igualdade se realize em toda sua plenitude. No ponto, José Ignácio Botelho de Mesquita: ‘Essa uniformidade contemporânea é uma exigência óbvia da igualdade de todos perante a lei. Não será igual para todos a lei que, para alguns, seja interpretada num sentido e, para outros, seja interpretada em sentido oposto. A unidade do sentido da lei é pressuposto da igualdade perante a lei. Por esta razão, constitui imperativo constitucional e dever indeclinável dos tribunais uniformizar a sua própria jurisprudência’. A se entender de outro modo, se chegaria a um ‘non sense’: a lei enquanto norma abstrata e geral seria oponível de maneira isonômica, indiscriminadamente, a todos os brasileiros, ao longo do território nacional; mas, já não assim quando se desse a formação de uma lide, quando então a norma comportaria diversas inteligências, ao sabor de cada órgão jurisdicional, ou de cada instância judiciária, chegando-se, no plano horizontal, ao paroxismo de a mesma lei federal merecer diversos significados, conforme se trate da interpretação paulista, por sua vez diversa da mineira, esta a seu turno distinta da gaúcha; no plano vertical, teria o jurisdicionado que aceitar uma interpretação de 1o grau, totalmente descompromissada daquela de 2o grau, e assim sucessivamente pela instâncias subseqüentes, sem um oásis de consenso onde se recompusesse a vera inteligência da norma legal. Em breves palavras, é como se a uniformidade jurisprudencial fosse uma utopia e a discrepância, uma sorte de karma nacional, insuperável...” (v.g. REsp. nº 1.063.310, 1a. Turma, Rel. Min. Teori Zavazcki, j. 07.8.2008, unânime).

É fundamental a compreensão do modelo teórico de Cortes Supremas que vem sendo defendido pela doutrina de Marinoni³⁸⁴, Mitidiero³⁸⁵, Taruffo³⁸⁶, dentre outros³⁸⁷, para quem a função precípua de tais Cortes não é a “uniformização da jurisprudência”, mas, antes de tudo, a “unidade do direito”. Como assevera Marinoni:

³⁸⁴ Luiz Guilherme Marinoni, O STJ enquanto Corte de Precedentes, cit.

³⁸⁵ Mitidiero, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. Do Controle à Interpretação/Da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013.

³⁸⁶ Michele Taruffo, *El vértice ambiguo*. Ensayos sobre la Casación civil. Lima: Palestra, 2006, p. 83. ss; p. 221 ss.

³⁸⁷ Cf. os artigos publicados na coletânea “Cortes Supremas. Funciones y Recursos Extraordinarios. [coord. Eduardo Oteiza], Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni Editores, 2011”, e também “Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell’ordine politico e istituzionale

“Frise-se que o valor constitucional tutelado por esse novo modelo de corte - pela Corte Suprema - *não é a uniformidade do direito objetivo*, antigo mito atrás do qual se esconderam instâncias autoritárias dos mais variados gêneros, porém a igualdade, realizada empiricamente mediante a vinculação dos tribunais e juízes à unidade do direito que, delineado pela Corte Suprema, é dependente da evolução da vida social, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação de princípios fundamentais munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das diferenças.³⁸⁸

Enfim, que essas ideias se propaguem e que as Cortes Supremas do nosso país sigam esse modelo de nomofilaquia recursal (*jus constitutionis*) e da unidade do direito pelo precedente, como função proativa das Cortes de Interpretação.³⁸⁹

CONCLUSÃO: OBSOLESCÊNCIA DA SÚMULA 400 DO STF

O presente trabalho procurou demonstrar que a *dupla indeterminação do direito* e os inevitáveis espaços de discricionariedade judicial contribuem para a falta de *unidade* do direito federal, diante da *divergência* na interpretação e aplicação dos marcos normativos, notadamente diante da *ambiguidade* do sistema normativo e da *vagueza* das normas que o integram.

Nem é preciso dizer da relevância das questões federais que são ventiladas nos mais diversos temas, nos quais estão regulados e atribuídos (e prometidos aos cidadãos) direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, coletivos, ambientais, dentre outros direitos fundamentais, muitos deles, ademais, carecedores de tutela jurisdicional por conta da *zona de penumbra* existente entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.³⁹⁰

Nesta quadra histórica do Estado Constitucional (*Rule of Law*), pleno século XXI, não há como admitir que as Cortes Supremas brasileiras não tenham como função primordial e *imediata* garantir a unidade do direito, função nomofilática, sendo, por isso, *mediata* a função uniformizadora da jurisprudência.

Portanto, admitir mais de uma *interpretação* tida por “razoável” a respeito do mesmo marco normativo para fatos análogos, seria um paradoxo, razão pela qual o enunciado interpretativo constante do verbete 400 da Súmula do STF, aprovado em período não-democrático, a par do seu desuso na jurisprudência do STJ, há de ser formal e definitivamente declarado inaplicável no sistema recursal daquela Suprema Corte da Federação.

³⁸⁸ Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Francisco Mitidiero, *Ação Rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: RT, 2017, p. 198.

³⁸⁹ Daniel Mitidiero, Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação/Das Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013, p. 66.

³⁹⁰ Luiz Guilherme Marinoni, *A zona de penumbra entre o STJ e o STF*. A função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário. São Paulo: RT, 2019.

REFERÊNCIAS

- Arruda Alvim, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2001.
- Calamandrei, Piero. *La Casación Civil*, [Traducción de Santiago Santis Melendo]. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2007 (III Tomos).
- Chiassoni, Pierluigi. *Técnica da interpretação jurídica: breviário para juristas* [tradução de Daniel Mitidiero et alli]. São Paulo: RT, 2020.
- Chiassoni, Pierluigi. *Hacia un realismo pragmático, 'in'* El problema del significado jurídico. Cidade do México: Fontamara, 2019.
- García Amado, J. A. *Razonamiento jurídico y argumentación*. León: Eolas ediciones, 2013.
- Guastini, Riccardo. *Filosofia del diritto positivo*. Lezioni [a cura de Vito Velluzzi]. Torino: Giappichelli, 2017.
- Guastini, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Guastini, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.
- Guastini, Riccardo. *Saggi scettici sull'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2017.
- Guastini, Riccardo. *Interpretación y construcción jurídica, in:* Isonomia, nº 43, octubre 2015.
- Guastini, Riccardo. *Lecciones de Teoría del Derecho y del Estado*. Lima: Communitas, 2010.
- Guastini, Riccardo. *Il diritto come linguaggio: lezioni*. 2a. ed. Torino: Giappichelli, 2006.
- Guastini, Riccardo. *Interpretar e Argumentar*. BH: D'Plácido, 2019.
- Hart, H. L.A. *O conceito de direito*. 2a. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- Kelsen, Hans. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, [Traduzione di Renato Treves, titolo originale *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik.*]. Torino: Einaudi, 1952.
- Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006 [ed. 1960].
- Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Ação Rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: RT, 2017.
- Marinoni, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. Compreensão do Sistema Processual da Corte Suprema. 4a. ed., São Paulo: RT, 2020.
- Marinoni, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF*. A função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário. São Paulo: RT, 2019.
- Mitidiero, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. Do Controle à Interpretação/Da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013.
- Oteiza, Eduardo (coord). *Cortes Supremas. Funciones y Recursos Extraordinarios*. Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni Editores, 2011
- Tarufo, Michele. *Il fatto e l'interpretazione, "in"* Ensaios sobre o processo civil [org. Darci Guimarães Ribeiro], Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- Tarufo, Michele. *El vértice ambiguo*. Ensayos sobre la Casación civil. Lima: Palestra, 2006.
- Wróblewski, Józef. *Sentido y hecho en el derecho*, Fontamara, 2008.
- Zaneti Jr., Hermes. *A constitucionalização do processo*, 2.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NOS CONTRATOS CIVIS E EMPRESARIAIS - LIMITES À LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA N. 13.874/19

Andrea Fabiane Groth Busato³⁹¹

INTRODUÇÃO

A Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874), de 20 de setembro de 2019, cujo propósito é o de estabelecer garantias de livre mercado e estatuir sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador nas relações econômicas, trouxe alterações importantes em diversas disposições do Código Civil, sobretudo, nos artigos que tratam dos princípios sociais dos contratos, quais sejam: função social do contrato, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual.

Tais alterações foram vistas, por parte da doutrina, como uma tentativa de resgatar o modelo moderno de contrato, o que seria incongruente com a teoria do contrato na contemporaneidade e com a própria Constituição Federal, cujas normas/princípios informam não apenas o direito público, mas também todo o direito privado.

Diante dessa tentativa de mitigação dos princípios sociais dos contratos, este trabalho buscará demonstrar que o Princípio da Fraternidade impõe limites à nova Lei 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica), que não pode ser instrumento para diminuir o alcance dos princípios contratuais da Função Social do Contrato, Boa-fé e Equilíbrio Contratual, eis que sua interpretação e aplicação, uma vez que ocupa a categoria de norma infraconstitucional, encontra limites no texto constitucional.

Para tanto, este trabalho buscará, primeiro, examinar a natureza jurídica do Princípio da Fraternidade, bem como delinear seu conteúdo. Então, buscará revelar a identidade do Princípio da Fraternidade com os Princípios da Função Social do Contrato, da Boa-fé e do Equilíbrio Contratual, com vistas à interpretação à integração e à concretização destes princípios sociais dos contratos. Por fim, indagará a limitação e a inconstitucionalidade parcial da modificação/inclusão no Código Civil, nos artigos 113, 421, parágrafo único e 421-A, perpetrada pela lei 13.87/19, Lei da Liberdade Econômica, posto que visa limitar princípios que decorrem da sistemática constitucional, identificando a prevalência do Princípio Constitucional da Fraternidade sobre o Princípio da Livre Iniciativa.

1 A FRATERNIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, que em seu artigo 1º, assim dispõe: “Todas as pessoas são dotadas de razão e consciência e

³⁹¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania na Unicuritiba, Pós Graduação “latu sensu” em Direito Processual Civil pelo IBEJ e pela Escola da Magistratura do Paraná, Juíza de Direito em Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: 140.fabianebusato@gmail.com.

devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Segundo o Min. Fachin, a origem, ou seja, o reconhecimento normativo da fraternidade como valor universal, pode ter surgido neste momento³⁹².

O vocábulo fraternidade emerge no preâmbulo da Carta Magna, que assevera: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constitucional da República Federativa do Brasil.”

Dessume-se do artigo “A Sociedade Fraterna e o Princípio da Fraternidade”³⁹³ que a fraternidade é um Princípio Constitucional de terceira dimensão, metaindividual e difuso, de eficácia plena e aplicação direta, cujos valores que o informam estão presentes no introito da Constituição de 1988, quais sejam, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, e constam no artigo 3º da Carta Magna de 1988, no título dos Direitos Fundamentais, quais sejam, I - construção de uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Cuida-se de Princípio, em razão de não se tratar de uma simples norma primária de conduta, de fatos e consequências, mas de norma (Princípio também é norma) de gradação diferenciada, que cria condições para o desenvolvimento de algo (otimização), com várias formas de concretização, tendo o Princípio força interpretativa, integrativa e normativa cogente, tanto de forma vertical (pelo próprio Estado) como horizontal (entre particulares).

O Ministro do STJ, Reynaldo Soares da Fonseca, no artigo “O Princípio jurídico da fraternidade na jurisprudência do STF e do STJ”³⁹⁴, preceitua, conforme os seguintes excertos, a necessidade da aplicação do Princípio da Fraternidade com vistas a se construir uma sociedade fulcrada no constitucionalismo fraternal:

³⁹² FACHIN, Luiz Edson. De Fraternidade Falando. *In*: Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, mar./abr. 2017, v. 6, n. 58, p. 14.

³⁹³ PEREIRA, Thiago Rodrigues; SAYEG, Ricardo; NEVES, Luciana Sabbatine. A sociedade fraterna e o princípio da fraternidade. Curitiba: *In*: Revista Jurídica Unicuritiba, v. 05, n. 62, 2020, p. 28-55.

³⁹⁴ SOARES DA FONSECA, Reynaldo. O Princípio jurídico da fraternidade na jurisprudência do STF e do STJ. *In*: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; JABORANDY, Clara Cardoso. Machado; BARZOTTO, Luciane Cardoso. Direito e fraternidade: em busca de concretização. Aracaju: EDUNIT, 2018.

“As experiências históricas de realização da igualdade à custa da liberdade (totalitarismo) ou do sacrifício da igualdade (de oportunidades, inclusive) em nome da liberdade (sentido especialmente econômico: mercado) revelam o desastre de uma tentativa de transformação social não alicerçada na fraternidade. [...] Nesse diapasão, o constitucionalismo moderno pátrio ultrapassa o liberalismo (constitucionalismo liberal – dimensão política) e a social democracia (constitucionalismo social – dimensão social), enveredando pelo chamado constitucionalismo fraternal (ou altruístico). Resgata-se, pois, o Direito Natural, com raiz no humanismo cristão, segundo Nalini e como “virtude da cidadania, que supera as fronteiras da pátria ou da nação (cidadania interna), numa perspectiva universal da pessoa humana (cidadania global). (...) Assim, precisamos de um Sistema de Justiça eficiente e célere, que acompanhe as transformações sociais, mas que, ao mesmo tempo, garanta os direitos humanos fundamentais, propiciando sempre a abertura para uma sociedade fraterna. (...) Efetivamente, a Carta Política de 1988 consagrou a fraternidade como categoria jurídica³⁹⁵. Logo, cabe aos operadores do Direito dar aplicabilidade e eficácia, tornando-a força viva e não objeto de decoração ou de mera promessa. Os exemplos do constitucionalismo fraternal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já existem e merecem destaque [...]”.

Destarte, o Princípio da Fraternidade é o amálgama que une todos os demais princípios contidos no ordenamento jurídico, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais, conciliando princípios que à primeira vista se revelam antagônicos, estabilizando as diferenças existentes na sociedade, a fim de consolidar a paz, a justiça social, a liberdade, a igualdade, a livre iniciativa, dentre tantos valores que a fraternidade inspira. É a fraternidade que dá a liga necessária para a consecução dos objetivos de justiça e, portanto, deve ser o vetor interpretativo e integrativo do direito privado, que é a mola motora da construção de uma ordem econômica livre, justa e solidária.

Daí se deduz que os Princípios elencados nos incisos artigo do 170 da Constituição Federal³⁹⁶, que tratam da Ordem Econômica e Financeira, têm imbricamento lógico com o Princípio da Fraternidade, com ele não podendo conflitar.

³⁹⁵ “O Direito Fraternal, conquanto já aplicado pelo Judiciário, como se vê das decisões do STF, no seu estado atual, não pode ser visto como um mero ponto de vista, nem mesmo como um parâmetro de abordagem de determinados temas especiais ou como mesmo uma metateoria. É prudente que se passe a tratá-lo como paradigma, um vetor hermenêutico de julgamento”. FACHIN, Luiz Edson. Op. Cit., p. 17.

³⁹⁶ 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; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Com vistas a esta motriz, a integração e interpretação do ordenamento jurídico, deve-se ter em mente que todo e qualquer contrato, seja ele civil ou empresarial, deve respeitar a convivência em comunidade, o bem-estar social, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a solidariedade etc. Qualquer regra que com estes valores se oponha, ou qualquer interpretação diversa que se tenha, é eivada de inconstitucionalidade.

O Princípio da Fraternidade é um meta-princípio, é um feixe de valores que ilumina todos os demais princípios e normas do ordenamento jurídico, sejam eles de direito público ou privado. O direito privado não está alheio às normas de direito público, pelo contrário, não pode com elas conflitar, sendo as relações privadas regidas tanto pelas regras privatistas como pelas regras publicistas.

O Supremo Tribunal Federal, no emblemático RE n. 201.819, consolidou entendimento de que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares”³⁹⁷.

Ainda, o voto da relatora Min. Carmen Lúcia, na ADI 2649³⁹⁸, assevera que:

“Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”¹.

E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva³⁹⁹ que:

“O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. “Assegurar” tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu “exercício”. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de “assegurar”, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico [...]”.

A afirmação da fraternidade na Constituição Federal de 1988 revela a sua diferenciação com as constituições liberais, que prestigiavam os direitos fundamentais de primeira geração, concernentes à liberdade individual e focando nas obrigações de não-fazer do Estado, posto que a autonomia das pessoas, principalmente no que se refere às atividades econômicas era o principal destaque.

³⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201.819, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie. DJ: 11 out. 2005

³⁹⁸ BRASIL, STF. ADI 2649. Rel. Min. Carmen Lúcia. DJ: 08 mai. 2008.

³⁹⁹ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. Malheiros, 2006, p. 22-46

2 OS PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS

O Código Civil de 2002, observando este processo de evolução e imbuído dos mesmos valores contidos na Constituição Federal, consagrou os Princípios Sociais do Contrato, com a finalidade de se obter a justiça social, tão almejada pelos constituintes originários de 1988.

Os princípios sociais do contrato, quais sejam, Função Social do Contrato (art. 421 do CC⁴⁰⁰), Boa-fé (arts. 113, 187 e 422⁴⁰¹ do CC) e Princípio do Equilíbrio Contratual ou da Equivalência Material (arts. 317 e 478 a 480 do CC – Teoria da Imprevisão; art. 156 CC – instituto do estado de perigo; art. 157 do CC – instituto da lesão), têm conceitos abertos que devem ser integrados pelas normas/princípios constitucionais. Na verdade, seu conteúdo é embasado nos valores e princípios constitucionais, pois reproduzem-se os mesmos valores na seara infraconstitucional para o fim de reforçar a mensagem, o objetivo constitucional.

Porém, a Lei da Liberdade Econômica, ignorando todo este contexto, nas palavras de Paulo Nalin, Mariana Barsaglia Pimentel, Vitor Ottoboni Pavan, “tentou reviver um caquético neoliberalismo, o que se extrai da ementa do diploma normativo na qual consta que a LLE ‘estabelece garantias de livre mercado’”⁴⁰². Assim, seria possível afirmar que a lei reestabelece um modelo contratual não só inadequado à contemporaneidade, mas absolutamente incompatível com a Constituição Federal, qual seja, o retorno ao modelo moderno de contrato.

Aduzem os articulistas também que ao vincular as relações interprivadas aos princípios fundamentais, a solidariedade constitucional passa a exercer importante influência sobre o contrato. Simultaneamente, os princípios constitucionais contemporâneos não apartam da livre iniciativa e da liberdade o papel destacado na doutrina dos contratos. O desafio é, dessa forma, chegar a uma definição de contrato que concilie solidariedade e mercado. Reconhecer a atuação dos princípios constitucionais sobre o contrato não significa estabelecer um dirigismo contratual ilimitado, mas significa funcionalizar o contrato segundo os princípios constitucionais, admitindo que na hierarquia dos valores, a pessoa humana prevalece sobre o interesse econômico⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (modificado pela Lei 13.874, de 2019).

⁴⁰¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴⁰² NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana B.; PAVAN, Vitor Ottoboni. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: análise das alterações promovida pela Lei 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. *In: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 25, jul/set 2020, p. 334.

⁴⁰³ NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana B.; PAVAN, Vitor Ottoboni. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: análise das alterações promovida pela Lei 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. *In: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 25, jul/set 2020, p. 336.

Nesta perspectiva, irá se conceituar os Princípios Sociais do Contrato, estabelecendo sua vinculação com os Princípios Constitucionais, mormente com o Princípio da Fraternidade, considerado como meta-princípio, condutor e amálgama da sociedade fraterna enunciada pela Carta Constitucional de 1988.

2.1 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Prevê o artigo 421 do CC que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Ou seja, declara que as partes são livres para contratar (Princípio da Autonomia Privada), porém encontram limitação no Princípio da Função Social dos Contratos, que revela a função solidarista, em que o contrato deixa de ser operação de interesse exclusivo dos contraentes, e passa a interessar a toda a sociedade.

Para Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira, há uma corrente doutrinária que defende que a função social do contrato seja fonte de deveres jurídico, sendo informada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV), da igualdade substancial (art. 3º, III); e da solidariedade social (art. 3º, I). Então, a função social impõe às partes o dever de buscar, junto com seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes alcançados pelo contrato⁴⁰⁴.

Por outro lado, em razão dos princípios constitucionais que a informam, a função social se transforma em fundamento e limite interno que precisa o conteúdo da liberdade de contratar na relação jurídica em que está inserido. Consequentemente, nos termos do art. 421 do Código Civil, toda situação jurídica patrimonial, incorporada à relação contratual, deve ser reputada originariamente justificada e sistematizada em virtude de sua função social, que impõe aos contratantes a obrigação de buscar, juntamente com os seus interesses privados, interesses extracontratuais considerados socialmente relevantes pelo legislador, sob pena da não tutela do exercício da liberdade de contratar⁴⁰⁵.

Assim, o Princípio da Função Social do Contrato, que tem por fundamento a relação dos contratantes entre si e com a sociedade, ante a sua produção de efeitos perante terceiros, visando que as partes envolvidas numa relação contratual convivam num clima de cooperação e humanização, no sentido de não causar danos uma à outra e também para a sociedade, é decorrência lógica do Princípio da Fraternidade, não podendo ser mitigado por legislação infraconstitucional, dada a sua raiz constitucional.

Na tentativa de mitigar o princípio da função social, o legislador modificou a locução “liberdade de contratar” por “liberdade contratual”,

⁴⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do Direito Civil, v. 3: Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 110.

⁴⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do Direito Civil, v. 3: Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 112.

o que não vislumbro revele qualquer conteúdo efetivo de modificação. Mas supondo-se que algum intérprete acredite que a mudança transfigurou a função social, não mais impondo que as avenças tenham, além do limite, a razão de contratar fundada na função social do contrato, deve-se observar que o Princípio da Fraternidade informa e integra o conteúdo da função social do contrato, impondo-se que os contratos sejam firmados com a finalidade de construção de uma sociedade fraterna, ou seja, a fraternidade/a função social não revelam tão somente limites ao contrato, mas a sua própria razão de existir, posto que como acima explicitado a construção de uma sociedade justa e solidária não é mister exclusivo do poder público, mas também o é da iniciativa privada.

Na novidade do parágrafo único do artigo 421 do CC⁴⁰⁶, inserida pela Lei 113.874/19, o legislador foi além e incluiu um novo “Princípio” de direito civil, o Princípio da Intervenção Mínima nas relações contratuais privadas, e excepcionalizou a revisão contratual nesta mesma categoria de relação.

Este “princípio”⁴⁰⁷ não encontra qualquer simetria, compatibilidade com os Princípios Constitucionais informadores do ordenamento jurídico. É um estranho, que revela desarmonia com toda a construção legislativa iniciada com a Carta Magna de 1988.

Assim, como inexistente na estrutura, no arcabouço nosso ordenamento jurídico, elementos que possam levar à constatação de que as relações jurídicas privadas devem ser minimamente limitadas e de que nas relações privadas não ponderam os valores sociais na sua formação, este “Princípio” não revela qualquer força normativa quando confrontado com Princípios Constitucionais, como o da Fraternidade.

O legislador quis retroagir ao estado liberal, ignorando o estado social e também e recém-inaugurado estado fraternal, na contramão da história e da evolução social. Para os referidos autores:

“As alterações promovidas nos arts. 113 e 421 do Código Civil e a inserção do art.421-A, no mesmo código, a priori, seriam tentativas de afastar a intervenção do Estado nas relações privadas,

⁴⁰⁶ Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

⁴⁰⁷ Para Nalin, Pimentel e Pavan, mesmo antes da pandemia da Covid-19, a doutrina já criticava o dispositivo legal, sinalizando a inexistência de um princípio da intervenção mínima estatal e a ineficiência da previsão da excepcionalidade da revisão contratual. Com espeque em Anderson Schreiber, sustentam que não existe um princípio da intervenção mínima no direito brasileiro, sendo fundamental a atuação do Estado nas relações contratuais, seja para que se observe a força vinculante dos contratos, seja para que se garanta a incidência das normas jurídicas às relações contratuais, sobretudo das normas constitucionais. Ainda, os autores aduzem que a Lei nº 13.874/1 parece ter sido imbuída de uma ideia de que o Estado é inimigo da liberdade de contratar, quando, na verdade, a presença do Estado mostra-se necessária para asseverar o exercício da referida liberdade. NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana B.; PAVAN, Vitor Ottoboni. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: análise das alterações promovida pela Lei 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. *In: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 25, jul/set 2020, p. 336.

favorecendo a autonomia da vontade e a livre iniciativa. Ocorre que no sistema jurídico constitucional as normas devem estar orientadas conforme os princípios constitucionais, de forma que as alterações trazidas pela LLA “não são suficientes para alterar o sentido constitucional da ordem econômica prevista no artigo 170 e seguintes da CF/88”. É de se verificar que a ordem econômica estabelecida no art. 170 da Constituição submete os interesses privados-patrimoniais à função social, isto é, congregando aspectos da ideologia liberal com outros sociais-democráticos que se realizam no Estado Democrático de Direito. A Lei da Liberdade Econômica “contém declarações de natureza político-ideológica que se afastam da arquitetura constitucional, que, por sua vez, congrega essas distintas vertentes da ordem econômica”.⁴⁰⁸

2.2 A BOA-FÉ OBJETIVA

O Princípio da Boa-fé, por sua vez, vem impor aos contratantes o dever de agir tanto na execução como na conclusão do contrato com ética, correção e dignidade, sempre conforme os bons costumes, a honestidade e a lealdade, encontra positivação no artigo 422 do Código Civil; e, o artigo 113 do mesmo *codex*, afirma que a interpretação dos negócios jurídicos deve ser realizada de acordo com a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração e a alteração promovida pela Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/19) disciplina as regras hermenêuticas do Princípio da Boa-fé.

Miguel Reale conceituou a boa-fé objetiva⁴⁰⁹ como:

“[...] uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, “a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de ‘honestidade pública’.”

⁴⁰⁸ NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana B.; PAVAN, Vitor Ottoboni. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: análise das alterações promovida pela Lei 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. *In*: Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil. Belo Horizonte, v. 25, jul/set 2020, p. 331-332).

⁴⁰⁹ A nomenclatura que o Princípio da Boa-fé recebe não é unívoca. Por vezes, é denominada “boa-fé objetiva”, “boa-fé obrigacional” ou, ainda, “boa-fé contratual”. É importante ressaltar ainda a boa-fé referenciada neste trabalho é a boa-fé princípio, que difere daquela boa-fé estado – ou subjetiva –, a qual denota a situação jurídica em que um indivíduo acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, pois, tal direito só existe na aparência. A boa-fé princípio é tida como uma regra de conduta, que estipula o dever de agir de acordo com determinados padrões de correção, lisura, honestidade, de modo a não frustrar a legítima expectativa despertada na contraparte. NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132.

Como se pode notar, o Princípio da Boa-fé também tem origem constitucional⁴¹⁰, guardando consonância com o Princípio da Fraternidade, que como já ressaltado, revela axiomas que norteiam a sociedade e seus integrantes para a construção de relações honestas, justas, probas e eivadas de correção e dignidade.

Nalin, Pimentel e Pavan, no artigo já referenciado, abordam a origem constitucional do Princípio da Boa-fé, especificando a solidariedade como sua raiz, porém como já afirmamos, a fraternidade transborda a solidariedade, é muito mais ampla, revela um vetor de outros princípios, além de constituir um “amálgama” entre princípios que à primeira vista conflitam, *in verbis*:

“Em uma visão constitucional do direito civil dois princípios incidirão especialmente sob o contrato para os fins da presente análise: igualdade e solidariedade. A igualdade virá a refletir na equidade contratual enquanto modelo de justiça comutativo. A solidariedade constitucional contratual aproxima-se com a boa-fé objetiva, tanto no seu aspecto de criadora de deveres laterais para as partes, quanto de cânone interpretativo. A solidariedade “localiza-se anteriormente e é pressuposto do princípio da boa-fé contratual; como se disse, é verdadeiro cânone absoluto assentado na Constituição”. A boa-fé em sua dimensão objetiva “encerra o circuito da atual justiça contratual [...] sendo o dado mais claro da afirmação do desejo constitucional de um contrato solidário e socialmente justo”.

Com vistas ao afirmado, constata-se a necessidade de se verificar se as alterações do artigo 113 do Código Civil⁴¹¹, perpetradas pela Lei da Liberdade Econômica revelam alguma inconstitucionalidade.

Num primeiro momento, não se constata qualquer inconstitucionalidade, porém se o leitor não tiver em mente que o Princípio da boa-fé não pode se divorciar do Princípio da Fraternidade, da Solidariedade, optando pela preponderância do

⁴¹⁰ Antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, Teresa Negreiros já arrematava a incidência da boa-fé por meio dos princípios constitucionais. NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁴¹¹ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) III - corresponder à boa-fé; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

Princípio da Autonomia da Vontade, sem verificar que o valor preponderante contido na Carta Magna é o ser humano, a interpretação pode conter vícios.

Mesmo que as partes concordem com uma avença que no seu conteúdo revele falta de fraternidade entre os contraentes; e, ainda, traga condições de interpretação que também demonstrem a ausência do princípio, a nulidade decorrente da ilicitude do conteúdo do contrato é evidente.

Se houver sucumbência de uma das partes à negociação injusta, por motivos dos mais variados que não vamos destacar aqui, o Princípio da Solidariedade e os demais Princípios Constitucionais que lhe são decorrentes, impedem qualquer tentativa infraconstitucional de primazia absoluta da autonomia da vontade das partes.

Na análise do art. 113 do Código Civil, especificamente dos parágrafos adicionados pela Lei da Liberdade Econômica, os incisos inseridos no parágrafo 1º do art. 113 não são grande inovação para o direito civil. O §1º determina que “A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: [...]”. Tal interpretação deve sempre se pautar, nos termos do caput, pela boa-fé que “na função hermenêutica [...] permite apreender os interesses das partes em vista dos esquemas socialmente normais e regulares, contrastando-os com a eventual singularidade do ato de autonomia privada”⁴¹².

A adoção da boa-fé como ferramenta interpretativa, independentemente de qual das situações previstas no §1º do art. 113 do Código Civil estiver em vigor, permite ao intérprete manter uma linha de coerência no curso da obrigação, de acordo com uma conduta legal, de probidade, cooperativa com a contraparte, levando-se em conta os fins visados pelo negócio e das expectativas legitimamente despertadas, sem deixar de se observar as premissas da aplicação do direito civil constitucional, especialmente quanto à centralidade do indivíduo no topo axiológico unificador do sistema⁴¹³.

O inciso I recebeu a seguinte redação “for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio”. Essa diretriz, no entanto, já era reconhecida pela doutrina, que afirma que a melhor interpretação de um contrato é a conduta das partes⁴¹⁴.

⁴¹² NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana B.; PAVAN, Vitor Ottoboni. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: análise das alterações promovida pela Lei 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. *In*: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v. 25, jul/set 2020, p. 347.

⁴¹³ NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana B.; PAVAN, Vitor Ottoboni. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: análise das alterações promovida pela Lei 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. *In*: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v. 25, jul/set 2020, p. 348.

⁴¹⁴ Sobre a função interpretativa da boa-fé, Judith Martins-Costa entende que na atividade hermenêutica de interpretação do contrato, é necessário interpretá-lo levando-se em conta o seu

O inc. III, por sua vez, “é pleonástico”. A boa-fé serve de diretriz não só nesse caso do processo de interpretação e integração do contrato, mas em qualquer hipótese, uma vez que ela é um elemento que, junto a outros, estrutura o contrato e informa o seu conteúdo. As referências aos “aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio” também não são novidade alguma. Afinal, o próprio caput do art. 113 do Código Civil em sua redação original trazia os “usos do lugar de sua celebração” que “trata-se de regras observadas de modo uniforme, público e constante pelas pessoas de uma mesma localidade, e por elas consideradas juridicamente obrigatórias para, na falta da lei, regularem determinados negócios”⁴¹⁵.

Frisa-se, uma vez mais, que a leitura da lei não pode ser separada da Constituição, e os princípios constitucionais servirão como filtros de validade de referidos usos. Ainda, quando menciona o termo “mercado” ou “racionalidade econômica”, a supracitada lei não tem o condão de afastar, de maneira nenhuma, a ideia de que a livre iniciativa econômica esteja submetida aos valores constitucionais, posto que a Constituição vinculou o exercício das situações patrimoniais à realização de valores sociais, de maneira que o ter e o ser coexistem dentro do projeto de sociedade planejada pela Constituição da República em uma relação de funcionalização do ter ao ser. Ainda, os autores⁴¹⁶ relembram que:

[...] a interpretação dos negócios jurídicos deve ser realizada à luz da legalidade constitucional vigente, de forma que, mesmo por uma lógica ordenação hierárquica-normativa, é o conteúdo da lei infraconstitucional que deve adequar-se axiologicamente à Constituição e não o contrário. Assim, como expressão do princípio da solidariedade constitucional, o princípio da boa-fé deve anteceder e permear toda e qualquer operação de interpretação, integração ou preenchimento de lacunas nos negócios jurídicos, isto é, inclusive nos contratos. A boa-fé objetiva atingiu maturidade operacional no direito obrigacional brasileiro

texto, as declarações das partes – incluindo suas condutas praticadas no curso contratual –, bem como aquilo que “[...] determinam os comandos legais e, eventualmente, o que indicam os textos e condutas paracontratuais, tudo segundo as regras jurídicas interpretativas e cânones de interpretação assentados nas fontes hermenêuticas e/ou no próprio texto contratual”. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 561.

⁴¹⁵ NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana B.; PAVAN, Vitor Ottoboni. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: análise das alterações promovida pela Lei 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. *In*: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v. 25, jul/set 2020, p. 349.

⁴¹⁶ NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana B.; PAVAN, Vitor Ottoboni. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: análise das alterações promovida pela Lei 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. *In*: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v. 25, jul/set 2020, p. 350).

e deve, neste momento de incertezas, ser aplicada com guia interpretativo dos contratos privados atingidos pela pandemia.

Portanto, podemos inferir que as alterações do artigo 113 do CC, serviram apenas como regras de hermenêutica do Princípio da Boa-fé, sem em qualquer momento se olvidar a aplicação do Princípio da Fraternidade.

2.3 O EQUILÍBRIO CONTRATUAL

Outro princípio social, o Princípio do Equilíbrio Contratual, busca harmonizar os interesses das partes envolvidas, e realizar o equilíbrio real das prestações em todo o processo obrigacional. O referido princípio é manifestação da busca da efetiva igualdade entre as partes na relação contratual. Quando a igualdade jurídico-formal característica da concepção liberal se mostrou insuficiente para garantir o equilíbrio das prestações nos contratos, esse princípio passou a ter grande importância na teoria geral dos contratos. Esse princípio relativiza o princípio clássico do *pacta sunt servanda*, que determina que, estabelecidas as condições do acordo, essas possuem força obrigatória e devem ser cumpridas a qualquer custo, independentemente da realidade fática. Isso porque com o reconhecimento de que a simples igualdade formal não basta para se alcançar a justiça contratual, foi preciso levar em consideração as condições reais para a execução do contrato realizado. Assim, o contrato continua obrigatório, mas à medida que se mantenha dentro dos limites de equilíbrio entre as prestações.

Também constato raízes constitucionais no referido princípio, posto que proclama a igualdade material e fraterna, como preceituado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca em excerto acima transcrito. A igualdade sem olvidar a liberdade (totalitarismo) e a liberdade contratual sem olvidar a igualdade.

E, é importante destacar que apesar de não constar uma regra normativa própria, ele não se limita à exegese dos institutos da lesão, revisão judicial ou resolução por onerosidade excessiva, o Princípio do Equilíbrio é autônomo e informa todo o sistema contratual

É relevante observar que, independentemente de o Princípio do Equilíbrio Contratual ser catalogado como princípio ou subprincípio, a sua importância normativa é crescente e indubitosa, mormente porque o contrato, na contemporaneidade, não pode servir de instrumento para ruína econômica de qualquer dos contratantes.

Conceitualmente, diz-se que o princípio do equilíbrio contratual visa à justiça contratual, à justiça material, no sentido de efetivar a livre iniciativa (o lucro) em consonância com os valores constitucionais, além de aplicável a todo e qualquer contrato, a fim de evitar o desequilíbrio excessivo do contrato.

A conexão entre o Princípio do Equilíbrio Contratual e o Princípio da Fraternidade está evidenciada na solidariedade que deve existir entre os

contratantes, evitando-se o abuso do poder econômico e buscando o equilíbrio entre as prestações contratadas, sem a qual inexistirá harmonia social, que é o escopo da sociedade fraterna.

Com vistas a aplacar a incidência do Princípio do Equilíbrio Contratual nos contratos civis e empresariais, a lei 13.874/19, além de incluir o parágrafo único ao artigo 421, conforme já explanado acima, no item função social, mas que também traz consequências para o Princípio do Equilíbrio Contratual, assim disciplinou o artigo 421-A do Código Civil de 2002⁴¹⁷.

O caput do novel art. 421-A do CC estabelece a presunção relativa de paridade dos contratos: presume-se que as partes possuem igual poder de barganha. Essa presunção é relativa, pois pode ser afastada diante da presença de elementos concretos em sentido contrário.

Esta presunção acaba por impor à parte hipossuficiente economicamente o ônus de demonstrar que não tem o mesmo poder de barganha que seu oponente, invertendo-se toda a lógica do ordenamento jurídico. Enquanto o princípio constitucional da igualdade pressupõe que se trate igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida exata de suas desigualdades, o artigo impõe justamente àquele que é desigual, inferior, o ônus de mostrar a ausência de simetria, demonstrar sua disparidade.

Veja-se que a grande maioria dos contratos civis e empresariais não envolverá tão somente gigantes, pelo contrário, na maioria das vezes são pequenas empresas firmando contratos com empresas maiores ou particulares com empresas, ou particulares entre si. E estas regras aplicam-se a todos estes contratos.

Então estaremos todos sujeitos às regras impostas pelos grandes conglomerados, pelas grandes empresas?

Flávio Tartuce, no artigo⁴¹⁸ “Lei da Liberdade Econômica: diretrizes interpretativas da nova lei e análise detalhada das mudanças no Direito Civil e nos registros públicos – parte 2”, prescreve:

“De um lado, o legislador assegurou o direito de as partes pactuarem livremente as regras de interpretação nos negócios e nos contratos e, nos casos de omissões, as regras de integração,

⁴¹⁷ Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

⁴¹⁸ TARTUCE, Flávio; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Lei da Liberdade Econômica: diretrizes interpretativas da nova lei e análise detalhada das mudanças no Direito Civil e nos registros públicos – parte 2. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/09/25/mudancas-no-direito-civil-ile/>. Acesso em: 25 jun. 2021

ainda que contrariamente às previstas em lei (arts. 113, § 2º, e 421-A, § 1º, CC). Por exemplo, poderiam as partes pactuar que, no caso de dúvida interpretativa, prevaleceria aquela mais lucrativa economicamente para uma das partes. Poderiam, até mesmo, num exemplo cerebrino, pactuar que, havendo dúvidas interpretativas, as partes decidirão com base na sorte (como por meio do jogo da “cara ou coroa”) a interpretação a prevalecer”.

Esta conclusão do autor não demonstra qualquer harmonia com o Princípio da Fraternidade; e, não se coaduna com o que aqui se quer demonstrar.

As regras de interpretação, integração e, também, para a revisão ou resolução do contrato não podem jamais desbordar a constituição, os vetores que a informam. As partes não podem afastar as normas de ordem pública, pelo que o valor justiça, nela incluída a justiça contratual (decorrentes do Princípio da Fraternidade), não pode ser escanteado, permitindo prestações iníquas, mais lucrativas para uma das partes, ou como na situação trazida por Tartuce, interpretar o contrato conforme o jogo de azar cara ou coroa.

Assim, os incisos I e II do artigo 421-A do CC jamais poderão resvalar em qualquer axioma previsto na Constituição Federal e informador do Princípio da Fraternidade, tais como bem-estar social, justiça, solidariedade etc.

O inciso III do artigo 421-A disciplina que a revisão contratual deve ser excepcional e limitada, mas omite quais são os limites desta excepcionalidade/limitação.

É claro que não pode ser o Princípio da Autonomia Contratual, apesar de acreditar que foi exatamente esta a intenção do legislador. Qualquer limitação na revisão contratual tem que ser analisada à luz da CF/88. Parece, então, que o legislador não terá como impedir a possibilidade de revisão contratual.

A tentativa de mitigação revela a angústia do agonizante Estado Liberal, já ultrapassado e não mais amparado pelas constituições modernas. Os valores da Constituição Federal de 1988, dentre os quais a fraternidade, não sucumbem a tentativas legislativas que não são por eles informadas. A norma infraconstitucional não pode desacordar com o todo, ou seja, com o ordenamento jurídico.

Não se alegue que os contratos civis e empresariais pressupõem igualdade de forças, equilíbrio, porque sabemos da impossibilidade fática desta premissa. Pequenas e médias empresas não podem ser equiparadas a grandes grupos financeiros.

No resto do mundo, a fraternidade já ganhou destaque em face das atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial.

No momento atual, em que enfrentamos uma pandemia dizimadora, volta ao palco, agora também no Brasil, o valor/princípio trazido pela Carta Magna,

sendo necessário que nos debrucemos sobre o tema, com vistas a evitar que a sociedade se torne terreno estéril, árido, de difícil ou impossível sobrevivência.

Para isto as soluções para os conflitos entre direitos fundamentais devem ter em mente o Princípio da Fraternidade.

E este princípio não permite que se criem igualdades artificiais como a propalada pela Lei da Liberdade Contratual, qual seja, “Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos”, dentre outras.

CONCLUSÃO

A despeito da modificação legislativa do Código Civil, através da Lei de Liberdade Econômica 13.874/19, com a inserção do parágrafo único do artigo 421 e do artigo 421-A, e a inserção dos parágrafos 1º. e 2º. ao artigo 113, os Princípios da Função Social, da Boa-fé Contratual e do Equilíbrio dos contratos civis e mercantis permanecem hígidos, sem limitações, na medida em que a Fraternidade, Princípio Constitucional que informa todo o ordenamento jurídico, impede qualquer tentativa de mitigação dos princípios sociais dos contratos. Em que pese o retrocesso civilizatório e aplicação isolada do Princípio da Autonomia da Vontade, baseado na autodeterminação de regulação de interesses, os Princípios Sociais do Contrato devem prevalecer, visto que informados pelo valor axiológico constitucional “fraternidade”, que se sobreleva ante a investida de preponderância de determinados indivíduos ou grupos sobre os demais.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 2649. Rel. Min. Carmen Lúcia. DJ: 08 mai. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201.819, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie. DJ: 11 out. 2005.
- BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. Da Fraternidade Falando. *In: Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, mar./abr. 2017, v. 6, n. 58, p. 11-18.
- GOMES, Daniela Vasconcellos. Função Social do Contrato e da Empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo. *In: Revista Desenvolvimento Em Questão*, v. 4, n. 7, 2006, p. 127-152.
- NALIN, Paulo. Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2008.
- NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana B.; PAVAN, Vitor Ottoboni. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: análise das alterações promovida pela Lei 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. *In: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 25, jul/set 2020.
- NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PEREIRA, Thiago Rodrigues; SAYEG, Ricardo; NEVES, Luciana Sabbatine. A sociedade fraterna e o princípio da fraternidade. Curitiba: *In: Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 05, n. 62, 2020, p. 28-55.
- REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- SOARES DA FONSECA, Reynaldo. O Princípio jurídico da fraternidade na jurisprudência do STF e do STJ. *In: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; JABORANDY, Clara Cardoso. Machado; BARZOTTO, Luciane Cardoso. Direito e fraternidade: em busca de concretização*. Aracaju: EDUNIT, 2018.
- TARTUCE, Flávio; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Lei da Liberdade Econômica: diretrizes interpretativas da nova lei e análise detalhada das mudanças no Direito Civil e nos registros públicos – parte 2. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/09/25/mudancas-no-direito-civil-ile/>. Acesso em: 25 jun. 2021.
- TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do Direito Civil, v. 3: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2021
- TJ-DFT, Acórdão nº. 1334735, 07224173320208070001, Relator(a): Sandra Reves, 2ª Turma Cível, Julgado em: 28/04/2021, Publicado em: 05/05/2021.
- TJ-RJ, Apelação nº. 0141480-46.2009.8.19.0001, Relator(a): Des. Gilberto Campista Guarino, Publicado em: 10/12/2020
- TJ-MS. Apelação Cível n. 0821236-69.2017.8.12.0001, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Alexandre Bastos, julgado em: 02/11/2020, Publicado em: 04/11/2020.
- VILLAÇA, Wagner F. M. Vilaça; REISSINGER, Simone. O Conceito Jurídico da Fraternidade impresso na função social dos Contratos. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, v. 1, n. 1, 2015.

A ESCUTA COMO CONDIÇÃO DE CONHECER E AGIR NOS DIFERENTES ESPAÇOS DO JUDICIÁRIO

Rodrigo Rodrigues Dias⁴¹⁹, Angela Regina Urio Liston⁴²⁰

INTRODUÇÃO

Ao escrever-se sobre o tema da Escuta nos diferentes espaços do Sistema de Justiça, muito mais do que conjecturas, a proposta aqui apresentada se desvela como uma provocação à reflexão sobre os papéis desempenhados pelos atores do judiciário, e se constitui como um chamamento para a revisão da prática no exercício diário na defesa de direitos fundamentais. Para abordar-se o tema, optou-se por falar a partir de lugares ocupados pelos autores, conhecidos por serem campo de sua atuação, e onde as reflexões ganham espaço no cotidiano laboral.

As reflexões iniciar-se-ão pela escuta do psicólogo judiciário, seguindo-se da escuta do magistrado e dos profissionais da autocomposição, no que chamamos de escuta autocompositiva (mediadores, conciliadores e facilitadores de práticas restaurativas). Na sequência, a escuta no caso de depoimento especial de crianças e adolescentes receberá cuidado, já que há uma escuta de dois níveis: da do tipo do psicólogo e do tipo do juiz. Como se concertam essas duas escutas?

⁴¹⁹ - Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Unioeste), graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Juiz de direito titular da Vara da Infância e da Juventude e Anexos da Comarca de Toledo/PR e coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejus) da mesma Comarca, juiz coordenador da Sétima Coordenadoria da Infância e da Juventude, formador de formadores pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e professor universitário em nível de graduação e pós-graduação, junto ao Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz (FAG) e Escola da Magistratura do Paraná. E-mails: rodrigues_dias@uol.com.br; dia@tjpr.jus.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8561193699432787> ORCID:<https://orcid.org/0000-0002-8228-5040>

⁴²⁰ Psicóloga graduada pela UFSC, possui Especializações em Psicologia Clínica e Especialização em Psicologia Jurídica. Facilitadora do método internacional para treinamento de habilidades sociais e emocionais FRIENDS, e do Programa de Qualidade na Interação Familiar. Possui certificações internacionais pelo Albert Ellis Institute de Nova York. Atuou como supervisora de estágios em Psicologia Clínica e Institucional. Facilitadora de Justiça Restaurativa. Atua na equipe gestora das capacitações de entrevistadores forenses no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Atuou como consultora técnica da Escola de Servidores da Justiça Estadual. Desempenha atividade como professora universitária desde 2008. É Psicóloga Judiciária da equipe técnica da Coordenadoria da Infância e Juventude do Conselho de Supervisão dos Juízos da Infância e Juventude (CONSIJ-CIJ) do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sendo que atuava anteriormente na realização de perícias psicológicas junto as Vara Criminal, Vara de Família e Infância e Juventude integrando o NAE-Toledo/PR. E-mails: angelaliston@gmail.com / arul@tjpr.jus.br <http://lattes.cnpq.br/3143311352792044> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8054-8062>

O pressuposto da análise é a escuta como condição de aprendizado. Aprendemos sobre as pessoas e as situações por elas vividas, seus sentimentos, suas emoções e afetos. Somente assim, é possível prestar um serviço público de justiça que atenda aos usuários com sensibilidade e assertividade, recebendo suas histórias com interesse e postura de humildade, de saber que cada um é o maior expert em sua vida e suas nuances. Somente quem procura o Judiciário, imerso nos conflitos, pode dizer sobre suas idiossincrasias e vicissitudes, permitindo uma mais detalhada avaliação da situação concreta, fazendo a aplicação da lei mais densa do que uma mera subsunção.

1 A ESCUTA DO PSICÓLOGO JUDICIÁRIO

“Falar é uma necessidade, escutar é uma arte.” (Goethe)

A Psicologia tem por características uma pluralidade de concepções teóricas e uma diversidade de metodologias de trabalho. Não há uma só Psicologia e sim Psicologias, mas que guardam em comum entre si os princípios fundamentais de atuação, um modelo ético de exercício laboral e o compromisso com a coletividade e transformação social.

Diante do exposto, esclarece-se que não se trata aqui de discutir abordagens ou modelos de exercício de sua atividade, mas sim propor ao profissional de Psicologia, inserido no contexto do judiciário, a reflexão sobre sua atuação junto dos usuários, o modo como os acessa e que eles acessam o Sistema de Justiça. Ao fim e ao cabo, trata-se de um texto que procura despertar os profissionais acerca das relações estabelecidas no seu campo de trabalho, sobre o modo como acolhe ou não, que cria espaço para a expressão do outro e como se coloca diante daqueles sobre os quais dirige sua análise e avaliação.

Caracteristicamente o trabalho do psicólogo, no Judiciário, envolve principalmente a avaliação psicológica em processos das Varas de Infância e Juventude, Varas de Família e Criminais. De acordo com Cunha (2003), na avaliação psicológica, o profissional lança mão de uma série de estratégias e recursos para identificar respostas a questões-problema. Equivocadamente, alguns profissionais tratam avaliação psicológica como sinônimo de aplicação de testes psicológicos. Apesar da avaliação psicológica poder incluir o uso destes instrumentos, ela é mais abrangente que isso, pois é preciso uma compreensão psicológica mais ampla e aprofundada do fenômeno sobre o qual nos debruçamos para uma análise (ROVINSKI, 2009). Há ainda diversas especificidades da relação do psicólogo na área forense, do lugar de avaliador ou perito, com o sujeito avaliado, pois se estabelece uma triangulação que inclui o Juiz, demandante da avaliação, e a família, sujeito da ação avaliativa do psicólogo (SHINE, 2012). Não bastasse, é preciso destacar que muitos equívocos

são cometidos quando se confunde a atividade do psicólogo judiciário com a atuação do psicólogo clínico.

Por vezes, na tentativa de demarcar a diferença de ação e vínculo entre áreas de atuação, profissionais de Psicologia assumem uma posição verticalizada e sobremaneira distante das famílias atendidas. Rovinski (2009) também desperta a atenção para o fato de que muitos profissionais restringem sua avaliação e se negam a flexibilizar suas intervenções, ignorando as mudanças sociais nas dinâmicas familiares e os novos problemas que têm chegado ao judiciário. Sob o argumento de manter uma conduta técnica e ética, muitos psicólogos acabam por perceber como uma única alternativa de resposta a todos os conflitos a avaliação psicológica. Contudo, reflete-se aqui sobre a necessidade de se rever e ampliar o olhar do psicólogo sobre as demandas que emergem como problemas a serem resolvidos, enxergando não só os limites, como também as potencialidades dos indivíduos e suas famílias responderem a seus conflitos e dificuldades.

Seja na avaliação, seja no desenvolvimento de outras atividades que têm surgido na área forense, como possibilidades de atuação do profissional de Psicologia, é preciso pensar sobre a forma como a Psicologia se coloca frente ao usuário do Sistema de Justiça. A atividade do psicólogo sempre perpassará pela compreensão das necessidades das pessoas que precisam de seu trabalho. O próprio laudo pericial só terá sentido se revelar o resultado da compreensão de uma dada dinâmica familiar, do modo como as pessoas vivem e percebem suas relações. É a partir de um entendimento profundo do caso que se torna possível o delineamento de ações que promovam aquela família. Rogers (2017) abordava como, por vezes, a ação de compreender tem atribuído um significado interno de risco, pois ao me colocar disponível para entender o outro, talvez eu seja instigado a mudar, e todos temos medo de mudar. Logo, talvez seja mais confortável assumir o outro como diferente, externo ao meu mundo, errado, alguém a ser punido e corrigido. Minhas convicções se manterão intactas e não estou implicado no problema.

A questão é que, todos estamos envolvidos no problema social que atendemos, e só através de uma disposição de entender o outro é que conseguiremos identificar o que ele precisa na realidade. Conforme Rogers (2017), quando estabelecemos uma relação empática, de acolhimento, o outro descobre dentro de si a capacidade de crescer, mudar e se desenvolver. Quantas vezes não é disso que se precisa nos casos acompanhados: que os pais consigam superar as próprias histórias, por vezes marcadas por traumas, e ver seus filhos em suas necessidades; que as famílias consigam romper com ciclos de violência, e dar um novo rumo para a história deles a partir daquele momento. Claro, isso não depende do profissional do Judiciário exclusivamente, mas ele compõe uma engrenagem denominada Sistema de Garantia de Direitos, que de forma articulada e integrada trabalhará para oferecer os recursos para

a superação das dificuldades que a família vivencia. Talvez não seja suficiente, mas talvez a transformação aconteça, e é preciso acreditar.

Essa compreensão começa pela abertura de canais para a comunicação, para escutar como o outro constrói seu mundo. É a partir de um espaço para o outro falar, que ele consegue revelar seu universo interno e social. Quando se acessa o significado de escutar em Psicologia, encontra-se como definição de que se trata de uma atividade essencial na terapia e no aconselhamento, que envolve prestar atenção às palavras e ações do outro, bem como às suas intenções. Outra definição relevante é de escuta ativa na qual o profissional de Psicologia escuta o cliente de forma cuidadosa e atenta, questionando de acordo com a necessidade, com o objetivo de alcançar uma compreensão da narrativa e da profundidade da emoção do cliente (APA, 2010).

Apesar dessas definições serem trazidas como atos típicos do processo terapêutico, não há como fazer Psicologia sem escutar o cliente/usuário. A escuta se apresenta talvez como o principal meio de acessar o outro, com suas particularidades dependendo do objetivo a ser alcançado, da demanda a ser atendida.

Costa e Telles (2017) abordam que o ser humano traduz o mundo que vive (interna e externamente) através da linguagem. Assim, a partir da escuta entra-se em contato com o outro e seu mundo. Conforme Amatuzzi (2011), quando se “ouve bem” a pessoa, é possível perceber como ela construiu sua história pessoal, seus sentimentos e emoções, reações e o momento que vive agora. Uma escuta qualificada envolve acolhimento, diálogo e um vínculo mínimo que permita ao outro expressar suas necessidades e seu sofrimento. Dessa forma, a escuta surge como um instrumento facilitador e transformador (COSTA & TELLES, 2017).

Rogers (2017) postulava a aceitação do outro como a chave para mudança deste. E antes que se presuma que aceitação seria um tipo de antônimo de responsabilização, esclarece-se que a aceitação é que viabiliza a assunção de responsabilidade por parte do sujeito sobre o conflito vivenciado e, por consequência, por sua resolução. Partindo desta concepção, sabe-se que posturas autoritárias, arrogantes não auxiliam o indivíduo a mudar em direção a seu potencial. Por mais que o profissional que está no Judiciário não esteja ali executando uma política (saúde, educação, assistência social), ou realizando um procedimento terapêutico, a sua função ainda guarda um sentido de cuidado do outro: cuidado com as famílias que se encontram em situação de vulnerabilidade, cuidado com crianças e adolescentes que precisam de medidas de proteção para saírem de uma situação de risco.

De acordo com Fogel et al. (1986 apud GILBERT, 2009) o ato de cuidar envolve a motivação para proteger, resgatar, apoiar e ajudar. E para cuidar do outro, é preciso ter desenvolvida a habilidade da empatia, que nos posiciona de forma

sensível em relação às necessidades do outro. O que por vezes acontece, é que o profissional assume talvez uma posição muito mais ligada ao sistema defesa-ameaça, ou mesmo se distancia dos sujeitos avaliados sob argumento da neutralidade exigida ao exercício laboral, acabando por ignorar as necessidades daquele a quem atende, se tornando incapaz de oferecer o que de fato as famílias precisam.

Tendemos a ser compassivos com aqueles que são parecidos conosco, tendo uma conduta bem diversa com aqueles que nos são estranhos ou não gostamos. Isso nos leva a processar o que ouvimos também de uma maneira menos compassiva e por vezes até culpabilizadora. O papel do profissional da equipe técnica seria julgar quem é culpado? É nossa convicção de que a resposta a tal questão é negativa. Então estaria mais próxima de uma atividade que desperta a atenção dos usuários para suas responsabilidades, deveres e também escuta as necessidades e provê meios de garantir seus direitos? Nesse sentido, ingressamos no campo jurídico muito mais como profissionais capazes de escutar e dar voz e lugar para aqueles que estejam invisibilizados ou marginalizados. Numa sociedade que ainda amadurece seu senso de coletividade e de responsabilidade compartilhada pela desigualdade e mazelas sociais, deve-se atentar o profissional de Psicologia para não ser aquele que fomenta a exclusão, mas sim aquele que dispõe de uma sensibilidade ímpar e especializada para compreender as dinâmicas e enredos familiares, e em condições de clarear caminhos possíveis de resolução dos problemas vivenciados entre os casais, pais e filhos que são atendidos.

É preciso cuidado para não confundir responsabilização com culpabilização e neutralidade científica com insensibilidade ao outro. A Psicologia é uma ciência capaz de humanizar os espaços que ocupa, e tem como seus alicerces princípios fundamentais a serem observados por todo aquele que se dispõe a desempenhar o papel de Psicólogo/a. Onde quer que esteja, seja o que for que faça, o trabalho do/a Psicólogo/a deve ser um trabalho socialmente consciente.

2 A ESCUTA DO JUIZ

“[...]Escutar é uma atividade de risco, quem quer ficar em ambiente seguro e sob controle deveria se afastar das palavras alheias” (Dunker e Thebas)

O julgador tem o dever de escuta, contudo é uma maneira mais técnica de fazê-lo. Afinal, diferentemente do psicólogo, o julgamento é o resultado fim e final de sua atividade. Na verdade, sua escuta é menos livre, uma vez que bitolada pela necessidade de subsunção à forma do Direito. O antropólogo Clifford Geertz, na obra *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology* traz importantes reflexões para pensar o Direito, quando aponta

a existência de um “medo dos fatos”. Há, diz o antropólogo, uma “explosão de fatos” a nossa volta, em relação aos quais o Direito reage com a “esterilização” desses mesmos fatos, simplificando-os para que seja possível lidar com eles (GEERTZ, 2000, local. 170, tradução nossa). Explica, ainda, que a simplificação dos fatos, a sua redução às capacidades genéricas dos guardiães da lei, ou seja, dos operadores do Direito, é, por si mesmo, um processo inevitável e necessário: não há outra forma de domar a realidade e exercer a jurisdição. O exagero dessa simplificação, no entanto, torna os fatos cada vez mais rasos à medida que crescem a complexidade empírica (cresce a sensação de complexidade empírica) e o temor a esta mesma complexidade.

Um fenômeno que vem preocupando seriamente vários dos grandes pensadores jurídicos e, até mais seriamente, a um número ainda maior de querelantes e de acusados que subitamente começam a perceber é que, seja lá o que for que o Direito busque, certamente não é a história real e completa (GEERTZ, 2000, local. 172-173, tradução nossa)⁴²¹.

A prática judiciária, retomemos, é voltada ao molde dos fatos, de maneira que seja possível enquadrá-los a fim de viabilizar: aos advogados, postulá-los em juízo; aos juízes, ouvi-los e julgá-los; e aos jurados, solucioná-los. Nada mais é que uma representação: como em qualquer comércio, ciência, culto, ou arte, o Direito, que tem um pouco de todos eles, apresenta um mundo no qual suas próprias descrições fazem sentido. (GEERTZ, 2000, p. 172-173, tradução nossa)⁴²².

Com isso o magistrado ouve por dever e não por responsabilidade. Dever de ofício de selecionar os fatos que se enquadrem no que o Direito Objetivo exige, nas nuances que permitam a atividade se subsunção. A ciência do Direito, na vertente do processo, ensina a domar os fatos, adequando-os aos preceitos da lei, interditando-os temporalmente, para seu manejo. O que não está traduzido ou que é intraduzível no código do Direito, fica alheio à escuta.

Nos dizeres do jusfilósofo argentino Luis Alberto Warat

[o]s magistrados operam sobre o conflito, interditando-os ou congelando-o no tempo, eliminando a variável temporal para poder demarcar as controvérsias em um plano de abstração

⁴²¹ “The skeletonization of fact, the reduction of it to the genre capacities of the law note, is in itself, as I have already said, an unavoidable and necessary process. But it grows increasingly tenuous as empirical complexity (or, a critical distinction, the sense of empirical complexity) and the fear of such complexity grows, a phenomenon that has rather seriously disquieted a number of prominent legal thinkers from, again, Judge Frank to Lon Fuller and John Noonan, as well as, and I daresay even more seriously, a far larger number of plaintiffs and defendants made suddenly aware that whatever it is that the law is after it is not the whole story”.

⁴²² “The rendering of fact so that lawyers can plead it, judges can hear it, and juries can settle it is just that, a rendering: as any other trade, science, cult, or art, law, which is a bit of all of these, propounds the world in which its descriptions make sense”.

jurídica que permita controlar as variáveis com as quais organizam suas decisões (2004, p. 61).

A escuta é essencial à função do juiz. O juiz escuta, no entanto, sem responsabilidade, não se deixando afetar pelo conflito, sintonizando sua escuta aos contornos jurídicos, já que terá de fazer o trabalho de se substituir às partes e, objetivamente, realizar, no caso concreto, o Direito. É por dever que o faz, mas sem responsabilidade pelos destinos dos envolvidos, ou por como impactará na vida deles sua decisão.

Mesmo diante desse quadro, o juiz não se isenta de uma atenta e disponível escuta. Para realizar seu trabalho - ainda que por dever e não por responsabilidade - é imperioso dar a devida atenção ao que é trazido por meio dos advogados, mas também nos momentos em que cada parte, cada testemunha comparece, por si, no processo e se expressa. São momentos de contato humano, que desafiam a esterilidade dos petítórios. Dunker e Thebas nos lembram de que é importante que:

[e]scute longamente as provas dos dois lados, os testemunhos, as dúvidas, as evidências da perícia, escute o advogado de defesa, considere o direito de pedir vistas. Revendo todos os passos da acusação, convoque as testemunhas oculares, acolha todas as informações com todo o tempo e parcimônia científica que o caso merece. Não dispense as “oitivas”, como são chamadas as sessões dedicadas a ouvir os envolvidos em um caso.

Então o que estamos vendo é que o julgamento pode ser um modelo metafórico para a experiência de escuta, desde que não o identifiquemos com a emissão de pareceres e sentenças, mas com o lento e tantas vezes interminável processo que envolve constituir um advogado, formalizar uma queixa, traduzir essa queixa em uma linguagem pública e universal, estabelecer um foro, convocar testemunhas, criar o diálogo entre promotor e defesa, convocar jurados, especialistas, deixar que eles falem longamente, até que, enfim, e depois disso, alguma conclusão emergja (local. 1043).

Portanto, a escuta é essencial para se encontrar a adequação da norma ao caso concreto. O legislador operará a respeito da adequação da norma de forma antecipada, no momento de sua elaboração, com base nos limites do previsível, levando-se em consideração o tempo e o âmbito de conhecimento disponível nesse período. Aos juízes e às juízas se reservará a aplicação das normas como regras e, tendo como consideração a complexidade da vida e a disseminação dos conflitos, estes que extrapolam o controle absoluto por parte do Direito, caberá também a tarefa de aplicação adequada (da norma). (GÜNTHER, 2011, p. 261).

Essa atuação de promover o “senso de adequação” da norma ao caso concreto, em suas peculiaridades, exige uma atenta escuta, uma aguçada percepção, um estar disponível ao caso, expondo-se ao risco de ouvir atentamente.

3 A ESCUTA AUTOCOMPOSITIVA

“Quando alguém lhe ouve verdadeiramente, algo se transforma em você”

Krishnamurti

A escuta do mediador, do conciliador ou do facilitador de processos restaurativos tem por finalidade provocar as partes a se escutarem. Escutam com o fito de promover a escuta dos dois contendores que se apresentam. Uma escuta, pois, de referência, quase um modelo para que os envolvidos no conflito se ouçam e se expressem autenticamente, permitindo que o outro, da mesma forma, se escute e se permita escutar o outro.

Nesse campo, o profissional entrega sua disponibilidade para ouvir, com atenção e interesse, o que cada um daqueles que estão em conflito tem a contar. Para essa escuta ocorrer, é preciso prática: um arcabouço teórico, por meio de uma formação séria e adequada, mas não só. É imprescindível praticar e refletir sobre a própria escuta, é, portanto, desenvolver uma atitude de constante aprendizado. É na experimentação cotidiana que começamos a entender as nuances da difícil missão de ser um bom “escutador”. Em resumo, a escuta autocompositiva “[d]epende de alguma técnica e exercício, mas também, e principalmente, de abertura e experimentação” (DUNKER, THEBAS, 2019, local. 285).

Afirmou-se ser uma escuta de referência. E essa ideia merece uma melhor reflexão. Em uma definição genérica e simples, processos, como a mediação e a conciliação, podem ser definidos como aqueles em que um terceiro imparcial facilita a negociação de um consenso entre as partes, sem entregar uma decisão formal (MENKEL-MEADOWS, 2015, não paginado). Quando as partes recorrem a esses processos, encontram-se incapacitadas de ter um diálogo minimamente produtivo entre si ou estão muito desgastadas pelas tentativas frustradas que tiveram. Não conseguem se ouvir. Não conseguem falar autenticamente. Escondem-se atrás de argumentos. Restringem-se à superfície, argumentando para vencer uma luta, mantendo intocados os sentimentos, os reais interesses. Não conseguem, de fato, estar com o outro, compreendendo-se e deixando-se compreender.

Por essas razões, é preciso que se encontrem num lugar seguro e que sejam auxiliados por um terceiro. Esse terceiro, se entrega para ouvir o que cada um tem a dizer, num exercício de alteridade, de modo a ser referência de como se escuta. É como se o profissional da autocomposição fosse mestre

e aprendiz. A postura é de um aprendiz das histórias que chegam na sala de mediação, conciliação ou de práticas restaurativas: estar atento e interessado em compreender, dando boas-vindas aos sentimentos e interesses que estão subjacentes ao que se narra, apoiando que venham à tona, validando-os e reconhecendo suas importâncias. Com essa atitude, acaba por ensinar aos contadores um novo padrão de escuta: na humildade do aluno, transmite a sabedoria do mestre.

São, pois, referências para receberem as histórias - já que ambos não conseguem se expressar e se escutar - sendo, também, referência de um novo padrão de escuta e fala, provocando a mudança no padrão de interação dos conflitantes.

Como explica Warat, é preciso que o mediador (e o conciliador e o facilitador de práticas restaurativa) atue na criação do inferno, único caminho para que as partes possam, por si, abrir as portas do céu (2004, p. 24). Terceiros facilitadores que apostam na ida direta ao céu, erram, já que não é possível criar o céu para o outro. Somente é possível provocar o inferno, fazendo com que as partes experimentem a plenitude dos sentimentos seus e do outro, do outro e seus, o que um causa a si e ao outro, o que o outro causa nele e em si, nesse constante devir autocompositivo. Diz nosso autor, “[q]uem não passa pela raiva, o ciúme, a dor, não pode alcançar o amor. Nós temos que estar fervendo para então evaporar” (2004, p. 25).

A escuta do terceiro facilitador deve estar atenta ao invisível, ao que está latente, mas não dito. Nesse sentido, “a consciência mediadora vem através da sensibilidade *que é uma percepção sutil do invisível, uma percepção sutil que unicamente se ganha pela espontaneidade*” (WARAT, 2004, p. 25, destaque no original).

Assim, a escuta leva à transformação das relações e à cura dos envolvidos. O mediador, o conciliador ou o facilitador de práticas restaurativas esvazia-se para hospedar o contador de história: “sai de si para se colocar no ponto de vista do outro, mas ele também tira o outro de seu próprio ponto de vista, ou pelo menos de sua confiança e domínio sobre si para revelar que outras vozes estão ali presentes e merecem ser acolhidas [...]” (DUNKER, THEBAS, 2019, local. 473).

Quando se coloca na postura de escuta, enfim, o profissional da autocomposição permite: que as histórias sejam contadas; que quem conta se ouça e reflita; que a história seja narrada em primeira pessoa, para um bom escutador, promovendo a autenticidade; essa expressão autêntica reflete na escuta do outro que está implicado no conflito; impacta, assim, certezas desse outro, promovendo abertura ao questionamento de suas próprias histórias, franqueando espaço para a construção de uma história alternativa ao do conflito.

4 A ESCUTA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DE VIOLÊNCIA POR MEIO DO DEPOIMENTO ESPECIAL

“Quando vejo uma criança ela inspira-me dois sentimentos: ternura, pelo que é, e respeito pelo que pode vir a ser” **Louis Pasteur**

Todos os dias, incontáveis casos de violência contra crianças e adolescentes acontecem no nosso entorno. Muitas dessas vítimas permanecerão silenciadas pelo medo, culpa, vergonha, pelas ameaças ou confusão diante de experiência que causa enorme impacto no seu desenvolvimento e fere sua existência ao ser objetificada pelo outro.

Muitas outras dessas crianças e adolescentes encontrarão uma forma de revelar o que lhes aconteceu, a alguém de sua confiança, a uma pessoa que identificou como capaz de lhe acolher e ajudar. A partir desse momento, entra em cena uma rede que tem como função principal proteger crianças e adolescentes de toda forma de violência e violação de direitos. O pressuposto dessa proteção é a escuta. Escutar o que essa criança ou esse adolescente tem a dizer, sobre o que aconteceu. Portanto, é uma postura de aprendizado: aprender o que essa pessoa passou, quais seus dramas e seus traumas.

As consequências da violência sofrida são determinadas por múltiplos e variados fatores, a serem extraídos da situação concreta, como o tipo de vínculo com o agressor; a dinâmica familiar; a reação do cuidador não agressor ao saber da violência; a idade da vítima; a diferença de idade entre vítima e agressor; dinâmica da violência; duração da violência, entre outros fatores subjetivos. Além do dano que advém da agressão, por vezes ocorre o que se denomina de dano secundário, como consequência dos procedimentos legais decorrentes da revelação. Há casos em que os procedimentos junto a rede de proteção, serviços de saúde, IML, Delegacia, Judiciário geram maior dano psicológico do que a violência em si, devido ao despreparo dos profissionais que atendem essa criança ou esse adolescente, pois desconhecem os fenômenos psicológicos implicados numa situação de violência e no atendimento dessa vítima.

A vitimização secundária, apontada por Potter (2019) como a violência institucional do sistema processual-penal, pode conduzir a nova dor e intenso sofrimento e, com isso, prejudicar ou até mesmo impossibilitar a superação ou elaboração da violência sofrida. Sentimentos que precisam ser acolhidos e ressignificados, como medo, culpa e vergonha, se exacerbam e somam-se outros como sensação de impotência, desamparo e frustração, potencializando a dor e sofrimento que já existiam.

Sob a justificativa de prevenir a revitimização, alguns profissionais se negam a escutar a criança ou o adolescente, argumentando que estão protegendo-a de uma violação. Contudo, tal postura mostra-se equivocada, pois

a criança e o adolescente percebem essa negativa como se o adulto não quisesse ouvir a experiência dela, transmitindo uma mensagem de rejeição. É claro que a intervenção profissional deve ter como primeiro objetivo prevenir o dano secundário, mas não se trata de negar o direito à criança e ao adolescente de participar e expressar sua dor, mas sim agir de forma especializada e coordenada.

Furniss (1993) chama a atenção para o fato de que muitas vezes o dano secundário é infligido pela não-intervenção. A partir do momento que nos negamos a escutar uma criança ou um adolescente sobre a violência que ela/ele sofreu, compactuamos com o segredo que o agressor impôs a ela/ele. É preciso compreender a escuta do depoimento especial como um ato protetivo e de cuidado, a partir do qual oferecemos as condições para que aquela criança ou adolescente, que foi vítima ou testemunha de violência, se expresse da sua forma, no seu tempo, tendo atendimento digno e adequado ao seu desenvolvimento.

Aqui entra em cena uma escuta em dois níveis: a relativa ao psicólogo e a relativa ao juiz. Apesar de o depoimento especial ou a escuta especializada não ser ato exclusivo do profissional da Psicologia, quem quer que o protagonize tem de se capacitar na escuta acolhedora e implicada típica do profissional da Psicologia.

O psicólogo ingressa como uma agente de proteção, que atua para facilitar a expressão e narrativa da criança ou adolescente que foi vítima ou testemunhou uma violência. O depoimento especial não é atividade específica do psicólogo, mas esse profissional dispõe de conhecimentos e competências que o qualificam para estar ali, como habilidade e disposição para escutar, assim como o conhecimento sobre desenvolvimento infantil e processos psicológicos. O profissional que se dispõe a fazer o depoimento especial aprofunda o conhecimento sobre normativas nacionais e internacionais, o desenvolvimento infantil, violência e suas consequências, protocolos de entrevista forense, além de manter-se em constante aperfeiçoamento e supervisão. Mas, para além disso, é importante que se destaque a sensibilidade do entrevistador frente a situação. O depoimento especial inicia muito antes da audiência propriamente dita, desde o primeiro contato, quando criança e seu responsável são informados do procedimento, quando se possibilita que a criança/adolescente se expresse quanto às dúvidas que tenha, que se manifeste quanto a sua concordância em participar do procedimento. Acima de tudo, observa-se a condição peculiar de desenvolvimento daquela criança ou adolescente que está à nossa frente, garante-se o seu direito de falar, mas também de calar, e demarca-se a necessidade de todos os envolvidos em respeitar a sua experiência, o seu tempo e a sua dor.

O juiz escuta com respeito à condição da criança e do adolescente, como pessoas em situação peculiar de desenvolvimento, que, na situação em que se encontram - como vítimas ou testemunhas de violência - merecem uma postura

protetiva por parte da autoridade judiciária. Nesse sentido, zela o magistrado por garantir a livre atuação do profissional responsável pelo contato direto com o sujeito especial, respeitando o protocolo a ser desenvolvido, sem apressar ou focar em excesso na produção probatória. Deve ouvir atentamente, perquirir os silêncios, entender o drama, sentir a narração. É uma escuta de quem escuta. Escuta quem escuta a criança e o adolescente, zelando para que os demais operadores assim escutem, abrindo-se ao risco de escutar: conhecer, em primeira mão, a dor e o sofrimento, permitir que tanto uma, como o outro saiam das sombras e, por mais duro que nos seja, habitem em nós, de maneira a ter os contornos do que aconteceu e, a partir daí, fazer a adequação jurídica própria. E não só: proteger. A preocupação com essa escuta extrapola a materialidade e a autoria. O depoimento deve deflagrar os mecanismos institucionais de garantia e de promoção dos direitos mais fundamentais desses sujeitos. Não é, pois, uma escuta de dever só. Aqui, ao magistrado é dada uma escuta com responsabilidade: não só pelo ofensor e o processo criminal ou socioeducativo, mas implicando-se com quem narra, com a vítima e testemunha. É sua responsabilidade zelar pelo destino, garantindo os meios indispensáveis a poupá-las da violência institucional, como também para curar os traumas legados pela violência.

Assim, é de suma importância despertar a atenção de operadores do Direito e de profissionais que compõem as equipes técnicas para a necessidade de compreenderem sua responsabilidade em oferecer um tratamento adequado às condições de desenvolvimento de crianças e adolescentes, com respeito às suas necessidades e observando-se a proteção integral. Não se faz justiça gerando dano àqueles que devemos proteger.

O depoimento especial inova ao quebrar paradigmas de um sistema de justiça que foi até pouco tempo adultocêntrico e procedimentalmente rígido.

Posicionamo-nos por um Judiciário que observe a necessidade de avançar no modo de dar acesso àqueles que mais precisam de sua ação, que desenvolva procedimentos humanizados que apliquem na realidade o preconizado na nossa legislação, por um judiciário que a partir do comprometimento de seus magistrados e servidores atue para a justiça transcender o papel e acontecer de forma real na vida de crianças e adolescentes.

CONCLUSÕES

Por vezes nossa escuta se coloca num lugar de pura inquirição, julgamento prévio, e quase adivinhação. Antecipamo-nos sem antes dar espaço a fala do outro: se nos ocupamos demais prevendo o que ele vai falar, ignoramos o seu discurso no aqui agora; se nos ocupamos demais com a próxima pergunta, ignoramos a narrativa daquela vivência singular. Tal situação

ocorre porque não nos dispomos, por vezes, a aprender a escutar. Assumimos que seria algo natural e inato, quando, na realidade, não o é. Os cursos que tratam das Práticas Restaurativas, as capacitações em Depoimento Especial, a formação continuada de magistrados e servidores que chamam a atenção para a escuta, se mostram imprescindíveis para uma atuação humanizada, técnica, entrelaçada com a ciência e garantidora de direitos.

Escutar o outro não significa que disponibilizamos apenas nossos ouvidos. Escutar é estar com ouvidos e cérebro atentos, é estar disponível e disposto a compreender meu interlocutor, é silenciar meu conteúdo interno para dar lugar ao conteúdo do outro. Trabalhar com pessoas exige interesse genuíno pelo outro, e para tanto sugerimos que você se pergunte: para quantos outros há lugar dentro de mim?

Por um momento, na ocasião da solução do conflito, é preciso dar espaço a dor do outro, permitir que ele descreva e narre detalhadamente o que lhe aconteceu, que ele reconstrua suas memórias para trazer à tona o que é necessário para obter a justiça que ele deseja. É preciso, nesse momento, que as questões pessoais, problemas e conflitos internos fiquem como “entre parênteses”, em suspenso. Escutar significa dar protagonismo ao outro, para que ele consiga chegar à resolução de seu conflito, para que ele consiga se sentir seguro, confiar na Justiça. O que se propôs aqui foi lançar luz sobre a escuta como espaço de conhecimento e reconhecimento, validação e acesso à justiça.

Fazer da escuta meio de trabalho dos operadores do sistema de Justiça é condição de possibilidade para realizar a adequação da norma ao caso concreto, dando maior amplitude possível ao contexto concreto, alcançando o jurisdicionado, permitindo-o exercer sua cidadania, educando-se, por meio do processo judicial, a vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

- COSTA, Breno Augusto da; TELLES, Thabata Castelo Branco. O processo de escuta na redução de danos: contribuições de Rogers e Kierkegaard. *Rev. abordagem gestalt.* 2017, v. 23, n. 1. p. 74-83.
- CUNHA, Jurema Alcides. *Psicodiagnóstico-V*. Porto Alegre: Artmed, 2003.
- DUNKER, Christian. THEBAS, Claudio. O palhaço e o psicanalista: como escutar os outros pode transformar vidas. São Paulo: Planeta do Brasil, 2019.
- FURNISS, Tilman. *Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar*. Porto Alegre: Artmed, 1993.
- GILBERT, Paul. (2009). *The compassionate mind: A new approach to the challenges of life*. London, UK: Constable & Robinson.
- GEERTZ, Clifford. *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*. 3rd ed. New York: Basic Books, 2000. E-Book.
- GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. MOREIRA, Luiz (coord., rev. técnica e introdução à edição brasileira) 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MENKEL-MEADOW, Carrie J., Mediation, Arbitration, and Alternative Dispute Resolution (ADR) (May 19, 2015). *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Elsevier Ltd. 2015, UC Irvine School of Law Research Paper No. 2015-59, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2608140>
- PÖTTER, Luciane. *Vitimização secundária infantojuvenil e violência sexual intrafamiliar por uma política pública de redução de danos*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.
- ROGERS, Carl R. *Tornar-se pessoa*. WMF Martins Fontes, 2017.
- ROVINSKI, Sônia Liane Reichert. *Psicologia Jurídica no Brasil e na América Latina: dados históricos e suas repercussões quanto à avaliação psicológica*. In: ROVINSKI, Sônia Liane Reichert; CRUZ, Roberto Moraes. *Psicologia Jurídica: Perspectivas teóricas e processos de intervenção*. São Paulo: Vetor, 2009. p. 11-22.
- SHINE, Sidney. *Avaliando a avaliação psicológica*. In: PATTO, Maria Helena Souza. (Org.). *Formação de psicólogos e relações de poder*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012. p. 23-62.
- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (APA). *Dicionário de Psicologia da APA - American Psychological Association*. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. MEZZAROBBA, Orides; RI JUNIOR, Arno Dal; ROVER, Aires José; MONTEIRO, Claudia Sevilha (coord.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

O PROCESSO ESTRUTURAL: UM ESTUDO DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO Nº 143.988 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Suzana Massako Hirama Loreto de Oliveira¹, José Luiz Loreto de Oliveira²

INTRODUÇÃO

A realidade da superlotação das unidades socioeducativas de internação dos adolescentes em conflito com a lei foi alterada a partir da paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal, assentada no acórdão do *habeas corpus* coletivo nº 143.988, de relatoria do Ministro Edson Fachin.

Pautado na doutrina da Proteção Integral e em instrumentos internacionais e internos de proteção dos direitos humanos, o voto do relator, acompanhado à unanimidade pelo colegiado do órgão fracionário da Suprema Corte do país, reconheceu a violação dos direitos fundamentais dos adolescentes em conflito com a lei; e, para além de determinar o respeito ao limite da capacidade projetada, adotou o princípio do *numerus clausus* e estabeleceu critérios e parâmetros para condução da modificação da situação de lotação das unidades.

Pretende-se demonstrar que o aresto decorre de estratégia conferida em processo estrutural, no qual o método dialógico foi fundamental na construção do *decisum*. Para tanto, foi empregado o método qualitativo pautado na revisão bibliográfica e documental, para trazer os elementos conceituais em processo estrutural, identificando-os no *habeas corpus* coletivo em comentário. Em seguida, serão mencionadas as significantes contribuições aportadas pelos *amici curiae*, as quais viabilizaram a construção do voto realizado em processo constitucional democrático, próximo da realidade, em perspectivas variadas. Por fim, serão destacadas as ações concretizadas para dar efetividade ao que restou decidido pela Suprema Corte.

1 PROCESSO ESTRUTURAL

À guisa do esboço histórico, emerge o processo estrutural a partir do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (Brown I), julgado pela Suprema

¹ Mestranda do curso de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, cidade do Porto (Portugal). Juíza de Direito Substituta em Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Juíza Auxiliar no Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal, Curitiba, Paraná, Brasil, <http://lattes.cnpq.br/7018630382033259>, E-mail: suzanamhlo@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-4552-7805>.

² Promotor de Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil <http://lattes.cnpq.br/1052056622799327>, E-mail: jlldo@outlook.com, <https://orcid.org/0000-0001-6679-4104>.

Corte dos Estados Unidos da América em 1954, no qual ao interpretar a Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América assentou a inaceitabilidade da segregação escolar e declarou inconstitucional a doutrina do *separate but equal*. A resistência e a dificuldade no cumprimento importou na revisitação do tema no julgamento conhecido por Brown II, no qual a Corte se debruçou em como dar cumprimento ao que restou decidido em Brown I, a depreender, assim, tratar-se de problema complexo³.

Para Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr e Rafael Alexandria de Oliveira, o seminal caso Brown deu início ao “processo amplo de mudança do sistema público de educação”⁴, chamado de *structural reform* implementado por meio da decisão estrutural, designada como *structural injunction*.

Segundo os autores, ao citar Owen Fiss, a arquitetura lançada na edificação de decisão estrutural em Brown foi empregada em outros temas, como polícia e prisões. Nessa quadra, em *Holt v. Sarver* estava em causa todo o sistema prisional do Arkansas, o qual, segundo João Violin, “contribuiu para a conformação das unidades carcerária aos valores fundamentais” e a identificação de demanda estrutural decorrente de “relações complexas e entrelaçadas”⁵.

Com efeito, partindo da historicidade, cunhou-se de processo estrutural, o meio para concretização de direito fundamental e de políticas públicas de feito complexo, e que, por decisão judicial, era implementada a reforma estrutural em ente, instituição ou organização⁶.

Em hodierna concepção, traz-se à baila a compreensão de Edilson Vitorelli, segundo a qual o processo estrutural é tomado como um processo coletivo em que a atuação jurisdicional pretende “a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural”⁷.

³ JOBIM, M. F.; ARENHART, S. C.; OSNA, G. *Curso de processo estrutural [livro eletrônico]*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. ISBN 978-65-5614-568-6.

⁴ DIDIER JR, F.; ZANETI JR, H.; OLIVEIRA, R. A. de *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. In: Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). Processos estruturais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 425. ISBN 978-85-442-3430-3.

⁵ VIOLIN, J. “*Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*”. In: . Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). Processos estruturais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 653. ISBN 978-85-442-3430-3.

⁶ DIDIER JR, F.; ZANETI JR, H.; OLIVEIRA, R. A. de *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. In: . Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). Processos estruturais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. [Salvador]: Juspodivm, 2021, p. 426. ISBN 978-85-442-3430-3.

⁷ VITORELLI, E. *Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo*

As profusas reflexões do jurista Sérgio Cruz Arenhart, quanto ao processo estrutural no direito brasileiro, traz à baila a crítica ao tratamento conferido nas demandas de processo coletivo nacional, pois radicam “à mesma racionalidade do processo individual, à sua dinâmica bipolar, à adstrição da sentença ao pedido, à disponibilidade do processo e a todas as consequências dessa lógica”⁸, razões pelas quais não haveria espaço adequado para debate de políticas públicas. Nada obstante, prossegue o autor, ao analisar o caso de proteção do meio ambiente tratado em ação civil pública, com objetivo de recuperar área degradada pela mineração, assenta a relevância “do modo e do ambiente” em que esse tipo de demanda é levado a efeito pelo órgão jurisdicional. Nesse sentido, está a ponderar que a judicialização de políticas públicas é “fato presente no foro brasileiro”, e propõe técnicas e instrumentos a permitir ao judiciário ter contato com a realidade por meio das perspectivas plurais. Para tanto, submete a debate a viabilidade de “um procedimento diferenciado, que não se amolda aos parâmetros tradicionais do processo individual”; e da revisão conceitual do contraditório. Neste específico ponto, para além da limitação entre as partes, exige-se “a participação de toda coletividade, na medida em que a política pública também se destina a ela”, instrumentalizada pela realização de audiências públicas e da participação dos *amici curiae*.

No tocante à relevância aos aportes argumentativos trazidos pelos *amici curiae* e nas audiências públicas como instrumento para abertura à sociedade, dialógica e mais democrática pelo Supremo Tribunal Federal, Miguel Gualano de Godoy conduz o estudo por método comparativo de *cases* julgados no STF, como a Lei de Biossegurança (ADI 3.510), Importação de Pneus Usados (ADFP 101), Interrupção da Gestação de Feto Anencefálico (ADPF 54), além de outros. A análise consubstanciou em aferir os argumentos deduzidos em audiências públicas e pelos *amici curiae* e confrontá-los com os fundamentos dos votos proferidos pelos Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ao tecer diversas considerações, conclui que deve ser aprimorada “a forma como tem se dado a utilização desses instrumentos, bem como a performance deliberativa do STF”. Porém, sob a ótica de abertura democrática-

estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 284/2018, p. 333-369, out. 2018. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017b7b4f40c1f50fe4d&docguid=1a50f4cd0bbdd11e8a7e101000000000&hitguid=1a50f4cd0bbdd11e8a7e1010000000000&spos=7&epos=7&td=4000&context=21&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&star tChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 25 ago. 2021.

⁸ ARENHART, S. C. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da aep do carvão*. In: Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). *Processos estruturais*. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. [Salvador]: Juspodivm, 2021, p.1051. ISBN 978-85-442-3430-3.

deliberativa, salienta que a participação instrumentalizada pelas audiências públicas e pelos *amici curiae* na Suprema Corte é bem-vinda, observando que nos casos analisados “praticamente todos os Ministros em todos os casos valeram-se, de forma expressa ou não, das razões e dos argumentos expostos em audiência pública ou pelos *amici curiae*”⁹.

Quanto ao escopo, Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr e Rafael Alexadria de Oliveira consignam que no processo estrutural almeja-se alterar o estado de desconformidade, “substituindo-o por um estado de coisa ideal”. Na oportunidade, sinalam as características, despidas, contudo, do compromisso de que todas se façam presentes para seu reconhecimento:

(i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisa ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e pela consensualidade, que abrangia inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC)¹⁰.

Para configuração de litígios estruturais, enfatiza-se a multipolaridade de interesse, também chamado policêntrico¹¹, ou multifocal. Na acepção de Sérgio Cruz Arenhart, constitui marcante característica do litígio estrutural, pois “trabalha com a lógica da formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado”¹².

⁹ GODOY, M. G. de Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos. Belo Horizonte: Fórum, 2017. ISBN 978-85-450-0280-2.

¹⁰ DIDIER JR, F.; ZANETI JR, H.; OLIVEIRA, R. A. de *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. In: Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). Processos estruturais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 430. ISBN 978-85-442-3430-3.

¹¹ FERRARO, M. P. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Universidade Federal do Paraná, 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais, p. 9-13. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/39322>. Acesso em: 28 set. 2021.

¹² ARENHART, S. C. *Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes*. Processos estruturais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1072.

No entanto, ponderam Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr e Rafael Alexadria de Oliveira que há processo estrutural bipolar, a envolver somente dois polos, assim como a multipolaridade não resta delimitada ao processo estrutural¹³. Nesse mesmo sentido, exemplificam litígios individuais, porém dotados de problema estrutural, assim como casos que não demandam diversas soluções possíveis, mas considerados problemas estruturais¹⁴.

A coletividade é depreendida no processo estrutural por “discutir uma situação jurídica coletiva”¹⁵. A causalidade complexa por envolver multiplicidade de causas do problema estrutural, múltiplas possíveis soluções¹⁶ e múltiplos polos de interesse¹⁷.

Destarte, assentada a compreensão do processo estrutural e de suas características, a seguir, propõe-se analisar o *habeas corpus* coletivo nº 143.988, sob o enfoque de um processo estrutural.

2 HABEAS CORPUS COLETIVO Nº143.988 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No presente estudo, almeja-se perscrutar no *habeas corpus* coletivo nº 143.988, de relatoria do Ministro Edson Fachin, os aspectos essenciais configuradores do processo estrutural enunciados por balizada doutrina. Para tanto, para fins pedagógicos, servirão como elementos norteadores as características apresentadas por Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr e Rafael

ISBN 978-85-442-3430-3.

¹³ DIDIER JR, F.; ZANETI JR, H.; OLIVEIRA, R. A. de *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. In: . Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). Processos estruturais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 434. ISBN 978-85-442-3430-3.

¹⁴ DIDIER JR, F.; ZANETI JR, H.; OLIVEIRA, R. A. de *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. In: . Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). Processos estruturais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 434. ISBN 978-85-442-3430-3.

¹⁵ DIDIER JR, F.; ZANETI JR, H.; OLIVEIRA, R. A. de *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. In: Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). Processos estruturais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 436. ISBN 978-85-442-3430-3.

¹⁶ FERRARO, M. P. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Universidade Federal do Paraná, 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais, p. 18. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/39322>. Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁷ VITORELLI, E. *Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual*. In: Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). Processos estruturais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 331. ISBN 978-85-442-3430-3.

Alexadria de Oliveira, no artigo intitulado “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”¹⁸.

Prefacialmente, aduzem os doutrinadores que no processo estrutural visa-se discutir problema estrutural. Na espécie, o *habeas corpus* coletivo impetrado, inicialmente, pela Defensoria Pública do estado do Espírito Santo, integrando-se, no curso da ação constitucional a Defensoria Pública dos estados do Rio de Janeiro, da Bahia, de Pernambuco, do Ceará e de Sergipe, traz ínsita questão de violação de direitos fundamentais, causado pelo problema estrutural da superlotação das unidades de privação de liberdade dos adolescentes em conflito com a lei.

Nessa dimensão, o Supremo Tribunal Federal assentou a compreensão de que a lotação deverá se circunscrever ao limite da capacidade projetada de cada unidade de cumprimento de medida socioeducativa de internação dos adolescentes em conflito com a lei.

Na impetração, apontou-se que em determinada Unidade de Internação da federação, com capacidade projetada para 90 socioeducandos, contava com 202 internados e que era recorrente a superlotação, deflagradora de conflitos, de violências, de maus-tratos, de torturas, de insalubridade. Sobre a situação de vulnerabilidade, a decisão menciona a informação aportada de que “adolescentes internos dormem em colchões no chão, inclusive próximo do vaso sanitário, por não haver camas em número suficiente”¹⁹.

Para compreensão da dinâmica adotada pelo relator Ministro Fachin no *habeas corpus* coletivo 143.988 será analisado como o processo se estruturou. Nesse aspecto, desponta a segunda característica destacada pelos autores, concernente à busca de uma reestruturação por meio de decisão de implementação escalonada.

Impende pontuar que as nuances, do que restou configurado o processo estrutural, aparecem logo na decisão liminar proferida monocraticamente pelo relator, Ministro Fachin, em 16.8.2018. Ao estabelecer como premissa que direitos fundamentais dos adolescentes socioeducandos internados são violados pela ocupação acima da capacidade projetada e dos limites da razoabilidade, assentou a partir do primado da proteção integral, que as medidas socioeducativas privativas de liberdade “deverão ser cumpridas em

¹⁸ DIDIER JR, F.; ZANETI JR, H.; OLIVEIRA, R. A. de *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. In: Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). *Processos estruturais*. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 430. ISBN 978-85-442-3430-3.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus 143988 ES 0005007-88.2017.1.00.0000*. Relator: Min. Edson Fachin, 24 ago. 2020, Data de Publicação: 04 set. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344303832&ext=.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

estabelecimentos que ofereçam dignas condições, em respeito à sua peculiar situação de pessoa em desenvolvimento”²⁰. Determinou, em relação às unidades de cumprimento socioeducativa apontadas na impetração, a aplicação do princípio do *numerus clausus*²¹, e, em primeiro momento, estabeleceu limitação do número de adolescentes à capacidade próxima a 119%, patamar esse levado em consideração a taxa média de ocupação aferida pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em 2013. Também, na medida liminar, foram fixados critérios de avaliação pelo magistrado responsável para efetivo cumprimento da decisão emanada. *Amici curiae* foram admitidos e solicitadas ao Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) informações sobre a taxa média de ocupação nas unidades de execução de medidas socioeducativas privativas de liberdade dos Estados da federação.

Farta e substancial documentação e elementos de informação foram aportados aos autos. Os relatórios encaminhados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do Conselho Nacional de Justiça, e as informações pelos amigos da Corte, respaldaram novo pronunciamento judicial, ocorrido em 22.5.2019, com a concessão do pedido de extensão em relação a unidades de internação superlotadas de outros Estados, passando a integrar no polo ativo as respectivas Defensorias Públicas Estaduais.

Admitidos, na qualidade de *amici curiae*, Conectas Direitos Humanos, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Instituto Alana, Grupo de Atuação Estratégica da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores (GAETS), Associação Nacional de Membros do Ministério Público (MP PRÓ-SOCIEDADE), Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do estado do Rio de Janeiro, Ministério Público do estado do Rio de Janeiro, Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH).

Consigna-se que durante a tramitação do *habeas corpus* coletivo, efeitos concretos da medida liminar foram sentidos, conforme relatórios de vistoria apresentados pelas impetrantes.

Percurstados autos do processo, infere-se que a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, ora impetrante, em memoriais apresentados em 5.8.2019, objeto de petição protocolada sob nº 44746/2019, informa resultado da inspeção realizada em 12.6.2019. Aduz ter verificado que a redução

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar em Habeas Corpus 143988 ES 0005007-88.2017.1.00.0000, Relator: Min. Edson Fachin, 16 ago. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315042910&ext=.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021. Acesso em: 29 set. 2021.

²¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal [livro eletrônico]: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp 72/82. ISBN 978-65-5614-701-7.

da superlotação “(...) gerou benefícios aos servidores da unidade em relação à qualidade de vida e trabalho”; (...) a relação entre servidores e internos “ficou menos tensa, justamente, por conta da diminuição da superlotação e da possibilidade de os internos participarem de jornadas pedagógicas, preenchendo seus dias com atividades ao invés de ficarem excessivamente ‘na tranca’”; e conclui:

(...) a DIMINUIÇÃO DO NÚMERO DE INTERNOS, e o conseqüente DISTENCIONAMENTO DA UNIDADE, foi possível o DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADES PEDAGÓGICAS com os adolescentes, ganhando destaque a chamada JORNADA PEDAGÓGICA, que dentre outros resultados impede que os internos fiquem excessivamente na tranca em suas celas (alojamentos) e colabora para a efetividade do processo socioeducativo²².

No tocante à reentrada dos adolescentes, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo colacionou a informação dos 260 primeiros adolescentes e jovens desinternados em cumprimento da decisão liminar até 5.9.2018. Esclareceu que o percentual de novas passagens por ato infracional/crime foi de 14,20%, ou seja, 37 pessoas; e especificamente sobre infrações praticadas contra pessoa, o *quantum* de 1,50%, portanto 4 pessoas. Para conferir transparência ao número de socioeducandos privados de liberdade, o Instituto de Atendimento Socioeducativo do Espírito Santo (IASSES), órgão responsável pela gestão e execução das medidas socioeducativas dos adolescentes em conflito com a lei, disponibilizou o Observatório Digital da Socioeducação²³, com dados abertos do sistema socioeducativo. Na governança, anota que com o deferimento da liminar, providências como extensão do cofinanciamento a Municípios e capacitação de equipes técnicas foram realizadas.

Igualmente, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro na petição protocolada no STF, sob nº 46851/2019, datada de 13.8.2019, alude que 577 adolescentes/jovens foram beneficiados com a liminar e destes 556 não reiteram na prática de ato infracional. Argumenta que “a medida adotada por este Supremo Tribunal Federal não causou abalo à segurança pública”²⁴.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus 143988 ES 0005007-88.2017.1.00.0000, Relator: Min. Edson Fachin. *Relatório de Inspeção Socioeducativo do Espírito Santo. Petição 44746/2019*. 05 ago. 2019.

²³ INSTITUTO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO DO ESPÍRITO SANTO (IASSES). *Observatório digital da socioeducação*. Disponível em: <https://iasesses.gov.br/observatorio-digital-da-socioeducacao>. Acesso em: 25 ago. 2021.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143988 ES 0005007-88.2017.1.00.0000, Relator: Min. Edson Fachin. *Relatório de Inspeção Socioeducativo do Rio de Janeiro. Petição 46851/2019*. 13 ago. 2019.

Em 11.8.2020, colacionou os relatórios das vistorias realizadas em 12.9.2019 e 27.11.2019, em Unidades de Atendimento Socioeducativo, com escopo foi aferir o impacto da decisão liminar. Excertos dos resultados aferidos²⁵:

IV. Instalações Físicas

(...) após a medida liminar proferida pelo Ministro Edson Fachin, houve significativa melhora na estrutura física da unidade. Isso porque a redução do quantitativo de adolescentes presentes na unidade possibilitou:

- (i) A realização de reformas de espaços compartilhados;
- (ii) facilitou a conservação dessas áreas; e
- (iii) permitiu maior higienização da unidade.

V. Alimentação, Vestuários e Objetos de Higiene Pessoal

A vistoria, ainda, permitiu evidenciar considerável melhora no fornecimento de alimentos, objetos de vestuário (uniforme e chinelo) e de higiene pessoal. A partir disso, foi possível dignificar e humanizar o cumprimento da medida, protegendo os direitos fundamentais dos adolescentes, muitas vezes violados em centros socioeducacionais.

(...)

VI. Divisão Interna dos Alojamentos

(...) em épocas anteriores à decisão proferida no HC, seu alojamento chegou a ser compartilhado por 15 meninos.

Diante da ausência de cama, era necessário dormir no chão do dormitório.

VII. Eixo Suporte Institucional e Acompanhamento pela Equipe Técnica

(...) À época da superlotação, os atendimentos caracterizavam-se pela generalidade e, por consequência, não havia muitas informações concretas nos relatórios elaborados.

(...) Após a medida liminar do ministro, diante da redução do número de adolescentes, tornou-se possível que os atendimentos sejam realizados com mais calma e atenção (...). Desse modo, os atendimentos tornaram-se mais individualizados, passando a retratar um acompanhamento efetivo da evolução daquele menino.

VIII. Eixo Saúde

(...) Conforme relatado pela enfermeira que atende na unidade, houve redução significativa de doença de pele e de doenças respiratórias após o fim da superlotação.(...)

IX. Eixo Educação e Profissionalização

²⁵ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório temático de fiscalização da unidade de atendimento socioeducativo escola João Luiz Alves*. Disponível em: <https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/906f51a726b24a6597c5d9e222e39ccb.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

Sob a vertente da educação, constatou-se que a liminar proferida pelo Ministro Fachin promoveu mudanças expressivas nessa área, abarcando desde o aumento da performance acadêmica dos estudantes até uma maior facilidade em desenvolver um acompanhamento individual para cada jovem, de acordo com as suas limitações pessoais.

X. Atividades Culturais, Esportivas, de Lazer e Religiosas

Por fim, foi possível constatar melhorias quanto ao desenvolvimento de atividades voltadas para o desenvolvimento pessoal, tais como as atividades esportivas, culturais e de meio ambiente.(...)

Em síntese, a partir da concessão da liminar, desencadearam diversas mobilizações da sociedade civil organizada, com pleito de ingresso na qualidade de *amicus curiae*. Igualmente, informações foram compiladas durante a tramitação da ação constitucional, inclusive dados atualizados após a estabilização do número de adolescentes internos e os impactos causados em razão da decisão liminar.

Suficientemente instruído, o *habeas corpus* coletivo nº 143.988 foi julgado na sessão virtual da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no período de 14 a 21 de agosto de 2020. A ordem foi concedida, à unanimidade. O acórdão leva a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS COLETIVO. CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO. IMPETRAÇÃO VOLTADA A CORRIGIR ALEGADA SUPERLOTAÇÃO EM UNIDADES. ADMISSIBILIDADE DA VIA RECURSAL PARA O EXAME DA QUESTÃO DE FUNDO. VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ADOLESCENTES INTERNADOS. DEFICIÊNCIAS ESTRUTURAIS E AUSÊNCIA DE VAGAS OFERTADAS EM INSTITUIÇÕES SIMILARES. FINALIDADES DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. PRINCÍPIOS DA BREVIDADE, EXCEPCIONALIDADE E RESPEITO À CONDIÇÃO DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO. DIFERENÇAS DAS POLÍTICAS DE ATENDIMENTO SOCIEDUCATIVO EM RELAÇÃO ÀS POLÍCIAS CRIMINAIS. DEVERES ESTATAIS RECONHECIDOS PELA CORTE INTERAMERICANA. DIREITO DOS ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERDADE A DESENVOLVEREM OS SEUS PROJETOS DE VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO EXIMIR-SE DE SUA ATUAÇÃO NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO IMINENTE OU EM CURSO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ENVERGADURA DO POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. ORDEM CONCEDIDA COM A FIXAÇÃO DE PARÂMETROS E CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS PELOS MAGISTRADOS. EVENTUAL DESCUMPRIMENTO PELOS DESTINATÁRIOS DA ORDEM DESAFIARÁ A INTERPOSIÇÃO DE

RECURSO NAS INSTÂNCIAS APROPRIADAS. 1. A Segunda Turma do STF, no julgamento do HC nº 143.641/SP, (julgado em 20.2.18), passou a admitir a impetração de habeas corpus coletivo como via processual legítima, racional, adequada e isonômica na tutela do direito à liberdade ambulatorial (HC 143.641/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado 20/02/2018, DJe 215, divulg. 08/10/2018, publicado em 09/10/2018). 2. Os documentos adunados no curso da impetração comprovam a superação dos limites da taxa de ocupação relativamente à capacidade projetada em unidades de cumprimento da medida socioeducativa de internação em Estados da federação. 3. Ainda que, em alguns desses Estados tenham implementado esforços no sentido de amenizar os graves problemas de ordem estrutural detectados nas unidades de execução de medidas socioeducativas em meio fechado, essas iniciativas estatais não se consubstanciam justificativas idôneas ou racionais a obstar a inafastabilidade da prestação jurisdicional no caso concreto, em que se narram possíveis violações aos direitos fundamentais mais básicos e elementares dos adolescentes internos - não abrangidos pela fixação de medida socioeducativa em meio fechado. 4. Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ - chegou-se a um diagnóstico de que a seletividade e a reação estatal aos atos infracionais reproduz as mesmas variáveis detectadas no sistema prisional brasileiro, sendo mais comuns os atos infracionais contra o patrimônio e o tráfico de drogas. Desse modo, as reentradas e reiterações nos atos infracionais decorrem de múltiplos fatores especialmente daqueles que potencializam a vulnerabilidade desse público, como o uso e comércio de drogas (Reentradas e Reiterações Infracionais: Um Olhar sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional Brasileiros). 5. Como corolário, diversamente do que se cogita nestes autos, não se depreende influência automática da espécie de medida socioeducativa fixada na multifatorial etiologia da trajetória infracional dos adolescentes e jovens adultos. Portanto, descabe inferir correlação automática entre as medidas judiciais implementadas com o fim de cessar violações aos direitos dos internos e impactos negativos na segurança pública em função dessas providências. 6. Segundo retratado em estudo feito pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) sobre medidas socioeducativas em meio fechado, a dificuldade de assimilação das diretrizes normativas advindas da doutrina da proteção integral e do seu microsistema regulamentador pela rede de atendimento atinge diretamente os adolescentes internados e arrosta nítidos prejuízos ao atendimento por parte das equipes técnicas, de modo a reclamar “atenção a violência estrutural inerente à superlotação crônica, à falta de pessoal e à manutenção negligente

da maioria das unidades de execução da medida socioeducativa de internação” (Panorama da Execução dos Programas Socioeducativos de Internação e Semiliberdade nos Estados Brasileiros). 7. No plano normativo, há nítida e incontroversa opção pela inclusão e manutenção dos vínculos comunitários do adolescente que pratica o ato infracional orientada por diretrizes nacionais (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente) e internacionais das quais o Brasil é signatário, refletidas no Sistema Global e no Sistema Interamericano dos Direitos Humanos (Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça Juvenil, Regras de Beijing, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade). Sob o pálio desse arcabouço, exsurge a doutrina da Proteção Integral. 8. Nessa direção, as políticas públicas direcionadas aos adolescentes, aqui incluídos os internados, devem contemplar medidas que garantam os direitos assegurados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nomeadamente o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, à profissionalização e à proteção no trabalho. 9. Assim, a medida socioeducativa, principalmente a privação de liberdade, deve ser aplicada somente quando for imprescindível, nos exatos limites da lei e pelo menor tempo possível, pois, ainda quando adequada a infraestrutura da execução dessa medida de internação, há inevitável restrição do direito de liberdade. Logo, a situação aflitiva não deve perdurar além do estritamente necessário à inclusão, desaprovação e responsabilização do adolescente pelo seu ato infracional 10. Embora significativos esforços projetados ou já implementados, pelos Estados destinatários da ordem que se busca, não se mostra plausível solução judicial que cancele o descumprimento sistemático das regulamentações que visam a assegurar proteção aos adolescentes em ressocialização, em especial quando a questão de fundo versada na impetração reflete antigos e persistentes reclamos endereçados contra o Estado brasileiro no âmbito de organismos internacionais. 11. No âmbito da Corte Interamericana, já se decidiu que a interação especial de sujeição estabelecida entre os adolescentes privados de liberdade e os agentes responsáveis pela custódia impõe ao Estado uma série de deveres, portanto, devem ser implementadas ações e iniciativas estatais com o fim de fortalecer e incentivar nesses internos o desenvolvimento dos seus projetos de vida, os quais não podem ser aniquilados em função da privação de liberdade. 12. Esses casos contenciosos apontam que a superpopulação nas instituições, somada a outros problemas infraestruturais, por exemplo, insalubridade,

alimentação deficitária, falta de atendimento médico e psicológico, vulnera as normas convencionais, além de fomentar lamentáveis situações de violência e abusos entre os próprios internos, ou entre estes e os funcionários. 13. Dada a autonomia dogmática do princípio da vedação à proteção insuficiente, ainda que existam clamores ou sentimentos sociais na contramão do que se vem de assentar, pelo que já se expôs, é inafastável concluir que os deveres estatais de proteção nessa seara não podem ser simplificados, reduzidos e/ou perspectivados como mera exigência de ampliação do rigor e da severidade na imposição e execução das medidas socioeducativas aos adolescentes em conflito com a lei. 14. Nessa perspectiva, a limitação do ingresso de adolescentes nas Unidades de Internação em patamar superior à capacidade de vagas projetadas, além de cessar as possíveis violações, previne a afronta aos preceitos normativos que asseguram a proteção integral, densificando as garantias dispostas no artigo 227 da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 65/2010), além de fortalecer o postulado de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. 15. Incide, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja previsão expressa está no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, sendo repetido no art. 124, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, senão vejamos respetivamente: 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; e Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: (...) V - ser tratado com respeito e dignidade. 16. Ordem de habeas corpus concedida para determinar que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes não ultrapassem a capacidade projetada de internação prevista para cada unidade, nos termos da impetração e extensões. 17. Propõe-se, ainda, a observância dos seguintes critérios e parâmetros, a serem observados pelos Magistrados nas unidades de internação que operam com a taxa de ocupação dos adolescentes superior à capacidade projetada: i) adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso; ii) reavaliação dos adolescentes internados exclusivamente em razão da reiteração em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa, com a designação de audiência e oitiva da equipe técnica para o mister; iii) proceder-se à transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior ao limite projetado do estabelecimento, contanto que em localidade

próxima à residência dos seus familiares; iv) subsidiariamente, caso as medidas propostas sejam insuficientes e essa transferência não seja possível, o magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o limite máximo de ocupação; v) na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares, sem qualquer prejuízo ao correto cumprimento do plano individual de atendimento podendo ser adotadas diligências adicionais de modo a viabilizar o seu adequado acompanhamento e execução; vi) a internação domiciliar poderá ser cumulada com a imposição de medidas protetivas e/ou acompanhada da advertência ao adolescente infrator de que o descumprimento injustificado do plano individual de atendimento ou a reiteração em atos infracionais poderá acarretar a volta ao estabelecimento de origem; vii) a fiscalização da internação domiciliar poderá ser deprecada à respectiva Comarca, nos casos em que o local da residência do interno não coincida com o da execução da medida de internação, respeitadas as regras de competência e organização judiciária; viii) alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado de outras diretrizes que entenda adequadas e condizentes com os postulados constitucionais e demais instrumentos normativos²⁶.

Os fundamentos deduzidos, a respaldar a decisão estrutural, estão alinhados com os instrumentos de proteção de direitos humanos. Inicialmente, menciona-se o superior interesse previsto na Convenção sobre os Direitos das Crianças da Organização das Nações Unidas, firmada pelo Brasil e internalizada por meio do Decreto 99.710/1990²⁷. O direito a proteção especial conferido constitucionalmente ao adolescente, à luz dos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, §3º, V, CRFB)²⁸, reiterado no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 121)²⁹, que institui a doutrina da proteção integral à

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus 143988 ES 0005007-88.2017.1.00.0000, Relator: Min. Edson Fachin. *Relatório de Inspeção Socioeducativo do Rio de Janeiro. Petição 46851/2019*. 13 ago. 2019.

²⁷ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

²⁹ BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

criança e ao adolescente, princípios, regras e critérios do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)³⁰, nele ínsita preponderância do caráter pedagógico, ressocializador e protetivo.

A demonstrar a relevância do processo dialógico em processos estruturais, assenta-se a compreensão de Peter Häberle da “sociedade aberta de intérpretes”, segundo a qual, quanto mais pluralista for a sociedade, de maior abertura serão os critérios de interpretação constitucional. Com efeito, “Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade”³¹.

Nessa dimensão, colige-se do voto condutor que foram enfrentados os argumentos apresentados por *amici curiae*, o que ampliou sobremaneira o debate, verticalizado em ambiente democrático e plural, a conferir potencialidade de legitimação e concretude na sua implementação do aresto, em contexto com a realidade. Afastados restaram as teses concernentes aos impactos negativos na segurança pública, da limitação de recursos orçamentários, assim como da admissão da superação dos limites da projeção da capacidade das unidades.

A partir da decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal foram estabelecidos critérios e parâmetros para dar efetividade da decisão estrutural. Para acompanhar os efeitos da decisão, “especialmente em relação aos dados estatísticos sobre o cumprimento das medidas estabelecidas e o percentual de lotação”³², empregada a técnica da recomendação com a aprovação pelo colegiado para criação do Observatório Judicial.

Nesse cenário, sobreveio relatório de projetos e realizações com vistas ao aprimoramento do sistema socioeducativo no âmbito do Conselho

³⁰ BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

³¹ HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição à interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus 143988 ES 0005007-88.2017.1.00.0000. Relator: Min. Edson Fachin, 24 ago. 2020, Data de Publicação: 04 set. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344303832&ext=.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

Nacional de Justiça, por meio do programa “Fazendo Justiça”, executado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medida Socioeducativa (DMF), em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Ao relatar as etapas e as concretizações, registra oito projetos, os quais dialogam com os parâmetros e critérios estabelecidos no *habeas corpus* coletivo nº 143.988: *i* – implantação de serviços de centrais de vagas do sistema socioeducativo; *ii* – justiça restaurativa; *iii*- programa de acompanhamento a adolescentes pós-cumprimento de medida socioeducativa; *iv*- implementação, qualificação e difusão dos núcleos de atendimento integrado (NAI); *v* - disseminação das audiências concentradas no sistema socioeducativo; *vi* – fortalecimento e acesso a programas de profissionalização e aprendizagem no socioeducativo; *vii* – plano nacional de fomento à leitura; *viii*- monitoramento das taxas de ocupação e implementação das decisões proferidas pelo STF no HC nº 143.988/ES. Em apoio à criação do Observatório Judicial, o CNJ sustenta necessidade de espaço que “fomente troca de ideias e experiências ligadas à sociedade brasileira”³³.

CONCLUSÃO

O *habeas corpus* coletivo nº 143.988 de relatoria do Ministro Edson Fachin do Supremo Tribunal Federal pode ser refletido como paradigma de processo estrutural, pois direitos fundamentais foram tratados em feito complexo, multipolar, com escopo na alteração do “estado de desconformidade”³⁴.

Com efeito, direitos fundamentais violados foram tratados no *writ*, em que foram aferidas situações de tratamento degradante e indigno conferidos a adolescentes em conflito com a lei, privados de liberdade em unidades de internação superlotadas. Argumentos de diversas ordens foram aportados pelos *amici curie* possibilitando ampliação do debate das complexidades e das soluções postas.

No julgamento pelo órgão fracionário da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, a ordem de *habeas corpus* coletivo foi concedida, à unanimidade, para determinar que as unidades socioeducativas de

³³ OLIVEIRA, S. M. H. L. de In: *Curso de Formação: O PODER Judiciário na Qualificação do Atendimento Socioeducativo – Da Porta de Entrada à Porta de Saída*, 2021. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://youtu.be/YHtUHSaOmxI> . Acesso em: 27 set. 2021.

³⁴ DIDIER JR, F.; ZANETI JR, H.; OLIVEIRA, R. A. de *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. In: Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). *Processos estruturais*. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 430. ISBN 978-85-442-3430-3.

cumprimento de medidas privativas de liberdade não ultrapassem o limite da capacidade projetada. Também foi estabelecida adoção do *numerus clausus* como estratégia de gestão de vagas, além de outros critérios e parâmetros para observação dos magistrados responsáveis pelas unidades que operassem acima da capacidade projetada. Ao final, o colegiado acolheu a criação do Observatório Judicial para acompanhamento do cumprimento do acórdão.

Por fim, vale ressaltar sobre o papel do Judiciário de dar concretude aos valores fundamentais, no exercício da função contramajoritária, rememorado no voto do Ministro Fachin no julgamento da Medida Cautelar da ADPF 347, ao tratar do estado de coisas inconstitucional e da situação dos estabelecimentos prisionais, enfatiza “(...) quando os direitos de minorias excluídas são sistematicamente violados, é o Poder Judiciário o último guardião desses direitos e o Supremo Tribunal Federal deve deles fazer a sua morada”³⁵.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 fev. 2016. Disponível em: downloadPeca.asp (stf.jus.br).

REFERÊNCIAS

- ARENHART, S. C. *Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes*. Processos estruturais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1072. ISBN 978-85-442-3430-3.
- ARENHART, S. C. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da acp do carvão*. In: . Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). Processos estruturais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. [Salvador]: Juspodivm, 2021, p.1051. ISBN 978-85-442-3430-3.
- DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – *Relatório temático de fiscalização da unidade de atendimento socioeducativo Cense Professora Marlene Henrique Alves*. Disponível em <https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/712e40ad038f4b3ca4d0531e3bc8a1d9.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.
- DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – *Relatório temático de fiscalização da unidade de atendimento socioeducativo escola João Luiz Alves*. Disponível em: <https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/906f51a726b24a6597c5d9e222e39ccb.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.
- DIDIERJR, F.; ZANETIJR, H.; OLIVEIRA, R. A. de *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. In: Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). Processos estruturais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 422/461. ISBN 978-85-442-3430-3.
- FERRARO, M. P. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Universidade Federal do Paraná, 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais, Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/39322>. Acesso em: 28 set. 2021.
- GODOY, M. G. de *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. ISBN 978-85-450-0280-2.
- HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição à interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13.
- INSTITUTO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO DO ESPÍRITO SANTO (IASSES). *Observatório digital da socioeducação*. Disponível em: <https://iases.es.gov.br/observatorio-digital-da-socioeducacao>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- JOBIM, M. F.; ARENHART, S. C.; OSNA, G. *Curso de processo estrutural [livro eletrônico]*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. ISBN 978-65-5614-568-6
- MARÇAL, F. B. *Processos estruturantes*. Salvador: Juspodivm, 2021, p.34. ISBN 978-65-5680-125-4.
- OLIVEIRA, S. M. H. L. de In: *Curso de Formação: O PODER Judiciário na Qualificação do Atendimento Socioeducativo – Da Porta de Entrada à Porta de Saída*, 2021. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://youtu.be/YHtUHSaOmxI> . Acesso em: 27 set. 2021.
- ROIG, R. D. E. *Execução penal [livro eletrônico]: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp 72/82. ISBN 978-65-5614-701-7.
- VIOLIN, J. “ *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*”. In: . Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). Processos estruturais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 653. ISBN 978-85-442-3430-3.
- VITORELLI, E. *Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças*. Revista de Processo, São Paulo, v. 284/2018, p. 333-369, out. 2018. Disponível em: [https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017b7b4f4f0c1f50fe4d&docguid=la50f4cd0bbdd11e8a7e1010000000000000&hitguid=la50f4cd0bbdd11e8a7e1010000000000&spos=7&epos=7&td=4000&context=21&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017b7b4f4f0c1f50fe4d&docguid=la50f4cd0bbdd11e8a7e1010000000000&hitguid=la50f4cd0bbdd11e8a7e1010000000000&spos=7&epos=7&td=4000&context=21&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1) Acesso em: 25 ago. 2021.
- VITORELLI, E. *Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual*. In: Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). Processos estruturais. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 331. ISBN 978-85-442-3430-3.

PROCESSOS ESTRUTURAIS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – O PAPEL DAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Thais Sampaio da Silva Machado⁴²³

INTRODUÇÃO

A atuação do Ministro Luiz Edson Fachin no âmbito da jurisdição constitucional destaca-se pela consistente e persistente defesa da ordem constitucional democrática e pela efetivação dos direitos fundamentais, revelando-se especialmente emblemática a busca de concretização dos direitos sociais.

Se a tutela desses direitos na jurisdição ordinária apresenta-se complexa-se individual ou coletivamente, no Supremo Tribunal Federal, essa complexidade exacerba-se diante da ausência de instrumentos processuais especialmente destinados a ir além do controle concentrado abstrato e, assim, meramente declaratório da (in)constitucionalidade de atos normativos.

Recentemente, no entanto, tem-se percebido a utilização de Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental com essa finalidade de tutelar direitos sociais no âmbito da jurisdição constitucional concentrada, sendo algumas delas de relatoria do Ministro Luiz Edson Fachin.

Trata-se, assim, do breve estudo desses casos, a fim de alinhar a teoria processual à prática constitucional.

1 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Arguição de Descumprimento de Preceito foi prevista como novidade no texto constitucional de 1988, havendo a lei 9.882/99 disciplinado os seus requisitos os quais foram aos poucos densificados pelo próprio exercício da jurisdição constitucional: subsidiariedade, objeto e o seu parâmetro de controle.

Para além das demais ações de controle concentrado (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de inconstitucionalidade por omissão), a ADPF transita entre a abstração e o concreto. Alguns termos da própria lei sugerem essa função, a iniciar pela própria nomenclatura que prevê o “descumprimento”, denotando, pois, ato material (potencialmente) lesivo. Igualmente, o art. 1º fala em “lesão”, “resultante de ato do Poder Público” e, o que é especialmente relevante, o art. 5º, §1º, prevê a concessão de tutela de urgência, sendo a única ação cuja

⁴²³ Mestre em Direito do Estado pela UFPR, juíza federal substituta do TRF da 4ª Região em auxílio no Gabinete do Ministro Luiz Edson Fachin.

lei expressamente confere a possibilidade de deferimento monocrático de medida liminar. Trata-se, afinal, de um risco real e concreto de lesão a preceito fundamental. Ainda, o art. 10 prevê as medidas de efetivação do provimento: “Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.”

Assim, essa vocação permite veicular por meio da ADPF questões concernentes a atos lesivos a direitos fundamentais que demanda ações efetivas – sem as quais há violação a preceitos fundamentais – do Poder Público. E questões que ora têm encontrado na doutrina processual a terminologia de litígios estruturais: “litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente de natureza pública, opera.”⁴²⁴

Se a ADPF pode servir como processo estrutural e, assim, permitir, pela atuação judicial, a reorganização dessa estrutura, trata-se de um grande desafio à jurisdição do Supremo Tribunal Federal ante à carência de instrumentos de efetivação e ante à posição do órgão na estrutura de Separação dos Poderes.

Esse desafio deve ser ainda objeto de estudos que o analisem, entre outras perspectivas, a partir da sua legitimidade democrática e da teoria das capacidades institucionais. E a partir das teorias dos diálogos institucionais, as quais se passa brevemente a expor⁴²⁵.

2 TEORIA DOS DIÁLOGOS

Pela teoria dos diálogos, os poderes não são excludentes, mas, de fato, harmônicos. Essas teorias visam balancear a questão da legitimidade democrática pela construção de um processo deliberativo compatível com a complexidade dos direitos envolvidos. Buscam, segundo Cecília de Almeida Silva e Francisco Moura, construir desenhos institucionais nos quais a responsabilidade pela configuração do sentido constitucional é repartida entre diversos atores, aos quais compete, solidariamente, a (difícil) tarefa de concretizar o texto fundamental⁴²⁶.

Conrado Hübner Mendes anota justamente que a recusa da visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da Constituição, a qual

⁴²⁴ VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural – Teoria e Prática*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 56.

⁴²⁵ Reflexões desenvolvidas em SILVA, Thais Sampaio da Silva. A judicialização de demandas político-sociais e a possibilidade do controle judicial do mérito administrativo. Legitimação a partir da teoria dos diálogos. In: *Revista de Doutrina do TRF4. Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.67, ago. 2015. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Thais_daSilva.html Acesso em: 26 ago. 2021.

⁴²⁶ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 137.

é e deve ser legitimamente exercida pelos outros poderes, e a rejeição da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que a Corte a detenha por meio da revisão judicial, são os principais denominadores comuns das teorias do diálogo. Inicialmente, explicando Alexander Bickel, afirma que, para este, a essência da arte de governo é o gerenciamento da tensão entre dois aspectos presentes em todos os seus atos: o seu efeito concreto imediato e a sua relação com os valores duradouros que dão coesão e unidade à comunidade política. E isso se aplica ao legislador, ao juiz e ao administrador.

A revisão judicial pode jogar, segundo Bickel, com o “maravilhoso mistério do tempo” e esperar. Esse tempo de espera é valioso para que processos deliberativos sejam estimulados na sociedade, antes que se tome uma decisão rígida de princípio. A Corte deve tentar persuadir antes de coagir, estimulando o diálogo. A isso ele chama de exercício de virtudes passivas. É necessário o faro político para decidir quando finalmente decidir.⁴²⁷

Por outro lado, o minimalismo de Cass Sunstein funda-se na ideia de nada dizer além do necessário. Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmento entendem, no entanto, que o minimalismo, como uma teoria generalizada para o comportamento judicial, não é adequado no Brasil⁴²⁸. O minimalismo, na leitura que Brandão faz de Sunstein, seria importante em matérias de forte complexidade (p. ex., moral, científica etc.), em que o juiz se depare com “falta de informações, circunstâncias mutáveis e desacordo moral razoável e irremediável, fatores que aumentam bastante os custos de decisão e de erro, e, assim, recomendam postura cautelosa e humilde.”⁴²⁹

Essas teorias, prossegue Brandão, sugerem também técnicas de compromissos dilatatórios, prestigiando o ideal de reciprocidade e de mútuo respeito, pois permitem o acordo, quando ele é necessário, e o tornam desnecessário, quando é impossível.

Há inúmeras outras teorias que buscam refletir sobre virtudes ativas, interpretação circular, construção coordenada, constitucionalismo popular, rodadas procedimentais, última palavra provisória. Cecília de Almeida e Francisco Moura trazem a seguinte classificação das teorias dos diálogos: (i) teorias de “aconselhamento” judicial: aqui, o Judiciário vale-se de técnicas de interpretação e construção decisórias que se revelem proativas e recomendem cursos de ação aos poderes políticos; (ii) teorias centradas no processo:

⁴²⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107-115.

⁴²⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 227.

⁴²⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.184-185.

“nesta categoria, o juiz constitucional privilegia as considerações quanto à suficiente atenção, de parte dos agentes de poder, à adequada deliberação em decisões políticas que podem afetar valores constitucionais substantivos”; (iii) teorias estruturais de diálogo: têm em conta menos o método de construção da decisão judicial e mais as formas pelas quais se podem cunhar as relações entre estruturas, por intermédio de mecanismos institucionais ou políticos que permitam oferecer resposta a uma decisão que gere desacordo.⁴³⁰

Há, enfim, soluções intermediárias entre a adjudicação judicial e a deferência. A decisão não precisa ter poder formal para influenciar o comportamento. A noção de diálogo, portanto, afasta a de última palavra. “Diálogo nos torna sensíveis ao fato de que, na política, decisões são provisórias, por mais custoso e demorado que seja revertê-las. Traz para a discussão a dimensão temporal da política e da continuidade histórica da comunidade”.⁴³¹

A teoria dos diálogos entende, afinal, que o sentido dos direitos fundamentais é resultado de uma complexa dinâmica de interação entre os poderes públicos e entre eles e a sociedade civil. Esse modelo de “circularidade procedimental” torna a concretização dos direitos fundamentais um processo interativo, no qual

cada um dos poderes contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que – especialmente quando estiverem em jogo questões complexas – tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e a garantir segurança jurídica.⁴³²

Entre o ativismo e a contenção há espaço dinâmico de interação deliberativa e, portanto, de cidadania, que deve acompanhar o processo decisório. A cidadania enquanto atividade e não como sujeição. O diálogo, portanto, deve orientar, sempre, processos estruturais.

O Estado Social de Direito é, afinal, também uma tentativa de conformação. Uma “tentativa de conjugar legalidade e justiça social” que entra em crise diante da proliferação caótica de leis especiais, da dilatação do poder administrativo (burocracia), da complexidade da vida social, da crescente dependência das prestações públicas e da multiplicação das oportunidades

⁴³⁰ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 92-95.

⁴³¹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 160-161.

⁴³² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 289.

de corrupção e abuso de poder político-administrativo, além de altos custos sociais, dificuldade de controlar a qualidade e a equidade no fornecimento dos serviços e confusão de poder político e econômico.⁴³³

Esse cenário é o contexto dos litígios estruturais e da demanda por soluções para a efetividade dos direitos sociais que passam, também, pela atuação jurisdicional. A judicialização de questões antes reservadas à esfera político-administrativa, afinal, é inerente à ordem constitucional que normatizou direitos sociais, mas nem sempre encontra conformação no plano majoritário. Devem-se encontrar ferramentas substanciais e procedimentais de legitimação democrática dessa atuação, a qual deve ser compreendida num processo dialógico, pré e pós-decisional.

3 ADPF E PROCESSOS ESTRUTURAIS

É assim que se tem desenhado o processo civil com vistas à efetivação dos direitos sociais: instrumental, cooperativo, dialogal e fundado na facticidade que busca compreender e, se necessário e constitucionalmente previsto, alterá-la. A reflexão sobre processos estruturais e as dificuldades que apresentam passa necessariamente por essa compreensão, que implica a redefinição de institutos processuais clássicos, como cognição, execução, coisa julgada, sujeitos processuais. Na jurisdição constitucional concentrada o desafio é incrementado pela carência de regras processuais que orientem a atuação da postulação à instrução, ao provimento e seu cumprimento. É preciso, pois, igualmente ressignificá-la.

Essa ressignificação é feita também fundada na faticidade e temporalidade da comunidade de princípios, sendo o referencial aqui explicitamente dworkiano, pois o significado da Constituição é compartilhado intersubjetivamente e deve, assim, cada decisão ser construída argumentativamente, impondo a preocupação com o passado, o que inclui o respeito aos precedentes, e projetando o futuro.

Fazendo esse percurso em relação às ADPFs estruturais, houve certo alarde em relação à decisão na medida cautelar da ADPF 347, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015, que, embora tenha o mérito de declarar o “estado de coisas inconstitucional” em relação ao sistema penitenciário, não promoveu ainda a alteração efetiva da política pública. Trata-se “pretensão estrutural”, mas não conduzida na prática como “processo estrutural”⁴³⁴.

⁴³³ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 14-16.

⁴³⁴ VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural – Teoria e Prática. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 484.

Para Vitorelli, a ADPF 709, referente à proteção dos povos indígenas ao risco de contágio no contexto da pandemia, seria o primeiro caso de processo estrutural no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Na decisão cautelar, rel. Min. Roberto Barroso, j. 05.08.2020, o “STF não apenas determinou a elaboração de um plano, mas também estabeleceu medidas concretas, parâmetros mínimos e autoridades que deveriam participar da condução da crise.”⁴³⁵

Apesar de algumas críticas que podem ser feitas em relação à efetividade e ao descompasso em relação às urgências de algumas medidas adotadas, trata-se de racionalidade que nem sempre adere aos processos que se pretendem estruturais. É o tempo que há. A assimetria de informações e de meios de execução, a necessidade de construção de soluções preferencialmente negociais e não adjudicatórias, são fatores inerentes à natureza desses feitos. Foram estas as reflexões do Ministro Edson Fachin em seu voto nos Embargos de Declaração da Medida Cautelar da ADPF 635 referente à letalidade das operações policiais no Rio de Janeiro:

...Como se indicou no voto da concessão da cautelar, o conhecimento da presente arguição fundamentou-se no precedente da ADPF 347-MC, no qual se reconheceu a possibilidade de utilização da ADPF para atacar omissões estruturais do poder público (estado de coisas inconstitucional). A admissibilidade da arguição fundamenta-se, portanto, na existência (i) de um quadro de violações sistemáticas, (ii) de uma omissão estrutural que envolva a atuação dos três poderes e (iii) na necessidade de uma solução complexa que envolva a atuação dos três poderes.

Não se desconhece, como anotei no voto proferido em assentada anterior, que a intervenção do Poder Judiciário deve-se dar a partir de parâmetros bem nítidos de atuação, a fim de reduzir possíveis questionamentos sobre eventuais ofensas à separação de poderes (MAGALHÃES, Breno Baía. A Incrível Doutrina de um Caso Só: Análise do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347. *In*: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, v. 14, n. 3, 2019).

Nesse sentido, para além do quadro de violações trazido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Favela Nova Brasília), da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Relatório n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Mérito, 31.10.2011) e do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (CCPR/C/BRA/2004/2), todos examinados e analisados em assentada anterior, é preciso levar em conta o que foi afirmado na própria audiência pública realizada por esta Corte.

⁴³⁵ VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural – Teoria e Prática*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 486.

(...)

Em uma perspectiva comparada (GARGARELLA, Roberto. From Democracy and Distrust to a Contextually Situated Dialogic Theory. *In: International Journal of Constitutional Law*, v. 18, n. 4, dezembro de 2020), essa justificativa para atuação excepcional dos tribunais, é exemplificada, na Colômbia, pela adoção do instituto do estado de coisas inconstitucional; nos Estados Unidos, pela adoção das sentenças estruturais (structural injunctions); e, na Índia, pelas estratégias de litigância de interesse público. Todas essas hipóteses esforçam-se por superar impasses institucionais graves que dificultam a realização urgente como urgente é o direito à vida dos direitos humanos e fundamentais.

É preciso, no entanto, reconhecer, seja à luz dos novos pedidos realizados, seja à luz das alegações de descumprimento da decisão, seja ainda pela dimensão estrutural do conflito, que a cognição das questões trazidas pela Parte requerente não se esgotou com a apreciação da medida cautelar.

É que o aponta Edilson Vitorelli relativamente à execução dos litígios estruturais (VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 430-431):

‘Se, na tentativa de abarcar todos os aspectos possivelmente relevantes, o juízo do processo de conhecimento profere uma decisão minuciosa, é provável que as atividades executivas demonstrem outros aspectos que, por não se encontrar na linha de desdobramento causal esperada, não estejam cobertos pelo provimento. Por outro lado, se, como recomendam vários outros autores, o juiz se limita a estabelecer uma meta final, deixando para o réu a definição das providências para alcançá-la, é possível que os métodos adotados não sejam nem os melhores, nem os mais rápidos, nem os que fornecem resultados mais duradouros. Em ambos os cenários, seja a decisão minudente ou a decisão genérica, a fase de execução pode ser obstaculizada pelo argumento de que a providência determinada não está contida no título judicial exequendo.

(...)

Declarado o direito, o ordenamento jurídico parece pressupor que a sua implementação seria automática, sem necessidade de se discutir a melhor forma de fazê-lo, o que não é verdade em litígios estruturais. Sem um debate adequada das diferentes técnicas processuais de implementação, a fase de cumprimento pode ficar à deriva, dependendo, fundamentalmente, do comportamento do réu.’

A solução para esse problema passa, segundo o autor, pela superação da cisão entre conhecimento e execução, atenta, sempre, à mutabilidade do

contexto (p. 434-435):

‘É igualmente relevante perceber a possibilidade de que as prestações determinadas no título executivo sejam incompatíveis entre si, total ou parcialmente. Tal ocorrência se torna tão mais provável quanto mais aberto for o título. A técnica de produzir sentenças abertas, que indiquem apenas um objetivo final, sem se fixar em pontos instrumentais, costuma ser indicada pela doutrina como uma forma de facilitar a cognição e permitir que o ativismo judicial não substitua a atuação das partes, sobretudo quando se trata do Estado. Em considerável medida, essa é uma solução que simplifica a atividade cognitiva e alivia a sensação de que o Poder Judiciário está invadindo competências alheias. (...)

Em alguma medida, a solução desse problema passa pela revisão das bases metodológicas da execução e a possibilidade de que a atividade cognitiva e executiva convivam em um mesmo momento processual. A definição de questões litigiosas pelas partes é sempre parcial, porque centrada apenas em alguns aspectos da realidade que será impactada pelo processo e, por isso mesmo, sujeita às modificações decorrentes da passagem de tempo. Isso pode ser feito, dentro da teoria tradicional, por decisões provisórias parciais. No entanto, se o cumprimento for de sentença final, é importante que o juiz não se apegue à literalidade do texto da sentença. O processo existe para resolver problemas, não para criá-los. (...)

Nesse contexto, é preciso que a implementação se inicie tão logo seja adotada a decisão e que as respectivas providências sejam revistas periodicamente, avaliando-se de que modo contribuiriam para que se avançasse no rumo do resultado desejado.’

Embora feitas para um contexto de um litígio sobre a competência do juiz singular, as observações feitas pelo Prof. Edilson Vitorelli são pertinentes para os casos em que as ações constitucionais, notadamente a ADPF, tenham feição estrutural. Em ambos os casos, não há outra forma de solucionar as questões trazidas pelo Judiciário que não seja por meio da concessão de medidas estruturais (argumento tecnocrático) e pela iniciativa cidadã das medidas (argumento normativo), a justificar, portanto, a preferência pelas medidas estruturais (‘civil injunction’), como bem apontava há décadas o Prof. Owen Fiss (FISS, Owen. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington & Londres: Indiana University Press, 1978, p. 87).

Sobre essa perspectiva, é preciso que o Tribunal se mantenha atento às alterações das circunstâncias fáticas, assim como às dificuldades de cumprimento das ordens que foram inicialmente proferidas, a fim de ajustar o alcance de suas decisões ao objetivo da ação.

A decisão que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal proferiu no sentido de se restringir, sob pena de responsabilização civil e criminal, a

realização de operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, foi responsável por uma queda significativa na redução da letalidade policial. (...)

A eficácia inicial da decisão da Corte e as dificuldades para a sua contínua implementação não devem passar despercebidas pelo Tribunal. É preciso estar atento às alterações fáticas, assim como agir com responsabilidade na manutenção das providências que se mostraram bem sucedidas. Com efeito, é típico das demandas estruturais a adoção de ordens flexíveis, com a manutenção da jurisdição, para assegurar o sucesso das medidas judiciais determinadas. E em ações estruturais, os embargos de declaração servem para adequar a ordem do Tribunal às mudanças da realidade fática causada pela decisão ou ocorridas a partir dela. É, portanto, sobre essa perspectiva mais ampla que o presente recurso deve ser examinado.”

Vê-se que o Ministro Edson Fachin atentou às dificuldades e às soluções que a doutrina processual tem apontado para os “processos estruturais.” Identificou a omissão estrutural, a justificativa para atuação judicial legítima, os parâmetros e limites dessa atuação e a técnica processual com suas vicissitudes práticas. Trata-se, sempre, de adaptá-la (a técnica) à natureza do direito tutelado e, no caso dos processos estruturais, especialmente, à complexidade das questões e à multiplicidade de atores.

Recentemente ainda, além da ADPF 709, foi proposta e julgada a ADPF 742, referente à proteção das comunidades quilombolas no contexto pandêmico, havendo o Tribunal determinado, entre outras providências:

“à União, que: (i) formule, no prazo de 30 dias, plano nacional de enfrentamento da pandemia covid-19 no que concerne à população quilombola, versando providências e protocolos sanitários voltados a assegurar a eficácia da vacinação na fase prioritária, com a participação de representantes da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas - Conaq; (ii) constitua, em até 72 horas, grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com a finalidade de debater, aprovar e monitorar a execução do Plano, dele participando integrantes, pelo menos, do Ministério da Saúde, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Fundação Cultural Palmares, Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Direitos Humanos, Associação Brasileira de Saúde Coletiva e representantes das comunidades quilombolas a serem indicadas pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas;” (j. 24.02.2021, rel. Min. Marco Aurélio, redator Min. Edson Fachin)

No entanto, a elaboração de um plano anterior ao cumprimento das várias ações necessárias à proteção das comunidades revelou-se, pela urgência, infactível, optando o Ministro Edson Fachin por, na linha da lição processual concernente aos processos estruturais, estabelecer medidas de cumprimento concomitantes à sua elaboração: “Como anotei na decisão cautelar dos Embargos de Declaração, o RISTF prevê a competência do relator para ‘executar e fazer cumprir’ seus acórdãos (art. 21, II).

Por sua vez, o art. 10 da Lei n. 9.882/98 também denota a preocupação legislativa com a efetividade da decisão da arguição de descumprimento, impondo a fixação das condições, o modo de interpretação e a aplicação do preceito fundamental.

Trata-se, como pontuei no voto, da adoção de medidas estruturais, porque dependem da alteração de uma política pública que se revelou omissa na proteção dos grupos vulneráveis, no caso, as comunidades quilombolas, na pandemia da covid-19.

O seu cumprimento, no entanto, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal, é complexo. Na gênese do problema há anos de invisibilidade protetiva que não encontrarão solução definitiva nos planos cuja elaboração foi determinada, limitados que estão aos reflexos da pandemia.

De todo modo, mesmo sob essa delimitação, o cumprimento demanda desafios e não se resolve com um típica ordem jurisdicional adjudicatória, reclamando soluções dialógicas e dinâmicas, flexíveis e atípicas, compreendidas de alguma maneira nos poderes-deveres do juiz previstos no art. 139, IV, do CPC, competindo-lhe ‘determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;’.

Esse desafio tem sido estudado pela doutrina no âmbito dos chamados ‘processos estruturais’, anotando-se a percepção de que esses processos desenvolvem de maneira a apreender, como aqui, no momento do cumprimento, dificuldades não antecipadas, implicando certo sincretismo possível entre fenômenos técnicos inerentes à execução e à própria cognição.

A ADPF, ainda que entre as ações de controle de constitucionalidade seja aquela especialmente vocacionada para conformar a tensão da realidade à abstração normativa, não está imune a essas dificuldades procedimentais, sem embargo de comportar as mesmas soluções, sendo possível, nos termos legais e regimentais, a retenção da jurisdição cognitiva para a fase de cumprimento:

‘Exigir que um litígio seja integralmente julgado, para depois ser implementado, significa exigir que a decisão seja aplicada em um mundo que não mais existe. Por essa razão, ela se tornará injusta ou, no mínimo, ineficaz. Como demonstra a experiência norte-

americana em processos estruturais, a decisão judicial, na fase de conhecimento, se limita a reconhecer a ilegalidade da situação e, quando muito, a fixar metas para a sua solução. (...) Assim, à medida que a execução se desenvolve, o juiz cria os passos necessários para a implementação incremental da resposta desejada.’ (VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 342)

É o que a literatura jurídica especializada denomina de retroalimentação da decisão:

‘É importante que decisão e cumprimento possam se retroalimentar e fazer com que o plano de reestruturação seja responsivo aos efeitos que ele mesmo acarreta, à medida que se desenvolve. O cerne do problema de um processo estrutural está exatamente em permitir que cumprimento e decisão se retroalimentem reciprocamente, gerando ciclos de decisões e implementações que sejam responsivos uns aos outros.’ (VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 432)

Nessa mesma linha calha citar, por oportuno e mesmo necessário à fundamentação, a relevante contribuição doutrinária para a conformação do conceito e da prática do processo estrutural nos trechos que são aqui colacionados e que por si só são autoexplicativos dos limites e possibilidades dessa fôrma processual em termos de arguição de descumprimento de preceito fundamental:

‘Outra característica fundamental de muitos problemas estruturais é a sua complexidade, ou seja, a imprevisibilidade quanto às consequências causadas em razão de algum estímulo operado no sistema.⁵ Essa característica faz com que seja necessária uma constante vigilância sobre os resultados ocasionados em razão das intervenções feitas pelas soluções dadas pelo processo ou fora dele. Isso faz com que a necessidade de angariar fatos e provas, no processo estrutural, se alongue para além da típica fase instrutória, podendo alcançar até mesmo a fase executiva. Considerando – como se verá adiante – a necessidade de ajustes futuros nas decisões tomadas (aquilo que se chama de “decisões em cascata”), haverá a necessidade de, inaugurada a efetivação de uma decisão estrutural, examinar os impactos causados sobre a instituição a ser alterada, de modo a permitir eventuais correções ou adequações da solução, sempre na busca do objetivo traçado.

Para esse fim, é importante que a fase de cumprimento de decisões (ou, mais genericamente, de soluções) no processo estrutural venha impregnada de alta dose de instrução. Ao contrário do que sucede em grande parte das

fases de cumprimento (ou do processo de execução em geral), aqui essa fase também é momento de alto grau de cognição. A cognição aqui tem, de um lado, o propósito de avaliar a adequação da solução antes dada; de outro, o objetivo de aferir a necessidade de alguma especificação ou alguma alteração naquela resposta, sempre com o fim de prestar a resposta mais precisa possível.’ (ARENHART, Sérgio C; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. Curso de Processo Estrutural. Thompson Reuters Brasil, 2021, e-book, Página RB-5.1)

De fato, em razão das próprias características do problema estrutural, é muito provável que a reforma institucional seja realizada através de várias decisões em cascata, que se sucederão na identificação do problema e na apresentação de possíveis respostas. Assim, é típico das medidas estruturais que se profira uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase “principiológica”, no sentido de que terá como principal função estabelecer a “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e de questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida.² Possivelmente, isso se sucederá em uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto. Não raras vezes, esses provimentos implicarão técnicas semelhantes à negociação e à mediação.’ (ARENHART, Sérgio C; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. Curso de Processo Estrutural. Thompson Reuters Brasil, 2021, e-book, Página RB-6.1)

‘Então, a dificuldade do processo estrutural, ao menos nesses casos, não está ligada a uma primeira decisão (à decisão-núcleo) que reconhece uma violação sistemática a esses direitos.

Surge aí o segundo momento, no qual se pretende encontrar alguma solução para esse estado de desconformidade encontrado. E é aí que o problema, do ponto de vista prático, surge. A dificuldade está na determinação da forma como, pela via do processo, será possível estruturar as instituições para que possam aperfeiçoar seu comportamento ou, em outros casos, fomentar as condições para que elas possam se reestruturar, dando concretude aos comandos constitucionais que asseguram tais direitos à comunidade em geral. (...)

Isso recomenda que a efetivação se faça a partir de um plano de ação, onde se desenham os objetivos a serem alcançados ao longo do tempo, com metas a serem cumpridas em cada momento. Haverá, no fim das contas, a elaboração de um verdadeiro calendário para a implementação

da solução estrutural, para que todos os interessados possam acompanhar o desenvolvimento da complexa atuação no sentido da eliminação (ou da minoração) do problema alvo da atividade estrutural.’ (ARENHART, Sérgio C; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. Curso de Processo Estrutural. Thompson Reuters Brasil, 2021, e-book, Página RB-8.1)

Nessa compreensão, as intervenções da jurisdição se fazem à luz do atual “estado da arte”, e no caso, à luz dessa moldura no procedimento, não se trata, no momento ao menos, da mera homologação ou não dos planos apresentados, o que, de todo modo, não foi sequer previsto na decisão, mas, após a sua elaboração inicial, aqui já apresentada, a sua implementação e avaliação e revisão e readequação. Tudo de forma, como tem ocorrido, concomitante e continuamente. A urgência da questão e do vírus não permite que se construa um plano ótimo, para apenas após a concordância de todos, seja ele implementado.

A complexidade e a urgência do problema demandam, assim, cooperação e diálogo e, para além das soluções adjudicatórias, soluções conciliatórias e, anotam os autores acima citados, “soluções compartilhadas” (ARENHART, Sérgio C; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. Curso de Processo Estrutural. Thompson Reuters Brasil, 2021, ebook, Página RB-RB-6.6), consoante, aliás, o novo Código de Processo Civil - conhecido como ‘Código Fux’ – a própria atuação hermenêutica colaborativa entre todos os atores processuais.’

Complexidade, imprevisibilidade, flexibilidade, cooperação e diálogo são características que estão sempre presentes quando se trata de processos estruturais. Das decisões do Ministro Fachin proferidas no âmbito da ADPF 635 e ADPF 742 percebe-se a sua atenção à discussão doutrinária atual acerca da relevância desses processos estruturais a fim de dar novos passos na efetivação de direitos sociais, sem ignorar as suas dificuldades e a metodologia a ser adaptada à jurisdição constitucional concentrada. Não será toda e qualquer pretensão de alteração de política pública que poderá ser veiculada por meio da ADPF, que persiste com seus rigorosos requisitos processuais, dos quais se destaca, como condição qualificada da ação, a subsidiariedade, a denotar o específico interesse processual, fundado binômio necessidade-adequação, mas com a especificidade de ser sempre residual. Trata-se, no entanto, de mais um instrumento a servir a efetivação de direitos sociais.

CONCLUSÕES

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o equilíbrio que a teoria dos diálogos incentiva entre os diversos atores é especialmente relevante, tendo em vista a sua posição institucional com os demais Poderes, especialmente em se tratando de políticas públicas, com o Poder Executivo. A advertência de Ingo

W. Sarlet ganha, aqui, especial aplicação:

“Isso não quer dizer que a litigância em Juízo tenha de ocorrer por meio de ações individuais, embora tal possibilidade não possa e nem deva ser afastada, mas sim que preferencialmente o caminho escolhido seja o de demandas coletivas ou, no campo da jurisdição constitucional (no controle difuso e incidental e controle concentrado) por meio de decisões vinculativas com efeitos gerais pelo STF, bem como, quando se revelar adequado ao propósito, de decisões do tipo estruturante.

No caso da utilização de decisões que imponham medidas de caráter estruturante, por sua vez, imperiosa – pena de esvaziar tais decisões e mesmo deslegitimar o órgão judiciário – que tais decisões indiquem os problemas a corrigir, mas transfiram a decisão de como proceder a correção aos demais órgãos constitucional e legalmente competentes para tanto, mediante a apresentação devidamente coordenada e deliberada, de um plano factível e justificado de ação.

Além disso, em vez de medidas coercitivas – que apenas deveriam ser utilizadas em caso excepcional de não cumprimento e ainda assim de forma compatível com a constituição e dotadas viabilidade prática – criar um sistema funcionalmente operativo (e tecnicamente qualificado) de monitoramento de perfil dialógico e representativo dos interesses envolvidos no processo.”⁴³⁶

Esse sistema “funcionalmente operativo (e tecnicamente qualificado) de monitoramento de perfil dialógico e representativo” é, nos termos do voto da Medida Cautelar na ADPF 635 do Ministro Edson Fachin, o “Observatório Judicial sobre Polícia Cidadã” e, na ADPF 742, o Grupo de Trabalho Interdisciplinar.

O processo interativo incentivado pela teoria dos diálogos entende, afinal, que o sentido dos direitos fundamentais é resultado de uma complexa dinâmica de interação entre os poderes públicos e entre eles e a sociedade civil que deve acompanhar o processo decisório democrático.

As ADPFs para este fim apresentam-se, assim, não como soluções definitivas, mas como soluções orquestradas e cooperativas e, como na doutrina citada pelo Ministro, compartilhadas. O papel do Supremo Tribunal Federal é, aqui, reconhecer omissões estruturais e determinar alterações. A efetividade dessas suas decisões deve ser acompanhada *pari passu*. A historicidade evidenciada pela sua circularidade revela justamente o caráter dialogal desse processo que é anterior e posterior à decisão. Os seus

⁴³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial. Notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sergio Cruz, JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspdv, 2017, p. 203-232, p.231

instrumentos devem ser aprimorados e incrementados sempre com o rigor da Constituição e do Estado de Direito Democrático que inaugura, normatizando tanto a organização do Estado e as funções de cada um dos seus Poderes como os direitos fundamentais e, qualificados em 1988, os direitos sociais.

A jurisdição constitucional concentrada, em especial, as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental apresentam-se, assim, também como instrumentos de efetivação desses direitos e, por que não, também como soluções estruturais. O que se buscou com o presente trabalho foi justamente destacar a atuação recente do Supremo Tribunal Federal e do Ministro Edson Fachin nessa ambiência, a fim de inserir algumas decisões na discussão atual acerca dos processos estruturais, as dificuldades que apresentam, mas também as soluções que fomentam, destacando-se aqui, as soluções dialogais.

REFERÊNCIAS

- BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 14-16.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial. Notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. *In*: ARENHART, Sergio Cruz, JOBIM, Marco Félix. Processos Estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 203-232.
- SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco et al. Diálogos institucionais e ativismo. Curitiba: Juruá, 2010.
- SILVA, Thais Sampaio da Silva. A judicialização de demandas político-sociais e a possibilidade do controle judicial do mérito administrativo. Legitimação a partir da teoria dos diálogos. *In*: Revista de Doutrina do TRF4. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.67, ago. 2015. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Thais_daSilva.html Acesso em: 26 ago. 2021.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural – Teoria e Prática. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

JURÍDICO CONTEMPORÂNEO: UM DIÁLOGO ENTRE AS TEORIAS DE HART, DWORKIN, RAZ E WALDRON

Eduardo Cambi⁴³⁷, Lucas Paulo Orlando de Oliveira⁴³⁸, Lucas Lazaroto⁴³⁹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a Teoria do Direito. Em seus aspectos específicos, busca apresentar o positivismo jurídico contemporâneo e as modificações que ocorreram dentro desta escola após o embate metodológico travado entre Herbert Hart e Ronald Dworkin.

Há uma tendência à incorporação do pós-positivismo no Brasil após a virada metodológica do pós-guerra, na qual os pressupostos para a identificação do Direito oferecidos anteriormente pelo positivismo jurídico estavam em declínio. Constatase que isso ocorreu pelas críticas ao formalismo jurídico e à interpretação estrita do texto normativo. Nesse sentido, a virada metodológica pode ser interpretada como a busca por novas maneiras de se pensar o Direito, tendo entre elas a reaproximação entre o Direito e a Moral dentro de uma perspectiva principiológica.

O marco teórico para essa nova concepção do Direito surge na obra de Ronald Dworkin, inicialmente pelo livro *Levando os direitos a sério* e, posteriormente, em *O império do direito*, no qual o autor lança um desafio ao positivismo jurídico nas premissas anteriormente propostas por Herbert Hart. Este identificava o Direito como um conjunto de regras primárias e secundárias. As primárias constituem regras de ação e têm como objeto apenas identificar o que pode ou não ser feito. As secundárias, como a regra de reconhecimento,

⁴³⁷ Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Promotor de Justiça no Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Presidente do Conselho Nacional de Diretores de Escolas e Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público brasileiro (CDEMP). Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. E-mail: eduardocambi@hotmail.com

⁴³⁸ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos. Mestre em Direito da Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor de Direito Constitucional e Hermenêutica do Centro FAG. Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição, Fronteiras e Mercados (Centro FAG). Membro do Grupo de Pesquisa de Culturas Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça (Cultis/Unisinos). Advogado. E-mail: lucasoliveira@fag.edu.br

⁴³⁹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz (2020). cursando especialização em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Dom Bosco (2021). Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição, Mercados e Fronteiras (Centro FAG). Membro do Grupo de Pesquisa de Culturas Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça (Cultis/Unisinos). Advogado.

as regras de alteração e modificação e as regras de adjudicação, constituem outro aspecto do sistema jurídico.

É na regra de reconhecimento que Hart pautou o seu conceito de Direito, pois esta seria o filtro determinante para indicar a validade de determinada regra dentro do sistema jurídico vigente. Ainda, as regras de alteração e modificação seriam um complemento para indicar as formas de se pensar o Direito depois de sua validade.

Por outro lado, a obra de Dworkin teve como objetivo a refutação dessa tese proposta por Hart na obra *Conceito de Direito*. Para tanto, Dworkin buscou na formação principiológica do Direito, na tese da única resposta correta e na sua formulação do Direito como integridade, oferecer uma forma de pensar o Direito que não aquela positivista.

No contexto brasileiro, o positivismo restou praticamente extinto, enquanto o interpretativismo argumentativo proposto por Dworkin avançou na academia, na jurisprudência e no imaginário coletivo dos juristas brasileiros. Afinal, esta nova proposta metodológica não seria apenas capaz de enterrar o positivismo, mas também oferecer uma Teoria do Direito mais adequada aos parâmetros contemporâneos.

Por outro lado, a escola positivista não se silenciou em relação ao desafio proposto por Dworkin. Nesse diapasão, há uma resposta calorosa do positivismo jurídico partindo de três vias distintas. Em um primeiro momento, Hart responde Dworkin no posfácio de *Conceito de Direito*. Posteriormente, outros autores, como Joseph Raz e Jeremy Waldron, também abordam o positivismo contemporâneo a partir de suas formas exclusiva e normativa, respectivamente.

No entanto, essa bibliografia, na sua maior parte, não chegou ao território brasileiro e não foi bem explorada pelos juristas aqui presentes. Isso se deve ao fato de que a maioria dos autores positivistas pós-Dworkin não tem suas obras traduzidas para o português, o que, por conseguinte, gerou certa estagnação no debate acerca da teoria do Direito. Porém, a tradição analítica e os debates existentes dentro da teoria anglo-saxã geraram um enorme aprimoramento teórico não só na escola positivista, como também na obra de Dworkin. Isso se deve ao fato de que o positivismo apresentou respostas coerentes que trouxeram grande contribuição para a continuidade do debate.

Outrossim, essas respostas não surgem de forma unificada e central na escola positivista, ocorrendo uma tripartição de pensamento após o já mencionado debate. Desse modo, o positivismo buscou responder Dworkin baseado em três vias distintas, são elas: a) positivismo jurídico inclusivo; b) positivismo jurídico exclusivo; e c) positivismo jurídico-normativo.

Neste texto, procura-se enfrentar as seguintes questões: O positivismo jurídico conseguiu apresentar respostas coerentes ao desafio lançado por Ronald Dworkin?; De que forma essas respostas foram formuladas pelos autores

contemporâneos? À vista disso, duas hipóteses são colocadas em pauta: a) o positivismo jurídico respondeu de forma coerente às críticas lançadas por Dworkin?; e b) Dworkin superou o positivismo jurídico, transformando-o em um objeto funcional apenas para seu estudo histórico?

Dessa forma, objetiva-se investigar as respostas colocadas pelo positivismo jurídico contemporâneo a tais questões. Parte-se de um contexto histórico, voltado a abordar o pensamento inicial de Hart e Dworkin, o posterior debate entre os autores e, por fim, apresentar três vertentes do positivismo jurídico na atualidade.

2 O PENSAMENTO DE HERBERT HART

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE HART

O positivismo jurídico de Herbert Hart busca explicação para a construção jurídica com base em constatações empíricas e descritivas. Diferentemente de Hans Kelsen e outros positivistas, o uso da linguagem será o meio mais concreto para determinar o seu conceito de Direito. Hart identifica o positivismo proposto por John Austin e busca fornecer uma resposta que elimine os seus problemas. Para Hart, o modelo proposto por Austin - em que o Direito é um conjunto de ordens coercitivas determinado por um soberano - não era mais capaz de explicar o Direito em uma sociedade moderna e plural.

A dificuldade de encontrar um soberano no meio democrático e a impossibilidade de um sistema estático lidar com todas as modificações sociais que o mundo moderno traz fizeram com que Hart buscasse desenvolver uma teoria do Direito que fosse mais duradoura. Hart propõe um conceito de Direito formado com base em regras primárias e secundárias. Dessa maneira, embora o Direito primitivo baseado em ameaças tenha sido útil para determinar um início teórico, sugeriu a existência de outras formas de Direito, com a determinação de poderes para julgar e legislar, bem como a existência de regras jurídicas que não podem ser baseadas em ameaças⁴⁴⁰.

2.2 O QUE É O DIREITO PARA HART?

Hart entende o sistema jurídico como um conjunto de regras primárias e secundárias. As primárias são regras de ação com capacidade de regular aquilo que pode ou não ser feito. As secundárias podem ser divididas em três espécies: a) regra de reconhecimento; b) regras de alteração; e c) regras de adjudicação⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 89.

⁴⁴¹ STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista*

Hart entende as regras secundárias como regras parasitas já que elas dependem diretamente das regras primárias. Assim, as regras secundárias têm a capacidade de atribuir poderes e obrigações que não são necessariamente ações físicas⁴⁴². Nesse sentido, elas funcionariam como um remédio que seria capaz de complementar as regras de ação. Por isso, a introdução delas em um sistema jurídico faria com que este passasse de um estado pré-jurídico para um estado jurídico⁴⁴³.

Ainda, embora a norma possa adquirir um estado jurídico de maneiras diferentes, a aprovação normativa por agente autorizado é imprescindível para esse processo. Hart⁴⁴⁴ explica que “o que é crucial é o reconhecimento da referência ao escrito ou à inscrição enquanto dotados de autoridade, isto é, como o modo adequado à eliminação das dúvidas acerca da existência da regra”. As normas de reconhecimento, por serem dotadas de autoridade (isto é, terem sido legisladas por um certo órgão, decorrerem de sua longa prática consuetudinária ou estar vinculada a decisões judiciais), servem para eliminar as dúvidas acerca da existência da regra. As regras de reconhecimento procuram conferir validade jurídica às normas, para que se tenha um sistema jurídico autorizado, embora ainda estático. Como remédio, além das normas de reconhecimento, Hart propõe regras de alteração ou modificação do sistema jurídico, as quais incumbiriam certos indivíduos o poder de criação, modificação e extinção de determinadas regras primárias⁴⁴⁵.

Como ainda se nota, os sujeitos incumbidos de autoridade modificativa não possuiriam poder pleno, posto que o exercício legislativo deveria respeitar a regra de reconhecimento básica.

Além disso, Hart trata sobre as regras de adjudicação, as quais determinariam uma forma mínima de julgamento. Em outras palavras, o procedimento utilizado para resolver os conflitos.

Aliás, entende-se que as regras de adjudicação compõem parte do sistema de reconhecimento, visto que as decisões judiciais e as práticas reiteradas dos tribunais podem determinar soluções pacificadas para casos concretos⁴⁴⁶. Tais regras podem ser consideradas regras de dupla função, porque podem determinar o procedimento para julgamento e criar regras para o sistema jurídico.

2.3 RECONHECIMENTO, VALIDADE, EXISTÊNCIA E EFICÁCIA DO SISTEMA JURÍDICO

Como tratado no tópico anterior, Hart dispõe que a regra de reconhecimento é condição indispensável para que a sociedade passe de um estado pré-jurídico para

Direito GV, v. 3, n°1, janeiro de 2007, p.104.

⁴⁴² HART, *op. cit.* p. 91.

⁴⁴³ HART, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 104.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p.105.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 106.

um estado jurídico. Neste caso, ela é o critério utilizado pelo autor para determinar a existência das normas jurídicas. Para que uma norma exista no sistema de Hart, considera-se que determinada norma pertence ao ordenamento jurídico X apenas se atender os critérios formulados na regra de reconhecimento X⁴⁴⁷.

Outrossim, Hart determina que uma norma só é considerada existente quando for geralmente obedecida. Todavia, ao mesmo tempo, dispõe que não há uma conexão necessária entre validade e eficácia. Nesse contexto, “é evidente que não há relação necessária entre a validade de uma regra concreta e a sua eficácia, a menos que a regra de reconhecimento do sistema inclua entre os seus critérios”⁴⁴⁸. Entende-se que a ineficácia da norma não afeta necessariamente sua validade e, por isso, o fundamento principal da regra de reconhecimento diz respeito à existência e validade da norma.

Por esse motivo, a existência da norma se dá mediante duas condições: a) que a regra seja corriqueiramente obedecida pelos cidadãos; e b) que seja aplicada pelos órgãos responsáveis do sistema jurídico. Tendo em vista que tais regras deveriam ser aceitas como um padrão comum de comportamento oficial, a sua construção deve ocorrer de forma com que as normas possam ser obedecidas.

À vista disso, a obediência dos sujeitos subordinados ao sistema jurídico de Hart será o fator determinante para averiguar se este possui validade e eficácia. Sendo assim, Hart dispõe sobre a necessidade de criação de um sistema jurídico alicerçado em regras que possuem convergência social, ou seja, regras em que o grau de aceitação social possibilite a validade e eficácia do próprio sistema.

Contudo, apesar dos elogios e do reconhecimento da destacada importância deste autor para a Teoria do Direito, Ronald Dworkin tece críticas ao sistema proposto por Hart.

Em um primeiro momento, Dworkin apresenta o seu contraponto acerca da não inclusão de princípios no sistema jurídico e, posteriormente, da teoria da decisão apresentada por Hart.

3 O DESAFIO DE DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE DWORKIN

Ronald Dworkin é um autor contemporâneo que possui enorme influência para a Teoria do Direito tanto em um contexto nacional quanto internacional. O autor, a partir das suas críticas ao positivismo e pragmatismo jurídico norte-americano, bem como à linguagem acessível ao público jurídico, pautou o debate sobre a Teoria do Direito no final do século XX⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ STOLZ, *op. cit.*, p. 106-107.

⁴⁴⁸ HART, *op. cit.*, p. 115.

⁴⁴⁹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito*

A crítica de Dworkin foi direcionada ao positivismo jurídico de Herbert Hart, posto que, para Dworkin, este modelo de positivismo seria o mais sofisticado à época. Nas palavras do próprio autor, “desejo examinar a solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H.L.A. Hart”⁴⁵⁰. Nessa senda, a crítica de Dworkin ao positivismo pode ser dividida em três aspectos principais: a) tese das fontes sociais do Direito; b) tese da convencionalidade; e c) tese da discricionariedade⁴⁵¹.

Compreende-se que Dworkin monta um esqueleto daquilo que entende ser o positivismo jurídico para que seja possível realizar a sua crítica e oferecer uma nova Teoria do Direito a partir disso. A princípio, entende-se que Dworkin acredita no Direito como uma prática normativa, de modo que a normatividade esteja dotada de autoridade moral. À vista disso, Macedo⁴⁵² dispõe que “para Dworkin, o Direito é uma prática social cuja intencionalidade tem uma dimensão avaliativa moral e essencialmente argumentativa”.

Nesse sentido, Dworkin explica a necessidade de critérios valorativos no Direito da seguinte forma: “uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor”⁴⁵³. Logo, percebe-se que Dworkin busca ultrapassar a tese da separabilidade oferecida pelo positivismo, de modo que o Direito se preocupe com o conteúdo normativo e justiça. Para tanto, Dworkin procura fornecer um projeto de Teoria do Direito que supere os problemas que norteiam o positivismo jurídico por meio da inclusão de princípios, da argumentação e da interpretação.

3.2 DAS REGRAS E PRINCÍPIOS

Conforme exposto anteriormente, Dworkin entende o Direito como prática social moral e argumentativa⁴⁵⁴. Por isso, o autor busca um padrão normativo incumbido de critérios alheios à simples aprovação por fonte social autorizada. Em um primeiro momento, Dworkin descreve os princípios genericamente como um conjunto de padrões que não são regras. Ressalta-se que esse conjunto pode ser dividido em princípios *stricto sensu* (princípios de fato) e metas gerais e políticas (*polices*)⁴⁵⁵.

contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31.

⁴⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martin Fontes, 2002. p. 27.

⁴⁵¹ MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, p. 160-161.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 158.

⁴⁵³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 239.

⁴⁵⁴ MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, p. 158.

⁴⁵⁵ DWORKIN, *op. cit.*, p. 36.

As políticas propostas por Dworkin tratam de um objetivo social almejado, como uma evolução econômica, política ou social da comunidade. Por outro lado, os princípios são padrões a serem observados por serem uma exigência jurídica e não um objetivo futuro de melhoria econômica ou social⁴⁵⁶. Com base nessa distinção, entende-se que políticas podem ser consideradas como os objetivos gerais da sociedade que não podem ser utilizados para fundamentar as decisões judiciais, enquanto os princípios são padrões que o Poder Judiciário pode utilizar para resolver os casos difíceis.

Em função disso, Dworkin faz uso de dois casos para moldar a sua argumentação a favor dos princípios: a) *Riggs vs Palmer*; e b) *Henningsen vs Bloomfield Motors*. No primeiro, quando o neto descobre que seu avô pretendia retirar seu nome do testamento, comete homicídio para que possa receber a herança. Já no segundo *Henningsen* pleiteia o ressarcimento de despesas médicas pela empresa Bloomfield devido a acidente decorrente de falha no veículo⁴⁵⁷.

Ressalta-se que nos dois casos supracitados, de acordo com a legislação vigente, o herdeiro possuía direito à herança, da mesma forma que a fabricante de veículos possuía cláusula expressa no contrato afirmando que só seria responsável a reposição de peças no veículo. Todavia, os tribunais decidiram de maneira contrária ao herdeiro e ao fabricante de carros. Daí surge a argumentação de Dworkin sobre o uso de princípios que moldam a decisão dos tribunais.

Para tanto, o autor precisou diferenciar os princípios de regras. As regras, segundo Dworkin, devem ser aplicadas da maneira de tudo ou nada. Já os princípios possuem dimensão de peso ou importância, de forma que aquele que julga deve levar em consideração a força de cada princípio e a sua melhor aplicação ao caso concreto⁴⁵⁸. Nesse sentido, Ronaldo Porto Macedo Júnior⁴⁵⁹ explica que “de acordo com Dworkin, os princípios, em contraste com as regras em sentido estrito, afirmam razões (jurídico-morais) que justificam uma determinada decisão, atribuindo-lhes um peso diferenciado ante outras possíveis razões com os quais compete”.

Dessarte, verifica-se que, ao diferenciar regras de princípios, Dworkin oferece uma solução para casos complexos e também busca superar a separação entre Moral e Direito, outrora oferecida pelo positivismo jurídico. Constata-se que, diferentemente do positivismo jurídico, Dworkin entende que os princípios têm natureza obrigatória e que, na ausência de regra aplicável ao caso concreto, este deve ser decidido com base nos princípios.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 36.

⁴⁵⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (...) *op. cit.*, p. 37.

⁴⁵⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (...) *op. cit.*, p. 39.

⁴⁵⁹ MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, p. 163.

3.3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE – A FORMULAÇÃO FINAL DE DWORKIN

Dworkin entende o Direito como prática interpretativa e argumentativa. Como resultado, o autor busca, na aproximação do Direito com a Moral e na inclusão de princípios, uma resposta que supra os problemas da atuação judicial discricionária proposta pelo positivismo jurídico.

Os positivistas entendem que o Direito determina os padrões de conduta a partir da legislação e da jurisprudência. Em casos simples, a decisão deve seguir o padrão de regras positivado, enquanto nos casos complexos abre-se uma margem de discricionariedade para a decisão. Ainda, ressalta-se que, para Hart, embora o juiz goze de poder discricionário, as decisões judiciais devem ser razoáveis e estar em consonância com os padrões e atitudes existentes na sociedade, não podendo, nem a Suprema Corte, proferir decisões que desrespeitem os padrões jurídicos existentes⁴⁶⁰.

Diante dessa diferenciação, Dworkin busca explicar a discricionariedade judicial proposta em dois sentidos: a) discricionariedade em sentido fraco; b) discricionariedade em sentido forte. Observa-se que discricionariedade em sentido fraco pode ser tratada como a decisão de quem será o agente responsável por julgar determinada demanda. Por sua vez, a discricionariedade em sentido forte determina quem tem o poder de decidir arbitrariamente, ou seja, quem possui o poder de decisão independente de regramento prévio⁴⁶¹.

Visto que Dworkin entende o Direito como um conjunto de regras e princípios que relacionam Direito e moralidade na sua política, o autor contrapõe a ideia de discricionariedade judicial a partir da tese da única resposta correta⁴⁶². Com base em um conjunto de princípios e padrões de moralidade, o juiz encontraria o princípio com a melhor justificação moral para a aplicação da única resposta correta nos casos difíceis⁴⁶³.

Aqui, verifica-se o entendimento de Dworkin sobre o uso de princípios na decisão judicial como a notória proposta da única resposta correta baseada no *romance em cadeia*. Da mesma forma, de acordo com Ronaldo Porto Macedo Júnior, ressalta-se que Dworkin entende que “as decisões judiciais não visam a afirmar o que o Direito deveria ser idealmente, mas antes o que o Direito corretamente interpretado diz a respeito das pretensões jurídicas das partes”⁴⁶⁴. Desse modo, a decisão judicial seria o resultado de um *romance em cadeia*.

⁴⁶⁰ HART, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁶¹ FROELICH, Charles Andrade. *O Positivismo jurídico e a diferenciação entre direito e moral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 72.

⁴⁶² CAMBI, Eduardo; BALERA, José Eduardo Ribeiro. Entre Posner, Rawls e Dworkin: o ato de julgar, a motivação e a resposta correta. *Revista de processo*, v. 277, mar./2018, p. 133-157.

⁴⁶³ FROELICH, Charles Andrade, *op. cit.*, p. 73.

⁴⁶⁴ MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, p. 165.

No entendimento de Dworkin, esse romance em cadeia se refere à assunção de responsabilidade pelos romancistas em criar um romance integrado, em vez de uma série de contos esparsos a partir do mesmo personagem⁴⁶⁵.

Portanto, Dworkin busca no Direito uma integridade moral e política, de forma que as decisões judiciais sejam integradas e pautadas nas experiências históricas existentes. É de se referir que, embora não exista uma resposta perfeita para cada caso em concreto, é possível que o juiz encontre a melhor interpretação possível com base nos princípios⁴⁶⁶.

Dworkin sustenta o seu argumento com a imagem do juiz Hércules no caso *TVA vs v. Hill*. O caso relata um confronto de grupos ambientalistas contra a construção de uma usina hidrelétrica que possuía um investimento de 100 milhões de dólares. Contudo, a realização desta obra colocaria em extinção um peixe denominado *snail darter*, protegido por uma legislação acerca dos animais com perigo de extinção⁴⁶⁷.

A decisão da Suprema Corte norte-americana foi no sentido de cancelar o início da obra para que a espécie de peixe fosse preservada, em respeito às normas ambientais. Entretanto, a decisão não foi unânime e o voto de discordância apontava para a necessidade de preservar as contribuições feitas pelo povo americano⁴⁶⁸. Com isso em mente, Dworkin aponta um desacordo teórico que o positivismo jurídico seria incapaz de enfrentar, partindo do pressuposto de que as regras comuns são convenções. Por consequência, quando não há convenção sobre determinado tema, não há regra⁴⁶⁹.

Em síntese, Dworkin entende que o Direito sofre dois tipos de discordâncias, as quais podem ser empíricas ou teóricas. No primeiro caso, para resolver um desacordo empírico, basta que seja possível verificar se a norma apresentada possui validade – sendo o positivismo jurídico capaz de solucionar⁴⁷⁰. Por outro lado, há os desacordos teóricos que desafiam quais são os fundamentos do Direito. Nesse diapasão, Dworkin afirma que o positivismo jurídico é incapaz de responder esses desacordos, pois são os casos em que os próprios juízes discordam acerca da aplicação do Direito⁴⁷¹.

Partindo desse pressuposto, Dworkin apresenta um modelo de interpretação construtiva que pode ser utilizado. Nessa perspectiva, o juiz Hércules não tem como dever atingir aquilo que acredita ser o melhor resultado

⁴⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martin Fontes, 1999, p. 276.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 277-278.

⁴⁶⁷ MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, p. 193.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 193.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 194-195.

⁴⁷⁰ FROELICH, *op. cit.*, p. 74-75.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 74-75.

(escolher), mas encontrar a melhor explicação possível para o evento. Desse modo, sua interpretação deve refletir as convicções da comunidade no tocante à integridade, equidade, políticas e ao devido processo legal⁴⁷².

À vista disso, a integridade tem como objetivo balizar a justiça e sabedoria, exigindo que as autoridades designadas para julgar os casos concretos não apenas apliquem determinada lei, mas que, a partir dos princípios e políticas vigentes, produzam a melhor justificativa que se ajuste a essa lei⁴⁷³.

Por consequência, a equidade será o fator limitador da escolha, colocando obstáculos em relação às convicções do juiz Hércules, ao passo que a coerência das suas convicções perde relevância. Logo, objetiva-se que Hércules encontre o estado das coisas que seja convertido na melhor opção para todos⁴⁷⁴. Diante disso, entendendo as próprias limitações, Hércules deve objetivar compreender todo o contexto, tanto histórico como legislativo, da melhor maneira possível para que possa tomar uma decisão adequada ao caso a partir dos princípios formados pela comunidade⁴⁷⁵.

Pormenorizando, a crítica de Dworkin fica exposta no campo da discordância de atuação entre os próprios juízes. Embora consiga identificar a validade da norma, o positivismo não é capaz de responder como solucionar os desacordos teóricos. Sendo assim, a dimensão interpretativa e argumentativa do Direito deve ser utilizada para fornecer a melhor resposta para o caso concreto.

Em conclusão, percebe-se que Dworkin possui uma visão particular do positivismo jurídico e, com base nessa perspectiva, busca oferecer uma Teoria do Direito que refute definitivamente as concepções majoritárias à época. Sem dúvida, o desafio lançado por Dworkin ao positivismo jurídico gerou enorme repercussão no campo da Teoria do Direito. Por conseguinte, suas ideias modificaram as concepções da escola positivista. Como resultado, constata-se que o positivismo pós-Dworkin foi subdividido em três polos, quais sejam: a) positivismo jurídico inclusivo; b) positivismo jurídico exclusivo; e c) positivismo jurídico-normativo.

4 A TRÉPLICA POSITIVISTA

4.1 O POSITIVISMO INCLUSIVO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO EMBATE ENTRE HART E DWORKIN

O positivismo jurídico inclusivo possui derivação direta do pensamento de Herbert Hart. Por causa disso, entende-se que esta corrente doutrinária busca, a partir das ideias iniciais de Hart e do desafio lançado por Ronald Dworkin, responder as críticas lançadas.

⁴⁷² DWORKIN, Ronald. O império do direito (...) *op. cit.*, p. 287.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 290-291.

⁴⁷⁴ DWORKIN, Ronald. O império do direito (...) *op. cit.*, p. 291.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 292.

Em seu pós-escrito do *Conceito de Direito*, Hart expõe que Dworkin abordou a sua Teoria do Direito de forma errônea ao entender que seu positivismo jurídico deveria ser considerado apenas um positivismo factual. Ainda, expõe que os critérios de validade da norma jurídica dependem exclusivamente daquilo que Dworkin considera como *teste de pedigree* (termo utilizado por Dworkin para afirmar que o direito é constituído por um conjunto de *standards* considerados válidos, exclusivamente, em função de sua origem em uma autoridade)⁴⁷⁶. Isto é, para Hart, as normas jurídicas têm sua validade e sua juridicidade em razão do seu *pedigree* (origem proveniente de autoridade), independentemente de seus méritos morais e avaliativos.

Hart dispõe que a mais conhecida das críticas de Dworkin ao seu trabalho é referente aos princípios jurídicos, de modo que as regras seriam aplicadas em um fator de tudo ou nada e ignorariam os princípios jurídicos, os quais que seriam fator determinante para o raciocínio no julgamento⁴⁷⁷.

Além disso, o autor também aborda o tema da discricionariedade judicial. Tópico em que, segundo Hart, existe maior divergência entre a sua Teoria do Direito e aquela proposta por Dworkin. Esta argumentação parte do princípio que Hart entende que o Direito é incompleto e, portanto, o Poder Judiciário seria incumbido de poder discricionário e possibilidade de preencher tais lacunas. Por outro lado, Dworkin, baseado em sua teoria interpretativa, entende que os princípios implícitos no Direito são partes do próprio ordenamento jurídico⁴⁷⁸.

Com efeito, percebe-se que a vertente moderada do positivismo jurídico busca responder os três tópicos do desafio de Dworkin, sendo eles: a) regra de reconhecimento como *teste de pedigree*; b) a diferença entre regras e princípios; e c) a discricionariedade judicial.

Hart ataca a questão dos princípios a partir de uma explicação de grau. O autor entende que, como os princípios são generalistas e não possuem especificidade, poderiam ser considerados um fator de criação das regras. Em outras palavras, o regramento possui derivação da natureza generalista dos princípios⁴⁷⁹. Na sequência, o autor explica a relevância dos princípios da seguinte forma: “penso, de forma segura, que os argumentos retirados de tais princípios não conclusivos constituem um aspecto importante do julgamento e do raciocínio jurídico”⁴⁸⁰.

Entretanto, ressalta-se que Hart entende que a terminologia utilizada por Dworkin para a aplicação destes princípios no mundo jurídico foi formulada

⁴⁷⁶ HART, Herbert. *op. cit.*, p. 312.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 302.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 302.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 322.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 325.

de forma incorreta, visto que estes princípios não podem possuir natureza vinculativa sem antes passar pela regra de reconhecimento⁴⁸¹. Posto isso, contesta-se a ideia de que os princípios jurídicos seriam incompatíveis com uma determinada regra de reconhecimento, ou, nos termos de Dworkin, com um *teste de pedigree*. Para tanto, Hart afirma que não há incompatibilidade nenhuma dos princípios jurídicos com uma regra de reconhecimento ou *teste de pedigree*. Isso se deve ao fato de que a medida em que os princípios são invocados de forma coerente pelos tribunais, estes passam a fazer parte vinculante do Direito⁴⁸².

Nesse sentido, observa-se que o positivismo inclusivo acatou que o critério de validade do Direito parte de uma convenção e que se essas práticas convencionais incluírem a força e a validade dos princípios em decorrência do seu conteúdo, os princípios deixam de ser extrajurídicos e passam a ser vinculantes⁴⁸³. Em virtude disso, uma vez que a regra de reconhecimento é capaz de comportar conteúdos morais, entende-se que a relação entre Direito e Moral do positivismo inclusivo pode ser considerada contingente. Nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Júnior, “a incorporação (ou inclusão) dos valores no Direito é contingente e dependente, em última instância, de um fato autoritativo”⁴⁸⁴.

De outra banda, Dworkin passa a argumentar acerca do agulhão semântico no *Império do Direito*. Ele enfatiza que o positivismo jurídico constrói seus argumentos com base em um consenso e que, a partir disso, só será possível aplicar a lei de forma correta se existir um consentimento entre os critérios utilizados para a sua aplicação. Por conseguinte, o positivismo falha por ser incapaz de explicar os desacordos teóricos por ser vítima do agulhão semântico⁴⁸⁵.

No entanto, compreende-se uma falácia lógica baseada nesse argumento apresentado por Dworkin uma vez que, para ele, os juízes podem discordar de um critério a partir da validade do Direito na jurisdição e dissentir, ao mesmo tempo, do critério para sua aplicação⁴⁸⁶. Contudo, vê-se que no momento em que os juízes divergem sobre o critério para validade, isso já significa que eles estão resolvendo a possibilidade de aplicação do Direito. Em outras palavras, quando os juízes discutem acerca da validade da norma em um sistema jurídico, a sua validade ou invalidade já infere na possibilidade de aplicação⁴⁸⁷.

Ademais, é de se referir aos argumentos quanto ao ponto de vista interno e externo das normas para Hart. O ponto de vista interno deve ser entendido como aquele que faz parte do Direito e das pessoas que vivem o

⁴⁸¹ HART, *op. cit.*, p. 327.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 328.

⁴⁸³ MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, p. 169.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 169.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 181.

⁴⁸⁶ COLEMAN, Jules L. Beyond inclusive legal positivism. *Ratio Juris*, v. 22, n. 3, 2009, p. 378.

⁴⁸⁷ COLEMAN, *op. cit.*, p. 378.

Direito, enquanto o ponto de vista externo está ligado aos hábitos e regras sociais compartilhadas⁴⁸⁸. A diferença entre os dois tipos de ponto de vista está no fato de que um leva em consideração as regras sociais validadas pelo Direito, enquanto o outro apenas as regularidades de um comportamento social⁴⁸⁹. Nota-se que os critérios utilizados por Hart não partem necessariamente de consenso social, como aponta Dworkin, mas devem necessariamente ser filtrados pelos padrões da regra de reconhecimento. Logo, nem sempre um comportamento convergente poderá ser considerado uma regra jurídica.

Em relação à questão da discricionariedade judicial, Dworkin sustenta uma única resposta correta para os casos difíceis. Assim sendo, diferencia-se de Hart quando este argumenta a possibilidade de discricionariedade judicial nos casos em que não há uma norma legal que determine a resposta que deve ser dada pelos juízes⁴⁹⁰. Outrossim, vê-se que Dworkin busca criar um fator limitador para a decisão dos juízes nos casos difíceis a partir dos princípios, eliminando a discricionariedade judicial. Todavia, identifica-se que Hart não negou essa possibilidade, porque o fator limitador da discricionariedade e da criação do novo direito está justamente na regra de reconhecimento e no regramento vigente⁴⁹¹.

Além disso, na perspectiva positivista, entende-se que a construção de uma única resposta certa se trata apenas de um meio de restringir a liberdade decisória do julgador. Todavia, observa-se que esta é uma negação ficcional uma vez que será apenas de uma negação verbal⁴⁹². Em suma, a teoria positivista do Direito não só assume que as competências jurídicas devem ser delimitadas de maneira rigorosa, mas também admite a liberdade decisória do julgador dentro de um quadro de decisões aceitáveis⁴⁹³.

Desse modo, verifica-se que o positivismo jurídico inclusivo respondeu ao desafio proposto por Ronald Dworkin, atacando os pontos em que o autor forneceu o seu desafio, bem como diferenciou aqueles em que Dworkin não logrou ferir a base teórica do positivismo inclusivo. Entretanto, os positivistas inclusivos não foram os únicos que dialogaram com Dworkin, pois também se observa uma resposta dos positivistas exclusivistas.

⁴⁸⁸ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. Aceitação e Objetividade: Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito / Cláudio Fortunato Michelon Junior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 155.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 155.

⁴⁹⁰ HIMMA, Kenneth Einar. Trouble in law's empire: rethinking Dworkin's third theory of law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 3, 2003, p. 345-377, p. 359.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 360.

⁴⁹² DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico / *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 102, 2011, p. 234-235.

⁴⁹³ DIMOULIS, *op. cit.* p. 236.

4.2 O POSITIVISMO EXCLUSIVO: A VIA CONSTRUÍDA A PARTIR DE JOSEPH RAZ

O positivismo jurídico exclusivo tem como seu principal autor Joseph Raz. Ele busca no positivismo exclusivo uma justificativa que seja capaz de sustentar as premissas iniciais do positivismo sem abrir mão de determinados parâmetros em razão do desafio imposto por Dworkin.

Sobre sua caracterização, Charles Andrade Froelich argumenta que: “Joseph Raz, na abertura do seu conceito de sistema jurídico, caracteriza o Direito como normativo, institucionalizado e coercitivo”⁴⁹⁴.

Raz busca na teoria das razões práticas um meio de justificar o Direito com base em critérios de autoridade. Assim, para o autor, há uma divisão entre razões de primeira e segunda ordem. As razões de primeira ordem podem ser consideradas aquelas que indicam um motivo para agir, enquanto as razões de segunda ordem podem ser consideradas razões sobre vontades. Estas podem ser consideradas excludentes, pois a razão sobre uma razão geralmente indica um impeditivo para agir⁴⁹⁵.

Verifica-se que Raz entende o Direito como um conjunto de razões de segunda ordem ou, como o próprio autor denomina, razões preemptivas. Isso significa que o Direito tem como objetivo indicar razões para agir que o sujeito já não possuísse com base em seus próprios critérios. Para tanto, o autor se faz valer da tese da justificação normal, ou seja, quando o sujeito aceita que certa autoridade tem maior capacidade de tomar determinada decisão. Logo, se aceitar estas razões, elas se tornam vinculantes em face daquelas que o sujeito já possuía anteriormente⁴⁹⁶.

Isso também pode ser observado nas relações entre Direito e Moral, sendo que as razões de primeira ordem indicam razões morais, logo, não possuem preempção e não podem fazer parte do Direito. Dessa forma, o Direito deve ser afastado da moral, pois as razões morais não possuem preempção e, assim, não reivindicam autoridade⁴⁹⁷. Destaca-se, ainda, que isso não significa dizer que o Direito nunca se faz valer de argumentos morais, mas que, a partir do momento em que as razões postas por autoridade legitimada passam a ser Direito, estas possuem preempção e indicam razões para agir independentemente de seu conteúdo moral.

Entende-se como razão preemptiva de Raz o cancelamento e substituição de outras razões já que os sujeitos possuem razões para agir independentemente da existência do Direito. Por esse motivo, o que o Direito faz é estabelecer novas razões para agir que não aquelas que o sujeito já

⁴⁹⁴ FROELICH, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 97.

⁴⁹⁶ RAZ, *op. cit.*, p. 214-215.

⁴⁹⁷ FROELICH, *op. cit.*, p. 101.

possuía anteriormente. Desse modo, cancela ou substitui razões não jurídicas, pois o Direito, nesse caso, seria uma razão preferencial⁴⁹⁸. Isso significa dizer que a preempção acontece quando uma autoridade reivindica a realização de uma ação, fazendo com que esse requerimento substitua a razão que o agente já possuía anteriormente para agir⁴⁹⁹.

Com efeito, o positivismo jurídico de Joseph Raz pretende reafirmar a tese forte das fontes a partir das teses da razão prática, da preempção e, diferente do positivismo jurídico inclusivo, negando a incorporação da Moral no Direito. Dessa feita, vê-se que, ao manter a sua Teoria do Direito dentro das premissas positivistas já elencadas anteriormente, Raz busca responder o desafio apresentado por Dworkin a partir de sua tese forte das fontes.

Primeiramente, Raz ofereceu um argumento com base na função sumária dos princípios, isto é, que os princípios funcionariam como um sumário para determinar um conjunto de regras que, por conseguinte, não possuiriam aplicação obrigatória. Contudo, essa formulação não foi capaz de responder o argumento inicial de Dworkin já que o problema do positivismo apontado por Dworkin tratava sobre a relação entre Direito e princípios morais e de que forma estes podem ou não ser enquadrados no Direito⁵⁰⁰.

Diante disso, Raz busca no argumento das distinções intuitivas justificar a tese forte das fontes. Os argumentos das distinções intuitivas são: a) habilidades jurídicas e morais de um juiz; b) aplicação, criação e desenvolvimento do Direito; c) Direito determinado e Direito indeterminado⁵⁰¹.

Na sequência, acerca da primeira distinção, Raz explica que é comum que juristas diferenciem a compreensão do Direito da compreensão de princípios morais e, nesse caso, seria possível que o juiz fosse capaz de proferir uma decisão jurídica perfeita, mas imoral⁵⁰². Por conseguinte, nota-se a relação direta com a segunda distinção intuitiva proposta por Raz – aplicação, criação e desenvolvimento do Direito –, de forma que seja possível entender que os juízes exercem dupla função.

Entende-se que os julgamentos morais são um contraste com a avaliação que os juízes fazem em relação aos casos concretos. Todavia, a distinção entre aplicar o Direito ou criar e desenvolver um novo Direito há ainda que ser feita. Nesse sentido, observa-se que, embora muitas vezes exista uma linha tênue entre aplicar ou criar o novo Direito, é possível delimitar de forma clara quando o juiz está aplicando a lei estabelecida ou criando um novo Direito⁵⁰³.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 101.

⁴⁹⁹ RAZ, *op. cit.*, p. 215.

⁵⁰⁰ NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. *Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo: a Teoria do Direito de Joseph Raz*. Salvador: Juspodvm, 2017, p. 52-53.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 97.

⁵⁰² *Ibid.*, p. 97.

⁵⁰³ RAZ, *op. cit.*, p. 49.

Para Raz, o ponto importante é que os juízes utilizam argumentos morais para o desenvolvimento do novo Direito, ao passo que os argumentos jurídicos são utilizados na aplicação do Direito e na distinção ou superação de um precedente⁵⁰⁴. Nas palavras de Horácio Lopes Mousinho Neiva, “a existência dessa diferença autorizaria a conclusão que nem todas as decisões judiciais são casos de aplicação do Direito estabelecido, mesmo que seja difícil estabelecer, de maneira exata e de uma vez por todas, quais não são”⁵⁰⁵. Isso significa que Raz admite a inclusão de argumentos morais na decisão judicial, principalmente quando não há Direito posto para resolver determinada demanda jurídica, sendo que nesse tipo de decisão há inclusão da Moral e de outros argumentos extralegais. Todavia, destaca-se que, dentro da prática jurídica cotidiana, por muitas vezes, não há como saber de fato quando o juiz está fazendo uso de argumentos morais e quando não.

A terceira distinção intuitiva trata sobre a diferença entre Direito determinado e Direito indeterminado. Nesse contexto, Raz argumenta que a existência de lacunas no Direito é algo natural e que, portanto, o Direito determinado é aquele que se molda ao caso em concreto, enquanto o Direito indeterminado diz respeito aos casos em que ninguém sabe qual Direito deve ser aplicado⁵⁰⁶. São nestes casos que os juízes têm como função desenvolver o Direito a partir da utilização da Moral, das convenções sociais e de outros argumentos que não são jurídicos⁵⁰⁷. Destarte, na teoria de Raz, entende-se que as referências aos princípios morais conotam necessariamente uma lacuna no Direito e, diante disso, é função do juiz determinar ao caso concreto a solução que entender adequada.

Por fim, o último argumento de Raz diz respeito à autoridade do Direito. Ela é um meio de reforçar a importância da tese das fontes para o positivismo jurídico exclusivo, bem como um argumento que não exclui os anteriores, mas que os complementa. Destaca-se a ideia de autoridade legítima como a união entre a possibilidade de exercer um poder e de que o Direito o execute. Na perspectiva de Raz, isso não se aplica ao Direito, visto que é possível constatar inúmeras regras imorais ao longo da história⁵⁰⁸.

Todavia, as normas jurídicas são sempre apresentadas como se cumprissem esses requisitos morais. Independentemente da colocação da Moral no sistema legal, este reivindica autoridade, o que revela que para a

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 48.

⁵⁰⁵ NEIVA, *op. cit.*, p. 98.

⁵⁰⁶ NEIVA, *op. cit.*, p. 100-101.

⁵⁰⁷ RAZ, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁰⁸ GLEZER, Rubens Eduardo. O positivismo de Joseph Raz: autoridade e razão prática sem prática social. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p.39 a 52. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16102015-121052/en.php>. Acesso em: 04 abril. 2020, p. 42.

constituição do Direito se fazer valer em determinada sociedade basta que possua autoridade de fato⁵⁰⁹. Ainda, observa-se que Raz remonta o argumento da justificação normal para determinar como a autoridade pode ser estabelecida. Nesse sentido, à autoridade se justifica quando o sujeito entende que o balanço de razões desta tenha melhor aplicação ao caso concreto do que o seu⁵¹⁰.

Sendo assim, a aceitação da inclusão de perspectivas preemptivas colocadas pela autoridade não se dá no campo coletivo, mas no individual. Por consequência, entende-se que os benefícios de possuir parte das razões substituídas por uma autoridade com maior capacidade só podem ser corretamente usufruídos se o sujeito aceitar agir conforme essas diretrizes. Em síntese, nota-se que, para Raz, o Direito só tem capacidade de deter autoridade quando cumpridos os requisitos morais e não-morais⁵¹¹. Dessa maneira, ao mesmo tempo que a autoridade de fato faz parecer que há uma exigência de obediência cega ao Direito, a exigência de cumprimento dos requisitos não-morais para que a autoridade legítima seja adquirida demonstra uma fuga do sentido autoritário no cumprimento do Direito.

Verifica-se, portanto, que a corrente exclusivista adotada por Raz apresentou a sua resposta ao desafio proposto por Dworkin, ao passo que também é perceptível que nesse caso não houve comprometimento de suas bases teóricas.

Ressalta-se, ainda, que não só as correntes inclusivas e exclusivas forneceram respostas ao desafio de Dworkin. Autores que adotam uma característica normativa no positivismo jurídico também apresentaram as suas novas premissas.

4.3 O POSITIVISMO NORMATIVO: A TERCEIRA VIA DE JEREMY WALDRON

O positivismo jurídico-normativo se trata de uma terceira via do positivismo jurídico contemporâneo, sendo que esta nomenclatura pode ser modificada a depender do autor utilizado. Por vezes, é apresentado como positivismo jurídico ético, prescritivo ou normativo⁵¹². É mister afirmar que o presente trabalho não pretende reconstruir toda a argumentação pertinente ao positivismo jurídico-normativo, mas identificar um panorama a respeito da formulação de Jeremy Waldron dentro desses pressupostos.

Nesse diapasão, em contraponto ao positivismo inclusivo e exclusivo, observa-se que a proposição do positivismo normativo não se trata apenas de uma descrição de como o Direito é, mas uma formulação sobre como deve ser, ou seja, sobre o que o Direito deveria ser em uma sociedade democrática⁵¹³.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 42-43.

⁵¹⁰ NEIVA, *op. cit.*, p. 127.

⁵¹¹ GLEZER, *op. cit.*, p. 43-44.

⁵¹² FROELICH, *op. cit.*, p. 122.

⁵¹³ CONSANI, Cristina Foroni. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron.

Essa formulação é apresentada no sentido de maior preocupação quanto à forma do Direito do que quanto ao seu conteúdo, de maneira que a moralidade pode ou não fazer parte da regra de reconhecimento e que os modelos que autorizam as fontes do Direito não podem incluir critérios morais⁵¹⁴.

Partindo desses pressupostos, em sua Teoria do Direito, Waldron, diferentemente da discussão predominante nesse espectro, busca a partir do Poder Legislativo a justificação para criação e interpretação do Direito⁵¹⁵. Essa formulação de Waldron tem como fundamento o fato de que os parlamentos são espaços plurais onde os desacordos internos referem-se justamente ao mundo contemporâneo de sociedades cosmopolitas⁵¹⁶.

Além disso, na ótica no autor, não há nada de errado em conviver em uma sociedade plural e diferente em que os desacordos surgem de forma natural. Contudo, é nessa perspectiva que os procedimentos democráticos claros a respeito da formulação da legislação se fazem extremamente necessários. Afinal, essa seria a única possibilidade de que a sociedade seja guiada para além da circunstância momentânea⁵¹⁷.

Por outro lado, tendo em vista que os processos de voto no Poder Legislativo seguem o parâmetro da maioria, surge o questionamento relativo à possibilidade da decisão majoritária se tornar uma decisão arbitrária e gerar determinado caos social. Nessa hipótese, para Waldron, é necessário que se distinga os processos de legislação arbitrários dos razoáveis. Entende-se que apenas a partir dos processos de legislação razoáveis com vista à política, moralidade e justiça aceitos pela população é que o processo legislativo tem capacidade de deter autoridade para formular as políticas futuras⁵¹⁸.

Ademais, infere-se que o autor propõe dois argumentos que devem ser utilizados para que seja determinada a razoabilidade de uma decisão majoritária⁵¹⁹. Portanto, a legislação e a interpretação das leis devem ser feitas a partir da capacidade de um sistema legislativo prosseguir com procedimentos formais e claros para toda a população, de modo que os sujeitos que contrapõem essa decisão devem aceitá-la após a sua aprovação.

Revista Quaestio Iuris, v. 8, n. 4, 2015, p. 2424-2448. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20933> – doi: 10.12957/rqi.2015.20933 Acesso em: 27 abr. 2020. p. 2429.

⁵¹⁴ FROELICH, *op. cit.*, p. 123.

⁵¹⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement* / Jeremy Waldron – Nova York. UOP Oxford, 1999, p. 9.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 9-10.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 10.

⁵¹⁸ CONSANI, *op. cit.*, p. 2433.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 2433.

Nesse sentido, Cristina Foroni Consani⁵²⁰ apresenta a concepção de Waldron como “uma teoria delineada no intuito de vincular valores democráticos à Teoria do Direito, enfrentando questões complexas como a justificação da autoridade do Direito em sociedades nas quais se torna cada vez mais difícil falar em verdade ou objetividade moral”. Percebe-se, então, que apoiado em uma perspectiva democrática, Waldron busca no Poder Legislativo a autoridade para decidir e legislar sobre as matérias que apresentam um desacordo na sociedade. Isso se coaduna com a sua Teoria do Direito, visto que o Poder Legislativo possui responsabilidade política e pode sofrer consequências a partir das decisões tomadas.

Na visão de Waldron, o Poder Judiciário recebe melhor tratamento que o Poder Legislativo. Em outras palavras, corriqueiramente, a atuação do Poder Judiciário é tratada na perspectiva de como este deveria ser, enquanto o Poder Legislativo é tratado como ele é. Logo, isso significa dizer que a decisão majoritária de um tribunal é mais arbitrária que uma decisão majoritária no legislativo⁵²¹.

Ainda, de acordo com Cristina Foroni Consani, “segundo Waldron, sempre que é permitido a um juiz ou a um funcionário não eleito tomar decisões morais os cidadãos são colocados, em alguma medida, diante da arbitrariedade em um dos sentidos acima mencionados”⁵²².

Em um primeiro momento, compreende-se que talvez Waldron faça uma negação da tese da separabilidade entre o Direito e Moral, tese muito relevante para a escola positivista. Todavia, a justificativa moral do Direito em Waldron é que há uma pretensão moral a respeito do que o Direito deve ser. Entretanto não há nenhuma vinculação moral com o conteúdo específico das normas, mas ao modo de organização do Direito em uma sociedade democrática⁵²³. Ressalta-se que, para Waldron, a defesa da separação entre Direito e Moral também está no fato de que esta tese é compatível com a democracia, pois a obrigatoriedade de identificação com o conteúdo moral da norma impossibilitaria diferenciar o Direito de justiça e moralidade⁵²⁴.

Por isso, a crítica de Waldron ao positivismo de Hart surge. Waldron entende que não basta uma aceitação oficial compartilhada de determinada regra de reconhecimento para que o sistema jurídico seja válido⁵²⁵. Isso ocorre porque nessa perspectiva o Direito seria apenas conhecido pelas autoridades que trabalham com o mesmo, o que na perspectiva de Waldron

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 2438.

⁵²¹ WALDRON, *op. cit.*, p. 90.

⁵²² CONSANI, *op. cit.*, p. 2240.

⁵²³ *Ibid.*, p. 2442.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 2443-2444.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 2443.

seria antidemocrático. Logo, a formulação de Waldron surge do sentido de que a formulação das leis e o funcionamento do sistema jurídico a partir do Poder Legislativo permite que a regra de reconhecimento não seja identificada apenas pelas autoridades, mas também por toda a população⁵²⁶.

Por fim, destacam-se outros dois fatores importantes para a teoria de Waldron, a publicidade e generalidade do Direito. No primeiro, a ideia é que as normas devem estar postas para toda a sociedade vinculada ao sistema jurídico e que as matérias tratadas devem ser de interesse geral e não apenas de motivos pessoais ou de um grupo que as formulou⁵²⁷.

Já o critério de generalidade será descrito de forma em que a legislação seja pública e aplicada de forma igual entre os membros da comunidade. Ademais, de modo que ela seja previsível, que permita que os membros da comunidade organizem sua vida a partir dela e que a lei seja aplicada de forma genérica, visto que ela foi elaborada por toda a comunidade na forma de seus representantes⁵²⁸.

Portanto, percebe-se da teoria de Waldron uma terceira via do positivismo jurídico, em que o autor remonta a questões normativas que não são tratadas ou negadas pelos autores do positivismo inclusivo ou exclusivo. Destarte, essa perspectiva de positivismo jurídico calcada em valores democráticos e liberais é a forma que Waldron pretende formular uma teoria do Direito que possua autoridade, que represente os valores caros a uma determinada sociedade e que não seja imposta por oficiais que não possuem responsabilidade política pelas mudanças e direções que o Direito toma.

CONCLUSÃO

Neste texto, apresentou-se parte das principais tendências no âmbito da teoria contemporânea do Direito, ou seja, a relevância do positivismo jurídico após Ronald Dworkin, por meio da formação principiológica do Direito, da tese da única resposta correta e do Direito como integridade, oferecer uma forma de pensar o Direito que não aquela positivista. Foram examinados alguns dos principais autores dentro da teoria analítica do Direito e suas formulações sobre a ideia de Direito e legislação.

Em um primeiro momento, com o objetivo de apresentar o surgimento do debate contemporâneo na teoria analítica do Direito, apresentou-se a formulação de Herbert Hart em sua obra *Conceito de Direito*, abarcando o que ele entende como Direito e quais são os critérios para identificar sua validade. Na seção seguinte, o contraponto determinante para a necessidade desta pesquisa surge,

⁵²⁶ CONSANI, *op. cit.*, p. 2443.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 2445.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 2445.

isto é, o desafio lançado por Dworkin ao positivismo jurídico. Então, colocou-se em pauta a formulação do Direito para Dworkin, bem como as críticas e apontamentos que ele lançou ao positivismo jurídico. Destacou-se também o intuito do autor interpretativista de demonstrar a falibilidade da teoria criticada, o que resultou em grandes debates dentro do espectro da Teoria do Direito, tal como em uma reformulação de alguns pressupostos dentro do positivismo jurídico.

É certo que as ideias de Dworkin foram contestadas. Para tanto, os positivistas partiram de três vias distintas: o positivismo inclusivo, exclusivo e normativo, defendidos por autores como Herbert Hart, Joseph Raz e Jeremy Waldron.

Nesse debate, é clara a importância de Hart e Dworkin para o desenvolvimento da teoria analítica do Direito contemporânea. Isso acontece em razão da crítica apresentada por Dworkin quanto a temas, envolvendo regras e princípios, Direito e Moral e atuação dos tribunais.

Esses temas dominaram a maior parte dos debates na teoria analítica do Direito, visto que Hart e outros autores vinculados ao positivismo jurídico inclusivo apresentaram respostas às críticas de Dworkin. Elas se referem principalmente aos pontos do caráter generalista dos princípios, à compatibilidade dos princípios respeitando a regra de reconhecimento e à não existência de discricionariedade absoluta, sendo a regra de reconhecimento o fator limitador para a discricionariedade judicial.

Destacou-se também a contribuição de Hart no que se refere aos pontos de vista interno e externo. O autor identifica que um leva em conta a validade de uma ação a partir do Direito, ao passo que o outro apenas aponta a existência de um hábito convergente em uma sociedade. Essa tese foi uma das maiores contribuições de Hart para os estudos posteriores dentro da teoria analítica do Direito.

Entretanto, não só a versão inclusiva do positivismo apresentou respostas ao desafio lançado por Dworkin, como também o positivismo jurídico em seu núcleo duro apresentado por Joseph Raz. Foi possível identificar que há uma negação da necessidade de princípios dentro de um sistema jurídico na formulação de Raz e que existe uma certa similaridade com a posição de Dworkin a respeito do caráter normativo do Direito. Todavia, há uma enorme diferença no aspecto da atuação judicial, principalmente na formulação de Raz sobre a possibilidade de criação de novo direito pelo magistrado.

Nesse sentido, o que se coloca em pauta é um Direito formulado com base nos argumentos de autoridade, em especial, a capacidade de existência de uma autoridade legítima, a separação absoluta entre o Direito e Moral e a dupla função dos juizes ao aplicar e também criar o novo Direito. O estudo da proposição de Raz demonstrou uma preocupação do autor na formulação do conjunto de razões de primeira e segunda ordem, da tese da justificação normal e da preempção. Isso demonstra a perspectiva liberal do autor ao entender que a possibilidade

de conceber um sistema jurídico com autoridade legítima partiria necessariamente de uma aceitação individual do agente vinculado a este sistema.

Por fim, tratou-se da terceira via de positivismo jurídico posta dentro do contexto contemporâneo: o positivismo jurídico-normativo de Jeremy Waldron. Verificou-se que este, diferentemente dos outros, não se encontra apenas na órbita do ser, mas do dever ser. A principal contribuição de Waldron foi conectar o positivismo jurídico dentro de uma perspectiva normativa, dentro da esfera do dever ser, objetivando que o Direito seja desenvolvido dentro da esfera da dignidade, autoridade e democracia.

Para tanto, apresentou-se que esta dignidade e autoridade decorrem da formulação do Direito dentro de um processo legislativo legítimo e representativo para lidar com os desacordos de uma sociedade plural. Ademais, as formulações do autor buscam determinar de que forma a configuração institucional possa promover a democracia e assegurar as liberdades individuais.

Nesse diapasão, a formulação de Waldron a partir de um modelo ideal de Direito a ser seguido pela sociedade é de grande contribuição. Ainda, torna-se mais importante em um momento em que a política e os processos legislativos representativos vêm sendo desacreditados e deslegitimados, gerando, assim, um maior protagonismo do Poder Judiciário⁵²⁹.

Diante do exposto, foi possível notar que o positivismo jurídico contemporâneo logrou responder ao desafio apresentado por Ronald Dworkin. Salienta-se que isso não significa dizer que a teoria de Dworkin deve ser abandonada ou que as teorias filosóficas do positivismo jurídico contemporâneo o refutaram completamente.

No entanto, é de grande valia notar que dentro de uma perspectiva em que Dworkin é colocado como a solução do problema, e não mais um problema a ser resolvido, há outros autores e diversas formulações que podem apresentar modelos distintos que não aqueles já massificados a respeito da teoria analítica do Direito.

⁵²⁹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3. ed. São Paulo: D'Plácido, 2020.

REFERÊNCIAS

- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3. ed. São Paulo: D'Plácido, 2020.
- CAMBI, Eduardo; BALERA, José Eduardo Ribeiro. Entre Posner, Rawls e Dworkin: o ato de julgar, a motivação e a resposta correta. *Revista de processo*, v. 277, mar./2018
- COLEMAN, Jules L. Beyond inclusive legal positivism. *Ratio Juris*, v. 22, n. 3, 2009, p. 359-394.
- CONSANI, Cristina Foroni. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. *Revista Quaestio Juris*, v. 8, n. 4, 2015, p. 2424-2448. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/20933> – doi: 10.12957/rqi.2015.20933 Acesso em: 27 abr. 2020.
- DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 102, 2011, p. 234-235. Disponível em: pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/132 – doi: <https://doi.org/10.9732/132>. Acesso em: 01 out. 2019.
- DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martin Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martin Fontes, 1999.
- FROELICH, Charles Andrade. O Positivismo jurídico e a diferenciação entre direito e moral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- HART, Herbert. O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- GLEZER, Rubens Eduardo. O positivismo de Joseph Raz: autoridade e razão prática sem prática social. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p.39 a 52. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16102015-121052/en.php>. Acesso em: 04 abr. 2020.
- HIMMA, Kenneth Einar. Trouble in law's empire: rethinking Dworkin's third theory of law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 3, 2003.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Do Xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea / Ronaldo Porto Macedo Junior. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. Aceitação e Objetividade: Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito / Cláudio Fortunato Michelon Junior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo: a Teoria do Direito de Joseph Raz. Salvador: Juspodvm, 2017.
- RAZ, Joseph. Ethics in the public domain: Essays in the morality of law and politics. Nova York: Oxford University Press, 1996.
- RAZ, Joseph. The authority of law: essays on law and morality. Nova York: Oxford University Press, 1979.
- STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista Direito GV*, v. 3, n°1, janeiro de 2007.
- WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. Nova York. UOP Oxford, 1999.

OS LIMITES NEGOCIAIS MATERIAIS E PROCESSUAIS NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Fernando Augusto Sormani Barbugiani¹, Éllen Crissiane de Oliveira Cilião², Thainá de Paula Belmiro³

INTRODUÇÃO

A expansão do sistema negocial como forma de solução de conflitos jurídicos não é nenhuma novidade. A busca por celeridade, a homenagem à autonomia privada, a superação da burocracia estatal e, especialmente, a descrença no sistema judicial brasileiro são os principais argumentos que permeiam este movimento.

A justiça consensual e a atuação resolutiva tem sido, então, um norte político. Alterações legislativas a consagram e diversas instituições a tem estimulado.

Nos últimos anos, a negociação passou a abranger ramos tradicionalmente excluídos da solução consensual, o que se justificava com base no interesse público correlacionado, muitas vezes permeado de um monopólio estatal, seja pela ideia de limitação da liberdade individual (sancionamento) ou pelo regramento coletivo da marcha processual em homenagem à inafastabilidade da jurisdição, contraditório e ampla defesa.

Os institutos consensuais inovadores desta última década foram os Acordos de Não Persecução Penal (ANPPs), os Acordos de Não Persecução Cível (ANPCs) e o Negócio Jurídico Processual (NJP). Estes últimos de maior interesse para a abordagem deste artigo.

A Lei nº 13.105 de 2015 instituiu o novo código de Processo Civil Brasileiro e dentre as suas inovações inclui-se a possibilidade das partes convencionarem a respeito das regras procedimentais de forma ampla (as fases, os prazos e se haverá ou não recursos).

Dentre as diversas dúvidas que surgiram dessa atenuação sobre o controle estatal na marcha processual, encontra-se a sua aplicabilidade em

¹ Promotor de Justiça junto ao Ministério Público do Estado do Paraná desde 2004. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: fasbarbugiani@mppr.mp.br.

² Graduada em direito pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Ex-Assessora de Promotor junto ao MPPR (de outubro de 2015 a janeiro de 2018). Advogada (OAB/PR nº 77.916. E-mail: ellen_crissiane@hotmail.com.

³ Graduada pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós graduada em Direito Público com capacitação para ensino no Magistério Superior pela Faculdade Damásio (2018). Advogada (OAB/PR nº 83.166). E-mail: pbthaina@hotmail.com

casos de interesses coletivos em sentido amplo e, especialmente, nas ações de improbidade administrativa, que seguem o rito ordinário processual.

De outro lado, a Lei nº 13.964/19 (Lei “anticrime”), além da ampliação da negociação na esfera criminal (ANPPs), trouxe a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, alterando a proibição contida no artigo 17 da Lei 8.429, cuja redação já foi alvo de Medidas Provisórias e da decorrente interpretação atenuada pelas instituições relacionadas com tal repressão. Recentemente, a Lei n.º 14.230/21 alterou profundamente a Lei de Improbidade, trazendo mais minúcias acerca dessa negociação cível nestes temas, mas ainda muito aquém do regramento adequado.

Pretende-se, então, analisar a figura dessas negociações (materiais e processuais) e seus requisitos. Após, utilizando-se do método dedutivo, examinar-se-ão os conceitos dos interesses transindividuais, com especial enfoque à identificação do combate à improbidade administrativa dentre estes, bem como do procedimento relacionado, com a avaliação dos limites de sua disponibilidade pelos indivíduos e órgãos intervenientes.

1 DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Como adiantado, necessário avaliar preliminarmente as peculiaridades dos interesses transindividuais relacionados à repressão dos atos de improbidade administrativa. Assim, é imprescindível uma breve exposição introdutória relativa aos conceitos destes temas, antes de estudar a aplicabilidade das negociações neles.

Os interesses transindividuais são também denominados coletivos em sentido amplo, e se inserem em uma nova categoria, pois não se enquadram na categoria de público, porque deles não é titular o Estado, tampouco como privado, pois não pertencem apenas a uma única pessoa.⁴

O direito privado tem antecedentes históricos originários na 1ª geração de direitos humanos, essencialmente individualista, já os direitos públicos são alocados em uma 2ª geração, na qual surgiram direitos econômicos, culturais e sociais. Ainda nessa 2ª geração, em razão das fragilidades trazidas pela Revolução Industrial, *os mais fracos para se fazerem ouvir perante o Estado, perceberam que somente agrupados e organizados conseguiriam contrapor-se ao poder político e econômico dos industriais*⁵.

⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Tutela de interesses difusos e coletivos – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 18.

⁵ ANDRADE, Adriano. MASSON, Cleber. ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos. 7 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 2.

Por essa razão, eclodiram os chamados, corpos intermediários, isto é, grupo de classes de categoria que se organizaram para lutarem por interesses que tinham em comum.

Os corpos intermediários viabilizaram a aquisição de inúmeros direitos e trouxeram à baila o reconhecimento de interesses em comum. Isto é, interesses que eram titularizados por mais de um indivíduo de maneira homogênea ou não.

A partir dessa mudança de paradigmas, somada às consequências de duas guerras mundiais, os direitos de 3ª geração reconhecem a existência de interesses de toda a humanidade, portanto, passíveis de tutela homogênea.

Diante disso, a doutrina correlaciona o surgimento do direito coletivo, cujo objeto é justamente o interesse transindividual, às segunda e terceira dimensões de direitos humanos. Isto é, tratam-se de interesses cujo reconhecimento é relativamente recente. Até a década de 70 os direitos subjetivos e as respectivas tutelas eram positivados na clássica dicotomia público x privado, a depender do interesse predominante e do sujeito que o titularizasse.

Por seu turno, a nova realidade da sociedade de massa, em que a maioria das relações econômicas e políticas é marcada pela perda da individualidade e a padronização de comportamentos, trouxe a necessidade de reconhecimento de interesses dotados de natureza jurídica única e suficiente para tutelar os grupos cujos indivíduos encontram-se unidos por uma mesma situação, jurídica ou fática.

O reconhecimento de um interesse substantivo que não possui um titular especificado culminou no desenvolvimento também da respectiva tutela processual.

Isso porque, até então o direito processual seguia o signo da tutela individual, essencialmente patrimonialista, pautada na autonomia privada. Diante disto, era extremamente difícil utilizar-se dos institutos clássicos para a tutela de direitos transindividual, sendo necessário repensar questões como a legitimidade e os efeitos da coisa julgada.

Nos ditames do direito individualista, apenas o próprio titular do direito material lesado ou ameaçado detinha legitimidade para buscar judicialmente sua proteção. Tanto o é que o artigo 6º do CPC/73 dispunha que *ninguém poderia pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*. Nesse sentido, sob uma interpretação restritiva, seria processualmente inadmissível que um indivíduo pleiteasse isoladamente a tutela do patrimônio público, pois estaria buscando em nome próprio a tutela de interesse alheio.

Também sob o aspecto da coisa julgada, o CPC/73, fiel ao modelo instrumental clássico, dispunha que *a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros*.

Sob esse argumento, processualistas clássicos não reconheciam a possibilidade de tutela transindividual já que os efeitos da coisa julgada ficariam restritos ao autor da demanda, não beneficiando os demais interessados.

Em que pese tais entraves processuais os interesses transindividuais já haviam sido reconhecidos e estavam causando inúmeros inconvenientes instrumentais, tais como, risco de decisões judiciais conflitantes, morosidade, gastos processuais excessivos e pouca efetividade das decisões.

Ainda, constatou-se a existência de uma “litigiosidade contida”, termo preconizado por Kazuo Watanabe, segundo o qual muitos indivíduos, por considerarem caro e desgastante a tutela Jurisdicional, desistem de fazê-lo, mas não sem insatisfação que muitas vezes era convertida em instabilidade social exteriorizada em ainda mais conflito.

Assim, o que se tinha historicamente era o reconhecimento de novos direitos, de natureza coletiva, sem, contudo, meios processuais eficazes para assegurá-los no campo da concretude. Nesse contexto, foram surgindo instrumentos normativos como a Lei de Ação Popular (Lei n.º 4.717/1965), Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) e Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) que, paulatinamente, trouxeram conceitos e instrumentos processuais aptos à tutela transindividual.

Logo, atualmente, a existência desses direitos é reconhecida não só pela comunidade doutrinária, mas também pelo legislador, que tenta pontuá-los e enfrentar as necessárias características dos institutos clássicos às suas peculiaridades.

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor positivou a classificação dos direitos coletivos em sentido amplo e, nos termos de seu art. 81, parágrafo único, os divide em três grupos, quais sejam, os direitos difusos; coletivos em sentido estrito; e, individuais homogêneos.

Os critérios adotados pelo legislador para a classificação das espécies de direitos transindividuais supramencionadas levam em conta o seu objeto, origem e a identificabilidade de seus titulares.

Conforme o art. 81, parágrafo único, I, do CDC, os direitos difusos são transindividuais, indivisíveis, de titularidade de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato. O direito difuso é transindividual porque não tem como titular um indivíduo, é indivisível porque não comporta fração entre os lesados, sua titularidade pertence à coletividade, composta por sujeitos que não são e nem podem ser determinados individualmente, por fim, esses sujeitos são ligados por uma situação de fato, dispensada entre eles qualquer relação jurídica.⁶

⁶ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual, volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO,

Por sua vez, os direitos coletivos *stricto sensu*, nos termos do art. 81, parágrafo único, II, tem como características a transindividualidade, a natureza indivisível, a titularidade de grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Muito se assemelham aos difusos no que tange à transindividualidade e à indivisibilidade de seu objeto, difere, contudo, quanto à necessidade de uma relação jurídica base. Diante dessa relação jurídica, torna-se possível a determinação de seus titulares, que serão todos os envolvidos nessa relação, seja entre si, seja com a parte contrária.⁷

Por fim, os interesses individuais homogêneos, nas palavras de Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁸:

São conceituados no art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor como aqueles que decorrem de uma origem comum. Caracterizam-se por serem divisíveis, terem por titular pessoas determinadas ou determináveis e uma origem comum, de natureza fática. Diferem dos interesses difusos porque têm sujeitos determinados ou determináveis, e seu objeto é divisível.

O mencionado artigo 81 do CDC consagrou na legislação brasileira a existência e propôs a definição desses interesses que, até então, tinha seu amparo quase que exclusivamente no plano doutrinário. Contudo, as dificuldades processuais de sua aplicação remanescem até hoje, apesar do decorrer do tempo.

Faz-se tais considerações para demonstrar que o reconhecimento de interesses transindividuais é relativamente recente e, em consequência, muito mais jovens são os instrumentos processuais colocados à sua efetivação. Talvez por isto, a dificuldade da comunidade jurídica em reconhecer instrumentos que viabilizem a transação transindividual.

2 DA NEGOCIAÇÃO ENVOLVENDO INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Etimologicamente a expressão ‘negócio jurídico’ consiste na negação do ócio ou descanso (*neg + otium*), por essa razão, o negócio jurídico pressupõe a ideia de movimento. Diante disso, sempre fora compreendido como o instrumento paradigma da autonomia privada, tratado como liberdade negocial.

2020, p. 1.222/1.224.

⁷ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses Difusos e Coletivos. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 26-30.

⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Tutela de interesses difusos e coletivos – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

Por essa razão, segundo Álvaro Villaça Azevedo no negócio jurídico *as partes interessadas, ao manifestarem sua vontade, vinculam-se, estabelecem, por si mesmas, normas regulamentadoras de seus próprios interesses*⁹.

Dada a aludida conceituação pode-se compreender que o instituto foi criado para produzir efeito jurídico no âmbito do Direito Privado, isto é, para modificar relações jurídicas entre particulares, por essa razão, é tratado como ponto principal da Parte Geral do Código Civil.

Ocorre que, em razão da expansão da autonomia de vontade também aos demais ramos do direito, o instituto do negócio jurídico fora aderido, também, pelo Direito Processual Civil. Segundo Fredie Didier Jr. *Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento*¹⁰.

Novos conflitos de interesses surgem à medida que a sociedade evolui e cristaliza direitos, antes irreconhecíveis. Nesta toada, os interesses transindividuais nem sempre foram admitidos pela ordem mundial, tampouco pelo ordenamento jurídico brasileiro. Como já exposto, essa classe de direitos só passou a ser efetivamente estudada no contexto pós-guerra.

O surgimento desses novos interesses provocou modificações paulatinas em dois esques, um material e outro processual. Primeiramente, o direito material os reconheceu e os acoplou ao ordenamento jurídico, por exemplo, por meio da Lei de Ação Popular, da Lei de Ação Civil Pública do Código de Defesa do Consumidor, da Lei do Mandado de Segurança e da Lei de Improbidade Administrativa. Em um segundo momento, instrumentos do direito processual precisaram ser adaptadas e elaboradas para garantir a eficiência na resolução dessas novas modalidades de conflito, tais como o reconhecimento de legitimidade extraordinária e de coisa julgada erga omnes e ultra partes.

Nesse mesmo contexto de introdução e reconhecimento de novos instrumentos processuais adequados à maior eficiência na resolução dos conflitos de interesses transindividuais passou-se a estudar a possibilidade de autocomposição de bens coletivos em sentido amplo, bem como de meios processuais para tanto.

Interessa para este estudo principalmente os interesses tutelados pelo Ministério Público e pela Administração Pública, já que, na maioria das vezes, revestem-se dessa transindividualidade. Tanto o é que o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal atribui ao Ministério Público o ajuizamento de ação civil pública com o fim de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e demais interesses difusos e coletivos.

⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral do Direito Civil. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012. p. 169.

¹⁰ DIDDIER Jr. Fredie. Curso de direito processual civil: Introdução do direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 443.

Nesse contexto, o novo Código de Processo Civil de 2015 deixou clara a possibilidade de autocomposição de direitos por parte dos entes supramencionados. Primeiro em seu artigo 3º, §3º, que diz que os meios de soluções consensuais de conflitos devem ser estimulados, inclusive pelo Ministério Público. Além disso, quanto à Administração Pública, o art. 174 dispõe:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

No mesmo norte, as alterações trazidas pela Lei n.º 13.655 de 2018 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, ao tratar sobre o direito público e modos de atuação da Administração permitiu expressamente a “celebração de compromisso com os interessados” e a imposição de “compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos”. É o que dispõe os seus artigos 26 e 27:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO)

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

Conforme leciona Flavio Tartuce o *compromisso*, previsto no aludido artigo 26 *consiste no acordo em que as partes assumem deveres perante o Poder Público e que devem ser cumpridos posteriormente*. Portanto, não se trata de arbitragem. Por seu turno a *compensação* prevista no artigo 27, consiste na *forma de extinção das obrigações que gera a extinção de dívidas mútuas ou recíprocas até o ponto que se encontrarem*, isto é, justamente o instituto privado previsto nos artigos 369 a 380 do Código Civil¹¹.

Isto é, de forma audaciosa a LINDB previu institutos de disposição de direito público sem, contudo, minuciar a forma com que deve ser realizado ou limitações à sua abrangência.

De todo modo, não se pode perder de vista que em evidente transição da atuação burocrática para a atuação resolutiva e em atenção à ascensão da Justiça Multiportas, o Ministério Público, por meio do Conselho Nacional do Ministério Público já dispunha de Política Nacional de Incentivo à Autocomposição, por meio da Resolução n.º 118/2014, na qual promoveu o incentivo à implementação de mecanismos como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais.

A aplicação dessa Resolução, contudo, encontrava dificuldades em razão da ausência de legislação em sentido estrito que a avalizasse, o que fora suprido pelas alterações do Código de Processo Civil e da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e levou o Conselho Nacional do Ministério Público a editar a Recomendação n.º 54 de 28 de março de 2017, sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público Brasileiro e a Recomendação n.º 179 de 26 de julho de 2017, para regulamentar o §5º do art. 5º da Lei n.º 7.347/1985, disciplinando a tomada de compromisso de ajustamento de conduta.

De todo modo, no caso de interesses individuais homogêneos (a soma de interesses individuais de pessoas determináveis ligados pela origem comum) ou de interesses coletivos em sentido estrito (tido como uma síntese

¹¹ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 10.ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 88.

dos interesses individuais, organizados e unidos por uma relação jurídica base, constituindo um interesse novo e indivisível, pertencente a um grupo ou classe determinável), não há maiores problemas para compreender a sua eventual disponibilidade pela categoria a que pertencem. A autocomposição é, então, admitida de forma ampla.

Todavia, no caso de interesses difusos (assim compreendidos os transindividuais, indivisíveis, afetos a pessoas indeterminadas, fruto de relação fática e não jurídica), a aplicação da autocomposição é mais emblemática, contudo, e como visto, prevalece que é possível desde que não envolva de disposição material (do bem jurídico), mas instrumental (prazo, forma de reparação etc.).

Os melhores exemplos são os da seara ambiental. Impossível dispor do interesse a um meio ambiente saudável, mas amplamente aceita a utilização de termos de ajustamento de conduta para reger o tempo e o modo como ele será resguardado.

Portanto, hoje não mais se duvida da possibilidade de autocomposição na esfera transindividual. Há que se fixar, entretanto, os limites das negociações, em especial no que se refere ao combate à improbidade administrativa.

3 DA REPRESSÃO À IMPROBIDADE COMO UM INTERESSE TRANSINDIVIDUAL E DA PERPLEXIDADE NEGOCIAL NESTA SEARA

Para os fins que se pretende neste estudo, é fácil perceber que a preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa intrínsecas à repressão aos atos de improbidade administrativa envolvem interesse difusos, eis que vantajosa a toda a sociedade.

A preservação da probidade administrativa é, em verdade, essência da democracia. O legislador constituinte garantiu-lhes proteção constitucional no artigo 37, §4º, posteriormente complementada pela Lei n.º 8.429/92. Aliás, são suas características marcantes: a) indeterminação dos sujeitos; b) indivisibilidade do objeto; c) natureza extensiva, disseminada ou difusa das lesões a que estão sujeitos¹².

Apesar da facilidade de enquadrá-la como interesses transindividuais, na modalidade difusa, o mesmo conforto não se verificava na negociação nesta temática. Afora a costumeira barreira da indisponibilidade que reveste esses interesses, há a natural indagação do quão moral pode ser acordar com o imoral, com o improbo. Em outras palavras, até que ponto é possível pactuar com a imoralidade para resguardar a moralidade?

¹² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 342.

Ora, como visto, a Constituição Federal demonstra especial interesse na proteção à moralidade administrativa e na repressão aos atos de improbidade. Isto se encontra disperso em seu texto (artigos 5o, LXXII, 14, §9º; 15, inciso V; 37, *caput* e seu parágrafo 4º, 97, §10, inciso III; 101, §3º e 104, inciso II). Inclusive, o constituinte originário estipulou a prática de tais atos como hipótese excepcional de perda ou suspensão de direitos relacionados à cidadania (no caso os políticos, pelo seu artigo 15), que lhe eram de extrema valia naquele momento de ruptura com a ditadura.

Diante disso, reforçava-se o questionamento sobre a viabilidade de um ente legitimado à repressão de tais atos negociar com os seus responsáveis e, assim, abdicar ainda que parcialmente das sanções e consequências previstas na Carta Maior.

Justamente por conta dessa perplexidade, a redação original da Lei 8.429/92 foi expressa no sentido de ser “vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*” (antigo parágrafo 1o de seu artigo 17).

Assim o foi até recentemente, quando após intenso movimento social diante de escândalos de corrupção no governo federal, buscou-se amenizar a proibição. A Medida provisória nº 703, de 2015, de forma questionável, veio a revogá-la, mas perdeu seus efeitos sem a conversão em lei. Todavia, os estudos e a discussão a respeito da viabilidade de acordos neste tema, muitos deles experimentados em meio à vigência da mencionada revogação, foi ampla e acabou contemplada pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

No final de 2019, de carona no chamado pacote “anticrime” (Lei 13.964/2019), veio a permissão de soluções consensuais sobre a nomenclatura genérica de Acordo de não persecução Cível (ANPC), passando a prever o artigo 17, parágrafo 1o da Lei de Improbidade Administrativa que “as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”.

A mencionada alteração trouxe para a esfera cível a similar modificação na esfera penal com os acordos de não persecução penal. Entretanto, diferente destes, que tiveram seus limites minimamente definidos na lei (dentre pressupostos, condições e requisitos), a negociação cível não foi regrada, mantendo-se a dificuldade original de aferir os casos em que sua celebração não afrontaria os mesmos bens jurídicos que se propõe a defender.

A previsão genérica dos ANPCs redundou em extrema discricionariedade por parte do proponente. Alguns buscam solução na analogia com o seu gêmeo bivetelino penal. Outros encaram a permissão legal de uma forma ampla, com um raciocínio fulcrado na autonomia privada autorizadora da imposição de qualquer sancionamento, mesmo aqueles antes apenas permitidos em condenações transitadas em julgado.

Enfim, sobreveio a Lei n.º 14.230/21 que alterou profundamente a Lei n.º 8.429 tanto no aspecto material como no processual, tecendo algumas minúcias sobre os ANPCs em seu artigo 17-B, mas que foram insuficientes para sanar as dúvidas pendentes sobre os limites do instituto.

De forma similar, diante do sepultamento da proibição de “transações, acordos, e conciliações” na improbidade, abriu-se espaço também para os negócios jurídicos processuais (NPs) trazidos em 2015 pelo artigo 190 do atual Código de Processo Civil, onde as partes transigem sobre o rito. Ocorre que, teoricamente, o procedimento previsto para a apuração judicial dos atos de improbidade volta-se a garantir a ampla defesa e os direitos do acusado que podem vir a ser atingidos pelo sancionamento, os quais têm amparo constitucional e reflexos no próprio exercício da cidadania. Inegavelmente, assim como no processo penal, o rito se contamina do status da ordem pública, de forma que sua supressão importa no reconhecimento de nulidades no feito. Até que ponto poder-se-ia negociá-lo, suprimindo uma fase defensiva (como a notificação preliminar) ou mesmo o acesso a recursos?

Justamente por isso, é imperioso ponderar sobre os limites negociais materiais (ANPCs) e processuais (NPs) das avenças relacionadas à improbidade administrativa. Antes disto, contudo, necessário destacar noções básicas dos institutos negociais que são possíveis nesta esfera.

4 DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E MATERIAIS E SUA APLICABILIDADE À REPRESSÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

As formas alternativas de solução de conflitos têm destaque no Código de Processo Civil de 2015. O seu art. 3º, eleva as práticas negociais a princípio balizador do direito processual civil. O § 2º do referido dispositivo impõe ao Estado promover, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos. O §3º, por sua vez, dispõe que os meios consensuais devem ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público¹³.

Além da importância principiológica conferida à solução consensual de conflitos, o Código de Processo Civil regulamenta minuciosamente a atividade de mediadores e conciliadores judiciais (artigos 165/175), reiterando a importância para o legislador da atividade consensual.

Afora, a solução consensual que se aplica ao direito material, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma nova figura adjetiva que os estudiosos vieram a denominar Negócio Jurídico Processual, onde se pode fixar mudanças

¹³ NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Manual de direito processual civil – Volume único. 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 84.

procedimentais, além de reger questões derivadas da posição processual das partes, leia-se, seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais¹⁴.

Também, como já abordado, o “pacote anticrime” (Lei Nº 13.964/2019) legitimou a celebração de Acordo de Não Persecução Cível nas hipóteses de improbidade, extirpando em definitivo a proibição de pactos neste tema e que vigia na redação original da Lei 8.429.

Seguiu-se a “reforma da improbidade” pela Lei n.º 14.230/2021 que, dentre diversas críticas, perdeu a oportunidade de um adequado aperfeiçoamento do mencionado instituto negocial.

Cabe estudar ambas as figuras e seus efeitos na defesa da moralidade na Administração Pública.

5.1 DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E AS PECULIARIDADES DO RITO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O Negócio Jurídico Processual fora alocado à condição de norma jurídica adjetiva válida, fundamentada no consenso, com aptidão para vincular o próprio Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil prevê inúmeros exemplos abarcáveis de negócios processuais, tais como a convenção no que atine ao ônus da prova, desistência do recurso, calendário processual, renúncia de prazo, escolha do procedimento na petição inicial, dentre outros. De todo modo, a doutrina processualista densifica o reconhecimento dessa nova figura nas previsões dos artigos 190 e 191 da Lei nº 13.105/15, que assim se encontram redigidos:

“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.

[...]

Art. 191 - de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

[...]”

No art. 190 é onde se encontra *realmente* a previsão do negócio jurídico processual, materializado em uma cláusula geral de negociação sobre

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 487.

o processo. Ele envolve profundas modificações processuais (procedimento, prazos, ônus, poderes, faculdades etc.) e pode ser concretizado até mesmo *antes do processo*, o que revela a sua completa autonomia negocial.

O juiz reconhece a validade deste pacto e, como em qualquer outro negócio, o respeitará e adotará as medidas para garantir o seu cumprimento e imporá as consequências nele previstas pelo seu desrespeito por qualquer das partes.

Trata-se de negócio jurídico bilateral, que não depende de homologação judicial, nos termos do *caput* do art. 200 do CPC. Contudo, em algumas situações, o legislador exigiu homologação para determinados atos processuais como previsto no parágrafo único do art. 200 do CPC, para a desistência do processo.

De todo modo, ainda que a lei exija a homologação judicial para determinados atos, o que se pretende dizer é que, esse requisito não coloca o magistrado como parte negocial, tampouco descaracteriza a natureza do negócio.

Isso porque, *a autonomia privada pode ser mais ou menos regulada, mais ou menos submetida a controle, mas isso não desnatura o ato como negócio*¹⁵. De todo modo, a regra do ordenamento é a dispensa da necessidade de homologação judicial.

Em que pese a ampliação da autonomia privada conferida pelo negócio jurídico processual às partes, o posicionamento doutrinário prevalente é no sentido de que este instrumento pactual não pode contrariar normas fundamentais do processo, estabelecidas em prol da ordem pública.

Por exemplo, não podem as partes negociar o afastamento do consagrado princípio da boa-fé. Também não se admite disporem da publicidade, criando hipóteses de segredo de justiça não previstas em lei ou afastando aquelas previstas¹⁶.

Acerca desses limites, também já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, no RE nº 1.810.444/SP, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23 de fevereiro de 2021, ocasião em que se deliberou que a liberdade negocial está condicionada pela Constituição direta ou indiretamente, sujeitando-se às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito. Por isso, não seria possível regular as funções desempenhadas pelo juiz.

Ainda, no que diz respeito aos limites negociais pelas normas de ordem pública, importante destacar a lição de Daniel Assumpção Amorim Neves¹⁷:

¹⁵ DIDDIER Jr. Fredie. Curso de direito processual civil: Introdução do direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

¹⁶ NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Manual de direito processual civil – Volume único. 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 596/597.

¹⁷ NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Manual de direito processual civil – Volume único. 8. ed.

“Com o fundamento de que as partes não podem afastar normas cogentes, não se admite acordo que verse sobre a admissão de prova ilícita, para excluir a participação do Ministério Público quando a lei exige sua presença, para fixar prioridade de julgamento quando não previsto em lei, para criar novos recursos ou ampliar suas hipóteses de cabimento, para modificar regra de competência absoluta, para criar hipóteses de ação rescisória e de outras medidas tendentes a desconstituir a coisa julgada, para a dispensa da presença de litisconsorte necessário etc.”

O artigo 191 do Estatuto Adjetivo, de outro lado, vem sendo conceituado pela doutrina como *calendarização processual*. Trata-se de uma adaptação da causa ao formalismo procedimental. Estas providências pressupõem um processo em curso, não sendo concebível fora dele.

O dispositivo supramencionado fala de “acordo” entre o juiz e as partes, isso porque para que seja possível o estabelecimento do calendário processual é necessário a anuência do magistrado que deverá avaliar a possibilidade de cumprimento dos atos processuais nas datas pactuadas, cuja viabilidade depende da organização da pauta dos demais processos¹⁸.

Dessa forma, não podem as partes, mesmo que acordadas entre si com base no artigo 191, impor a calendarização ao magistrado. Esta providência envolve uma das formas de exteriorização do dever de cooperação mútua entre os intervenientes no processo, voltado à célere marcha processual, não sendo um contrato. Sua base principiológica está no artigo 6º do mesmo estatuto processual que estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Por isso, a aplicabilidade do artigo 191 é ampla, tanto na esfera privada como na transindividual.

Em suma, a cláusula geral negocial, positivada no artigo 190 é a real fonte de negociação processual e a base dos estudos de viabilidade de sua aplicação na esfera transindividual, não no artigo 191.

O Negócio Jurídico Processual prevê como seus pressupostos os seguintes: a) *objetivo*: Direitos que admitam autocomposição e b) *subjetivo*: partes plenamente capazes. Veja-se cada qual.

O requisito objetivo da negociação processual depende da análise do direito ou interesse submetido a julgamento, para avaliar se ele admite autocomposição.

– Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 600-601.

¹⁸ O artigo 191 pode ser compreendido como uma forma do magistrado homenagear o princípio constitucional da duração razoável dos processos, pelo qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (artigo 5º, LXXVIII da CF/88). Trata-se de uma forma das partes, maiores interessadas nesta duração, opinarem sobre o andamento processual.

Deve-se destacar que *possibilidade de autocomposição e disposição* são coisas distintas.

A *autocomposição* é a superação do entrave (da lide) sem a necessidade de um terceiro para apresentar (e impor) uma solução¹⁹. Ela é o antônimo da heterocomposição (que é a submissão da causa à decisão de um magistrado ou árbitro). A violação a um direito Indisponível (como o meio ambiente) pode ser resolvida tanto pela via da autocomposição como da heterocomposição.

Como visto, a indisponibilidade de um direito não significa que ele não seja passível de autocomposição. E é justamente a má compreensão dessa premissa que dificultava a aplicação de negociações em demandas de direitos difusos, como a tutela do patrimônio público e da moralidade. Inclusive, como visto, a natureza indisponível do bem por vezes era utilizada para justificar a vedação à autocomposição outrora prevista na Lei n.º 8.429/92.

A *disponibilidade* é, portanto, a possibilidade de se transacionar, abrindo mão de parte ou de todo um direito/interesse ou de seus aspectos.

Note-se que, ainda que alguns interesses sejam indisponíveis, é possível dispor, ainda que minimamente, sobre a forma do seu cumprimento (um parcelamento, um prazo, uma modalidade etc.). A instrumentalização procedimental não extirpa o direito essencialmente indisponível, mas, muitas vezes dá-lhe a efetividade que a burocracia procedimental lhe retirara.

Logo, interesses transindividuais como os difusos, em que pese sua indisponibilidade, podem ser resolvidos pela via autocompositiva²⁰

¹⁹ A figura de um terceiro que oriente e promova os diálogos não desfigura a Autocomposição (como ocorre na conciliação com a figura do conciliador ou na mediação com o mediador). Ela é, então, conceituada como a “prevenção ou solução do litígio por decisão consensual das próprias pessoas envolvidas no conflito. Distingue-se da tutela jurisdicional porque, enquanto esta é uma solução heterocompositiva exercida mediante a imposição de um terceiro imparcial, na autocomposição não há imposição e a solução é parcial (por obra dos próprios envolvidos). Distingue-se da autotutela porque, enquanto esta é uma imposta (por uma das partes), a autocomposição é fruto do consenso” (CALMON. Petrônio. Fundamentos da mediação e de Conciliação. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.53).

²⁰ Obviamente, desde que não se pressuponha a disposição dele (como na desistência, renúncia, submissão ou na transação), é possível a Autocomposição nos interesses transindividuais (negociação, conciliação, mediação), sobretudo em aspectos acessórios (como o prazo para o cumprimento de uma reparação ambiental, a forma que ela se verificará). A propósito, cumpre destacar a seguinte lição: “o regime peculiar de solução extrajudicial de conflitos que envolvam interesses transindividuais pode ser resumido em duas regras que devem, necessariamente, serem observadas, sendo a primeira relacionada à ausência de renúncia e de concessão do direito em jogo, e a segunda no sentido da observância de um sistema que garanta que a vontade manifestada coincida com os interesses dos titulares do direito, seja através da consulta efetiva dos interessados, seja através da presunção de que órgãos públicos poderão adequadamente representar os direitos da coletividade” (Rodrigues, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002).

e, portanto, não é impossível que se negocie a respeito do seu processo, atendendo a razoabilidade. Claro que a profundidade não será a mesma que em um interesse privado, justamente porque o processo coletivo é norteado pelo princípio da (in)disponibilidade motivada, mas existe possibilidade de negociação, inclusive quanto aos aspectos acessórios, desde que preservado o *animus legis* de tutela ao interesse.

Em resumo, como se está tratando de uma negociação processual, é porque a causa já está sendo (ou em vias de ser) submetida à heterocomposição (judicial). Há de se indagar, então, objetiva e concretamente, se aquela causa poderia ser sanada diretamente pelas partes, mesmo que não o tenha sido concretamente.

Quanto ao requisito *subjetivo*, por sua vez, ele depende da análise, no caso concreto, da capacidade dos sujeitos envolvidos. Pouco importa a categoria de interesse submetido a julgamento. Havendo na causa partes menores ou interditos, não será possível a negociação processual.

No caso dos interesses transindividuais, as “partes capazes” serão os legitimados para perseguir esses interesses em Juízo. O mesmo ordenamento que lhes dá esta autorização os legitima para tratarem dos prazos e ritos para alcançar a solução da contenda, sempre observada a razoabilidade.

A partir disso, a doutrina e o próprio Ministério Público, por meio das recomendações administrativas, bem como de orientações específicas expedidas dentro de cada ramo da instituição, passaram a aplicar e regular instrumentos de autocomposição em demandas que envolviam o patrimônio público.

Ocorre que, no combate à improbidade administrativa, havia expresso impedimento legal no artigo 17, §1º da Lei n.º 8.429/92. À época, a doutrina mantinha a confusão entre (in)disponibilidade e possibilidade de autocomposição, já destacada nesse artigo. A título de exemplo, para Bezerra Filho *o impedimento de qualquer desses institutos (métodos alternativos de solução do conflito) decorre da indisponibilidade do objeto da ação, a proteção do patrimônio público, este, amparado pelas cláusula da imprescritibilidade, impenhorabilidade e não oneração*²¹.

Em que pese a vedação legislativa, a Resolução 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) dispunha sobre a possibilidade de se firmar Termo de Ajustamento de Conduta em casos de improbidade administrativa, portanto, admitindo métodos de autocomposição neste tema, levando em consideração seus reflexos na redução da litigiosidade e a necessidade de execução célere, justa, efetiva e implementável da sanção aplicada.

²¹ BEZERRA FILHO, A. Processo de Improbidade Administrativa: anotado e comentado. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 352.

Surgiu um embate legislativo e doutrinário, próprio da evolução jurisdicional, que, em atenção à legislação internacional de reconhecimento da *Justiça Multiportas*, resultou na alteração do artigo 17, §1º da Lei n.º 8.429/92 para admitir-se expressamente a possibilidade de autocomposição em demandas de improbidade administrativa, o que passou a se chamar “Acordo de Não Persecução Civil”. Hoje, esse parágrafo foi revogado pela Lei n.º 14.230/21, que fez o artigo 17 ocupar-se apenas do rito especial em matéria de improbidade, transferindo a essência da negociação nestes temas para o inaugurado artigo 17-B daquele diploma.

A despeito da alteração, desde 2019, os então legitimados à persecução dos atos de improbidade passaram a ter a expressa permissão para negociar nesses casos. Se podem dispor materialmente neste tema (o *MAIS*), a conclusão óbvia é no sentido de que também podem negociar o rito (o *MENOS*). Em outras palavras, *objetivamente*, parece plenamente possível o NPJ no âmbito da Lei 8.429/92, que remete ao “rito ordinário” no *caput* do seu artigo 17.

Entretanto, há de se raciocinar sobre a natureza que o rito processual assume nestas demandas, já que, como destacado, as normas de ordem pública não se submetem à livre disposição das partes.

Assim, o raciocínio leviano de que “quem pode o mais pode o menos” perde sua força, já que nem sempre a disposição da formação da culpa e das sanções (mérito) possibilita a de seu rito.

Basta recordar que o Direito Penal também passou a permitir a negociação de *penas*²² nos Acordos de Não Persecução Penal, mas não se tem admitido que os participantes do processo o façam quanto ao rito processual, nem por analogia fulcrada no artigo 3º do Código de Processo Penal.

A explicação é a de que o rito processual penal tem conotação de ordem pública, já que voltado a resguardar o cidadão e a sua liberdade da interferência estatal, de forma que a sua inobservância sempre implicou em nulidades. A Jurisprudência é maciça em reconhecer o caráter cogente das regras processuais penais.

Diante disto, apesar da natureza “cível” do combate à Improbidade Administrativa, sempre se reconheceu sua similitude com o ramo penal pela imposição de sancionamentos limitadores de liberdades individuais (multas, proibições de contratar, suspensão de direitos políticos etc.).

Assim, o respeito ao rito objetivamente proposto pelo legislador na repressão às improbidades assume conotação similar ao do ramo penal, ou seja, revestido da cogência caracterizadora das normas de ordem pública.

²² Utiliza-se a expressão “penas” no sentido de consequências do acordo de não persecução penal. Em verdade, tratam-se de condições ao acordo de não persecução penal, uma vez que, conforme a maioria da doutrina, para a aplicação de penas, impõe-se o devido processo legal.

Com esse argumento, os Tribunais pátrios sempre anularam condenações pela inobservância de previsões como a que exigia a notificação prévia do requerido antes do recebimento da inicial, ainda que sua utilidade prática fosse questionável (isto é, sem um prejuízo concreto), já que o seu teor replicava o que seria alegado em sede de contestação! Esta regra constava do antigo parágrafo 7o do artigo 17 da Lei de Improbidade, que foi retirado pela Lei n.º 14.230/21 a qual, em compensação, trouxe diversas outras imposições especiais de rito que, certamente, levarão a consequências similares no caso de descon sideração.

Aliás, as alterações trazidas pela Lei n.º 14.230/2021 reforçam o raciocínio de impossibilidade de acordo sobre o rito na improbidade, já que deixam clara a natureza repressiva e sancionatória da demanda, chegando a declarar que ela não constitui uma “ação civil”, apesar de seguir na base o rito do Código de Processo Civil com as alterações do artigo 17. É o que consta no novo artigo 17-D da LIA:

A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Conclui-se, portanto, que a negociação processual no combate à improbidade, salvo uma grande e sólida reviravolta jurisprudencial, é por demais temerária. Por mais que envolva de boa-fé ou de utilidade prática, dentro do tempo e das instâncias que o processo percorrerá, sem olvidar da alternância corriqueira de entendimentos de nossas cortes, a negociação de ritos pode vir a ter o efeito oposto, justificando a retomada da persecução ao seu início, com inegáveis reflexos negativos nos interesses transindividuais que busque. A insegurança gerada não a recomenda.

Enfim, é interessante ponderar que, devido ao cabimento irrestrito dos ANPCs (materiais), os NPJs (adjetivos) apenas ocorrerão quando fracassadas ou incabíveis os primeiros. Diante disto, a sua utilidade parece questionável já que, se a solução extrajudicial material falhou ou não é recomendada, seria estranho que se alcançasse um sucesso na negociação de ritos entre as mesmas partes!

5.2 DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como visto, a Lei de improbidade administrativa, Lei nº 8429/92, ampara uma espécie de interesse transindividual: o *difuso* de proteção ao erário e providências para uma Administração proba e moral. Neste contexto, ela fixa regras relacionadas à apuração dos atos ímprobos, suas sanções e consequências²³.

Dada a perplexidade de se negociar a respeito da moralidade, havia, originariamente, no seu art. 17, §1º, uma vedação expressa à transação, conciliação ou acordo. Diante disso, por muito tempo se questionou a autocomposição na esfera punitiva da Lei de Improbidade Administrativa.

Uma primeira corrente defendia a impossibilidade de qualquer acordo referente à aplicação das sanções, sob o argumento de que, além de serem indisponíveis os bens jurídicos tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa, não caberia ao legitimado ativo escolher dentre as sanções aquelas que entendesse mais razoável ao caso, sendo tarefa exclusiva do juiz²⁴.

De outro lado, uma segunda corrente admitia a autocomposição na dimensão punitiva da Lei de Improbidade Administrativa, nos casos em que as circunstâncias revelassem que o resultado da negociação seria mais benéfico para a efetiva tutela da probidade administrativa²⁵.

Isto é, ainda sob a vigência da vedação legal, doutrinadores como Emerson Garcia, interpretavam o dispositivo com restrições, de modo a compreender que o legislador vedou apenas os ajustes que violassem a supremacia do interesse público sobre o privado e não todo e qualquer ajuste negocial. É sob esse viés que, naquele momento doutrinário, não se admitia

²³ Neste sentido, já reconheceu nosso Superior Tribunal de Justiça: “1 A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso. 2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza mutifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão. 3. A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas contra legem, sua exegese e sanções correspondentes. 4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde um ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia erga omnes da decisão aproveitar aos demais municípios, poupando-lhes de novas demandas” (STJ - REsp: 1085218 RS 2008/0187271-3, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 15/10/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/11/2009).

²⁴ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses Difusos e Coletivos. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 981.

²⁵ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses Difusos e Coletivos. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 981.

autocomposição sobre sanções punitivas, tais como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios. Todavia, admitia-se a negociação sobre as sanções reparatórias, ou seja, sobre o ressarcimento do dano e a perda da vantagem ilícita.

Apesar de aparentemente *contra legem*, baseando-se na morosidade judicial e ausência de expectativas de uma adequada resposta jurisdicional, os estudiosos e aplicadores do Direito passaram a interpretar a proibição com razoabilidade, avaliando a vontade do legislador. Foi nesse contexto que o Conselho Nacional do Ministério Público editou resoluções admitindo a autocomposição, com mitigações.

Então, veio a Lei nº 13.964/19, em vigor desde 23 de janeiro de 2020, que modificou o §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, onde antes constava a vedação à transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade, passando agora a admiti-los com o famigerado Acordo de Não Persecução Cível. Em seguida, veio a Lei n.º 14.230/2021, que adotou oficialmente essa nomenclatura e buscou nortear minimamente seus requisitos, no artigo 17-B da LIA, como veremos mais adiante.

Este novo instituto tem natureza jurídica consensual bilateral, isto é, um negócio jurídico, na medida em que depende da clara e livre manifestação de vontade das partes que jamais estarão obrigadas a propor ou firmar o acordo. Por isso, de imediato, já se pode pontuar que não existe direito subjetivo do agente ímprobo à celebração do acordo. Para que ele seja possível, deve revelar-se interessante para ambos os envolvidos.

A expressão *acordo de não persecução cível* é correlacionada a outro instituto negocial inserido em nosso ordenamento também pela Lei n.º 13.964/2019, seu gêmeo bivetelino, nominado de *acordo de não persecução penal*. Por meio deste, o legislador admitiu a negociação entre o Ministério Público e o agente responsável por infrações penais com pena mínima inferior a quatro anos, praticados sem violência ou grave ameaça, desde que haja a reparação do dano e o agente confesse a prática da infração, preste serviço à comunidade e pague uma prestação pecuniária. Tudo desde que se revele adequado e suficiente à repressão do fato ilícito.

Faz-se tal comparação justamente pela construção doutrinária que, embora diferencie os ramos cível e penal, correlaciona as sanções da Lei de Improbidade Administrativa às penais, dada a gravidade de algumas. Desse modo, se o legislador admitiu autocomposição sobre um dos direitos mais caros ao indivíduo, sua liberdade, quanto mais ao exercício profissional, contratual, político e financeiro, os quais são alvos da responsabilização pelos atos ímprobos.

A Lei n.º 13.964/2019, permitiu a autocomposição entre os então legitimados para a ação de improbidade administrativa e o agente ímprobo. Com isso, reconheceu-se que, em determinados casos, será desnecessária a propositura ou a continuidade de uma ação de improbidade administrativa. Em outras palavras, essa conciliação pode ser realizada tanto antes, quanto depois da propositura da ação. Essa última hipótese decorria do antigo §10a do artigo 17 da Lei n.º 8.429/92, hoje deslocado para o §10-A pela Lei n.º 14.230, que permite a interrupção do prazo da contestação por até noventa dias para busca de uma solução consensual.

A inovação legislativa somada ao sistema consensual homenageado no Código de Processo Civil sepulta os anteriores questionamentos quanto à possibilidade de autocomposição envolvendo a prática de atos de improbidade administrativa. Todavia, deixa lacunas quanto ao procedimento de realização desse acordo.

Faz-se tal ressalva, porque a previsão do artigo 17, §1º da Lei n.º 8.429/92 dada pela Lei 13.964/19 permitia a celebração do acordo “nos termos da lei” sem, contudo, reger as suas hipóteses como fez em relação ao “irmão penal”.

Em verdade, o pacote anticrime havia inserido no artigo 17-A normas procedimentais para a celebração e execução do acordo, contudo, esse dispositivo fora vetado pelo Presidente da República, sob a justificativa de (in) segurança jurídica.

O argumento foi de que o aludido dispositivo previu legitimidade apenas ao Ministério Público, mas não à pessoa jurídica interessada para a celebração do acordo. Nesse contexto, para o Chefe do Executivo *excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente.*

De todo modo, a ausência de previsão legal procedimental não retirava a viabilidade do instrumento negocial. Primeiro porque, tratando-se de instrumento negocial, o artigo 104, inciso III, do Código Civil previu a liberdade de forma para perfazer o negócio jurídico. Segundo porque, processualmente, o artigo 15 do CPC admite a aplicação supletiva e subsidiária das regras do processo civil aos demais processos, quando ausentes normas que os regulamentem.

Curiosamente, apesar da transcrita motivação do veto presidencial, a Lei n.º 14.230/2021 alterou drasticamente a Lei n.º 8.429, legitimando **exclusivamente** o Ministério Público para a persecução das improbidades (artigo 17, caput) e estipulando algumas regras a serem observadas para a solução consensual (artigo 17-B). Este diploma foi sancionado sem quaisquer discussões!

Certo é que, seguindo os ensinamentos doutrinários, o legislador reconheceu que a autocomposição no âmbito da improbidade administrativa não importa na disposição dos direitos difusos tutelados, não se confunde com transação envolvendo o conteúdo normativo, mas permite a negociação que terá por finalidade a própria concretização da probidade administrativa, através da aplicação das sanções que melhor se ajustem ao caso concreto.²⁶

Em outras palavras, o objeto da autocomposição não é o direito difuso tutelado em si, o qual não será renunciado, mas a forma como incidirão as consequências previstas em lei para o ato ímprobo, visando assim, de fato, resguardar o direito violado. Afinal, as ações de improbidade, na maioria das vezes, tramitam por muitos anos, gerando ainda mais custos aos cofres públicos. Afora isso, não se têm garantia de que, ao final, o eventual provimento da ação terá êxito no momento da execução do ressarcimento do dano e das disposições sancionatórias.

Cabe destacar que, mesmo exitosa uma Ação de Improbidade Administrativa, a execução de sua sentença será igualmente estendida, com similar morosidade. Desse modo, a supremacia do interesse público acabava cedendo lugar à burocracia do sistema! Melhor que a solução aconteça enquanto os agentes encontram-se em plena atuação política e, por isso, mais dispostos à negociação de seus atos, do que décadas depois.

Assim, em muitos casos, a proteção da probidade administrativa estará mais bem amparada em um acordo de não persecução cível do que em uma ação de improbidade.

6 FORMALIDADES E REQUISITOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Como antes mencionado, inexistia regulamentação legal expressa dos pressupostos exigidos para a celebração do acordo. Todavia, tratando-se de instituto próprio do direito sancionador e semelhante ao acordo de não persecução penal, muitos defendem a aplicação de requisitos semelhantes, adaptados à tutela do patrimônio público.

A Lei n.º 14.230/2021, como adiantado em diversos pontos deste texto, perdeu a oportunidade de aperfeiçoar o instituto, fazendo considerações superficiais e genéricas sobre os pressupostos e condições do ANPC, mantendo-se o temerário subjetivismo. O artigo 17-B da LIA, em seu parágrafo 2º, dispõe que

a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as

²⁶ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses Difusos e Coletivos. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 982.

circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.

Logo, o ANPC seria cabível após análises do ato e do seu agente. Quanto ao primeiro se considerariam sua natureza, gravidade e repercussão social. Quanto ao autor, ponderar-se-ia sobre sua personalidade. Afora isso, considerar-se-iam as vantagens da negociação, sob o prisma da celeridade. Nota-se a discricionariedade nessa apreciação, muito mais ampla que a permitida na esfera penal.

Mesmo na fixação das condições a serem estipuladas no ANPC (ou seus “resultados”), a Lei n.º 14.230 foi superficial, já que estabeleceu que dele deve advir, “**ao menos** [...] o integral ressarcimento do dano” (artigo 17-B, inciso I) e “a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados” (inciso II).

Sendo assim, alguns estudiosos posicionaram-se no sentido de que o acordo somente poderia ser celebrado quando presentes, cumulativamente, determinados requisitos abaixo analisados²⁷. Mesmo com a alteração da Lei n.º 14.230, essas ponderações continuam válidas, uma vez que tais indicações podem se prestar a indicar a presença dos conceitos genéricos de cabimento ditados pela lei, reduzindo a discricionariedade quando da negociação.

Em primeiro lugar, exigia-se a confissão do agente ímprobo, a fim de manter-se um ordenamento jurídico harmônico e coerente. Isso porque, a não exigência da confissão geraria inquestionável anomia à lógica jurídica na medida em que, por exemplo, um agente público que fraudasse o procedimento licitatório precisaria confessá-lo para celebrar acordo de não persecução penal, mas não precisaria fazê-lo para celebrar acordo de não persecução civil, sendo que ambos tutelam direitos indisponíveis. Também porque as repressões cíveis penais ocorreram em esferas distintas, sendo que a negociação em uma certamente trará elementos para a outra.

Veja que a confissão pode facilmente se enquadrar como elemento indicador positivo da “personalidade do agente” nos termos trazidos pela Lei n.º 14.230, revelando arrependimento a indicar que a negociação é vantajosa, já que desnecessária a demanda para reprimir a conduta.

O instrumento exige, também, o compromisso de reparação integral do dano, sanção irrenunciável justamente porque, como já defendido nesse artigo, o acordo não pretende dispor do direito a patrimônio público, mas tutelá-lo de forma efetiva. Desse modo, garante-se a tutela material e reparatória ao mesmo

²⁷ ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 21/08/21.

tempo que lhe confere efetividade sobre a (des)necessidade de todas as demais sanções. Tais conclusões encontram-se previstas no novo artigo 17-B, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, na redação dada pela Lei 14.230.

Nesse viés, pressupunha-se que haja o compromisso de transferência não onerosa, em favor da entidade lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indireto obtido da infração. Hoje, isto encontra-se positivado no inciso II do artigo 17-B da LIA.

E, por fim, evidentemente, ordenava-se a aplicação de uma ou algumas das sanções previstas no artigo 12 da Lei n.º 8.429/92, justamente porque o acordo de não persecução civil não tem como finalidade retirar o caráter punitivo repressivo da Lei de Improbidade Administrativa, manifestado em suas severas e necessárias sanções. Caso contrário, estar-se-ia retirando o instrumento de punição e travestindo a Ação de Improbidade Administrativa em demanda meramente reparatória, o que, obviamente, contraria o artigo 37, §4º, da Constituição Federal. A reparação consiste em pressuposto do sancionamento e não seu substituto. O aspecto pedagógico que reveste a sanção é do interesse de toda a sociedade, minorando as chances de reiteração e desestimulando outros agentes de forma geral.

Nesse contexto, destaca-se a possibilidade de o acordo incluir outras medidas que sejam necessárias e adequadas à proteção do patrimônio público e princípios administrativos, levando-se em conta a personalidade do agente, a natureza do ato ímprobo, suas circunstâncias, gravidade e repercussão social, sempre sob o norte da supremacia do interesse público, a quem interessa a rápida solução do conflito.

Este entendimento prevalece mesmo com as alterações na LIA pela Lei n.º 14.230/21, já que ela estipula resultados mínimos do ANPC, sendo evidente que o ressarcimento do dano e a reversão do proveito obtido são consequências do ato ilícito danoso e do enriquecimento sem causa, inclusive, alcançáveis por outros instrumentos jurídicos. O primeiro, aliás, é constitucionalmente imprescritível (conforme artigo 37, parágrafo 5o, da Constituição Federal). Ou seja, **eles não são objetos principais da ação de improbidade e não podem ser alvo de negociações. Estão fora da esfera do ajuste no ANPC (representando a indisponibilidade do interesse difuso correlacionado)**. Note-se que o artigo 12 da Lei reconhece isso pois elenca as penalidades cabíveis “independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial”.

Conclui-se que a imposição de medidas similares às previstas como sancionamento pela improbidade, tal como ocorre na esfera penal, é que justificam a vantagem da solução extrajudicial conforme a celeridade, nos termos do parágrafo 2º do artigo 17-B da LIA. Afinal, o legislador reconhece

que o interesse versado no caso é REPRESSIVO e SANCIONADOR no artigo 17-D do tratado diploma.

Cabe, então, avaliar os limites na fixação das medidas, que deverão considerar a adequada repressão do ato conforme o caráter pedagógico que lhes justifica.

6 DOS LIMITES TEMPORAIS E MATERIAIS AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Apesar de não existir mais dúvida quanto à atual possibilidade de negociação no âmbito das ações de improbidade administrativa, remanescem os questionamentos acerca dos limites da pactuação. Explica-se.

No que atine aos limites temporais, embora a lei tenha admitido a celebração do acordo de não persecução civil deixou de prever um termo final para a tal. Por essa razão surgiram diversas correntes debatendo até que momento é possível sua realização.

Como abordado antes, a negociação pode ocorrer tanto antes quanto durante o processo. Segundo professores como Landolfo Andrade, Fernando Gajardoni e Fábio Medida Osório, o acordo celebrado *antes do processo* terá natureza extrajudicial e será firmado por *Termo de Ajustamento de Conduta*, no teor da Resolução n.º 179/2017 do CNMP. Quando firmado *durante o processo*, terá natureza judicial e poderá ser celebrado até a fase recursal, nunca após o trânsito em julgado da sentença que condenou o agente ímprobo nas sanções da improbidade.

Nesse raciocínio, recorre-se ao princípio da consensualidade punitiva e ao artigo 139, inciso V, do CPC, o qual legitima o magistrado a promover, a qualquer tempo, a autocomposição. Admitindo-se, assim, a celebração do acordo e sua homologação judicial enquanto o processo estiver pendente.

Por outro turno, uma corrente doutrinária defende a celebração do acordo de não persecução cível apenas até a apresentação da contestação. Baseia-se na redação do artigo 17, §10-A, da LIA, concluindo por ocorrer preclusão após esse momento processual²⁸.

Esta última posição fundamenta-se em que o acordo pretende a resolução célere da demanda, sempre pautado na boa-fé processual, sob o viés do *venire contra factum proprium*. A partir disso, defende que a realização do acordo após a contestação legitimaria atitudes protelatórias dos agentes ímprobos que, além de enriquecer-se ilicitamente, causar prejuízo ao erário e/ou violar os princípios da administração, postergam a celebração do acordo para o momento que lhes convenham, depois de já terem-se utilizado de todo

²⁸ PINHEIRO, Igor Pereira. *Lei anticrime e acordo de não persecução cível: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Jhmizuno, 2020.

o custoso aparato judicial e, somente depois de perdido ou na iminência de perder a demanda, decidem recorrer à autocomposição.

Esse posicionamento já foi adotado no Superior Tribunal de Justiça pelo Ministro Mauro Campbell Marques, em decisão monocrática proferida na Petição no Agravo em Recurso Especial n. 1611266-SP (julgada em 21.10.2020). Todavia, não é a posição que prevalece atualmente nesta corte superior.

Ao analisar-se os mais recentes julgados, pode-se constatar que, no atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o acordo de não persecução cível pode ser celebrado na fase recursal, até a ocorrência do trânsito em julgado. Isso porque, tendo em vista o supraprincípio da supremacia do interesse público e respeitada a coisa julgada, pouco importa o momento em que o acordo é celebrado, mas muito importa a real vantagem que ele refletirá para a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa. A título de exemplo, menciona-se o acórdão da 1ª turma do STJ, proferido no Acordo no AResp n. 1.314.581/SP, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 23/02/2021 e veiculado no informativo 686 do STJ.

Este entendimento, entretanto, esbarra na atual previsão do parágrafo 2o, do artigo 17-B da Lei de Improbidade, já que a propositura do negócio jurídico após toda uma morosa instrução processual encerrada não se mostra vantajoso, especialmente no que se refere à rápida solução do caso.

Superado o aspecto *temporal*, cumpre avaliar os *limites materiais* à negociação nesta esfera.

Neste contexto, importante destacar que não se pode confundir as sanções da improbidade com as suas consequências (o ressarcimento do dano e a perda do valor eventualmente agregado ao patrimônio do improbo, quando ocorrerem). Estas derivam naturalmente do reconhecimento da ilicitude da conduta, pouco importando a existência de dolo ou má-fé exigida para as sanções²⁹.

Apesar desse ressarcimento ao erário (consequência) ser indisponível, por exemplo, é possível que se acorde sobre um parcelamento ou a modalidade pela qual ela se concretizará (ex. através da entrega de propriedades).

É verdade também que, caso o acordo imponha tão somente o ressarcimento, nos casos de dano ao erário, esvaziaria o conteúdo da lei

²⁹ Nestes termos, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou: “Não se pode confundir a típica ação de improbidade administrativa, de que trata o artigo 17 da Lei 8.429/92, com a ação de responsabilidade civil para anular atos administrativos e obter o ressarcimento do dano correspondente. Aquela tem caráter repressivo, já que se destina, fundamentalmente, a aplicar sanções político-civis de natureza pessoal aos responsáveis por atos de improbidade administrativa (art. 12). Esta, por sua vez, tem por objeto consequências de natureza civil comum, suscetíveis de obtenção por outros meios processuais” (REsp 1163643/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 30/03/2010).

de improbidade, eis que tornaria vantajoso ao agente se arriscar na conduta ímproba, já que, caso seja descoberto, no máximo teria de ressarcir o dano causado, o que não importa em sanção, mas apenas o faz retornar ao *status quo ante*.

Por tais razões, como já defendido neste texto, é adequada a aplicação de ao menos uma das espécies de sanções previstas na lei de improbidade, ainda que em patamares inferiores aos previstos para o caso de condenação, para atender a finalidade pedagógica (de prevenção geral e especial) que contaminam essas previsões.

Ocorre que, como estes aspectos do acordo de não persecução civil não foram adequadamente disciplinados pelo legislador, que previu somente a possibilidade de sua realização, aspectos procedimentais e os resultados mínimos (leia-se “pontos inegociáveis”), divergem as opiniões quanto à possibilidade de aplicação das diversas sanções previstas na lei de improbidade administrativa. Quais seriam, então, os limites materiais do ANPC?

As penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 são as seguintes: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) ressarcimento integral do dano; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos; e) pagamento de multa; f) proibição de contratar com o poder público; g) proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios.

Dessas sanções a que mais chama a atenção é a suspensão dos direitos políticos, isso porque os direitos políticos além de ostentarem classificação de direito fundamental, encontram restritas hipóteses de limitação em nossa constituição.

A Constituição Federal assim dispõe:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Por outro lado, a Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 20, declara: “A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.”

Os direitos políticos, por inerentes à cidadania, são direitos fundamentais indisponíveis, cuja limitação deve obedecer às hipóteses

taxativas trazidas na Constituição, em momento de ruptura com a ditadura, onde perseguições políticas eram uma praxe. Assim, parece temerária a admissão de sua negociabilidade.

Não se olvida que parte da doutrina pode vir a defender a possibilidade de pactuação da suspensão dos direitos políticos no âmbito do acordo de não persecução cível, principalmente, invocando o fato de que a lei das inelegibilidades (conhecida popularmente como lei da ficha limpa) prevê novas hipóteses de inelegibilidades não previstas no texto constitucional, e mesmo assim fora declarada constitucional pelo STF.

Mas o raciocínio seria incompleto, já que a lei da ficha limpa prevê novas hipóteses de *inelegibilidades*, não de *suspensão ou perda dos direitos políticos*.

Os direitos políticos são gênero, do qual são espécies a capacidade eleitoral ativa, consistente no direito de votar (dever), e a capacidade eleitoral passiva, traduzida na *elegibilidade*³⁰ (faculdade), esta sim limitada pela lei da ficha limpa.

Por serem os direitos políticos muito mais amplos do que a mera possibilidade de se candidatar, parece razoável que não se possa negociá-los de maneira sumária em acordo de não persecução cível.

Afinal, a possibilidade de negociação abre margem para subversões, dentre as quais uma utilização para revanchismos partidários.

Não se pode esquecer que a Administração Pública era também parte legítima para entabular o acordo de não persecução cível com o agente ímprobo até a reforma promovida pela Lei n.º 14.230/21, e, inegável e infelizmente, a atuação dela sujeita-se ao enfoque do chefe do Poder Executivo. Sendo este um adversário político do agente ímprobo não é difícil imaginar essa situação.

Mesmo com a atual legitimação exclusiva da persecução judicial do ato ímprobo pelo Ministério Público a preocupação persiste. Primeiro porque, normalmente, os atos de improbidade administrativa são levados a seu conhecimento por parte da oposição política, que acompanha a investigação, cobrando diligências e uma resposta. Segundo, pela exigência prevista no novo artigo 17-B, §1º da LIA, “da oitiva do ente federativo lesado”, o qual se manifestará através de suas procuradorias jurídicas ou pelo chefe do Poder Executivo, com os riscos da influência política acima tratada. Terceiro pois, com essa concentração há inegavelmente muito mais responsabilidade por parte do membro do *Parquet* na análise da solução adequada para o caso. Tanto que, como visto, a Lei n.º 14.230/2021 estabeleceu um enfoque na celebração do acordo, considerando a personalidade do agente, a natureza, circunstâncias, gravidade e a repercussão do ato de improbidade (artigo 17-b, §2º da LIA).

³⁰ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 25 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 p. 1.940.

Não se ignora a posição contrária, segundo a qual é plenamente possível a aplicação da suspensão dos direitos políticos, na medida em que, uma vez confessado o ato pelo agente público, inexistente resistência à pretensão punitiva por parte do agente ímprobo que, em verdade, concordou com a aplicação da sanção (que no caso se tornaria uma condição), nos termos da “autonomia de vontade”.

Para essa corrente, o artigo 15, inciso V, da Constituição Federal prevê a suspensão dos direitos políticos nos casos de “improbidade administrativa”, isto é, não se exigiria a condenação definitiva pela prática do ato de improbidade administrativa, mas tão somente a prática do ilícito, totalmente diferente do que fizera em relação à prática de infração penal, quando a condicionou ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consoante inciso III do artigo 15 da Constituição Federal.

Ainda, acrescenta-se que a previsão do artigo 15 da Constituição é totalmente compatível com o artigo 37, §4º do mesmo texto, que prevê a suspensão dos direitos políticos aos atos de improbidade administrativa, na forma e gradação *previstas em lei*. Nesse contexto, os defensores dessa corrente afirmam que o artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa previu a suspensão, enquanto o artigo 17-B admite expressamente a solução negociada, sem qualquer limitação material ao acordo³¹.

Contudo, **há de se reconhecer que a extirpação política, ainda que momentânea, do agente só se justificaria em atos de improbidade graves, com grande repercussão social. Ou ainda, quando as circunstâncias pessoais são negativas a ponto de justificar um afastamento da vida política por receio da reiteração ímproba.** Ora, nestas situações sequer seria cabível o ANPC nos termos do artigo 17-B, §2º da LIA! Não há sentido em tal estipulação negocial, portanto.

Some-se a isto que aquela linha de raciocínio esbarra no art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa, que exige o trânsito em julgado para a imposição da suspensão dos direitos políticos. Embora a aplicação das sanções no bojo do acordo de não persecução cível não tenha sido devidamente regulamentada, o comando do art. 20 permaneceu incólume com as mudanças advindas com o pacote anticrime, e parece evidente que caso fosse o intuito do legislador permitir a negociação da suspensão dos direitos políticos teria promovido a alteração legislativa pertinente na mesma oportunidade em que criou a figura negocial. A Carta Magna, como visto, previu a suspensão de direitos políticos na forma e gradação *previstas em lei*, e esta impõe o trânsito em julgado para esta sanção em específico.

³¹ ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 21 ago /21.

A problemática não se resume àquela proibição em especial. Como já mencionado, os direitos políticos envolvem não só a capacidade eleitoral passiva, como também a capacidade eleitoral ativa, esta traduzida no voto, o qual, segundo a nossa constituição não constitui mero direito, mas é obrigatório às pessoas alfabetizadas, com mais de dezoito e menos de setenta anos de idade. Assim, por se tratar de um direito-dever, seria incoerente interpretá-lo com a possibilidade de renúncia.

Nesse sentido, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Pernambuco editou a Resolução nº 01/2020, buscando regulamentar o acordo de não persecução cível no âmbito daquela instituição, que, em seu art. 4º prevê as condições que podem ser pactuadas, não abrangendo a hipótese de suspensão dos direitos políticos³².

As aspirações democráticas de nossa Constituição protegem o exercício da cidadania (seja do ponto de vista passivo como ativo). Nesta temática há, como visto, primeiro, uma *reserva legal* (constitucional, inclusive) e, secundariamente, jurisdicional, que não podem ser alvo de negociação por sua conotação de ordem pública. A *autonomia privada* que vige hoje, substitui as noções de autonomia da vontade (típicas do liberalismo) em reconhecimento à limitação pública representada pelo interesse maior da sociedade (a Ordem Pública), não sendo, portanto, ilimitada.

Não soa legítimo, por mais que superficialmente justificadas como manifestações da vontade focadas na autonomia privada, a celebração de um acordo prévio entre os interessados a eventual candidatura, que um deles se torna por aquele instrumento, inelegível por determinado período! Ora, acaso haja o arrependimento do celebrante, não se poderia impor ao Judiciário o reconhecimento de validade a tal manifestação por relacionar-se a um elemento basilar da cidadania.

Da mesma forma, não se poderia aceitar que, de um acordo qualquer derivasse a dispensa de obrigações legais como a de votar. Trata-se do mesmo raciocínio. O voto é inerente à cidadania, só podendo ser limitado na forma prevista no texto constitucional. Mais que um direito, é considerada uma obrigação, sujeita a diversas consequências, acaso descumprida ou não justificada (como no exercício de funções públicas etc.). Jamais seria admissível dispensar de tais consequências (como a multa) ou obstar o acesso a um cargo público pela simples apresentação de um contrato qualquer.

Isso representaria muita insegurança jurídica e renúncia a deveres cívicos. Poderia, como adiantado, prestar-se de ferramenta ditatorial de exclusão da oposição, forjado com base em pressões políticas ou quaisquer

³² Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/RESOLUO%20RES-CSMP%20-%2001.2020%20-%20ACORDO%20DE%20NAO%20PERSECUO%20CIVEL.pdf. Acesso em: 25 ago. 2021.

outras. Aliás, este viés em especial deve limitar a celebração dos ANPCs em improbidades administrativas.

Pois bem, a questão é ainda controversa e encontra-se em fase de amadurecimento doutrinário, de todo modo, não se pode ignorar que a suspensão dos direitos políticos afeta a cidadania do agente ímprobo e, por isso, merece maior cautela caso seja utilizada como forma de punição na celebração do acordo, desde que nos termos da regulamentação do órgão legitimado.

CONCLUSÃO

O reconhecimento dos interesses transindividuais é relativamente recente em nosso ordenamento, sendo que os meios processuais para sua tutela continuam em evolução. Neste processo, a inicial dificuldade de soluções consensuais nesta categoria vem sendo superada.

A repressão à Improbidade Administrativa envolve uma forma de interesse transindividual, amoldando-se à modalidade difusa, já que a manutenção da moralidade na Administração Pública interessa a toda a sociedade. Nesta seara, a negociação sempre causou perplexidade, mas hoje não se duvida de seu cabimento. Há, todavia, que se ponderar sobre os limites da transação no tema, seja sob o viés processual, quanto material.

Nesse enfoque, é virtualmente possível ponderar sobre o cabimento de negociação **processual** (pelos Negócios Jurídicos Processuais, trazidos pelo CPC/2015) e **material** (pelos ANPCs do pacote anticrime de 2019, alvo também da Lei 14.230/2021).

No aspecto adjetivo, o artigo 190 do CPC é a verdadeira fonte do negócio jurídico processual, sendo o artigo 191 apenas um poder do julgador na adaptação dos ritos. Este último, denominado de *calendarização processual* é indiscriminadamente cabível em interesses individuais e transindividuais (artigo 191 do NCPC), já que refletem o princípio constitucional da duração razoável do processo e da cooperação entre os atuantes no feito.

O NPJ (artigo 190 do NCPC), entretanto, deve ser evitado pelo entendimento consolidado de que o rito de sua apuração envolve normas de ordem pública, em similitude com o rito processual penal, pelos reflexos na esfera individual do acusado. Sua aplicação poderia implicar em nulidades futuras, o que geraria insegurança. Isto fica mais evidente com a nova redação do artigo 17-D da LIA, que reconhece o caráter repressivo/sancionador e pessoal da demanda.

No enfoque substantivo, por sua vez, devido à ausência de regulamentação legislativa detida, parte da doutrina tem defendido que a aplicação do regramento destinado ao ANPP deve ser empregada no ANPC,

para se ter um mínimo de padronização. Essa conclusão permanece mesmo com a reforma na repressão das improbidades administrativas feitas pela Lei n.º 14.230/2021, visto que trouxe termos vagos a serem considerados na negociação (como “gravidade” do ato e “vantagens” para o interesse público).

Assim como o ANPP o ANPC tem um inafastável viés negocial, neste as partes abrem mão de parcela de seus interesses/prerrogativas e chegam a um consenso que atende os dois lados, ou seja, ao bem jurídico protegido (probidade na administração) e ao do agente (minorar as restrições à sua liberdade individual). O Estado, então, abdica de parcela da sanção e da persecução e o agente, por sua vez, dispõe-se a cumprir determinados requisitos para livrar-se principalmente do incômodo processual com as vinculações aos atos processuais) e da possível condenação.

O Acordo de não persecução civil, portanto, deve se adequar à finalidade para a qual foi editada a lei de improbidade administrativa, observada a intenção do legislador quando de sua elaboração, qual seja, proteger o patrimônio público e a moralidade administrativa, considerando seu viés repressivo e sancionador. Também deve ter uma interpretação sistêmica, sobretudo com amparo na Constituição Federal, especialmente no tocante às condições a serem pactuadas.

Por isso, não se mostra viável a negociação em fases adiantadas do processo, tampouco a aplicação da suspensão dos direitos políticos em acordo de não persecução civil. Há de se reconhecer que essa medida só se justificaria em situações gravosas ou cuja personalidade do agente indica que merece ser afastado da vida política, o que por si já impediriam o ANPC (artigo 17-B, §2º, da LIA).

Basear-se na liberdade negocial ou na autonomia privada para justificar a inclusão dessa consequência nesses acordos não basta, pelos reflexos coletivos que geram. Apenas o legislador, como legítimo representante do cidadão e democraticamente eleito pode, com base na Constituição, regradar, limitando ou ampliando o exercício da cidadania, que se funda no interesse geral (democrático).

Não se pode olvidar que o reconhecimento da autonomia privada é a atualização da antiga expressão autonomia da vontade, esta típica da visão liberal. Naquela primeira, reconhece-se que essa liberdade vem envolvida por um contexto superior que a legitima e a limita, que é o interesse público (ou a “autonomia pública”). Em outras palavras, ela se “vincula diretamente aos valores constitucionais, devendo estar orientada, assim, à valorização da pessoa humana”³³.

³³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2007, p. 51.

Assim, em que pese a novel permissão legal para negociar no âmbito das ações de improbidade administrativa, o objeto das negociações e acordos devem respeitar os limites impostos pelas normas de ordem pública, ainda que sejam de natureza processual. Além disso, as condições pactuadas precisam se adequar às limitações do ordenamento jurídico, como é o caso da restrição à suspensão dos direitos políticos, condicionada que está à condenação com trânsito em julgado, conforme a própria lei de improbidade administrativa impõe.

Conclui-se, portanto, que a esfera coletiva pela qual está envolta toda a repressão da improbidade administrativa sujeita-se a normas cogentes que não admite negociações processuais ou materiais como regra máxima. As eventuais disposições de vontade neste tema, poderão ser trazidos ao Judiciário que lhes reconhecerá a (in)validade!

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: A polêmica envolvendo o momento para a sua celebração em juízo. Disponível em http://genjuridico.com.br/2021/03/02/celebracao-acordo-nao-persecucao-civel/#_ednref7. Acesso em: 21 ago.21.
- ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 21 ago. 21.
- ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses Difusos e Coletivos. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.
- ANDRADE, Adriano. MASSON, Cleber. ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos. 7 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral do Direito Civil. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012. p. 169.
- BEZERRA FILHO, A. Processo de Improbidade Administrativa: anotado e comentado. Salvador: Juspodivm, 2018.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2. ed. Edição. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2007.
- CALMON. Petrónio. Fundamentos da mediação e de Conciliação. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- DIDDIER Jr. Fredie. Curso de direito processual civil: Introdução do direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade adminsitrativa. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 21 ago. 2021.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Tutela de interesses difusos e coletivos – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- LUZ, Denise. Direito Administrativo Sancionador Judicializado - Improbidade Administrativa e Devido Processo Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal. Curitiba. Juruá Editora. 2014.
- NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Manual de direito processual civil – Volume único. 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- OSÓRIO, Fabio Medina. Natureza Jurídica do Instituto da Não Persecução Cível Previsto na Lei de Improbidade Administrativa e Seus Reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanti-crimeeimprobid.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.
- PINHEIRO, Igor Pereira. *Lei anticrime e acordo de não persecução cível: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Jhmizuno, 2020.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual, volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.
- TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 10.ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE CÁTEDRA E MOVIMENTO ESCOLA SEM PARTIDO: STF COMO GUARDIÃO DA EDUCAÇÃO PARA A CIDADANIA

André Luís Bortolini⁵³⁰, Bruno Rinaldin⁵³¹

INTRODUÇÃO

É possível reconhecer a existência de um direito fundamental à liberdade de cátedra ou de ensinar, por meio da cláusula de abertura contida no artigo 5º., §2º., da Constituição Federal de 1988 (CF/88). A partir de tal premissa, o presente artigo pretende, sem o objetivo de esgotar o assunto, dados os limites da pesquisa, propor a reflexão sobre leis e projetos de leis que, sob fundamento no que se denominou movimento Escola Sem Partido, almejam inovar a ordem jurídica com propostas que, ao tempo em que buscam restringir o direito fundamental à liberdade de cátedra, aspiram uma educação neutra, na qual prevaleçam as decisões da família sobre as da escola, tornando defeso, no ambiente escolar, conteúdos pedagógicos que envolvam política e identidade de gênero.

Nessa perspectiva, tenciona-se escrutinar os limites às restrições ao direito fundamental à liberdade de cátedra que pesam sobre o legislador infraconstitucional, ponderando-se os interesses envolvidos, à luz da regra da proporcionalidade, método que permite, face o ônus argumentativo, maior controlabilidade democrática, racionalidade e segurança jurídica.

Ao final, augura-se evidenciar o peso desse direito fundamental, o qual carrega consigo a defesa de uma escola que estimula os valores do pluralismo de ideias, da tolerância, compreensão e empatia, compreendendo o dever de prestação de uma educação democrática e científica, e permitindo o pleno desenvolvimento das pessoas para o exercício da cidadania (arts. 205 e 206, CF/88).

1 A LIBERDADE DE CÁTEDRA E SUA NATUREZA DE DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 assegura a liberdade de cátedra ou liberdade de ensinar ao estabelecer-se sob os alicerces da “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” e do “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas” (art. 206, II e III, CF/88).

Nesse panorama, a liberdade de ensinar, no destaque de Amanda Costa Thomé Travincas, para além de ser uma conduta que compõe o conteúdo

⁵³⁰ Mestre em Direito pelo Unibrasil. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6831405819271001>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7901-0177>. E-mail: abortolini@mppr.mp.br.

⁵³¹ Especialista em Direito pela Unicuritiba. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3076362395359168>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3186-3867>. E-mail: brinadin@mppr.mp.br.

protegido das liberdades comunicacionais (artigo 5º, incisos IV e IX, da CF/88), da liberdade profissional (art. 5º, XIII, CF/88) e do direito fundamental à educação, indicando múltiplas camadas de proteção, trata-se de um direito genuíno, com âmbito de proteção e um sistema de limites e restrições próprios.⁵³²

É possível, sob esta ótica, reconhecer a existência de um direito fundamental à liberdade de cátedra, por meio da cláusula de abertura material de direitos fundamentais (art. 5º, §2º, CF/88), que admite o advento de direitos materialmente fundamentais não catalogados, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, e dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.^{533 534}

Neste ponto, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que os direitos fundamentais fora do catálogo podem ser escritos (expressos na CF/88 ou em tratados internacionais) ou não-escritos, decorrentes do regime e dos princípios, salientando que para serem assim qualificados, os direitos fundamentais fora do catálogo devem preencher critérios de conteúdo e relevância, para que possam ser equiparados aos direitos integrantes do elenco do Título II da Constituição.⁵³⁵

*Na esfera internacional, o Brasil é signatário de diversos tratados que estabelecem ser a educação, sem qualquer cerceamento de pensamento e opinião, instrumento eficaz para capacitar as pessoas a escolherem os seus destinos livremente, a exemplo do art. 13 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) que respalda uma educação democrática e pluralista.*⁵³⁶

São dignos de lembrança, também, em vista da aferição da fundamentalidade material do direito à liberdade de ensinar, o art. 8º, b, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher, que demanda o combate a preconceitos baseados na premissa da inferioridade ou superioridade de gênero⁵³⁷, assim como os arts. 1º. e 2º. da

⁵³² TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. *A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 79-83.

⁵³³ COSTA, Mike Luiz Sella da. *Contornos constitucionais da liberdade de ensinar na educação básica de crianças e adolescentes. Dissertação (mestrado em Direito) PUC/SP, São Paulo, 2019, p. 154.*

⁵³⁴ TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. *A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 243.

⁵³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 92-93.

⁵³⁶ CIDH. *Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador". Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em: 16 de jul. 2021.*

⁵³⁷ BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 1.973, de 1º de Agosto de 1996. *Promulga a*

Declaração Universal do Direitos Humanos⁵³⁸ e art. 1º. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵³⁹, que proíbem qualquer tipo de discriminação, além dos Princípios de Yogyakarta, que tratam da isonomia e especificamente da não discriminação por motivações de gênero.⁵⁴⁰

Nesse panorama, o conteúdo do direito fundamental à liberdade de ensinar compreende o exercício de uma educação responsável pela preparação das pessoas para o exercício da cidadania, para o respeito à diversidade e para o convívio em uma sociedade plural, com múltiplas expressões religiosas, políticas, culturais, de gênero e étnicas.

Segundo Marcos Augusto Maliska:

É a partir da educação que as opções constantes da Constituição são internalizadas e reproduzidas nas práticas sociais. [...]. Portanto, a nossa democracia depende não apenas de uma universalização do acesso à Educação, mas também de uma Educação que crie as bases para uma sociedade democrática, que respeite a diversidade, que reproduza as opções da Constituição constantes de seu preâmbulo e de seus principais princípios.⁵⁴¹

Sob essa ótica, o direito fundamental à liberdade de cátedra alcança, na sua dimensão objetiva, como conjunto de valores que norteiam a atuação do Estado Social e Democrático de Direito, o dever de prestação de uma educação plural e livre, permitindo o pleno desenvolvimento das pessoas e as suas capacitações para o exercício da cidadania (art. 205 da CF/88) a partir dos princípios da liberdade de ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, bem como do pluralismo de ideias e o apreço à tolerância (art. 206 da CF/88).

Neste sentido a liberdade de cátedra foi conformada pelo art. 3º. da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9394/1996):

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 16 de jul. 2021.

⁵³⁸ ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 16 de jul. 2021.*

⁵³⁹ CIDH. *Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.*

⁵⁴⁰ *Os princípios de Yogyakarta (cidade da Indonésia) foram aprovados em conferência organizada pela Comissão Internacional de Juristas na Indonésia, em novembro de 2006. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 19 jul. 2021.*

⁵⁴¹ MALISKA, Marcos Augusto. Educação, Constituição e Democracia. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Coord.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 792-793.

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...]

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;

IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância; [...]

XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

XII - consideração com a diversidade étnico-racial.

Trata-se o direito fundamental de liberdade de cátedra, portanto, de uma opção constitucional e legal voltada à concretização de uma educação, a um só tempo, democrática e emancipadora, cujo propósito, fundado no pluralismo de ideias, é o de habilitar as pessoas para os mais diversos âmbitos da vida, como ser humano, como cidadão e como profissional.⁵⁴²

3 LIMITES ÀS RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE CÁTEDRA E A (DES)PROPORCIONALIDADE DAS PROPOSTAS DE ESCOLA SEM PARTIDO

Direitos fundamentais, em que pese serem cláusulas pétreas (art. 60, §4º., CF/88), não são absolutos ou ilimitados, considerando que, sob viés de unidade, estão inseridos em um sistema constitucional no qual se relacionam com outros direitos fundamentais ou princípios, os quais possuem potencial para ampliar ou restringir o seu conteúdo, a depender da situação fática em que coexistam.

Em um primeiro momento, o próprio poder constituinte, ao estabelecer o consenso constitucional e definir os direitos fundamentais, arquiteta limites. São os chamados limites internos: dos direitos fundamentais, denominados por Robert Alexy de “limites diretamente constitucionais”, que são fixados em regras ou cláusulas de exceção (explícitos), a exemplo da vedação ao anonimato na livre manifestação do pensamento (art. 5º., IV, CF/88) ou a limitação ao direito de reunião, que deve ser pacífica (art. 5º., XVI, CF/88).⁵⁴³

No entanto, diante da multiplicidade de situações impostas em uma sociedade moderna, conforme alerta Jorge Reis Novais, por mais capacidade de previsão e sabedoria que se reconheça ao legislador constitucional, “não é possível, hoje, deixar de ter em conta que ele não podia regular antecipadamente todas as possíveis colisões entre direitos fundamentais e outros bens carentes de proteção nem podia, sequer, prever a sua ocorrência”.⁵⁴⁴

⁵⁴² BRASIL, STF, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 600*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341999377&ext=.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.

⁵⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2ª. ed., 5ª. tiragem, 2017, p. 286-290.

⁵⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas*

Nesta toada, admite-se a limitação de direitos fundamentais por princípios, isto é, restrição em face do sistema, em uma dimensão objetiva que se revela apenas no caso concreto, assim como os chamados limites externos ou indiretamente constitucionais, localizados fora da Constituição, ou seja, em normas infraconstitucionais, desde que permitidos pela Constituição, explícita ou implicitamente.⁵⁴⁵

O decisivo, nessa perspectiva, é a argumentação possível quanto à fundamentação constitucional da restrição, quadro que impacta a dogmática dos direitos fundamentais e a atividade jurisdicional.

Para Virgílio Afonso da Silva, a partir da teoria externa dos direitos fundamentais, em que não há coincidência entre o âmbito de proteção do direito fundamental e seus limites, isto é, não há exclusão *prima facie* de atos ou fatos do âmbito de proteção de um direito fundamental, se houver fundamentação constitucional à intervenção, estar-se-á diante de uma restrição constitucional legítima a um direito fundamental, impedindo a consequência jurídica (inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*).⁵⁴⁶

De outro lado, a evidenciar limites aos limites, não se admite que as restrições tenham intensidade suficiente a afetar o exercício do direito fundamental restringido, razão por que são objeto de controle formal (competência, procedimento e forma) e material (proteção do núcleo essencial e proporcionalidade).

Sob essa ótica, o *direito fundamental* à liberdade de ensinar, ao conviver com outros direitos fundamentais ou valores, não representa o livre arbítrio de docentes e deve amparar-se em fundamentos científicos e compromissos com proposições científicas vigentes.

Nas palavras de *Amanda Costa Thomé Travincas*:

*A liberdade de ensinar não autoriza o professor a lecionar alguém do conteúdo previsto nos currículos e planos de ensino. Supor-se um direito subjetivo de excluir conteúdo conforme avaliação própria do professor equivaleria a abalizar uma afetação desproporcional à liberdade de aprender dos alunos.*⁵⁴⁷

Para Fabrício Veiga Costa, por sua vez:

pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 19 e 27.

⁵⁴⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 5ª. tiragem, 2017, p. 291-295.

⁵⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais - Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2017, p. 74 e 94.

⁵⁴⁷ TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 244.

O espaço acadêmico destina-se à testificação do conhecimento científico, à desconstrução de dogmas, à demonstração do relativismo das verdades pressupostas, à ressignificação de juízos apriorísticos e à constante refutabilidade decorrente de constatações críticas. Por isso, constitui dever do professor não profetizar dogmas, e sim fundamentar suas proposições em parâmetros e referenciais racionalmente científicos.⁵⁴⁸

Tais parâmetros e referenciais são normalmente estabelecidos em legislação infraconstitucional, a exemplo do conteúdo da LDB, dos planos nacional, estaduais e municipais de educação, além de atos infralegais como a base nacional comum curricular, que representam restrições à liberdade de ensinar.

Essas restrições devem ser proporcionais e respeitar, por consequência, o conteúdo essencial do direito fundamental que visam limitar.

Virgílio Afonso da Silva, ao tratar da regra da proporcionalidade, salienta que ela impõe um dever definitivo, não estando sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas no caso concreto⁵⁴⁹, decorrendo da própria ideia de Estado de Direito e da proibição de excesso, que demanda racionalidade, previsibilidade e integridade ao sistema:

O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições.⁵⁵⁰

Tramitam no Congresso Nacional brasileiro, desde 2014, diversos projetos de lei com propostas de instituição do que se denominou “Escola Sem Partido”, sob o discurso de combate a uma “doutrinação ideológica” de alunos nas escolas, consistente em suposta “doutrinação marxista” e de identidade de gênero, pejorativamente denominada “ideologia de gênero”.

Pretendem tais iniciativas levar adiante medidas que impeçam o desenvolvimento de atividades pedagógicas, no ambiente escolar, que tenham por objeto, sobretudo, discussões políticas e sobre os papéis de gênero na sociedade.⁵⁵¹

Defende-se, nesse horizonte, uma educação neutra, na qual prevaleça as decisões da família sobre as da escola, tornando defeso um conteúdo

⁵⁴⁸ COSTA, Fabrício Veiga. Liberdade de cátedra do docente nos cursos de bacharelado em Direito: um estudo crítico da constitucionalidade do Projeto de Lei Escola Sem Partido. *Revista Jurídica*. v. 01, n.º. 50, Curitiba, 2018. p. 374-397.

⁵⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais - Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2017, p. 169.

⁵⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002.

⁵⁵¹ MIGUEL, Luis Felipe. Da “doutrinação marxista” à “ideologia de gênero” - Escola Sem Partido e as leis da mordaza no parlamento brasileiro. *Revista Direito e Práxis - Uerj*, v. 7, n. 15, 2016, p. 590-621.

pedagógico, em sala de aula, que contrarie valores prezados pelos pais, fundando-se, especialmente, no direito à proteção da infância como garantia contra a discriminação e opressão (art. 227, CF/88) e no artigo 12 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo o qual “os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções”.⁵⁵²

Dentre os projetos com tal finalidade em trâmite no Parlamento, insta ressaltar o Projeto de Lei n. 7180/2014, que tem por objeto, em vista de alterar o art. 3º da Lei nº 9.394/1996 (LDB), “incluir entre os princípios do ensino o respeito às convicções do aluno, de seus pais ou responsáveis, dando precedência aos valores de ordem familiar sobre a educação escolar nos aspectos relacionados à educação moral, sexual e religiosa.”⁵⁵³

Em apenso aos Projetos de Lei n. 7180/2014 e 80/2021 tramitam os Projetos de Lei n. 7181/2014, 867/2015, 6005/2016, 502/2019, 246/2019, 1859/2015, 5487/2016, 10577/2018, 10659/2018, 8933/2017, 9957/2018, 5854/2019, 10997/2018, 1189/2019, 2692/2019, 258/2019, 375/2019, 3674/2019, 3741/2019, 4961/2019, 1411/2015 e 80/2021, tendo bases semelhantes, quais sejam a soberania da família e a ideia de neutralidade, visam restringir a liberdade de cátedra nas escolas.

De outro lado, na esfera federativa subnacional, municípios e estados estão levando a cabo Projetos de Lei e inserindo em suas ordens jurídicas propostas lastreadas no discurso de uma educação discursivamente “neutra”.

Algumas dessas iniciativas foram objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal (STF), que se posicionou como guardião da educação para cidadania.

Rememora-se, de início, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 467 aforada pela Procuradoria-Geral da República, questionando-se perante o STF a constitucionalidade da Lei n. 3.491, de 28 de agosto de 2015 do município de Ipatinga-MG⁵⁵⁴, a qual excluiu da política municipal de ensino qualquer possibilidade de referência à diversidade de gênero e orientação sexual, vedando determinadas condutas a professores e à administração escolar e

⁵⁵² CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

⁵⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 7180/2014 de 24/02/2014. Altera o art. 3º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606722>. Acesso em: 18 jul. 2021.

⁵⁵⁴ IPATINGA. Aprova o Plano Municipal de Educação de Ipatinga - PME e dá outras providências. Disponível em: <https://www.ipatinga.mg.gov.br/detalhe-da-legislacao/info/lei-3491-2015/21684>. Acesso em: 19 jul. 2021.

restringindo, por consequência, o conteúdo da liberdade constitucional de ensino.⁵⁵⁵

O Ministro relator Gilmar Mendes, após pontuar que o caso representava relevante controvérsia constitucional de âmbito nacional, já que diversos outros municípios vinham reproduzindo leis com conteúdo semelhante, deferiu o pedido cautelar para suspender a eficácia dos artigos 2º, caput, e 3º, caput, da aludida lei municipal.

De plano o Ministro Relator reconheceu um vício formal consistente na violação à competência da União para editar normas gerais sobre educação (CF, art. 22, XXIV, CF/88), bem como que a legislação municipal ofendeu normas materiais da Constituição, conformadas pelo art. 3º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que concretiza os princípios da liberdade de ensino, do pluralismo de ideais e concepções pedagógicas e do fomento à liberdade e à tolerância.

Nessa toada, a decisão cautelar teve por alicerce a liberdade de ensinar, estabelecida pelo art. 206, II, da CF/88:

A referida norma consolida a liberdade enquanto base do sistema de educação, estimulando a livre divulgação e o debate de ideias. Busca-se evitar a censura e a patrulha ideológica, uma vez que tais condutas acabariam por esterilizar o debate sobre questões polêmicas e relevantes, que devem ser apresentadas e discutidas entre professores e alunos, com a finalidade de formação de um pensamento crítico. []

Seguindo essa linha de raciocínio, é importante acentuar que as restrições às liberdades de expressão e de ensino são características típicas de Estados totalitários ou autoritários.⁵⁵⁶

Destaca-se, também, a decisão prolatada pela Suprema Corte, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (n. 5.537/AL), sendo relator o Ministro Luís Roberto Barroso, na qual se questionava a constitucionalidade da Lei 7.800/2016 do Estado de Alagoas, que criou, no sistema educacional estadual, o programa “Escola Livre”, prevendo “neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado”.⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ Art. 2º. O Poder Executivo Municipal adotará, além das diretrizes definidas no art. 214 da Constituição Federal e no art. 2º da Lei Federal 13.005, de 2014 – excetuando o que se referir à diversidade de gênero – as diretrizes específicas do PME: [...] Art. 3º. Caberá ao Poder Executivo Municipal a adoção das medidas governamentais necessárias à implementação das estratégias para o alcance das metas previstas no PME, não podendo adotar, nem mesmo sob a forma de diretrizes, nenhuma estratégia ou ações educativas de promoção à diversidade de gênero, bem como não poderá implementar ou desenvolver nenhum ensino ou abordagem referente à ideologia de gênero e orientação sexual, sendo vedada a inserção de qualquer temática da diversidade de gênero nas práticas pedagógicas e no cotidiano das escolas.

⁵⁵⁶ BRASIL, STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 467, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5206806>. Acesso em: 20 de jul. 2021.

⁵⁵⁷ ALAGOAS. Institui, no âmbito do Sistema Estadual de Ensino, o Programa “Escola Livre”.

Ao conceder a liminar pleiteada, em decisão monocrática, o Ministro relator ressaltou a indevida limitação à liberdade de ensinar com alcance pleno e emancipatório que lhe confere a Constituição, ao se impor ao professor uma apresentação pretensamente neutra dos mais diversos pontos de vista:

A Lei 7.800/2016 traz, ainda, previsões de inspiração evidentemente cerceadora da liberdade de ensinar assegurada aos professores, que evidenciam o propósito de constranger e de perseguir aqueles que eventualmente sustentem visões que se afastam do padrão dominante, estabelecendo vedações – extremamente vagas []

Mais uma vez, está presente no aludido dispositivo a intenção de impor ao professor uma apresentação pretensamente neutra dos mais diversos pontos de vista – ideológicos, políticos, filosóficos – a respeito da matéria por ele ensinada, determinação que é inconsistente do ponto de vista acadêmico e evidentemente violadora da liberdade de ensinar.⁵⁵⁸

Calha lembrar, ainda, da ADPF n. 600, por meio da qual o STF, também sob relatoria de Luís Roberto Barroso, suspendeu, liminarmente, os efeitos da Emenda à Lei *Orgânica n. 55/2018 do município de Londrina/PR, que proíbe a adoção de conteúdos com “ideologia de gênero” nos ambientes escolares.*⁵⁵⁹

Ao se pronunciar a respeito da lei municipal aludida, enaltecendo o dever do Estado de manter crianças e adolescentes a salvo de toda forma de discriminação e opressão e reconhecendo a liberdade de ensinar e de aprender,

Disponível em: <https://sapl.al.al.br/norma/1195>. Acesso em: 20 jul. 2021. A Lei Municipal criou, no sistema educacional estadual, o programa “Escola Livre”, prevendo “neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado”; “direito dos pais a que seus filhos menores recebam a educação moral livre de doutrinação política, religiosa ou ideológica”; vedação “em sala de aula [...] prática de doutrinação política e ideológica, bem como quaisquer outras condutas por parte do corpo docente ou da administração escolar que imponham ou induzam aos alunos opiniões político-partidárias, religiosa ou filosófica”; o professor “não abusará da inexperiência, da falta de conhecimento ou da imaturidade dos alunos, com o objetivo de cooptá-los para qualquer tipo de corrente específica de religião, ideologia ou político-partidária”; o professor “não fará propaganda religiosa, ideológica ou político-partidária em sala de aula nem incitará seus alunos a participar de manifestações, atos públicos ou passeatas”.

⁵⁵⁸ BRASIL, STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (n. 5.537/AL), Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311456113&ext=.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁵⁵⁹ LONDRINA, Lei Orgânica do município de Londrina. Disponível em: <http://www2.cml.pr.gov.br/leis/2000/web/LOMconsol.html>. Acesso em: 20 jul. 2021. Previa a referida inovação na ordem constitucional municipal: Art. 165-A. Ficam vedadas em todas as dependências das instituições da Rede Municipal de Ensino a adoção, divulgação, realização ou organização de políticas de ensino, currículo escolar, disciplina obrigatória, complementar ou facultativa, ou ainda atividades culturais que tendam a aplicar a ideologia de gênero e/ou o conceito de gênero estipulado pelos Princípios de Yogyakarta.

pontuou o Ministro relator que a determinação de uma neutralidade discursiva em sala de aula, isto é, a proibição de tratar de determinado conteúdo sem uma justificativa plausível, vai de encontro à liberdade de cátedra:

Vedar a adoção de políticas de ensino que tratem de gênero ou que utilizem tal expressão significa impedir que as escolas abordem essa temática, que esclareçam tais diferenças e que orientem seus alunos a respeito do assunto, ainda que a diversidade de identidades de gênero seja um fato da vida, um dado presente na sociedade que integram e com o qual terão, portanto, de lidar.

[...] a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, à capacitação para a vida em sociedade e à tolerância e, portanto, fortalecer o pluralismo ideológico e as liberdades fundamentais []. A proibição de tratar de conteúdos em sala de aula sem uma justificativa plausível, à toda evidência, encontra-se em conflito com tais valores.⁵⁶⁰

Por sua vez, na ADPF n. 548, altercou-se as ações de Juízos Eleitorais de todo o país ao determinarem buscas e apreensões de materiais de campanha eleitoral em universidades, assim como proibirem aulas com temática eleitoral, manifestação de pensamento de docentes e discentes universitários, e reuniões públicas de apreço ou reprovação a candidatos, em ambiente virtual ou físico de universidades federais e estaduais.

As medidas estariam respaldadas na disposição do art. 37 da Lei n. 9.504/1997 (Lei Eleitoral), que veda “a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados”.⁵⁶¹

Ao deferir a medida cautelar, em outubro de 2018, a Min. Carmem Lúcia, sob o argumento de que as medidas judiciais afrontavam a liberdade de cátedra, além da liberdade de expressão e a autonomia *universitária*, suspendeu os efeitos de atos judiciais que amparavam ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários.

Da decisão aludida, referendada por unanimidade pelo plenário da Suprema Corte, extrai-se a seguinte passagem de relevo:

Daí ali ser expressamente assegurado pela Constituição da República a liberdade de aprender e de ensinar e de divulgar

⁵⁶⁰ BRASIL, STF, Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 600. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341999377&ext=.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁵⁶¹ BRASIL. Lei n. 9.504/1997 (Lei Eleitoral). Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 20 de jul. 2021.

livremente o pensamento, porque sem a manifestação garantida o pensamento é ideia engaiolada. []

Pensamento único é para ditadores. Verdade absoluta é para tiranos. A democracia é plural em sua essência. E é esse princípio que assegura a igualdade de direitos individuais na diversidade dos indivíduos. [] Toda forma de autoritarismo o é iníqua. Pior quando parte do Estado. Por isso os atos que não se compatibilizam com os princípios democráticos e não garantam, antes restrinjam o direito de livremente expressar pensamentos e divulgar ideias são insubsistentes juridicamente por conterem vício de inconstitucionalidade.⁵⁶²

Por fim, ressalta-se decisão de relatoria do Ministro Edson Fachin, merecidamente homenageado na presente obra, na Reclamação 33.137 de 2019, aforada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por meio da qual suspendeu cautelarmente e, em definitivo, cassou decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que manteve postagem da lavra de deputada estadual em rede social, por meio da qual incentivava denúncias por alunos em face de supostos “professores doutrinadores”.

Na decisão, o Ministro Edson Fachin destacou:

Ao conclamar os alunos a exercerem verdadeiro controle sobre manifestações de opinião de professores, a Deputada transmite a ideia de que isso é lícito. Estimula-os, em consequência, a se sentirem legitimados a controlarem e a denunciarem manifestações político-partidárias ou ideológicas contrárias às suas.

“Confere-lhes”, por meio de sua própria “autoridade”, segundo se depreende, direito ou poder de exercerem juízo de valor em detrimento de liberdade de expressão e de pensamento alheio, o que, nem às autoridades públicas (em sentido lato) cabe, segundo a decisão proferida na ADPF nº 548. [].⁵⁶³

Em todos os citados julgados, o Supremo Tribunal Federal enalteceu o entendimento de vedação à ilegítima restrição à liberdade de cátedra, protagonizando a guarda de uma educação voltada à cidadania em face de propostas restritivas de direito fundamental que, a toda evidência, desafiam a regra da proporcionalidade.

A realização da regra da proporcionalidade demanda a aplicação de uma estrutura de até três dimensões ou níveis, quais sejam adequação da medida (*geeignetheit*), necessidade da medida (*erforderlichkeit*) e proporcionalidade

⁵⁶² BRASIL, STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 548, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338951141&ext=.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁵⁶³ BRASIL, STF, Reclamação 33.137, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5625365>. Acesso em: 20 jul. 2021.

em sentido estrito (*amgemesigkeit*), impondo que a intervenção em direitos fundamentais seja, a um só tempo, adequada, necessária e proporcional aos fins a serem alcançados.⁵⁶⁴

Nesta toada, os níveis de necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*, ao exigir fundamentação ou ônus argumentativo, conferem às decisões que envolvem conflitos de direitos fundamentais maior controlabilidade e racionalidade, permitindo um resultado juridicamente mais seguro e democrático.

Na discussão da adequação, a análise a ser feita diz respeito a própria justificativa constitucional à intervenção, que, em regra, é a realização de outro direito fundamental.

Para Virgílio Afonso da Silva, aplicar a regra da proporcionalidade, com vistas ao controle da restrição, implica, nesse primeiro momento, na seguinte pergunta: a medida adotada é adequada para fomentar ou realizar por completo o objetivo perseguido?⁵⁶⁵

Assim, considera-se uma medida adequada quando a intervenção fomenta, abstrata e concretamente, lastreada em condicionantes jurídicos e fáticos, a proteção de um dos direitos fundamentais em colisão, quadro que justifica, em princípio, a restrição.

A *contrario sensu*, “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”.⁵⁶⁶

Nesse cenário, o *Ministro Luís Roberto Barroso*, na *ADI n. 5.537/AL*, ao identificar que a lei infraconstitucional impugnada valeu-se de termos vagos e genéricos⁵⁶⁷, não estabelecendo critérios mínimos para a delimitação de conceitos, concluiu que a norma era inadequada “para alcançar a suposta finalidade a que se destina: a promoção de educação sem ‘doutrinação’ de qualquer ordem”⁵⁶⁸, limitando direitos e valores protegidos constitucionalmente, dentre os quais a liberdade de cátedra, sem necessariamente promover outros direitos de igual hierarquia, e diante disso, violando a proporcionalidade.

Para a presente pesquisa, portanto, as aludidas iniciativas, dados os seus objetos, diante da incidência de um maior ônus argumentativo em razão

⁵⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 25. ed., 2010, p. 396-397.

⁵⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais - Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2017, p. 170.

⁵⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002.

⁵⁶⁷ Como direito à “educação moral livre de doutrinação política, religiosa e ideológica” (art. 1º, VII), vedação a “condutas que imponham ou induzam nos alunos opiniões político-partidárias, religiosas ou filosóficas” (art. 2º), proibição a que o professor promova “propaganda religiosa, ideológica ou político-partidária” ou incite “seus alunos a participar de manifestações, atos públicos ou passeatas” (art. 3º, III).

⁵⁶⁸ BRASIL, STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (n. 5.537/AL), Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311456113&ext=.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

da aplicação da regra da proporcionalidade, não possuem força para superar, sequer, a dimensão de adequação, posto que se valem de termos imprecisos, sem respaldo em elementos mínimos delimitadores de suas pretensões, evidenciando-se inadequadas a angariar os fins a que se propõe.

Tais propostas, de todo modo, desafiam também a dimensão da necessidade da medida, na regra da proporcionalidade, a qual não se desenvolve sob condicionantes jurídicos, mas apenas fáticos, alicerçando-se no princípio da proibição do excesso.

Avalia-se, nesse plano, a intensidade da medida, exigindo-se a mínima intervenção possível na restrição de direitos fundamentais, ou seja, a mínima limitação necessária a proteger outro direito fundamental.

Essa dimensão na regra da proporcionalidade, exige que se promova uma escolha do meio menos invasivo e igualmente mais eficiente (medida comparativa).

Na lição de Virgílio Afonso da Silva, “

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.⁵⁶⁹

Nesse ponto, ao atentar contra a liberdade de ensinar, e, por consequência, o direito dos estudantes de receber uma educação que promova a igualdade, a pluralidade, o combate a intolerância e preconceitos, evidencia-se o descumprimento da exigência de mínima limitação necessária a proteger outro direito fundamental (princípio da proibição do excesso).

Em outros termos, a vedação de veiculação de conteúdos ou da realização de atividades está relacionada ao cerne do direito à educação, isto é, atenta contra a razão de ser do direito fundamental à educação, o qual ilumina a liberdade de ensinar.

De outro lado, o ônus argumentativo permite ilacionar que a realização do objetivo perseguido pelos referidos projetos pode ser promovido por meio de medidas alternativas que limitem, em menor medida, o direito fundamental à liberdade de cátedra, a exemplo de, com a devida cautela e responsabilidade, regulamentar o trato de questões políticas e de gênero em sala de aula a partir de enfoque científico e profissional, sem prejuízo da liberdade que o professor deve possuir para escolher o caminho que julgar mais adequado à promoção da formação de seus alunos.

⁵⁶⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais - Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2017, p. 170.

Não se olvida, como dito, que a liberdade de ensinar já se encontra normatizada em diversos instrumentos que estabelecem parâmetros gerais de conteúdos que não podem ser ignorados pelos docentes (Plano Nacional de Educação, LDB, Diretrizes Curriculares, Sistema Nacional de Avaliação, etc.), assim como em diretrizes construídas a partir da gestão democrática do ensino, em projetos pedagógicos submetidos a processos avaliativos por parte do poder público e da sociedade.

É o que ocorre em outros diversos exercícios profissionais em que a liberdade de expressão se apresenta essencial a exemplo do jornalismo, que inclui o compromisso de relatar de maneira acurada a realidade e não manipular a informação; e da ciência, cuja liberdade de expressão não exime seus profissionais do respeito às diretrizes éticas de sua atividade.⁵⁷⁰

Por fim, o terceiro nível se apresenta pela via da proporcionalidade em sentido estrito, também identificada como sopesamento ou ponderação.

Justifica-se este critério para evitar que uma intervenção, adequada e necessária, restrinja direitos fundamentais com intensidade desproporcional, prevenindo, portanto, que medidas restrinjam direitos fundamentais além do que se possa justificar.⁵⁷¹

Consiste, em outras palavras, em um “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.⁵⁷²

Assim, para que a restrição seja considerada desproporcional em sentido estrito, “basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”.⁵⁷³

Nessa perspectiva, a realização de sopesamento ou ponderação entre os direitos envolvidos, revela, ante o conteúdo dos projetos de lei e propostas aludidas, restrição com intensidade desproporcional à liberdade de ensinar, isto é, além do que se possa justificar em face do peso que se deve emprestar ao dever de prestação de uma educação plural e livre, com apreço à tolerância, permitindo o pleno desenvolvimento das pessoas e as suas capacitações para o exercício da cidadania.

É da liberdade de ensinar que decorre o direito dos estudantes a aprender acerca desses valores, de modo a viabilizar o convívio em sociedades plurais, com vasta diversidade cultural, não competindo aos pais

⁵⁷⁰ MIGUEL, Luis Felipe. Da “doutrinação marxista” à “ideologia de gênero” - Escola Sem Partido e as leis da mordça no parlamento brasileiro. Revista Direito e Práxis - Uerj, v. 7, n. 15, 2016, p. 590-621.

⁵⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais - Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2017, p. 170.

⁵⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, n. 798, p. 23-50, 2002.

⁵⁷³ *Idem*.

ou responsáveis, a despeito de sua importância no processo educativo, decidir quanto à conveniência individual sobre o ensino de tais valores.

O próprio Protocolo Adicional de São Salvador, que respalda projetos de lei e medidas voltados à limitação da liberdade de ensinar, ao reconhecer o direito dos pais de escolher o tipo de educação *que deverá ser ministrada a seus filhos, submete tal direito à opção por uma educação que esteja de acordo com os demais princípios nele previstos, isto é, uma educação capaz de desenvolver uma sociedade democrática, com pluralismo ideológico e respeito às liberdades fundamentais.*

Era sob essas premissas que Paulo Freire refutava a neutralidade e destacava a importância da crítica no ambiente escolar para o desenvolvimento democrático:

*Ora, a democracia e a educação democrática se fundam ambas, precisamente, na crença no homem. Na crença em que ele não só pode, mas deve discutir os seus problemas. Os problemas do seu país. Do seu continente. Do mundo. Os problemas do seu trabalho. Os problemas da própria democracia.*⁵⁷⁴

Por sua vez, Luís Felipe Miguel alerta sobre o perigo da ideia de neutralização discursiva no espaço escolar que baseia o movimento Escola Sem Partido:

Esta ideia se baseia na ficção de um conhecimento que não é situado socialmente. Percepções críticas sobre o mundo social, que apontam suas injustiças e contradições, certamente não passam pelo crivo da neutralidade. Mas a visão que se quer apenas descritiva tampouco é neutra: ela é ativa colaboradora do esforço de invisibilização das contradições e de naturalização da ordem vigente, que é crucial para sua reprodução. Disciplinas das ciências humanas, como história, filosofia, sociologia, geografia ou literatura, ficam inviabilizadas, a não ser que recuem a práticas vigentes – por exemplo – no regime militar, quando o ensino de história nos colégios era quase que limitado a listas de nomes de personalidades e datas de eventos. Por não assumir expressamente juízos de valor, tal ensino pode parecer neutro. Porém, ao negar ao aluno as condições de situar os processos históricos e de compreender os interesses em conflito, cumpre um inegável *papel conservador.*⁵⁷⁵

⁵⁷⁴ FREIRE, Paulo. Educação como prática de liberdade. 30. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2017, p. 127.

⁵⁷⁵ MIGUEL, Luis Felipe. Da “doutrinação marxista” à “ideologia de gênero” - Escola Sem Partido e as leis da mordça no parlamento brasileiro. Revista Direito e Práxis - Uerj, v. 7, n. 15, 2016, p. 590-621.

Em remate, a aplicação da regra da proporcionalidade e, em última instância, o sopesamento ou ponderação entre os direitos envolvidos, ao tempo em que *permite controlabilidade, racionalidade e segurança jurídica, a partir do ônus de argumentar-se com base em razões relevantes*, revela o peso da liberdade de cátedra e *garante a proteção do conteúdo essencial deste direito fundamental*, que carrega consigo a defesa de uma escola que estimula os valores do pluralismo, da tolerância, compreensão e empatia.

CONCLUSÕES

O conteúdo do direito fundamental à liberdade de cátedra legitima a compreensão de uma educação democrática e científica, capaz de promover uma escola com valores suficientes a preparar cidadãos tolerantes, que respeitem as diversidades, a fomentar a inclusão de minorias e grupos socialmente estigmatizados, quadro que inevitavelmente perpassa por programas pedagógicos que também referenciem a identidade de gênero e a pluralidade política.

Na pertinente lembrança de *Fabício Veiga Costa*:

É no espaço escolar que o docente aprende ensinando; que os discentes desconstroem verdades pressupostas; revisita dogmas e busca uma formação crítica hábil a permitir compreender a complexidade do pluralismo e da diversidade que marcam a sociedade contemporânea. É na escola que temos a oportunidade de incluir os marginalizados e excluídos; aprendemos a respeitar as diferenças; convivemos solidariamente com o próximo; construímos a socialidade e sociabilidade, ressaltando-se o papel fundamental do ensino em todo esse processo de formação do cidadão.⁵⁷⁶

Neste ponto, oportuna a passagem do voto do *Ministro Luís Roberto Barroso na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.537/AL*:

A liberdade de ensinar é um mecanismo essencial para provocar o aluno e estimulá-lo a produzir seus próprios pontos de vista. Só pode ensinar a liberdade quem dispõe de liberdade. Só pode provocar o pensamento crítico, quem pode igualmente proferir um pensamento crítico. Para que a educação seja um instrumento de emancipação, é preciso ampliar o universo informacional e cultural do aluno, e não reduzi-lo, com a

⁵⁷⁶ COSTA, Fabício Veiga. Liberdade de cátedra do docente nos cursos de bacharelado em Direito: um estudo crítico da constitucionalidade do Projeto de Lei Escola Sem Partido. Revista Jurídica. v. 01, n°. 50, Curitiba, 2018. p. 374-397.

supressão de conteúdos políticos ou filosóficos, a pretexto de ser o estudante um ser “vulnerável”. O excesso de proteção não emancipa, o excesso de proteção infantiliza.⁵⁷⁷

Calha arrematar com a lembrança *do homenageado, Ministro Edson Fachin, para o qual a liberdade de expressão, pilar da democracia, é também inerente ao ambiente acadêmico, microcosmo democrático e plural, no qual os dissensos devem ser debatidos, não tolhidos, pressupondo-se a capacidade de crítica que a multiplicidade de referências – da escola, da família, da comunidade, etc. - dos discentes permite.*⁵⁷⁸

Nessa perspectiva, a presente pesquisa buscou demonstrar a importância da aplicação da regra da proporcionalidade na avaliação das propostas de *neutralidade discursiva e restrição à liberdade de ensinar, revelando-se o peso desta para a garantia de uma educação plural e livre, capaz de promover o pleno desenvolvimento das pessoas e a sua capacitação para o exercício da cidadania* (arts. 205 e 206, CF/88).

⁵⁷⁷ BRASIL, STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (n. 5.537/AL), Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311456113&ext=.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

⁵⁷⁸ BRASIL, STF, Reclamação 33.137, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5625365>. Acesso em: 20 jul. 2021.

REFERÊNCIAS

- ALAGOAS. Institui, no âmbito do Sistema Estadual de Ensino, o Programa “Escola Livre”. Disponível em: <https://sapl.al.al.br/norma/1195>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, ^a. ed., ^a. Tiragem, 2017.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 25. ed., 2010.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 7180/2014 de 24/02/2014. Altera o art. 3º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606722>. Acesso em: 18 de jul. 2021.
- CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em: 16 de jul. 2021.
- CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.
- COSTA, Fabrício Veiga. Liberdade de cátedra do docente nos cursos de bacharelado em Direito: um estudo crítico da constitucionalidade do Projeto de Lei Escola Sem Partido. Revista Jurídica. v. 01, nº. 50, Curitiba, 2018. p. 374-397.
- COSTA, Mike Luiz Sella da. Contornos constitucionais da liberdade de ensinar na educação básica de crianças e adolescentes. Dissertação (mestrado em Direito) PUC/SP, São Paulo, 2019.
- FREIRE, Paulo. Educação como prática de liberdade. 30. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2017.
- IPATINGA. Aprova o Plano Municipal de Educação de Ipatinga - PME e dá outras providências. Disponível em: <https://www.ipatinga.mg.gov.br/detalhe-da-legislacao/info/lei-3491-2015/21684>. Acesso em: 19 jul. 2021.
- LONDRINA, Lei Orgânica do município de Londrina. Disponível em: <http://www2.cml.pr.gov.br/leis/2000/web/LOMconsol.html>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- MALISKA, Marcos Augusto. Educação, Constituição e Democracia. In: Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Coord.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 792-793.
- MIGUEL, Luis Felipe. Da “doutrinação marxista” à “ideologia de gênero” - Escola Sem Partido e as leis da mordada no parlamento brasileiro. Revista Direito e Práxis - Uerj, v. 7, n. 15, 2016, p. 590-621.
- NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 16 de jul. 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, n. 798, p. 23-50, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais - Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2017.
- TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. A Tutela Jurídica da Liberdade Acadêmica no Brasil: a liberdade de ensinar e seus limites. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

INELEGIBILIDADES SUPERVENIENTES: A PANACÉIA DA MORALIDADE E O NECESSÁRIO RETORNO AO ESTADO DE DIREITO

César Ghizoni⁵⁷⁹

INTRODUÇÃO

O instituto das inelegibilidades supervenientes vem sofrendo significativas modificações no decorrer dos últimos anos em razão da construção jurisprudencial realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral e das alterações legislativas que se sucederam.

Como a lei inicialmente não estabelecia o termo final para a superveniência de inelegibilidade infraconstitucional, o Tribunal Superior Eleitoral sumulou o entendimento de que a inelegibilidade infraconstitucional superveniente que autoriza a interposição de recurso contra a expedição de diploma é aquela que surge até a data do pleito.

Entretanto, sob o pálio da moralidade para o exercício do mandato, houve o crescimento de teses, doutrinárias e jurisprudenciais, que autorizam a intervenção do Poder Judiciário no processo democrático e restringem os direitos políticos fundamentais dos cidadãos, com a postergação do termo final de incidência das inelegibilidades supervenientes para além da data das eleições, tendo como termo final a data da diplomação.

Visando sanar as controvérsias existentes, a Lei nº 13.877/2019 acrescentou os §§ 1º, 2º e 3º ao artigo 262 do Código Eleitoral e estabeleceu que o marco final para o surgimento das inelegibilidades supervenientes é data fixada para que os partidos políticos e as coligações apresentem seus requerimentos de registros de candidatos.

Essa alteração legislativa vem sendo alvo de críticas doutrinárias que sustenta inclusive a inconstitucionalidade da novel legislação, ao fundamento de afrontar o princípio da moralidade para o exercício do mandato eletivo.

A expansão dessas teses reclama a reavaliação da argumentação axiológica utilizada, de forma a minorar a intervenção do Poder Judiciário no processo democrático, observando os ditames do Estado de Direito e prestigiando os primados da segurança jurídica, da estabilização dos mandatos, da soberania popular e da autenticidade eleitoral.

⁵⁷⁹ Juiz de Direito e Juiz Eleitoral em Curitiba/PR. Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná (2019-2020). Juiz Auxiliar da Corregedoria do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (2016). Membro da Comissão Examinadora do Concurso Público para o cargo de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Paraná (2012, 2013, 2014 e 2019). Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Endereço para correspondência eletrônica: E-mail: cegh@tjpr.jus.br.

Nesse contexto, será abordado o instituto das inelegibilidades infraconstitucionais supervenientes, as atuais alterações legislativas e a necessidade de estabilização do processo eleitoral, bem assim a questão da moralidade para o exercício do mandato eletivo sob o enfoque dos primados do Estado de Direito e do recorte constitucional dos direitos políticos.

1 ELEGIBILIDADE E INELEGIBILIDADE

Os direitos políticos formam a base do regime democrático⁵⁸⁰ e consistem nas prerrogativas que permitem ao cidadão participar na formação e no comando do governo⁵⁸¹. São apontados como pressuposto de existência da democracia⁵⁸² e, por serem “axiais para a dinâmica – e para a essência – dos Estados constitucionais, as garantias de participação política são reconhecidas como direitos fundamentais por toda a doutrina”⁵⁸³.

Seu núcleo fundamental consubstancia-se no direito eleitoral de votar (capacidade eleitoral ativa) e de ser votado (capacidade eleitoral passiva), embora não se resuma a isso⁵⁸⁴. A capacidade eleitoral passiva exige o preenchimento das chamadas condições de elegibilidade (requisitos positivos), a não ocorrência de causas de inelegibilidade (requisitos negativos) e o cumprimento dos requisitos de registrabilidade, possibilitando ao cidadão ser eleito a um cargo público⁵⁸⁵.

A elegibilidade denota o direito subjetivo público de ser votado⁵⁸⁶. É um direito individual fundamental do ser humano que marca o surgimento do regime democrático de governo nos Estados modernos⁵⁸⁷. Por se tratar de

⁵⁸⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.753.

⁵⁸¹ Cf. FERREIRA, Pinto. Comentário à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1, p. 288-289.

⁵⁸² Cf. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo VII. Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Almedina, 2007, p. 99.

⁵⁸³ ALVIN, Frederico Franco. A elegibilidade e seus impedimentos do Direito Comparado e nos pactos internacionais. In: Fux, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 36.

⁵⁸⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 345.

⁵⁸⁵ Cf. VELLOSO, Carlos Mario; AGRA, Walber de Moura. Elementos de Direito Eleitoral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 69-70.

⁵⁸⁶ Cf. MENDES, Antônio Carlos. Curso de Direito Eleitoral. Instituto dos Advogados de São Paulo. Condições de Elegibilidade e Inelegibilidades. 2001, p. 101.

⁵⁸⁷ Cf. PUMO, Caetano Cuervo Lo; SANTOS, Everson Alves dos. O direito de ser candidato e suas limitações por lei ordinária. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 3), p. 257.

direito fundamental, não pode ser limitado com base em fatos de somenos importância ou por apreciações demasiado moralistas e subjetivas⁵⁸⁸. Conforme escólio de José Afonso da Silva, a elegibilidade deve tender à universalidade, de forma que “suas limitações não deverão prejudicar a livre escolha dos eleitores, mas ser ditadas apenas por considerações práticas, isentas de qualquer condicionamento político, econômico, social ou cultural”⁵⁸⁹.

A Constituição Federal elenca como condições de elegibilidade, na forma da lei⁵⁹⁰: (I) nacionalidade brasileira; (II) pleno exercício dos direitos políticos; (III) alistamento eleitoral; (IV) domicílio eleitoral na circunscrição; (V) filiação partidária; e (VI) idade mínima para o cargo pretendido.

Já as inelegibilidades consistem na “impossibilidade de o cidadão ser eleito para cargo público, em razão de não poder ser votado, ceifando-o de exercer seus direitos políticos na forma passiva”⁵⁹¹. São causas que retiram a prerrogativa da elegibilidade e estão relacionadas na Constituição ou em Lei Complementar⁵⁹². Cuida-se de “fator negativo cuja presença obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional, tornando-o inapto para receber votos e, pois, exercer mandato representativo”⁵⁹³. Representam, assim, uma “negação do direito de ser representante do povo no Poder”⁵⁹⁴ e uma clara limitação à soberania popular.

As inelegibilidades constitucionais são aquelas previstas nos §§ 4º a 7º do art. 14 da Constituição Federal, ao passo que as infraconstitucionais estão expressamente consignadas na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. As constitucionais não estão sujeitas aos efeitos da preclusão, de forma que nada obsta sua arguição até mesmo após o pleito eleitoral, por meio do Recurso Contra a Expedição de Diploma, ainda que surgidas anteriormente ao registro de candidatura. Já as infraconstitucionais, previstas em Lei Complementar, devem ser objeto de impugnação na primeira oportunidade em que se apresentar, sob pena de preclusão⁵⁹⁵.

⁵⁸⁸ Cf. GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 79.

⁵⁸⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 366.

⁵⁹⁰ Art. 14, § 3º da CF.

⁵⁹¹ AGRA, Walber de Moura. *Temas Polêmicos do Direito Eleitoral*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 186

⁵⁹² Cf. PINTO, Djalma. *Elegibilidade no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 141.

⁵⁹³ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 239.

⁵⁹⁴ NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidades*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 5.

⁵⁹⁵ Segundo o entendimento do TSE, as inelegibilidades infraconstitucionais preexistentes, se não aferidas no momento do pedido de Registro de Candidatura, seja de ofício pelo Magistrado ou em impugnação, restam preclusas (AgR-REspe 1431-83/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 23.6.2015; RCED 13-84/SP Rel. Min. NANCY ANDRIGHI DJe 16.4.2012; e REspe 30813, Rel. Min.

Dado o seu caráter excepcional e restritivo, “elas devem ter uma interpretação mitigada, cerceada, sem interpretação extensiva que possa impedir o regime democrático de se desenvolver”⁵⁹⁶, na medida em que “ao se afastar restrições indevidas não se defende, apenas, os indivíduos afetados por essas disposições: a ofensa aos direitos fundamentais representa um ataque aos fundamentos do Estado de Direito”⁵⁹⁷.

[R]etirar de alguém o direito de candidatar-se, bem como retirar do povo o direito de votar em determinadas pessoas, se constitui em medida extrema e que será sempre, inevitavelmente, objeto de debate e questionamento, especialmente quando candidatos de grande apelo popular incidirem em inelegibilidades de cunho infraconstitucional⁵⁹⁸.

2 INELEGIBILIDADES SUPERVENIENTES

Em regra, “as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento em que o requerimento de registro de candidatura é formalizado”⁵⁹⁹. O registro “atesta a existência das condições de elegibilidade e a ausência das causas de inelegibilidade, constituindo-se em uma declaração jurídica de que o cidadão se encontra apto à disputa das eleições”⁶⁰⁰. É nesse momento que interessa efetuar o controle das causas de inelegibilidade, porquanto “a candidatura e a condição de candidato são efeitos jurídicos do registro, operado em virtude de sentença constitutiva prolatada no processo de registro de candidatos”⁶⁰¹.

Entretanto, não raras vezes sobrevêm alterações fáticas ou jurídicas na esfera do candidato após a formalização do registro de candidatura, com o surgimento de inelegibilidade até então inexistente no mundo jurídico. Tome-se

NAPOLEÃO NUNES MAIA, DJe 30.06.2017).

⁵⁹⁶ AGRA, Walber de Moura. *Temas Polêmicos do Direito Eleitoral*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 187.

⁵⁹⁷ SALGADO, Eneida Desiree. A elegibilidade como direito político fundamental, as inelegibilidades retroativas da Lei Complementar 135/10 e a (in)decisão do Supremo Tribunal Federal. In: MONTEIRO, Roberta Côrrea de Araújo; ROSA, André Vicente Pires. *Direito Constitucional - os desafios contemporâneos: uma homenagem ao professor Ivo Dantas*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 197.

⁵⁹⁸ PUMO, Caetano Cuervo Lo; SANTOS, Everson Alves dos. O direito de ser candidato e suas limitações por lei ordinária. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Elegibilidade e inelegibilidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 3), p. 262.

⁵⁹⁹ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 346.

⁶⁰⁰ AGRA, Walber de Moura. Requisitos de registrabilidade. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Elegibilidade e inelegibilidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 3), p. 244.

⁶⁰¹ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008, p. 269.

como exemplo situação em que o pretense candidato esteja sendo processado por crime contra a administração pública⁶⁰² no momento da formulação do requerimento de registro de candidatura, vindo a ser condenado por decisão de órgão colegiado dias após o deferimento de seu registro.

Nesse caso, a inelegibilidade é conceituada como superveniente, porquanto configurada apenas após a formalização do registro. A inelegibilidade superveniente, portanto, é aquela surgida após o pedido de registro de candidatura e cujo termo final, de acordo com as alterações trazidas com a Lei nº 13.877/2019, é “a data fixada para que os partidos políticos e as coligações apresentem os seus requerimentos de registros de candidatos”.

2.1 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

O marco temporal para verificação da capacidade eleitoral passiva dos candidatos sempre foi o do momento do pedido de registro de candidatura, inclusive com a criação doutrinária da metáfora de que o pedido de registro era um retrato instantâneo da elegibilidade do candidato⁶⁰³. Os fatos e circunstâncias jurídicas posteriores eram indiferentes para a análise do pedido de registro⁶⁰⁴.

Não se aplicava no Direito Eleitoral, em razão de sua especialidade⁶⁰⁵, a norma processual civil que possibilita o conhecimento de fatos surgidos posteriormente à propositura da ação⁶⁰⁶.

A arguição de uma causa de inelegibilidade surgida posteriormente ao momento do pedido de registro (superveniente) somente teria espaço após o encerramento do período eleitoral, por meio do procedimento denominado de Recurso Contra a Expedição de Diploma⁶⁰⁷. De igual forma, a obtenção de liminar ou de tutela antecipada após o pedido de registro da candidatura não suspendia a inelegibilidade⁶⁰⁸.

A Lei nº 12.034/2009 alterou essa sistemática e introduziu o § 10º no art. 11 da Lei nº 9.504/97, possibilitando a aferição de alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao dia do pedido de registro e que venham a beneficiar o candidato, afastando, assim, a causa de inelegibilidade⁶⁰⁹. Malgrado a literalidade

⁶⁰² Art. 1º, I, 'e', 1 da Lei Complementar nº 64/1990.

⁶⁰³ Cf. BATINI, Silvana. Inelegibilidades Supervenientes e o artigo 15 da Lei Complementar n. 60/1990. *In*: Pontos Controvertidos sobre a Lei da Ficha Limpa. Belo Horizonte: Del Rey; ANPR, 2016, p. 222.

⁶⁰⁴ TSE, AgR-Respe nº 33.038, rel. Min. Arnaldo Versiani, PSESS 12.11.2008.

⁶⁰⁵ TSE, Respe nº 32.209, rel. Min. Fernando Gonçalves, PSESS 06.11.2008.

⁶⁰⁶ Art. 462 da Lei nº 5.869/73, atual art. 493 da Lei nº 13.105/2015.

⁶⁰⁷ TSE, AgR-REspe nº 34.149, rel. Min. Marcelo Ribeiro, PSESS 15.11.2008.

⁶⁰⁸ TSE, AgR-Respe nº 32.937, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 25.2.2009.

⁶⁰⁹ Art. 10, § 11º da Lei nº 9.504/97: “As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro de candidatura, ressalvadas

da norma permitir a consideração de circunstâncias supervenientes apenas em benefício do candidato, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral se firmou no sentido da possibilidade de análise, no próprio processo de registro de candidatura, dos fatos que atraíam as inelegibilidades surgidas posteriormente ao requerimento de registro⁶¹⁰, tendo como limite temporal a data do pleito⁶¹¹.

A adoção desse entendimento – notadamente a fundamentação axiológica utilizada pelo Ministro Luiz Fux⁶¹² – fez florescer a criação de teses expansionistas que sustentam a possibilidade do reconhecimento de causas de inelegibilidades ocorridas até mesmo após a data das eleições^{613 614}.

No intento de corrigir esses rumos, a Lei nº 13.877, de 27 de setembro de 2019, acrescentou os §§ 1º, 2º e 3º ao artigo 262 do Código Eleitoral⁶¹⁵. Definiu que a inelegibilidade superveniente apta a viabilizar o recurso contra a expedição de diploma, decorrente de alterações fáticas ou jurídicas, deverá ocorrer até a data fixada para que os partidos políticos e as coligações apresentem os seus requerimentos de registros de candidatos. A novel legislação restou

as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade”.

⁶¹⁰ FIXAÇÃO DE TESE: “As inelegibilidades supervenientes ao requerimento de registro de candidatura poderão ser objeto de análise pelas instâncias ordinárias no próprio processo de registro de candidatura, desde que garantidos o contraditório e a ampla defesa” (Recurso Ordinário nº 15.429, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 25, Tomo 3, Data 26/08/2014, Página 556).

⁶¹¹ TSE, AgR-REspe nº 16.689, rel. Min. Luiz Fux, DJe 06.06.2018.

⁶¹² Trecho do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do RO nº 15.429: “[...] a cláusula final do artigo 11, § 10 da Lei das Eleições, ao não contemplar no seu relato as causas supervenientes que atraíam a inelegibilidade, não realiza, em sua máxima extensão, a efetividade dos princípios encartados no artigo 14, § 9º da Constituição. Com efeito, os princípios fundamentais da moralidade, da probidade e ética condicionam o acesso ao exercício do mandato eletivo apenas àqueles cidadãos que reúnam as condições de elegibilidade, sem, ao mesmo tempo, incorrer nas causas de inelegibilidade”.

⁶¹³ Rodrigo López Zilio e Luiz Carlos dos Santos Gonçalves advogam a possibilidade da admissão de causas de inelegibilidades infraconstitucionais que surjam até a data da diplomação (ZILIO, Rodrigo López; GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Comentários às Súmulas do TSE. Ed. Juspodivm. 1. ed., 2007. p. 245.). Luiz Fux aponta que a “Corte precisa evoluir quanto este entendimento, no afã de considerar as inelegibilidades ocorridas até a data da diplomação” (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. Novos Paradigmas do Direito Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 317/318). E Marcos Carvalho indica que “a jurisprudência do TSE caminha no sentido de modificar o termo final de acolhimento de inelegibilidades infraconstitucionais por meio de RCED, estendendo-o até a diplomação dos eleitos” (MORAES, Marcos Carvalho de. Súmulas do TSE Comentadas. 1. ed. Lura Editorial, São Paulo: 2017, p. 168).

⁶¹⁴ O TRE/RJ passou a considerar que “O termo final para a superveniência de inelegibilidade infraconstitucional apta a resultar na cassação do diploma em sede de RCED deve ser a data da diplomação e não a data da eleição” (RSED nº1109, rel. Cristina Serra Feijó, DJERJ 12.09.2018).

⁶¹⁵ O art. 4º da Lei nº 13.877/2019, que acrescentou os §§ 1º, 2º e 3º ao art. 262 do Código Eleitoral, foi inicialmente vetado pelo Presidente da República, com a posterior derrubada do veto pelo Congresso Nacional.

por positivar, de forma expressa, o termo final para o surgimento das causas de inelegibilidades, de forma a restar superado, para as próximas eleições, o entendimento consagrado na Súmula nº 47 do Tribunal Superior Eleitoral⁶¹⁶.

A teleologia desse dispositivo foi de evitar grandes desassossegos ao pleito decorrentes da cassação de mandatos pela Justiça Eleitoral, conferindo “efetivo prestígio ao princípio da autenticidade eleitoral e à estabilidade dos mandatos”⁶¹⁷.

Entretanto, essa alteração legislativa vem causando grande reação de parte da doutrina. Rodrigo López Zilio e Edson Resende Castro⁶¹⁸ e Ademar Aparecido da Costa Filho⁶¹⁹ sustentam a inconstitucionalidade por violação à proibição da proteção deficiente, na medida em que deixa de proteger de modo adequado a probidade e a moralidade para o exercício do mandato.

Por outro lado, Flávio Cheim Jorge, Ludgero Liberato e Marcelo Abelha Rodrigues advogam a constitucionalidade dessa alteração legislativa. Apontam a opção do legislador em conferir maior densidade à segurança jurídica e à necessidade de estabilização do registro do que às inelegibilidades infraconstitucionais, que são, inclusive, submetidas à preclusão acaso não alegadas tempestivamente⁶²⁰.

O tema, já longe de consenso, ganhou novos ares com essa recente alteração legislativa promulgada por grande maioria do Congresso Nacional no intento de conferir maior estabilidade ao pleito e segurança jurídica aos *players*. As novas causas de inelegibilidades trazidas com a “Lei da Ficha Limpa”⁶²¹ – que se satisfazem com o mero julgamento colegiado, com a rejeição

⁶¹⁶ Súmula TSE nº 47: “A inelegibilidade superveniente que autoriza a interposição de recurso contra expedição de diploma, fundado no art. 262 do Código Eleitoral, é aquela de índole constitucional ou, se infraconstitucional, superveniente ao registro de candidatura, e que surge até a data do pleito”

⁶¹⁷ AGRA, Walber de Moura. CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. Inovações e alterações legislativas para as eleições municipais de 2020. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 07.03.2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-07/opiniao-alteracoes-legislativas-eleicoes-municipais-2020>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁶¹⁸ Cf. ZILIO, Rodrigo López; CASTRO, Edson Resende. A superveniência às avessas: uma nova modalidade de inelegibilidade? JOTA – Jornalismo e tecnologia para tomadores de decisão, São Paulo, 27.01.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-superveniencia-as-avessas-uma-nova-modalidade-de-inelegibilidade-27012020>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁶¹⁹ Cf. COSTA FILHO, Ademar Aparecido. Inelegibilidade superveniente e a nova redação do artigo 262 do Código Eleitoral. JOTA – Jornalismo e tecnologia para tomadores de decisão, São Paulo, 29.01.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inelegibilidade-superveniente-e-a-nova-redacao-do-artigo-262-do-codigo-eleitoral-29012020>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁶²⁰ Cf. JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Curso de Direito Eleitoral. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2020, p. 114.

⁶²¹ O artigo não analisará a questão da (in)constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010 (ADC 29 e 30 e ADI 4.578).

de contas e até mesmo com punições funcionais – sujeitam os candidatos às forças políticas dominantes em determinando período. Ainda que tenham seus registros devidamente deferidos no início do processo eleitoral, ficam reféns de casuísticos aceleramentos de julgamentos colegiados, de manipulação de pautas e de análises de contas tomados no intento único de expurgar do certame aqueles que não comungam dos mesmos ideais.

Esse cenário reflete a necessidade de reavaliação dos fundamentos calcados na panaceia da moralidade e no ativismo do Poder Judiciário, evitando-se a mântica repetição do argumento axiológico adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral sem a devida análise e compreensão total do tema, tornando, mais uma vez, letra morta todo o resultado da atividade legislativa.

2.2 NECESSIDADE DE ESTABILIZAÇÃO DO PROCESSO ELEITORAL

A natureza das normas de inelegibilidade justifica sua análise no momento do registro de candidatura, na medida em que “Afirmar uma candidatura é influir diretamente no processo de condução da democracia brasileira. Aqui há muito mais que o simples – ainda que legítimo – interesse particular do candidato ou do partido a que está vinculado”⁶²². Como bem aponta Carlos Mário da Silva Velloso, “O bem jurídico protegido no pleito eleitoral é a vontade da população, permitindo que ela possa se pronunciar de forma livre e sem vício. [...] em todas essas ações, o bem jurídico tutelado é indivisível, de interesse geral”⁶²³.

A necessidade de fixação de um marco temporal claro e delimitado para aferição das causas de inelegibilidade está intimamente “relacionada com a necessidade de segurança jurídica que deve conter o processo eleitoral. A estabilidade e previsibilidade devem permear o processo eleitoral evitando que surpresas jurídicas desequilibrem a democracia representativa”⁶²⁴. Leciona Gilmar Ferreira Mendes que “No âmbito eleitoral, portanto, a segurança jurídica assume a sua face de *princípio da confiança* para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prêmios eleitorais”⁶²⁵.

⁶²² MACEDO, Elaine Harzheim. Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPD e o Direito Eleitoral. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 331.

⁶²³ VELLOSO, Carlos Mario da Silva; AGRA, Walber de Moura. Elementos de Direito Eleitoral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 248.

⁶²⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. JORGE, Flávio Cheim. Manual de direito eleitoral. São Paulo: RT, 2014, p. 266/267.

⁶²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Segurança jurídica e mudança na jurisprudência eleitoral. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 18.08.2012. Disponível em: <https://www.conjur.br>

O direito ao sufrágio ativo do eleitor reclama a certeza de quem são os candidatos e se estes estão habilitados a disputarem o pleito e serem eleitos⁶²⁶, de forma que eventual inelegibilidade dos candidatos deve ser pronunciada desde logo. A decisão relativa à habilitação dos candidatos deve ser praticada a tempo de fornecer a segurança jurídica necessária aos atores políticos para definir sua atuação⁶²⁷.

“A insegurança jurídica provocada pela ausência de certeza no resultado da eleição contribui para diminuir a legitimidade do mandatário público, não estimulando o desenvolvimento de regime democrático”⁶²⁸ e vulnerando o princípio da autenticidade eleitoral⁶²⁹. “Aguardar que seja diplomado (e, portanto, sufragado de forma vitoriosa) para só então agir, é antidemocrático, já que condena, de antemão, à nulidade os votos de muitos eleitores”⁶³⁰.

Afirmada a candidatura, os candidatos somente poderão ser excluídos do certame ou ter os respectivos mandatos cassados nas restritas hipóteses previstas na legislação. O fato de a inelegibilidade implicar severa restrição ao exercício do direito político fundamental requer que, para além das suas causas, seus efeitos sejam expressamente previstos em lei⁶³¹. “Ampliar o alcance das restrições às elegibilidades, afastando do mandato os vencedores do pleito sem base legal estrita, ofende a democracia, a soberania popular e o constitucionalismo”⁶³².

com.br/2012-ago-18/observatorio-constitucional-seguranca-juridica-jurisprudencia-eleitoral. Acesso em: 17 set. 2020.

⁶²⁶ Cf. PECCININ, Luiz Eduardo. A jusfundamentalidade do direito de ser votado: provocações e reflexões acerca das inelegibilidades em tempos de “Ficha Limpa”. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 3), p. 127.

⁶²⁷ Cf. PEREIRA, Rodolfo Viana; GRESTA, Roberta Maia. Antecipação do registro de candidatura: uma reflexão em favor da estabilidade do processo eleitoral: In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 3), p. 528.

⁶²⁸ VELLOSO, Carlos Mario da Silva; AGRA, Walber de Moura. Elementos de Direito Eleitoral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 17.

⁶²⁹ Cf. PEREIRA, Rodolfo Viana; GRESTA, Roberta Maia. Antecipação do registro de candidatura: uma reflexão em favor da estabilidade do processo eleitoral: In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 3), p. 518.

⁶³⁰ BATINI, Silvana. Inelegibilidades Supervenientes e o artigo 15 da Lei Complementar n. 60/1990. In: Pontos Controvertidos sobre a Lei da Ficha Limpa. Belo Horizonte: Del Rey; ANPR, 2016, p. 229.

⁶³¹ Cf. GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 348.

⁶³² SALGADO, Eneida Desiree; SEGATO, Vitória Pedruzzi. Quis custodiet ipsos custodes? Os abusos da Justiça eleitoral e as restrições à elegibilidade. Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE, Belo Horizonte, ano 10, n. 19, jul./dez. 2018, p. 85.

Por essa razão, não é dado ao julgador, a pretexto de moralizar o processo eleitoral, expandir o alcance e os efeitos das restrições ao exercício da capacidade eleitoral passiva, abarcando situação que não esteja expressamente prevista no ordenamento positivo.

A acenada alteração legislativa, ao limitar a aferição das inelegibilidades supervenientes às causas surgidas até a data fixada para que os partidos políticos e as coligações apresentem os requerimentos de registro de candidatura, longe de incidir em inconstitucionalidade, veio por dar efetividade aos primados da segurança jurídica e da estabilização do processo eleitoral, evitando que análises casuísticas venham a expungir do certame aquele que alcançou a vitória nas urnas. Com isso, está a se dar maior efetividade aos primados da autenticidade eleitoral e da soberania popular, garantindo aos eleitores a certeza de que seus votos serão validados e eleitos os candidatos com maior representação popular.

Salvo os casos de inelegibilidades constitucionais – que não estão sujeitas à preclusão –, a aferição da regularidade do registro do candidato deve anteceder o pleito eleitoral, de forma a pautar as escolhas dos eleitores e evitar que o resultado das urnas seja substituído pela Justiça Eleitoral.

2.3 MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO

O princípio da moralidade eleitoral encontra previsão expressa no texto constitucional⁶³³, que delega ao legislador complementar a instituição de novas causas de inelegibilidade, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato. Reclama dos candidatos a cargos eletivos o respeito a padrões mínimos de moralidade, probidade e ética, autorizando o legislador a estabelecer critérios mais rigorosos para o exercício do *jus honorum*.

Bem aponta Luiz Fux que “o próprio constituinte vislumbrou que a competição eleitoral não pode prescindir da observância de certos padrões mínimos de conduta por parte de seus *players* (e futuros agentes políticos)”⁶³⁴. Entretanto, consoante adiante se verá, a invocação do princípio da moralidade não permite ao juiz, no exercício da atividade hermenêutica, criar novas hipóteses de inelegibilidade, “pois essa tarefa a Constituição reserva exclusivamente ao Legislador Complementar”⁶³⁵.

⁶³³ Art. 14, § 9º da CF: “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”

⁶³⁴ FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. Novos Paradigmas do Direito Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 122-123.

⁶³⁵ GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 80.

2.3.1 Limites à hermenêutica judicial

Rodolfo Viana Pereira bem sustenta que as condições de elegibilidade não convivem com a modalidade implícita e que, por essa razão, a atividade hermenêutica judicial não está apta a produzir limites a direitos fundamentais, interferindo na disputa eleitoral e no jogo democrático a partir de alicerces erodidos. Defender o contrário “importaria transferir a decisão sobre a qualidade da representação política para a magistratura, desvirtuando a lógica democrática e desestabilizando a separação dos poderes”⁶³⁶. Na mesma tessitura:

[...] em respeito à axiologia democrática, cumpre-lhes [aos Estados] evitar a banalização de fórmulas demasiado excludentes, desproporcionais ou impeditivas, não somente porque as restrições à candidatura obstaculizam a realização de direitos fundamentais, mas ainda porque o alijamento de postulantes limita o espectro de escolha do eleitorado, deslocando para os tribunais um foro decisório que o regime popular destina, por natureza, à instância popular⁶³⁷.

Desde a edição da Lei da Ficha Limpa (LC n° 135/2010), experimenta-se um processo de exacerbação do papel a ser assumido pela Justiça Eleitoral como instância de controle da legitimidade dos pleitos eleitorais. De instância arbitral de contenção dos excessos, a Justiça Eleitoral assume um papel de instância reformadora da política (e dos vícios por si detectados). Ao agir desta forma, com o escopo de zelar pela legitimidade do pleito, a pretensão de depuração moral dos candidatos a ser controlada pelo Judiciário (nas impugnações do registro de candidatura) acaba por minar, em última instância, a própria legitimidade do sistema de representação política⁶³⁸.

Por essa razão, “não subsiste o argumento do Ministro Fux de que deve ser dada sempre uma leitura ampliada da LC n° 135/2010 em razão de sua ‘teologia subjacente’, a fim de maximizar a moralidade e a ética do mandato”⁶³⁹. Os condicionamentos de caráter moral são critérios fluidos

⁶³⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. Condições de Registrabilidade e Condições Implícitas de Elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo. In: SANTANO, Ana Cláudia e SALGADO, Eneida Desiree (Org.). Direito Eleitoral: debates ibero-americanos. Curitiba: Ithala, 2014, p. 282.

⁶³⁷ ALVIN, Frederico Franco. A elegibilidade e seus impedimentos do Direito Comparado e nos pactos internacionais. In: Fux, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 37.

⁶³⁸ BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade. Revista Direito FGV, 11 (1), jan./jun. 2015, p. 248.

⁶³⁹ PECCININ, Luiz Eduardo. A jusfundamentalidade do direito de ser votado: provocações e reflexões acerca das inelegibilidades em tempos de “Ficha Limpa”. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz

e subjetivos, “próprios de escolhas autoritárias”, sendo que “o fundamento para o filtro moral se perfaz na desconfiança em relação à capacidade de escolha do eleitor, por consequência, apequena-se a democracia”⁶⁴⁰.

A utilização exacerbada de padrões morais, voluntaristas, casuísticos e tópicos provoca um arrefecimento da densidade normativa e torna o ordenamento jurídico imprevisível, “podendo propiciar que vetores morais de determinados grupos sociais se sobreponham aos ditames agasalhados pela Carta Magna, inclusive maculando a estabilidade das relações jurídicas”⁶⁴¹. Na esteira dos ensinamentos de Eneida Desiree Salgado, “Ao afastar o direito posto por sua leitura particular, atuando para além do texto constitucional, com justificativas de excepcionalidade, os magistrados promovem uma quebra das garantias do constitucionalismo e do Estado de Direito”⁶⁴².

O denunciado moralismo jurídico, talvez por ser deliberadamente um movimento que rejeita o formalismo e porque propaga a retórica de um regime de guardiões judiciais a despeito da política legislativa, parece não ter uma preocupação relevante com a legalidade e a segurança jurídica, comprometendo-se, inclusive, a própria afirmação normativa da Constituição⁶⁴³.

No direito reside a segurança jurídica. Na moral, por sua vez, a autonomia da consciência⁶⁴⁴. Não existe uma ética universal. As éticas são inúmeras. E esse retorno à moralidade através da ética nos coloca ao sabor de particularismos⁶⁴⁵. Por essa razão, “não há como se aceitar que o conteúdo do princípio da moralidade seja preenchido pelas regras de moral comum, primeiro porque isso geraria total insegurança jurídica, segundo porque ocorreria frontal ofensa à tripartição de funções”⁶⁴⁶.

Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coordr.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 3), p. 125

⁶⁴⁰ MAIA, Clarissa. Reflexões sobre a elegibilidade e suas consequências jurídicas diante do reconhecimento do metaprincípio da universalidade dos direitos políticos. In: Fux, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.108.

⁶⁴¹ AGRA, Walber de Moura. Temas Polêmicos do Direito Eleitoral. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 14-15.

⁶⁴² SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. n° 117, jul/dez. 2018, p. 211.

⁶⁴³ MAIA, Clarissa. Reflexões sobre a elegibilidade e suas consequências jurídicas diante do reconhecimento do metaprincípio da universalidade dos direitos políticos. In: Fux, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 103.

⁶⁴⁴ PERELMAN, Chaim. Ética e direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 303.

⁶⁴⁵ Cf. GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 109.

⁶⁴⁶ PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (coord.). Corrupção,

[A]s tiranias, os autoritarismos, instalam-se sob o pretexto desses particularismos, *acima da lei*, quando um homem ou um grupo de homens invoca a própria santidade, honestidade ou boa consciência para desprezar a *legalidade, os procedimentos legais e a universalidade da lei*⁶⁴⁷.

Daí as contundentes críticas ao fenômeno metapositivista, alcunha doutrinária do dito “neoconstitucionalismo pós-positivista fundado no moralismo político”⁶⁴⁸, na moral extraível do senso comum como substrato axiológico – o moralismo⁶⁴⁹. Para Jorge Octávio Lavocat Galvão, esse tipo de abordagem, de viés pragmatista e subjetivista, sem amarras com o texto constitucional, “acaba por minar a própria ideia de Estado de Direito, na medida em que afrouxa os limites do raciocínio jurídico ao permitir o uso de *argumentos de política* pelos juízes”⁶⁵⁰.

A hermenêutica constitucional “não pode se curvar à vontade popular quando se trata de restrição aos direitos fundamentais ou prevalência de argumentos irracionais na condução da esfera pública”⁶⁵¹. Nos felizes dizeres de Lênio Luiz Streck, “não podemos deixar que argumentos de política, pessoais (moral individual) e utilitaristas [...] venham a colocar em risco aquilo que de mais precioso construímos: a Constituição de 1988 e seu catálogo de direitos e garantias fundamentais”⁶⁵².

O compartilhamento de valores públicos no texto constitucional revela uma moralidade objetiva que não autoriza a imposição de uma moralização subjetivada, seja pelo legislador ou pelos magistrados, em nome de prevenção ou precaução⁶⁵³. Assim, “Se há alguma moral que possa ser utilizada como

ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 43.

⁶⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 109.

⁶⁴⁸ Cf GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017, p. 82.

⁶⁴⁹ Cf GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017, p. 68.

⁶⁵⁰ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Juízes representativos? A nova face do neoconstitucionalismo. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 03.03.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-03/observatorio-constitucional-juizes-representativos-face-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 17 set. 2020.

⁶⁵¹ GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017, p. 84.

⁶⁵² STRECK, Lênio Luiz. Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial. 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 106.

⁶⁵³ Cf. SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do legislativo ao Judiciário: a Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os

vetor para a tomada de decisões, é a moral objetivamente plasmada na Constituição, não havendo autorização para fundamentalismos axiológicos para além das decisões constituintes⁶⁵⁴. A moralidade pública é moralidade segundo os padrões e limites do Estado de Direito⁶⁵⁵.

O fato de o princípio da moralidade ter sido consagrado na Constituição Federal não significa a abertura do sistema jurídico para a introdução, nele, de preceitos morais⁶⁵⁶, de sorte que o seu conteúdo (do princípio da moralidade) há de ser encontrado no interior do próprio direito. Tendo em conta que “a ética do sistema jurídico é a ética da legalidade, a admissão de que o Poder Judiciário possa decidir com fundamento na moralidade entroniza o arbítrio, nega o direito positivo, sacrifica a legitimidade de que se devem nutrir os magistrados”⁶⁵⁷.

Consoante advertência de José Edvaldo Pereira Sales, “O Direito Eleitoral não é vicário, não é um super direito, não tem caráter salvador e redentor. Esse ramo do direito não pode cair na armadilha de uma hipertrofia punitiva”⁶⁵⁸. E pior, ressalta Luiz Eugênio Scarpino Jr, “deixando que as decisões morais deixem de ser tomadas pelo próprio povo e seus representantes, sendo desenhadas as concepções morais por magistrados”⁶⁵⁹

Reputa-se, pois, ilegítima “qualquer interpretação que privilegia conceitos duvidosos como ‘moralidade’ ou ‘probidade’ a fim de tutelar as vulnerabilidades dos eleitores, em desprestígio aos princípios e garantias fundamentais”⁶⁶⁰.

Não pode o magistrado, no Estado Democrático de Direito, “permitir que a ética da legalidade seja tragada pela emoção coletiva, que pode conduzir

direitos fundamentais. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n° 54, out/dez. 2013, p. 134.

⁶⁵⁴ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. n° 117, jul/dez. 2018, p. 200-201.

⁶⁵⁵ Cf. GRAU, Eros Roberto. Lei da “Ficha Limpa” põe em risco o Estado de Direito. O Estado de São Paulo, São Paulo, 03 de agosto de 2010.

⁶⁵⁶ Cf. GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 284

⁶⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 285.

⁶⁵⁸ SALES, José Edvaldo Pereira. Conceitos jurídicos indeterminados no direito eleitoral: em busca de referências (compromissos hermenêuticos). Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE, Belo Horizonte, ano 4, n° 6, jan/jun. 2012, p. 112-113.

⁶⁵⁹ SCARPINO JR, Luiz Eugênio. Moralidade eleitoral e juristocracia: Análise crítica da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/10). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 209-210.

⁶⁶⁰ PECCININ, Luiz Eduardo. A jusfundamentalidade do direito de ser votado: provocações e reflexões acerca das inelegibilidades em tempos de “Ficha Limpa”. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coordr.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 3), p. 127.

não apenas aos linchamentos, mas à indiferença em face do desprezo autoritário pelos chamados direitos fundamentais”⁶⁶¹. Os juízes não podem substituir os legisladores politicamente eleitos e afirmar que representam melhor os valores da cidadania, impondo as reformas que entendem necessárias⁶⁶². “Não podemos aceitar o elitismo de Platão, com ‘juízes filósofos’ que dirão ao povo quem deve e como se deve governar. Isso cabe ao povo escolher e dizer! Esse é o espaço da democracia representativa”⁶⁶³.

Entretanto, alerta Emerson Gabardo, na aplicação do Direito nacional não se observa a incidência de uma moral objetiva; “e, muitas vezes, nem mesmo uma moral subjetiva, mas sim um reles moralismo fruto do senso comum e de interesses por vezes inconfessáveis que repousam na arrogância daqueles detentores do poder de dizer o Direito”⁶⁶⁴.

Esse processo de juridicização da moral “dissocia por completo o momento da gênese normativa da sua aplicação, privilegiando e dotando de superior relevância a função do intérprete sobre a do legislador”⁶⁶⁵, com o protagonismo judicial influenciado pela retórica moralista e higienista que nega a política e acanha e deslegitima o parlamento⁶⁶⁶.

Não se pode perder de vista que a adoção de um paternalismo forte por parte do Estado, afastando a possibilidade de participação de determinadas pessoas do jogo político, implica, em última análise, expropriação da liberdade do eleitor, mantendo-o numa condição de tutela e minoridade⁶⁶⁷. A indevida atuação protagonista da Justiça Eleitoral não raras vezes promove o malfadado terceiro

⁶⁶¹ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 290.

⁶⁶² Cf. COELHO, Margarete de Castro. A democracia na encruzilhada: reflexões acerca da legitimidade democrática da Justiça Eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 111.

⁶⁶³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Os excessos do TSE no uso de seu poder regulamentar. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 11.06.2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-11/ruy-samuel-espindola-abuso-poder-regulamentar-tse>. Acesso em: 16 set. 2020, p. 5.

⁶⁶⁴ GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n° 70, p. 65-91, out./dez. 2017, p. 68.

⁶⁶⁵ MAIA, Clarissa. Reflexões sobre a elegibilidade e suas consequências jurídicas diante do reconhecimento do metaprincípio da universalidade dos direitos políticos. In: Fux, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.102.

⁶⁶⁶ MAIA, Clarissa. Reflexões sobre a elegibilidade e suas consequências jurídicas diante do reconhecimento do metaprincípio da universalidade dos direitos políticos. In: Fux, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.102-103.

⁶⁶⁷ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Governo democrático e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 39.

turno nas eleições e decide, substituindo a decisão soberana do povo, quem serão os mandatários, em evidente afronta ao princípio da autenticidade eleitoral⁶⁶⁸.

A escolha pela judicialização do controle das eleições não pode significar a perda da centralidade da soberania popular em um Estado que se afirme democrático. O afastamento do resultado das urnas somente pode ocorrer extraordinariamente, em face das provas incontestáveis e robustas. A decisão do eleitor, ainda que equivocada, deve ser respeitada. O perfeccionismo moral, ainda mais seletivo, também é inimigo da autenticidade eleitoral⁶⁶⁹.

Em épocas em que os discursos da moralização da vida pública e a mobilização da sociedade civil se fazem constantes, cabe ao Poder Judiciário exercer o caráter contramajoritário na garantia dos direitos fundamentais, que não podem ser desprezados em nome da pressão popular⁶⁷⁰. “A conquista do Constitucionalismo Contemporâneo foi a de que o direito deve estar protegido contra paixões e desejos eventuais. Por isso a Constituição é um remédio contra maiorias”⁶⁷¹.

No Estado de Direito, a soberania é da Lei e não da autoridade. “Ao contrário dos direitos, o princípio da moralidade não substancia um “trunfo” no sentido proposto por Ronald Dworkin”⁶⁷². Apenas o direito tem força cogente e normativa, e não a moral, que atua somente na elaboração legislativa. As questões morais e políticas incidem apenas na atuação do legislador⁶⁷³. Não é a moral que deve filtrar o Direito, e sim, é o Direito que deve filtrar os juízos morais⁶⁷⁴. Daí a percuciente afirmação de que “o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (positivo), mas este modifica o direito pressuposto”⁶⁷⁵.

⁶⁶⁸ Cf. SALGADO, Eneida Desiree. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: Uma proposta. Estudos Eleitorais, v. 6 n° 3, 2011, p. 111-112.

⁶⁶⁹ SALGADO, Eneida Desiree; SOBREIRA, Renan Guedes. A Democracia no “Tapetão”: A Justiça Eleitoral contra a soberania popular. In: AIETA, Vânia Siciliano; MORAES, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree (orgs). Justiça Eleitoral, Controle das Eleições e Soberania Popular. Curitiba: Íthala, 2016, p. 150.

⁶⁷⁰ Cf. trecho do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento conjunto das ADC’s n° 29 e 30 e da ADIN n° 4.578, em 16.02.2012.

⁶⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 167

⁶⁷² CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Governo democrático e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 27.

⁶⁷³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituições, hermenêutica e teorias discursivas, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 510.

⁶⁷⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 11.

⁶⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 65.

“Não se pode querer fazer algo senão pelo sistema, transbordando a racionalidade em nome de posições pessoais que soem bem à opinião pública, e que prejudiquem quando se valem da moralidade (em si) com razão de decidir”⁶⁷⁶. A solução há de ser dada pelo Direito. “Por uma boa lei. Na qual as questões morais e políticas sejam discutidas antes. E que não posse – a lei – ser corrigida na hora da aplicação, justamente pela moral e pela política”⁶⁷⁷. Por essa razão,

a competência para estabelecer as regras do jogo democrático é do parlamento. E não, nunca, do Poder Executivo. Ainda menos do Poder Judiciário. É no “espaço de luta” do parlamento, como afirma Clèmerson Merlin Clève (1991, p. 48), é na discussão a portas abertas, que a democracia deve ser regulada. O parlamento, como “a mais completa expressão do pluralismo político” (BRITTO, 1997, p. 83), permite que esta regulação se legitime e assim promove a legitimação do exercício do poder político⁶⁷⁸.

Em uma democracia, as soluções mais adequadas “são aquelas construídas coletivamente em uma discussão política na busca de um consenso efetivo – ou seja, na esfera política democrática”⁶⁷⁹. Assim, o direito objetivo deve ser observado por derivar de uma construção coletiva democrática, de sorte que, “Ao decidir, o juiz deve confiar na reflexão, discussão e decisão democráticas como capazes de determinar soluções moralmente corretas e não em sua reflexão individual”⁶⁸⁰.

Como bem obtemperam Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, em se tratando de leis envolvendo temas políticos ou morais controversos, o controle judicial deve orientar-se no sentido da parcimônia e da contenção, de modo a apenas justificar a jurisdição constitucional nas hipóteses de clara violação do texto constitucional pelo Parlamento (*in dubio pro legislatore*). Trata-se, assim, de “postura orientada no sentido de aceitar que a maioria prevaleça, convergindo com o entendimento desta”, de modo

⁶⁷⁶ SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. *Moralidade Eleitoral e Juristocracia: Análise crítica da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/10)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 29.

⁶⁷⁷ SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. *Moralidade Eleitoral e Juristocracia: Análise crítica da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/10)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 65.

⁶⁷⁸ SALGADO, Eneida Desiree. *Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: Uma proposta*. Estudos Eleitorais, v. 6 n° 3, 2011, p. 122.

⁶⁷⁹ SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. *Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do direito e da moral – Uma visão a partir do noeopositivismo de Hart e a crítica de Nino*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n° 48, p. 165-186, 2008, p. 182.

⁶⁸⁰ SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. *Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do direito e da moral – Uma visão a partir do noeopositivismo de Hart e a crítica de Nino*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n° 48, p. 165-186, 2008, p. 183.

que, “da tensão entre o constitucionalismo e a democracia, esta assume um papel mais importante”⁶⁸¹

CONCLUSÕES

As inelegibilidades, por tratarem de restrições ao direito fundamental à elegibilidade, devem ser interpretadas de forma restritiva não apenas quanto às suas causas, mas sobretudo quanto aos seus efeitos e momentos de aferição. A elegibilidade, assim, deve tender à universalidade e garantir aos eleitores o maior leque de opções possíveis, fortalecendo o regime democrático de governo.

A necessidade de segurança jurídica e de estabilidade do processo eleitoral reclama a adoção de marco temporal claro e delimitado para aferição das inelegibilidades, conferindo clareza aos eleitores e traçando a atuação dos *players*, dando-se efetividade aos primados da soberania popular e da autenticidade eleitoral. Salvo os casos de inelegibilidades constitucionais – que não estão sujeitas à preclusão –, a aferição da regularidade do registro do candidato deve anteceder o pleito eleitoral, de forma a pautar as escolhas dos eleitores e evitar que o resultado das urnas seja substituído pela Justiça Eleitoral.

As novas hipóteses de inelegibilidades trazidas com a “Lei da Ficha Limpa” – que se satisfazem com o mero julgamento colegiado, com a rejeição de contas e até mesmo com punições funcionais – são incompatíveis com o sistema que autoriza a consideração das causas supervenientes que atraiam as inelegibilidades infraconstitucionais surgidas após o registro dos candidatos.

O § 2º do art. 262 do Código Eleitoral, acrescido pela Lei nº 13.877, de 27 de setembro de 2019, é consentâneo com o princípio democrático, da soberania popular, da autenticidade eleitoral e da estabilidade e segurança jurídico-eleitoral, não configurando violação à moralidade eleitoral ou à inafastabilidade do controle judicial.

Os princípios da probidade e da moralidade para o exercício do mandato não se prestam a conferir interpretação extensiva às restrições aos direitos políticos, seja no plano material, seja no plano processual. A moralidade para o exercício do mandato deve ser entendida como aquela de caráter objetivo, extraída do próprio texto constitucional, sem espaço para a inserção de concepções subjetivas do intérprete ou de agentes externos ao Direito.

No atual cenário de constante abuso de interpretações subjetivas e juízos pessoais no lugar dos do constituinte e do legislador, parece “razoável propor o retorno do prumo ao seu lugar de equilíbrio, o que implica uma talvez antipática, mas necessária, defesa da retomada de algumas características

⁶⁸¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Governo democrático e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 19.

do positivismo como paradigma hermenêutico”⁶⁸². Deve-se afastar “do olhar simplificado sobre a moralidade”, com a “adoção de compreensão mais sofisticada sobre o problema, embora sempre considerando que a moralidade política constitui matéria constitucional e pauta de extrema relevância”⁶⁸³.

Por essa razão, não é dado ao julgador, a pretexto de moralizar o processo eleitoral, expandir o alcance e os efeitos das restrições ao exercício da capacidade eleitoral passiva, abarcando situação que não esteja expressamente prevista no ordenamento positivo.

⁶⁸² GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n° 70, p. 65-91, out./dez. 2017, p. 68-69.

⁶⁸³ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Governo democrático e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 33.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. Requisitos de registrabilidade. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 3).
- AGRA, Walber de Moura; CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. Inovações e alterações legislativas para as eleições municipais de 2020. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 07.03.2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-07/opiniao-alteracoes-legislativas-eleicoes-municipais-2020>. Acesso em: 10 set. 2020.
- AGRA, Walber de Moura. *Temas Polêmicos do Direito Eleitoral*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ALVIN, Frederico Franco. A elegibilidade e seus impedimentos do Direito Comparado e nos pactos internacionais. *In*: Fux, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade. *Revista Direito FGV*, 11 (1), jan./jun. 2015.
- BATINI, Silvana. Inelegibilidades Supervenientes e o artigo 15 da Lei Complementar n. 60/1990. *In*: Pontos Controvertidos sobre a Lei da Ficha Limpa. Belo Horizonte: Del Rey; ANPR, 2016.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte. Fórum, 2016.
- COELHO, Margarete de Castro. A democracia na encruzilhada: reflexões acerca da legitimidade democrática da Justiça Eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008
- COSTA FILHO, Ademar Aparecido. Inelegibilidade superveniente e a nova redação do artigo 262 do Código Eleitoral. *JOTA – Jornalismo e tecnologia para tomadores de decisão*, São Paulo, 29.01.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inelegibilidade-superveniente-e-a-nova-redacao-do-artigo-262-do-codigo-eleitoral-29012020>. Acesso em: 10 set. 2020.
- DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premissa mayoritista. *In*: KOH, Harold Hongju e SLYE, Ronald (Comp.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Os excessos do TSE no uso de seu poder regulamentar. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11.06.2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-11/ruy-samuel-espindola-abuso-poder-regulamentar-tse>. Acesso em: 16 set. 2020.
- FERREIRA, Pinto. *Comentário à Constituição Brasileira*, I. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n° 70, p. 65-91, out./dez. 2017.
- GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Juízes representativos? A nova face do neoconstitucionalismo. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 03.03.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-03/observatorio-constitucional-juizes-representativos-face-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 17 set. 2020.
- GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

- GRAU, Eros Roberto. Lei da “Ficha Limpa” põe em risco o Estado de Direito. O Estado de São Paulo, São Paulo, 03 de agosto de 2010.
- GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Curso de Direito Eleitoral. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2020.
- MACEDO, Elaine Harzheim. Decisões no processo de registro de candidatura e coisa julgada: os artigos 502 e 503 do NCPC e o Direito Eleitoral. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MAIA, Clarissa. Reflexões sobre a elegibilidade e suas consequências jurídicas diante do reconhecimento do metaprincípio da universalidade dos direitos políticos. In: Fux, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MENDES, Antônio Carlos. Curso de Direito Eleitoral. Instituto dos Advogados de São Paulo. Condições de Elegibilidade e Inelegibilidades, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Segurança jurídica e mudança na jurisprudência eleitoral. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 18.08.2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-18/observatorio-constitucional-seguranca-juridica-jurisprudencia-eleitoral>. Acesso em: 17 set. 2020.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo VII. Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Almedina, 2007.
- MORAES, Marcos Carvalhedo de. Súmulas do TSE Comentadas. Lura Ed., São Paulo: 2017.
- NISS, Pedro Henrique Távora. Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidades. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PECCININ, Luiz Eduardo. A jusfundamentalidade do direito de ser votado: provocações e reflexões acerca das inelegibilidades em tempos de “Ficha Limpa”. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 3).
- PEREIRA, Rodolfo Viana. Condições de Registrabilidade e Condições Implícitas de Elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo. In: SANTANO, Ana Cláudia e SALGADO, Eneida Desiree (Org.). Direito Eleitoral: debates ibero-americanos. Curitiba: Ithala, 2014. p. 275-286.
- PEREIRA, Rodolfo Viana; GRESTA, Roberta Maia. Antecipação do registro de candidatura: uma reflexão em favor da estabilidade do processo eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 3).
- PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PINTO, Djalma. Elegibilidade no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2008.
- PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (coord.). Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- PUMO, Caetano Cuervo Lo; SANTOS, Everson Alves dos. O direito de ser candidato e suas limitações por lei ordinária. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Elegibilidade e inelegibilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 3).
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. JORGE, Flávio Cheim. Manual de direito eleitoral. São Paulo: RT, 2014.
- SALES, José Edvaldo Pereira. Conceitos jurídicos indeterminados no direito eleitoral: em busca

de referências (compromissos hermenêuticos). *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, ano 4, n° 6, jan/jun. 2012.

SALGADO, Eneida Desiree; SOBREIRA, Renan Guedes. A Democracia no ‘Tapetão’: A Justiça Eleitoral contra a soberania popular. *In: AIETA, Vânia Siciliano; MORAES, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree (orgs). Justiça Eleitoral, Controle das Eleições e Soberania Popular*. Curitiba: Íthala, 2016.

SALGADO, Eneida Desiree. A elegibilidade como direito político fundamental, as inelegibilidades retroativas da Lei Complementar 135/10 e a (in)decisão do Supremo Tribunal Federal. *In: MONTEIRO, Roberta Côrrea de Araújo; ROSA, André Vicente Pires. Direito Constitucional - os desafios contemporâneos: uma homenagem ao professor Ivo Dantas*. Curitiba: Juruá, 2012.

SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do legislativo ao Judiciário: a Lei Complementar n° 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n° 54, out/dez. 2013.

SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do direito e da moral – Uma visão a partir do noeopositivismo de Hart e a crítica de Nino. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba*, n° 48. p. 165-186, 2008.

SALGADO, Eneida Desiree. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: Uma proposta. *Estudos Eleitorais*, v. 6, n° 3, 2011.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte. n° 117, jul/dez. 2018.

SALGADO, Eneida Desiree; SEGATO, Vitória Pedruzzi. *Quis custodiet ipsos custodes? Os abusos da Justiça eleitoral e as restrições à elegibilidade*. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, ano 10, n° 19, jul./dez. 2018.

SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. *Moralidade Eleitoral e Juristocracia: Análise crítica da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/10)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituições, hermenêutica e teorias discursivas*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ZILIO, Rodrigo López; CASTRO, Edson Resende. A superveniência às avessas: uma nova modalidade de inelegibilidade? *JOTA – Jornalismo e tecnologia para tomadores de decisão*, São Paulo, 27.01.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-superveniencia-as-avessas-uma-nova-modalidade-de-inelegibilidade-27012020>. Acesso em: set. 2020.

ZILIO, Rodrigo López; GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comentários às Súmulas do TSE*. ed. Juspoividm. 1. ed., 2007.

A CISÃO DO JULGAMENTO DE MÉRITO E A SUA SISTEMATIZAÇÃO NO CPC: UMA TÉCNICA AJUSTADA COM O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Aline Rodrigues Lima⁶⁸⁴, Paulo Guilherme Mazini⁶⁸⁵

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 1973, contemplava, como resultado da abreviação do procedimento plenário, uma técnica de julgamento consistente na apreciação do mérito no encerramento da fase postulatória, fase esta que, como é notório, é matizada pela intensa atividade processual das partes ao exporem as suas teses na petição inicial e na contestação. Tratava-se do julgamento antecipado da lide, que se resumia na possibilidade de ser realizado o pronto julgamento da demanda, desde que observados os seus requisitos, notadamente, o reconhecimento de que a produção de outras provas seria supérflua para o enfrentamento da controvérsia. Esta técnica processual, amplamente utilizada, tem fundamento, sobretudo, no princípio da economia processual, com a perspectiva de que ocorra a prolação da sentença antes que a etapa cognitiva do processo ingresse na sua etapa organizatória, que coincide com a decisão de saneamento e organização.⁶⁸⁶

Carecia, no entanto, o Código revogado, de um instrumento que viabilizasse o julgamento antecipado nos casos de cumulação de pedidos, especialmente quando a controvérsia se cingia a apenas um dos pedidos cumulados ou a uma parcela deste. E a própria identificação da técnica no CPC/73 era intuitiva quanto à impossibilidade de fracionamento na análise do mérito, porquanto o julgamento antecipado da lide importava na resolução integral da demanda, do conflito instaurado, da lide, em suma.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a sistemática dessa técnica processual sofreu uma mudança significativa, com a previsão de cisão do julgamento do mérito, que, por seu turno, viabilizou que

⁶⁸⁴ Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Esmafe/PR. Bacharela em direito. Estagiária de pós-graduação do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: alineerl@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9130504338086048>.

⁶⁸⁵ Especialista em Processo Civil pelo IBEJ. Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Doutorando em Processo Civil pela USP. Professor da graduação da Unibrasil da pós-graduação da ABDCONS. Juiz de Direito Substituto em Curitiba. E-mail: pgmazini@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8864358432851933>

⁶⁸⁶ Em atenção a considerações de economia processual, o Código abrevia em certos casos o itinerário do processo de cognição, antecipando a resolução do mérito para a oportunidade em que, normalmente, seria proferida a decisão de saneamento. MOREIRA, J.C.B. O Novo Processo Civil Brasileiro. 25. ed. Editora Forense, 2007. p. 95.

o julgamento antecipado operasse sobre um ou mais pedidos cumulados, em prestígio a uma prestação jurisdicional mais eficiente e célere.

Desse modo, o presente estudo destina-se a destacar aspectos relevantes da técnica processual do julgamento antecipado parcial do mérito, suas particularidades e o seu campo de aplicação, assim como a sua relação com alguns princípios fundamentais do processo.

1 PRINCÍPIO DA UNIDADE ESTRUTURAL DA SENTENÇA

O Código de Processo Civil vigente, sem dúvida, mitigou o princípio da unidade estrutural da sentença, de raiz Chiovendiana, no sentido de que todas as matérias referentes ao mérito da demanda devem ser apreciadas num único ato processual.⁶⁸⁷ Por outro aspecto, deve ser destacado que, salvo melhor juízo, não há estruturalmente no Código, a possibilidade de duas ou mais sentenças de mérito serem prolatadas na fase cognitiva do procedimento comum. Esta conclusão decorre da própria definição adotada pelo CPC, que fundou o conceito de sentença no pronunciamento do juiz emitido com amparo nas disposições dos seus artigos 485 e 487 e que, concomitantemente, encerra a etapa de cognição do rito procedimental.

O CPC, dessa forma, consagrou, especialmente para a fase de conhecimento, o critério do conteúdo e da finalidade para conceituar o ato processual sentença. A decisão que aprecia parcialmente o mérito da demanda, por sua vez, não põe termo à fase cognitiva do procedimento comum, na medida em que o trâmite processual terá prosseguimento relativamente à parcela controvertida de um ou mais pedidos cumulados que dependam de dilação probatória.

2 PRINCÍPIO DA UNIDADE DO JULGAMENTO DA CAUSA

Portanto, sob a égide do Código em vigor, parece ser mais adequado falar-se na ruptura do Princípio da Unidade de Julgamento da Causa, em especial porque as demandas passaram a comportar a apreciação parcial do seu mérito, diante da possibilidade de cisão do seu julgamento.

O CPC/73, a propósito, encampava a previsão de tutela antecipada com fundamento na incontrovérsia do pedido⁶⁸⁸. Esta técnica, que, diga-se de passagem, era pouco utilizada na prática, não contava com uma disciplina procedimental que

⁶⁸⁷ A sentença, em geral, é a provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda do autor, afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta da lei que lhe garanta um bem ou respectivamente a inexistência ou existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao réu. CHIOVENDA, G. Instituições de direito processual civil. 2. ed. Editora Bookseller, 2000. p. 198.

⁶⁸⁸ Conforme previa o art. 273, § 6º, do CPC revogado.

definisse se tratar de um verdadeiro julgamento antecipado parcial de mérito, tal como está previsto no Código atual. Além disso, temas relevantes interligados eram carentes de tratamento legal, como a formação da coisa julgada material, a possibilidade de cumprimento provisório e definitivo da decisão, a liquidação prévia e a espécie recursal adequada. A previsão contida no então art. 273, § 6º, era, segundo a sua posição topográfica no Código, considerada como tutela antecipada, embora parcela importante da doutrina já defendesse que a decisão fundada na parte incontroversa da demanda caracterizava-se como verdadeiro julgamento de mérito, cuja decisão estava apta a ser resguardada pela autoridade da coisa julgada material.⁶⁸⁹ Faltava, entretanto, uma regulamentação legal, a qual foi justamente suprida pelo Código atual.

O julgamento antecipado parcial do mérito, dessa forma, tem lugar tanto nas hipóteses em que um ou mais dos pedidos tornarem incontroversos, quanto nos casos em que um ou mais dos pedidos estiver em condições de imediato julgamento, seja pela incontrovérsia propriamente, seja pela desnecessidade de produção de outras provas, o que dispensa – quanto a uma parcela da pretensão posta em juízo – a realização da fase instrutória.

3 TÉCNICA DO JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL E AS PREVISÕES DO ART. 354, “CAPUT” C/C ART. 354, PARÁGRAFO ÚNICO E ART. 356, I E II DO CPC

A técnica do julgamento antecipado parcial do mérito refere-se, a rigor, apenas às hipóteses previstas no art. 356, I e II do CPC, que são pertinentes ao acolhimento ou à rejeição de um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles. É relevante destacar, no entanto, que o art. 354, “caput”, c/c art. 354, parágrafo único, também prevê hipóteses relacionadas com o julgamento antecipado parcial do mérito que se aplica aos casos de: i) reconhecimento de prescrição ou decadência; ii) reconhecimento da procedência do pedido aviado na ação ou na reconvenção; iii) renúncia ao direito sobre o qual se funda a pretensão do autor ou do réu reconvinente; iv) transação.

Embora os casos supracitados sejam pertinentes ao mérito propriamente, a distinção reside em que, nos casos de prescrição e decadência, o juiz apenas reconhece uma situação jurídica pré-existente. Nos demais casos, o juiz limita-se a ratificar a manifestação de vontade das partes ao homologar a renúncia, a transação ou o reconhecimento da procedência dos pedidos. Portanto, se for reconhecida a prescrição ou a decadência quanto a um dos

⁶⁸⁹ Portanto, a interpretação do § 6º do art. 273 de acordo com o direito fundamental à duração razoável impõe a conclusão de que a tutela da parte incontroversa da demanda produz coisa julgada material. Marinoni, L.G. Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda. 2. ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 217.

pedidos ou parcela deles, ou se a homologação da renúncia, transação ou reconhecimento da procedência do pedido também referir-se a um dos pedidos ou parcela deles, estaremos, sem dúvida, diante de hipótese de julgamento antecipado parcial do mérito. Entretanto, por razões de opção legislativa, o fundamento é alicerçado no art. 354, “caput”, c/c art. 354, parágrafo único, do CPC, o que, de qualquer forma, não modifica o caráter de julgamento antecipado parcial da decisão que versa sobre matéria relativa ao mérito.

Uma observação mostra-se salutar: a renúncia à pretensão deduzida pelo autor ou a transação podem ocorrer em qualquer momento processual, assim como as prejudiciais de mérito referentes à prescrição e à decadência também podem ser reconhecidas posteriormente à etapa do julgamento conforme o estado do processo.

Assim, se durante a fase instrutória o autor e o réu apresentarem instrumento de transação relativo a um dos pedidos cumulados, bem como se a prescrição ou a decadência quanto a algum dos pedidos for constatada pelo juiz, deverá o magistrado julgar parcialmente o mérito processual, com fundamento no art. 354, “caput”, c/c art. 354, parágrafo único, do CPC. Para ilustrar, seria o caso em que, prolatada a decisão de saneamento e organização, as partes apresentassem no curso da fase instrutória o termo de composição quanto ao pedido por danos emergentes, prosseguindo-se o processo apenas em relação à pretensão por lucros cessantes.

4 JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE PEDIDOS CUMULADOS

A cumulação de pedidos que comporta a cisão ou o fracionamento do julgamento, em princípio, é a cumulação própria, na qual o autor (ou o réu reconvinente) pretende que todos os pedidos formulados sejam acolhidos. Não se aplicaria o instituto, destarte, especialmente nos casos de cumulação sucessiva, em que a concessão do pedido subsequente depende do acolhimento de pedido antecedente que com ele mantém relação de prejudicialidade lógica, salvo se, porventura, o pedido subordinante, principal, logicamente anterior ao pedido subsequente, estiver em condições de pronto julgamento ou se restar incontroverso. A hipótese inversa não seria sustentável, ou seja, não haveria a possibilidade do pedido subordinado ser julgado parcialmente, enquanto não restar dirimida a controvérsia e ser apreciado o pedido subordinante ou principal. Assim, é o caso da resolução do contrato cumulada com reintegração na posse, despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de alugueres ou reconhecimento de paternidade com alimentos.

Interessante mencionar a hipótese em que o pedido subordinante está apto para ser julgado no seu mérito - seja pela sua incontrovérsia, seja por não exigir dilação probatória para ser apreciado -, ao passo que o pedido

subordinado depende de produção probatória para ser julgado. É o exemplo de uma ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, com o reconhecimento da paternidade voluntário efetuado pelo réu e a dilação probatória para aferir o binômio necessidade/possibilidade do alimentante. Também é o caso de uma ação de despejo cumulada com pagamento de alugueres, em que o locatário não refutou a inadimplência, tendo apenas apresentado defesa de mérito indireta pertinente à realização de benfeitorias necessárias ou úteis, com pedido de compensação com os alugueres. Nesta hipótese, mostra-se cabível o julgamento parcial do mérito quanto ao pedido de despejo, e, sem prejuízo, defere-se a produção de prova técnica para apurar o valor das benfeitorias realizadas.

5 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Não obstante o julgamento antecipado parcial do mérito estar revestido formalmente como uma decisão interlocutória e, em que pese inexistir qualquer previsão no CPC, parece evidente que por tratar-se da resolução de parcela do mérito processual que está sendo debatida na demanda, com aptidão para a formação da coisa julgada material, o ato processual reflete aspectos que são inerentes a uma sentença. Isto é o que basta para que o arbitramento de honorários advocatícios seja observado.⁶⁹⁰

Neste caso, a fixação da verba honorária deve pautar-se no valor da condenação do pedido ou do seu proveito econômico obtido – aqui, se o provimento emitido não for condenatório. Semelhantes regras devem ser aplicadas, respectivamente, na situação de procedência parcial ou improcedência do pedido fracionado ou, em última instância, inexistindo condenação ou valor econômico estimável, na proporção do valor atribuído à causa.

Assim, por exemplo, se a cumulação envolver pedidos de natureza constitutiva e condenatória, sendo realizado o julgamento parcial da primeira pretensão, o valor dos honorários de sucumbência deverá ser fixado com parâmetro no valor atribuído à causa, caso não seja possível aferir o proveito econômico do pedido acolhido, como é a hipótese da investigação de paternidade instruída com prova de vínculo genético realizado mediante acordo extrajudicial das partes, ou mesmo da resolução de um contrato. A condenação em custas processuais, por seu turno, deve ser realizada proporcionalmente à extensão da decisão do julgamento.

⁶⁹⁰ Neste sentido, entendimento da Terceira Turma do STJ, sedimentado no julgamento do Resp 1845542/PR.

6 LIQUIDAÇÃO, CUMPRIMENTO PROVISÓRIO EM AUTOS APARTADOS E CAUÇÃO

É importante salientar que o cumprimento provisório da decisão parcial de mérito, preferencialmente, deve ser processado em autos apartados para prevenir indesejado tumulto processual, porquanto os demais pedidos ou parcela deles prosseguirão na fase instrutória até o seu julgamento por sentença de mérito que terá o condão de pôr fim à etapa cognitiva do procedimento comum. Dessa forma, para que os atos processuais pertinentes à instrução ainda pendente não tramitem nos mesmos autos do cumprimento provisório da decisão parcial, é de rigor o seu processamento em autos apartados e apensados.

O cumprimento provisório da decisão que enfrentou o mérito através da técnica de fracionamento do julgamento, registre-se, independe de caução e poderá ser precedido de prévia liquidação, caso a decisão que julgou parcialmente o mérito estabeleça uma condenação ilíquida que, porventura, exija a realização de perícia técnica ou procedimento para análise de fato novo, nos moldes do art.509, I e II do CPC.

7 RECURSO

O julgamento antecipado parcial do mérito, por tratar-se de decisão interlocutória, é desafiado pelo recurso de agravo de instrumento, conforme previsto no art. 1.015, inciso II do CPC. O recurso de agravo de instrumento, a propósito, não possui efeito suspensivo *ope legis*, ao contrário da apelação, que está imbuída, via de regra, do referido efeito que impede o cumprimento provisório imediato da sentença.

Por este aspecto, é inegável a vantagem do julgamento antecipado parcial do mérito no tocante ao cumprimento provisório da decisão, na medida em que, salvo hipótese de ser deferido o efeito suspensivo pela instância recursal na admissibilidade do agravo de instrumento, a execução provisória poderá ser iniciada imediatamente, diversamente da sentença de mérito, cujo cumprimento provisório depende do recebimento do recurso de apelação com efeito meramente devolutivo, o que configura, aliás, uma exceção⁶⁹¹. É evidente, portanto, que a possibilidade de cumprimento provisório da decisão logo após a sua prolação e desde que não sobrevenha um efeito suspensivo *ope iuris* no recurso de agravo de instrumento, traduz-se num benefício para o autor ou para o réu-reconvinte, o que, sem dúvida, prestigia a eficiência na prestação da jurisdição.

⁶⁹¹ Conforme estabelece o art. 1.012, § 1º, I à VI do CPC.

8 RECONVENÇÃO

A reconvenção é, em breve síntese, a ação proposta pelo réu nos mesmos autos em que é demandado, exigindo apenas que o pleito reconvençional seja conexo com a ação principal ou com o fundamento da defesa. O Código de Processo Civil em vigor simplificou o oferecimento da reconvenção, ao dispor que ela seja apresentada com a contestação, e, mais precisamente, em capítulo autônomo.

Assim, a técnica do julgamento antecipado parcial do mérito é perfeitamente compatível com a demanda reconvençional, diante da viabilidade de um ou mais pedidos, ou parcela deles, tornar-se incontroverso ou mostrar-se apto para o pronto julgamento. A título ilustrativo, mencionamos uma hipotética ação revisional de contrato de abertura de conta corrente, na qual o banco réu apresenta contestação quanto à tese jurídica apresentada na inicial e reconvenção para a cobrança dos valores devidos pelo correntista. Na réplica à reconvenção, o agora autor- reconvinde alega excesso de cobrança pelo banco e declina o valor que, após expurgados todos os índices que entende ilegais, compõe o débito respectivo.

Ora, nessa hipótese, parece claro que a resposta à reconvenção apresentada pelo autor- reconvinde tornou incontroversa uma parcela da pretensão de cobrança do banco, ora réu-reconvinte. Vamos supor, assim, que o réu-reconvinte requeira a condenação do autor- reconvinde em R\$ 100.000,00. O autor-reconvindo, por sua vez, declina na impugnação à reconvenção o valor de R\$ 50.000,00 como o importe que entende devido ao banco. Sem dúvida, estamos diante de um caso que comporta o julgamento antecipado parcial do mérito em sede de reconvenção.

Igualmente, o julgamento antecipado parcial do mérito pode ocorrer se a reconvenção estiver apta ao seu pronto julgamento, ao passo que a ação principal exige dilação probatória para ser dirimida a controvérsia. Esta situação é indicativa de que o julgamento antecipado parcial do mérito ocorre porque a reconvenção, a despeito de sua autonomia, não irá encerrar a fase cognitiva do procedimento comum, e, portanto, à luz do art. 203, § 1º do CPC, não pode ser classificada como uma sentença. O julgamento da reconvenção, então, é concretizado através da técnica do julgamento antecipado parcial mediante prolação de decisão interlocutória, enquanto a ação principal aguarda a conclusão da fase instrutória para que seja prolatada a sentença de mérito que irá encerrar a etapa cognitiva do rito comum.

9 TRÂNSITO EM JULGADO E RESCISÓRIA

O prazo para propositura da ação rescisória, certamente, ainda renderá ensejo a discussões doutrinárias quanto ao seu termo inicial. Afinal, uma vez imunizada a decisão de mérito parcial pela coisa julgada material, é necessário que se aguarde o trânsito em julgado da sentença que analisou as demais pretensões do autor?

A *priori*, essa resposta estaria contida na própria dicção do art. 975, “caput” do CPC, que, em conformidade com o entendimento exarado pela súmula 401 do STJ ⁶⁹², assevera que o prazo decadencial é único e inicia-se a partir do trânsito em julgado da última decisão exarada no processo.

Embora tal entendimento possa seguir a lógica de uma interpretação literal e prevalecer num primeiro exame, é certo que a sua exegese pode dar margem à discussão diante de alguns precedentes oriundos do STF, em que restou assentado que os capítulos autônomos de um pronunciamento judicial operam a preclusão em momentos distintos. ⁶⁹³

10 OUTROS EXEMPLOS PRÁTICOS DE JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO

Diante do aporte teórico apresentado, passamos a analisar exemplos práticos que se conformam com a aplicabilidade dessa técnica processual, bem como os seus benefícios, conforme se demonstrará na sequência.

10.1 AÇÃO DE DIVÓRCIO CUMULADA COM PEDIDO DE GUARDA DE FILHOS E ALIMENTOS

Neste caso, via de regra, o réu está de acordo com o pedido de divórcio e, mesmo que não esteja tratando-se o divórcio de um direito potestativo, não subsiste qualquer controvérsia quanto a este pleito, nem mesmo o debate a respeito da responsabilidade pelo rompimento do vínculo matrimonial, tese que parece estar superada pelo entendimento jurisprudencial atual ⁶⁹⁴.

Portanto, a controvérsia ficaria restrita ao valor dos alimentos e, eventualmente, à guarda dos filhos, o que poderia ensejar a produção

⁶⁹² Súm. 401. O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.

⁶⁹³ Neste sentido, precedente do STF exarado na ação rescisória n. 2369/PR, de relatoria do Min. Luiz Fux.

⁶⁹⁴ A propósito, no AgInt no AREsp 343031 / MG, a Quarta Turma do STJ reiterou este posicionamento.

probatória durante a fase instrutória. No entanto, o pedido de divórcio pode ser imediatamente resolvido, através da adoção da técnica do julgamento antecipado parcial do mérito.

10.2 AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (TUTELA MANDAMENTAL) CUMULADA COM DANOS MORAIS AFORADAS EM FACE DE PLANOS DE SAÚDE

É possível ilustrar as hipóteses de fornecimento de medicamentos quimioterápicos com pedido indenizatório por danos morais. Em tal caso, vamos considerar que as provas documentais juntadas nos autos sejam suficientes para o julgamento do pedido mandamental pertinente a um suposto tratamento de neoplasia, porquanto os laudos médicos apresentados com a inicial confirmam que o medicamento não é experimental e estão abrangidos pela cobertura mínima autorizada pela Lei dos Planos de Saúde – lei n. 9.656/98. Todavia, a parte autora persiste na produção de prova oral, por entender que o dano moral superou o mero dano *in re ipsa*. Embora o juiz pudesse indeferir a produção da prova, a sua realização é juridicamente relevante e mesmo pertinente, para que o autor possa demonstrar a extensão dos danos extrapatrimoniais a partir de fatos que sucederam a negativa de cobertura dos planos. O pedido de cunho mandamental (prestação de fazer), entretanto, em razão de estar instruído de forma satisfatória com a prova documental já anexada aos autos, comporta o julgamento antecipado parcial do mérito, com a resolução imediata da pretensão principal deduzida pelo autor.

10.3 CONTROVÉRSIAS REPETITIVAS

As teses jurídicas afetadas para julgamento em incidente de recurso especial e extraordinário repetitivos, têm como consequência, logo após a sua admissão, a suspensão dos processos em trâmite em todo o território nacional que versem sobre a mesma questão de direito submetida a julgamento pelos tribunais superiores.⁶⁹⁵ A partir de então, cumpre ao STJ ou ao STF, conforme a matéria afetada, realizar o julgamento no prazo de um ano, prazo este que, diga-se de passagem, pode ser exíguo, especialmente pelo imenso volume de teses que devem ser definidas pelas Cortes Superiores em questão.

Ora, em tais circunstâncias, se, num dado processo houver cumulação de pedidos que envolva uma matéria afetada para julgamento em incidente

⁶⁹⁵ Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

de recurso especial ou extraordinário repetitivo já admitido, a adoção da técnica do julgamento antecipado parcial do mérito adequa-se com perfeição à finalidade de evitar a suspensão por vezes indefinida do processo, até que seja sedimentada a tese jurídica pelo STJ ou pelo STF.

A título ilustrativo, mencionamos as demandas que envolvem os contratos de compra e venda no âmbito do programa “Minha Casa, Minha vida” conforme se extrai do seguinte recurso especial repetitivo:

“TEMA 960, STJ, RESP REPETITIVO: Ressalvada a denominada Faixa 1, em que não há intermediação imobiliária, é válida a cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda do Programa Minha Casa, Minha Vida, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.”

Nesta situação, encontram-se casos em que são cumulados pedidos de perdas e danos pela entrega intempestiva do imóvel adquirido na planta (em geral, alugueres), substituição do índice de correção monetária das prestações após o término do prazo de entrega previsto no contrato, danos morais e restituição da comissão de corretagem, que, inclusive, consoante mencionado, foi objeto do tema 960 afetado pelo STJ, o que resultou na suspensão de processos em todo o território nacional desde setembro de 2016 até a publicação do acórdão, em agosto de 2018.

10.4 DIREITO TRIBUTÁRIO

Em matéria tributária, pode ser mencionado o exemplo de uma hipótese de incidência tributária afastada por precedente do STF e que rendeu ensejo ao ajuizamento de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com restituição dos valores. O Estado -Membro, diante do precedente emanado do STF, diverge apenas com relação aos valores da restituição e, na contestação, declina o valor da restituição que entende devido ao contribuinte. Parece muito claro que nessa ilustração, o valor indicado pelo Estado na contestação como devido é incontroverso e, assim sendo, permite a utilização da técnica do julgamento antecipado parcial do mérito, com o deferimento, inclusive, de emissão de RPV ou precatório requisitório após o trânsito em julgado da decisão interlocutória respectiva.⁶⁹⁶

⁶⁹⁶ No julgamento do RE 593849, ficou assentada a seguinte tese: *É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.*

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como escopo realizar uma breve análise sobre a técnica do julgamento antecipado parcial do mérito, consistente na abordagem específica sobre a estruturação da sentença e a consequente mitigação do princípio da unicidade do julgamento, o que admitiu, sob a égide do Código de Processo Civil atual, o julgamento do mérito da demanda de forma fracionada nas hipóteses contempladas na legislação processual. Além disso, a previsão expressa da disciplina do julgamento antecipado parcial do mérito estimula, a nosso aviso, a utilização de um instituto relevante para que os princípios constitucionais positivados no CPC, como a duração razoável e a primazia do julgamento de mérito, sejam realmente concretizados a partir de um instrumento capaz de abreviar o procedimento comum e assegurar a realização, ainda que parcial, de um direito apto a ser reconhecido num estágio ainda incipiente do processo, ao término da fase postulatória.

Assim, se o direito ao processo justo funda-se, em última análise, na construção de instrumentos para a efetivação de direitos fundamentais, então, cumpre ao legislador instituir mecanismos que assegurem a concretização de tais premissas e contribuam com a solução dos conflitos através de técnicas que atendam os anseios recorrentes de maior eficiência na prestação jurisdicional. Esta diretriz, a rigor, encontra-se presente no propósito que inspirou a cisão do julgamento de mérito no Código de Processo Civil, como técnica processual voltada a concretizar os objetivos de celeridade e eficiência que encampam o postulado constitucional de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, J. R. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- BUENO, C. S. Tutela Antecipada. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINAMARCO, C. R. Instituições de Direito Processual Civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- LEONEL, R. de B. Tutela Jurisdicional Diferenciada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MAZINI, P. G. Tutela da Evidência – Perfil Funcional e Atuação do Juiz à luz dos Direitos Fundamentais do Processo. São Paulo: Ed. Almedina, 2020.
- MARINONI, L. G. Considerações Acerca da Tutela de Cognição Sumária. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.81, n.675, 1992. p. 288-95.
- MARINONI, L. G..Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- MARINONI, L. G. Abuso do Direito de Defesa e Parte Incontrovertida da Demanda. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NEVES, D. A. A. Novo CPC. São Paulo: Editora Método, 2015.
- TUCCI, J. R. C. Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual, civil e penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. Curso Avançado de Processo Civil. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO NOME DOS TRANSGÊNEROS COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA CONCRETIZAÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Denise Hammerschmidt⁶⁹⁷, Thalita Fabris da Silva⁶⁹⁸

INTRODUÇÃO

Alicerçado no direito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, bem como no direito ao nome, previsto no Pacto de San José da Costa Rica, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275, pela Suprema Corte Brasileira, reconheceu aos transgêneros o direito à alteração de prenome e gênero no registro civil, sem a necessidade da cirurgia de transgenitalização ou de tratamentos hormonais ou patologizantes, dispensando, inclusive, autorização judicial para obtenção do direito. O entendimento, manifestado em 01 de março de 2018, se mostra de especial relevância para este estudo, ao passo em que facilitou o procedimento de alteração registral para aqueles que não se reconhecem em seu sexo biológico, permitindo a solicitação da mudança diretamente no registro civil.

As discussões acerca do universo de gênero, questões essas cada vez mais pulsantes no meio social, demandam a atenção dos Estados para que se promova a efetiva inclusão desta parcela da população, que por não raras vezes, se encontra destacada da sociedade que integra.

1 IDENTIDADE DE GÊNERO: A PESSOA TRANSGÊNERO

Transgênero é um termo utilizado para se referir a pessoas que não se conhecem em seu sexo de nascimento. Noutras palavras, é a autoidentificação em sexo distinto ao biológico.

Desse modo, será uma mulher transgênero a pessoa nascida com o sexo biológico masculino, mas que se reconheça no gênero feminino. A mesma lógica aplica-se ao homem transgênero, que será uma pessoa nascida com o sexo biológico feminino, se reconhecendo, no entanto, no gênero masculino.

⁶⁹⁷ Pós-Doutora pela Universidade de Barcelona. Doutora em Direito Penal e Mestra em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona. Mestra em Direito Penal Supra Individual pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Juíza Titular da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça no Estado do Paraná. Ex-membra do Conselho Penitenciário do Paraná (COPEN) e do Fundo Penitenciário do Estado do Paraná (FUPEN). Professora visitante já integrando o Corpo Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da UENP. E-mail: denise_hammerschmidt@hotmail.com

⁶⁹⁸ Especialista em Direito Contemporâneo pela Faculdade de Educação Superior do Paraná (2020). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2020). Assessora Jurídica junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: thalifabris@gmail.com

Jaqueline Gomes de Jesus, ao tratar de termos inclusivos, destaca que com relação a pronomes, o tratamento destinado às pessoas transgênero deve sempre estar em harmonia com o gênero autopercebido pelo indivíduo, de modo que, se houver dúvidas, é possível perguntar de forma respeitosa como a pessoa prefere ser tratada⁶⁹⁹.

É de especial relevância aclarar que gênero e orientação sexual são coisas distintas. A primeira se refere à forma de se identificar como pessoa, enquanto indivíduo, enquanto a segunda diz respeito à atração afetivo-sexual sentida com relação às outras pessoas. Logo, se alguém que nasceu com o sexo biológico feminino, mas se identifica no gênero masculino, atrair-se afetivossexualmente por uma pessoa do sexo masculino (gênero oposto ao do seu nascimento), esse alguém será considerado homossexual e não heterossexual. Parte-se sempre da premissa de que, independentemente do sexo biológico, a pessoa pertence ao gênero em que se reconhece.

A respeito do termo orientação sexual, Cristina Veloso de Castro elucida que, uma vez que não se trata apenas de sexualidade, mas também de afetividade, a utilização do conceito orientação afetivo-sexual se mostra mais adequado⁷⁰⁰.

Por fim, o termo transexual também caracteriza a pessoa que não se identifica com o gênero que lhe foi atribuído em seu nascimento, sendo, no entanto, nomenclatura menos abrangente que transgênero.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O QUE SE CHAMAVA NOME SOCIAL NO BRASIL

O nome social foi uma ficção jurídica criada no Brasil, e que possibilitou, de forma fragmentária, o uso do nome em consonância com o gênero autopercebido por pessoas transgênero. Tal possibilidade, no entanto, era restrita à prática de alguns atos da vida civil, não proporcionando satisfatoriamente o exercício do direito ao nome, eis que o registro da pessoa transgênero permaneceria com o nome atribuído em seu nascimento. Portanto, é de especial relevância apontar, como ponto de partida deste tópico, que além de integrar o retrospecto histórico em relação ao exercício deste direito personalíssimo por pessoas transgênero, o nome social também ilustra a forte resistência social e política enfrentada por esta parcela da população brasileira, que por muito tempo foi impedida de realizar a desejada adequação documental.

Isto posto, há que se mencionar que, em 28 de abril de 2016, promulgou-se, no Brasil, um decreto a respeito do uso do nome social e o reconhecimento

⁶⁹⁹ JESUS, Jaqueline Gomes de. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. 2. ed. Brasília, 2012. p. 23. Disponível em: <http://www.diversidadedesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

⁷⁰⁰ CASTRO, Cristina Veloso de. As Garantias Constitucionais das Pessoas Transexuais. Birigui, São Paulo: Boreal Editora, 2016, p. 06.

da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Para tanto, referido decreto (Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016) considerou como nome social a designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida. Na mesma toada, considerou como identidade de gênero a dimensão da identidade de uma pessoa, que não guarda relação de correspondência necessária com o sexo atribuído no nascimento, noutras palavras, o sexo biológico.

Considerando que o uso do nome social não se confunde com a adequação documental ao gênero autopercebido pelo indivíduo, apresentar-se com documentos destoantes da identidade verdadeiramente reconhecida pela pessoa transgênero era imprescindível em determinadas situações da vida em sociedade, causando inevitável desconforto e constrangimento.

Tal questão, inclusive, já havia sido tratada por Berenice Bento no ano de 2014, em um artigo cuja tese principal foi o *modus operandi* que pode ser observado historicamente no Brasil, no qual o reconhecimento aos excluídos seria feito aos poucos, em pequenas doses, pelas elites políticas dominantes⁷⁰¹.

Desse modo, o que se proporcionou para a população transgênero, através do uso do nome social, foi uma falsa inclusão desta parcela da população, que permanecia estigmatizada no convívio social. Ante a ausência de uma legislação que resolvesse de forma efetiva a questão, o direito fragmentário garantido por algumas instituições – e dentre essas destacam-se as instituições de ensino – amenizou os reflexos negativos de possuir um nome em completa dissonância com o gênero autopercebido pelo indivíduo. O direito ao nome, por sua vez, permanecia sem ser proporcionado de forma plena ou satisfatória.

A título de exemplo, destaca-se o artigo 4º do precitado Decreto nº 8.727/2016, que dispõe que o nome social da pessoa travesti ou transexual constará nos documentos oficiais, se requerido expressamente pelo interessado, acompanhado, no entanto, do nome civil.

Nas palavras de Marcelo Neves, a tentativa do Estado em se mostrar identificado com determinados valores através de uma legislação, sem que sua concretização normativa apresente resultados, é o que se chamaria de legislação simbólica⁷⁰².

A legislação simbólica seria, portanto, uma reação estatal frente às exigências do povo. A preocupação, por sua vez, não estaria direcionada

⁷⁰¹ BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar, São Carlos, v. 4, n. 1, jan.-jun. 2014, p. 166. Disponível em: <http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/197>. Acesso em: 25 ago. 2020.

⁷⁰² NEVES, Marcelo. A Constitucionalização simbólica. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 33.

à resolução do problema latente, mas no fortalecimento da confiança da população nos sistemas político e jurídico, apenas fazendo parecer existir uma receptividade do Estado às demandas sociais.

O nome social no Brasil é ideia que já restou superada, entendendo-se, atualmente, que as pessoas transgênero retificam o nome registral, a fim de adequá-lo ao gênero autopercebido, conquista essa que será trabalhada no tópico seguinte.

3 O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 4275 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Representando um marco importante na efetivação de direitos da população transgênero no Brasil, o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em 01 de março de 2018, reconheceu a possibilidade de modificação do nome sem a necessidade da cirurgia de transgenitalização⁷⁰³ ou de tratamentos hormonais ou patologizantes. Houve, portanto, a desjudicialização do procedimento, sendo desnecessária a autorização judicial para a alteração documental.

Dentre os embasamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275, é possível verificar a observância dos direitos à dignidade, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, previstos na Carta Magna Constitucional, bem como o direito ao nome, disposto no artigo 18 do Pacto de San José da Costa Rica.

Em seu voto⁷⁰⁴, o ministro Celso de Mello fez menção aos princípios de Yogyakarta⁷⁰⁵, que em sua introdução consagra:

⁷⁰³ Procedimento cirúrgico por meio do qual se altera o órgão genital da pessoa para criar uma neovagina ou um neofalo. Preferível ao termo antiquado “mudança de sexo”. É importante, para quem se relaciona ou trata com pessoas transexuais, não enfatizar exageradamente o papel dessa cirurgia em sua vida ou no seu processo transexualizador, do qual ela é apenas uma etapa, que pode não ocorrer. *In*: JESUS, Jaqueline Gomes de. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. 2. ed. Brasília, 2012. p. 30. Disponível em: <http://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>. Acesso em: 07 set. 2020.

⁷⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal. Voto do Ministro Celso de Mello. 2018. p. 01. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2020.

⁷⁰⁵ Depois de uma reunião de especialistas, realizada na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006, 29 eminentes especialistas de 25 países, com experiências diversas e conhecimento relevante das questões da legislação de direitos humanos, adotaram por unanimidade os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.⁷⁰⁶

O ministro Celso de Mello manifestou a importância de serem observados os postulados básicos acolhidos pela comunidade internacional, no que concerne à aplicação da legislação sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero, conforme se depreende da leitura de valoroso excerto do voto proferido:

Não se desconhece que o direito ao reconhecimento da identidade de gênero resulta consagrado, como anteriormente assinalado, nos Princípios de YOGYAKARTA, que constituem postulados básicos, acolhidos pela comunidade internacional, referentes à aplicação da legislação sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero.

Esse importante documento internacional – ao proclamar que toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei e que a identidade de gênero, autodefinida pelo próprio interessado, constitui parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade – estabelece que “Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero” (Princípio n. 3 – grifei).⁷⁰⁷

Do voto do ministro Ricardo Lewandowski (vogal), também se verifica a afirmação de que a identidade gênero é essencial para a dignidade e

de Gênero. In: CLAM. Princípios de Yogyakarta. p. 08. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 27 ago. 2020.

⁷⁰⁶ CLAM. Princípios de Yogyakarta. p. 07. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 27 ago. 2020.

⁷⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal. Voto do Ministro Celso de Mello. 2018. p. 05. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2020.

humanidade de cada pessoa, integrando o núcleo dos direitos à igualdade e à não-discriminação:

Realmente, não há espaço para dúvida quanto à importância do reconhecimento para a autoestima, para a autoconfiança, para a autorrealização e para a felicidade. Aliás, relembro que, no âmbito jurisprudencial, este Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de sublinhar, em importante julgado (Ag. Reg. no RE 477.554-MG, Rel. Min. Celso de Mello), que o direito à busca da felicidade é “verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana”.

Nesse mesmo julgamento, foram invocados os “Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero”, conhecidos como “Princípios de Yogyakarta”, que têm plena incidência no presente caso.

Com efeito, conforme a carta de princípios de Yogyakarta, a identidade gênero é essencial para a dignidade e humanidade de cada pessoa e integra o núcleo dos direitos à igualdade e à não-discriminação. Os Princípios de Yogyakarta voltam-se a tutelar a [sic] indivíduo diante da violência, do assédio, da discriminação, da exclusão, da estigmatização e do preconceito dirigidos contra pessoas em todas as partes do mundo por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero.⁷⁰⁸

Em 09 de janeiro de 2018, poucos meses antes do julgamento da ação pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos divulgou a Opinião Consultiva nº 24, tratando do tema identidade de gênero e não discriminação de casais do mesmo sexo. Nesta oportunidade, atendeu a solicitação feita pelo governo da Costa Rica, para que interpretasse as garantias estabelecidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos concernentes ao reconhecimento da mudança de nome de acordo com a identidade de gênero, e também sobre o reconhecimento dos direitos econômicos derivados de união homoafetiva⁷⁰⁹.

Insta destacar que o Brasil foi um dos 21 fundadores da Organização dos Estados Americanos (OEA), atuando no âmbito interamericano segundo os

⁷⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Edson Fachin. 2018. p. 115-116. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

⁷⁰⁹ MPF. Procuradoria-Geral da República. Corte Interamericana de Direitos Humanos divulga Opinião Consultiva sobre identidade de gênero e não discriminação. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/corte-interamericana-de-direitos-humanos-divulga-opinio-consultiva-sobre-identidade-de-genero-e-nao-discriminacao>. Acesso em: 28 ago. 2020.

princípios consagrados na Constituição Federal, e sendo signatário de tratados, convenções e declarações interamericanas nas mais diversas áreas, dentre os quais se destaca a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica⁷¹⁰.

Ao final, a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, pela Suprema Corte brasileira, foi favorável, e o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil foi reconhecido:

O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018.⁷¹¹

Sobreleva-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgada no ano de 2018, foi proposta pela Procuradoria-Geral da República em meados de 2009, tramitando, desse modo, por quase 09 anos até que houvesse o deslinde da questão.

5 APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIXADO NO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 4275

Em 15 de agosto de 2018, somente alguns meses após o julgamento proferido pela Suprema Corte do país (ADI 4275), o plenário do Supremo Tribunal Federal aplicou o entendimento fixado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ao Recurso Extraordinário (RE) 670422, com repercussão geral reconhecida⁷¹².

⁷¹⁰ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. A Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/integracao-regional/14394-a-organizacao-dos-estados-americanos>. Acesso em: 30 ago. 2020.

⁷¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Edson Fachin. 2018. p. 173. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

⁷¹² STF. STF reafirma direito de transgêneros de alterar registro civil sem mudança de sexo. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386930>. Acesso em: 02 set. 2020.

Inicialmente, cumpre aclarar que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 102, inciso III, prevê que o Supremo Tribunal Federal será competente para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo da Constituição Federal; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal; ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Ainda, em seu parágrafo 2º, encontra-se disposto que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante.

Dito isso, frisa-se que após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275 pela Suprema Corte, o direito de pessoas transgênero alterarem seu registro civil, diretamente pela via administrativa, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, foi reafirmado em julgamento de Recurso Extraordinário protocolado em 26 de janeiro de 2012.

O Recurso Extraordinário (RE) 670422 versava sobre a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação sexual. Referido recurso foi impetrado em face de um acórdão que permitiu a alteração do nome, condicionando, contudo, a alteração de gênero à realização de cirurgia de transgenitalização, determinando, ainda, que o termo “transexual” fosse anotado ao registro civil, em observância aos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos⁷¹³.

O julgamento do recurso havia sido suspenso em 22 de novembro de 2017, sendo retomado em 15 de agosto de 2018. Devido à decisão que motivou o recurso estar em completa dissonância com os princípios basilares observados no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, o ministro Dias Toffoli, relator do Recurso Extraordinário, fez alterações no voto que havia proferido em 22 de novembro de 2017, a fim de adequá-lo ao então recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Em seu voto original, antes da suspensão do processo e do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o ministro havia limitado a análise da mudança no registro de pessoas transexuais, um grupo mais restrito que transgêneros, tendo em vista que o debate da questão estava sob aquele enfoque, também se manifestando pela exigência de ordem judicial para a mudança. Ao adequar seu voto, entendendo pela desjudicialização do procedimento, reconheceu o direito pretendido não apenas aos transexuais, mas sim a todos os transgêneros.

⁷¹³ STF. Suspenso julgamento sobre alteração de registro civil sem mudança de sexo. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=362576>. Acesso em: 02 set. 2020.

Os ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes, mantiveram a exigência de atuação judicial, tendo os demais ministros seguido integralmente o voto revisado do relator.

Importa mencionar a necessidade, ainda muito presente, de decisões judiciais acerca da adequação registral de transgêneros no Brasil. Em 12 de maio de 2020, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça garantiu a uma mulher transexual o direito à alteração de prenome e gênero no registro civil, independentemente da cirurgia de redesignação sexual.⁷¹⁴

O Recurso Especial nº 1.860.649 – SP, que foi julgado por unanimidade de votos em 12 de maio de 2020, dispôs, dentre outras elucidações, o que segue: que o nome faz parte da construção da própria identidade do indivíduo; que o nome é um direito de personalidade, previsto no art. 16 do Código Civil; que, além de denotar um interesse privado, o nome também compreende um interesse público, uma vez que é o modo pelo qual o indivíduo se identifica perante a sociedade; que no caso de pessoas transexuais, a possibilidade da alteração de prenome deve ser compreendida como uma forma de garantir bem-estar e uma vida digna, além de regularizar uma situação de fato; que embora não altere o registro civil, o uso do nome social é uma das formas de garantir o respeito às pessoas transexuais, evitando constrangimentos públicos desnecessários; que no caso de o nome que consta no assentamento público se revelar incompatível com a identidade autopercebida pelo indivíduo, este terá o direito de escolher seu próprio nome, sendo essa uma decorrência da autonomia da vontade e do direito de se autodeterminar; que de acordo com o artigo 15 do Código Civil, ninguém pode ser constrangido a se submeter, principalmente se houver risco para sua vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, caso aplicável à cirurgia de redesignação sexual; que a decisão individual de não se submeter à cirurgia de transgenitalização deve ser respeitada, não podendo impedir o indivíduo de desenvolver sua personalidade; que condicionar a alteração do gênero no assentamento civil à intervenção cirúrgica é limitar a autonomia da vontade e o direito de o transexual se autodeterminar.⁷¹⁵

⁷¹⁴ IBDFAM. Transexual não precisa fazer cirurgia para alterar prenome, decide STJ. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7280/Transexual+não+precisa+fazer+cirurgia+para+alterar+prenome,+decide+STJ>. Acesso em: 06 set. 2020.

⁷¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 1.860.649 - SP (2018/0335830-4). Recurso Especial. Alteração de registro público. Lei nº 6.015/1973. Prenome masculino. Alteração. Gênero. Transexualidade. Redesignação de sexo. Cirurgia. Não realização. Desnecessidade. Direitos de personalidade. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 12 de maio de 2020. Revista Eletrônica de Jurisprudência. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=109518077&num_registro=201803358304&data=20200518&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 06 set. 2020.

No caso supramencionado, o Tribunal de Justiça do Estado São Paulo havia deferido a inclusão de prenome feminino, mantendo, no entanto, o prenome masculino da pessoa transexual como nome do meio. Na oportunidade, o pedido de alteração de gênero no registro civil foi negado, eis que se considerou imprescindível a realização da cirurgia de redesignação sexual para tanto.⁷¹⁶

Em atenção aos direitos da personalidade, e com o olhar voltado ao gênero autopercebido pelo indivíduo, o Superior Tribunal de Justiça do país deu provimento ao recurso, confirmando a desnecessidade de procedimento cirúrgico para a alteração de prenome e gênero no registro civil.

6 REGULAMENTAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS PARA ALTERAÇÃO DE PRENOME E GÊNERO NO REGISTRO CIVIL - PROVIMENTO Nº 73/2018 DA CORREGEDORIA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

Em 28 de junho de 2018, a Corregedoria Nacional de Justiça publicou o Provimento nº 73, dispondo sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN).

Para tanto, considerou, dentre outras disposições: a) a legislação internacional de direitos humanos, em especial, o Pacto de San Jose da Costa Rica, que impõe o respeito ao direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal e à honra e à dignidade; b) a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual a República Federativa do Brasil é signatária e cujos dispositivos devem ser observados sob pena de responsabilidade internacional; c) a Opinião Consultiva nº 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que trata da identidade de gênero, igualdade e não discriminação e define as obrigações dos Estados-Parte no que se refere à alteração do nome e à identidade de gênero; e d) os direitos constitucionais à dignidade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, à igualdade, à identidade ou expressão de gênero sem discriminações.

O provimento da corregedoria resolveu que toda pessoa maior de 18 (dezoito) anos completos, habilitada à prática de todos os atos da vida civil, poderá postular ao ofício do Registro Civil de Pessoas Naturais a alteração e a averbação do prenome e do gênero, com a finalidade de adequação do registro civil à sua identidade. Ainda, o artigo 4º do referido provimento dispõe que o procedimento será realizado com base na autonomia da pessoa requerente, que deverá declarar a vontade de proceder à adequação da identidade mediante a averbação do prenome, do gênero ou de ambos, perante o registrador do Registro Civil de Pessoas Naturais.

⁷¹⁶ IBDFAM. Transexual não precisa fazer cirurgia para alterar prenome, decide STJ. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7280/Transexual+não+precisa+fazer+cirurgia+para+alterar+prenome,+decide+STJ>. Acesso em: 06 set. 2020.

De acordo com a Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo (ARPEN.SP)⁷¹⁷, a norma que permitiu a alteração documental de forma menos burocrática beneficiou, em um ano, 2.033 pessoas no país, que realizaram a alteração do prenome diretamente em cartório, sem a necessidade de ingresso na via judicial para tanto.

7 UMA BREVE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA ACERCA DO PROCEDIMENTO DE ALTERAÇÃO DE NOME PRÓPRIO E GÊNERO NO REGISTRO CIVIL

Inicialmente, importa aclarar que o presente tópico não busca realizar minuciosa análise acerca da alteração registral no Estado Português, mas tão somente traçar um comparativo acerca do desenvolvimento do tema em ambos os países, tendo em vista o evidenciado até o momento, objetivando uma melhor compreensão sobre a perspectiva concernente às questões afetas ao gênero, que ainda são tabus em muitas sociedades.

Dito isso, há que se mencionar que a Convenção Europeia de Direitos Humanos⁷¹⁸, concluída em Roma, em 04 de novembro de 1950, preconiza, em seu artigo 14, a proibição à discriminação, assim dispondo:

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

Em 15 de março de 2011, foi publicada a Lei nº 7/2011 em Portugal, que passou a regular o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registro civil. Em seu artigo 2º, o diploma legal tratou acerca da legitimidade para a requisição do procedimento, dispondo que “têm legitimidade para requerer este procedimento as pessoas de nacionalidade portuguesa, maiores de idade e que não se mostrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica, a quem seja diagnosticada perturbação de identidade de gênero”⁷¹⁹.

⁷¹⁷ ARPEN.SP. Clipping – Folha de São Paulo – Mais de 2.000 pessoas trans já mudaram de nome em cartório em um ano. 2019. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=ODM4NDI=>. Acesso em: 17 out. 2020.

⁷¹⁸ OEA. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em: 17 out. 2020.

⁷¹⁹ PORTUGAL. Lei nº 7/2011 de 15 de Março. Assembleia da República. Publicação: Diário da República nº 52/2011, Série I de 2011-03-15. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/a/278089>. Acesso em: 07 set. 2020.

É possível verificar que, desde o ano de 2011, a alteração registral já era tratada como um procedimento administrativo em Portugal, simplificado, portanto, ante a desnecessidade de decisão judicial acerca da adequação do registo com o gênero autopercebido.

Cumpra apontar que, em julho de 2016, foi remetido ao Conselho Superior da Magistratura do Estado Português o “Projecto de Lei nº 242/XIII/1.ª (BE)”⁷²⁰, tendo sido elaborado parecer a respeito do direito à autodeterminação de gênero, do qual extrai-se a seguinte explanação:

A alteração de género é reconhecida no nosso ordenamento jurídico. O actual regime é aquele que resulta da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, no qual se prevê a existência de procedimento administrativo para mudança da identificação de género, relacionada com o diagnóstico da perturbação de identidade de género (art.2.º, da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março).

De acordo com a actual legislação, a instrução do requerimento inicial do procedimento deverá incluir “Relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género, também designada como transexualidade, elaborado por equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro.” (cfr.al.b), do n.º1, do art.3.º, da Lei n.º7/2011, de 15 de Março).

Sendo que, nos termos do n.º 2, do mesmo artigo, o relatório em causa deve ser subscrito pelo menos por um médico e um psicólogo.

Assim, e ainda que não se exija esterilização, ou qualquer outra mudança física, mantém-se a exigência de um diagnóstico de uma patologia, no caso perturbação mental.

No projecto de lei ora apresentado é reconhecido um direito à autodeterminação do género. Direito que é distinto do reconhecimento legal da transexualidade na medida em que dispensa a relação com tratamento de transformação física ou a existência de diagnóstico de patologia clínica.

Com o reconhecimento deste direito, a determinação do género fica, assim, apenas dependente da vontade do próprio, considerando tal determinação como um direito subjectivo e apenas dependente da manifestação de vontade.

Do referido parecer constou a importância em se considerar desnecessárias mudanças físicas para a alteração do gênero, bem como ser atentatória à dignidade da pessoa humana e um obstáculo à inclusão social a consideração da transexualidade como perturbação mental.

⁷²⁰ PORTUGAL. Conselho Superior da Magistratura. Parecer – Projecto de Lei n.º 242/XII/1.ª – Reconhece o Direito à Autodeterminação de Género. Disponível em: <https://www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2017/03/21-07-2016-A-Parecer-sobre-o-Projeto-de-Lei-n%C2%BA-242-XIII-1.%C2%AA-BE-Vers%C3%A3o-2.pdf>. Acesso em: 07 set. 2020.

Com a recomendação, objetivou-se a remoção de requisitos físicos ou médicos relacionados com a determinação de gênero do indivíduo⁷²¹.

Seguindo na análise do projeto de lei, mais especificamente no que concerne ao seu art. 4º, o parecer do Conselho Superior da Magistratura se manifestou quanto ao reconhecimento da capacidade dos maiores de 16 (dezesseis) anos para iniciarem individualmente o procedimento administrativo. Ainda que se tenha concluído que o objeto do projeto de lei versava sobre matéria de natureza marcadamente política, chama atenção o elevado grau de discussão já existente no Estado Português:

O projecto de lei tem como objecto uma matéria sensível, de natureza marcadamente política. Em termos técnicos algumas soluções deverão ser repensadas. Em particular, no que respeita à conjugação com o regime das incapacidades e quanto à intervenção dos progenitores suprimido da incapacidade dos menores.⁷²²

Por fim, após tramitação do Projeto de Lei nº 242/XIII⁷²³, publicouse, em 07 de agosto de 2018, a Lei nº 38/2018⁷²⁴, dispondo acerca do direito à autodeterminação da identidade de gênero e expressão de gênero, bem como sobre o direito à proteção das características sexuais de cada pessoa, estabelecendo, dentre outros pontos: a proibição de discriminação (art. 2º); a autodeterminação da identidade de gênero e expressão de gênero (art. 3º); a proteção das características sexuais (art. 4º); e modificações ao nível do corpo e das características sexuais da pessoa menor intersexo (art. 5º).

Acerca da legitimidade das pessoas de nacionalidade portuguesa e com idade compreendida entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos, como também das pessoas intersexo⁷²⁵, o art. 7º determina:

⁷²¹ PORTUGAL. Conselho Superior da Magistratura. Parecer – Projecto de Lei n.º 242/XII/1.ª – Reconhece o Direito à Autodeterminação de Género. Disponível em: <https://www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2017/03/21-07-2016-A-Parecer-sobre-o-Projeto-de-Lei-n%C2%BA-242-XIII-1.%C2%AA-BE-Vers%C3%A3o-2.pdf>. Acesso em: 07 set. 2020.

⁷²² PORTUGAL. Conselho Superior da Magistratura. Parecer – Projecto de Lei n.º242/XII/1.ª – Reconhece o Direito à Autodeterminação de Género. Disponível em: <https://www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2017/03/21-07-2016-A-Parecer-sobre-o-Projeto-de-Lei-n%C2%BA-242-XIII-1.%C2%AA-BE-Vers%C3%A3o-2.pdf>. Acesso em: 07 set. 2020.

⁷²³ PORTUGAL. Assembleia da República. Projeto de Lei 242/XIII. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=40397>. Acesso em: 08 set. 2020.

⁷²⁴ PORTUGAL. Lei nº 38/2018 de 07 de Agosto. Assembleia da República. Publicação: Diário da República nº 151/2018, Série I de 2018-08-07. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/115933863>. Acesso em: 08 set. 2020.

⁷²⁵ A intersexualidade se refere a um conjunto amplo de variações dos corpos tidos como

2 — As pessoas de nacionalidade portuguesa e com idade compreendida entre os 16 e os 18 anos podem requerer o procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e da consequente alteração de nome próprio, através dos seus representantes legais, devendo o conservador proceder à audição presencial do requerente, por forma a apurar o seu consentimento expresso, livre e esclarecido, mediante relatório por este solicitado a qualquer médico inscrito na Ordem dos Médicos ou psicólogo inscrito na Ordem dos Psicólogos, que ateste exclusivamente a sua capacidade de decisão e vontade informada sem referências a diagnósticos de identidade de género, tendo sempre em consideração os princípios da autonomia progressiva e do superior interesse da criança constantes na Convenção sobre os Direitos da Criança.

3 — A pessoa intersexo pode requerer o procedimento de mudança da menção de sexo no registo civil e da consequente alteração de nome próprio, a partir do momento que se manifeste a respetiva identidade de género.

Relevante apontar que, antes mesmo de haver legislação específica dispondo sobre o tema, já era possível verificar um entendimento favorável à adequação do nome registral ao género autopercebido em Portugal, o que se denota de julgado proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no ano de 2004⁷²⁶. Na época, ainda que a questão se tratasse de uma lacuna no sistema jurídico português, a decisão foi favorável, possibilitando a alteração de prenome e sexo no registo civil, conforme se observa de excertos do acórdão prolatado:

1. A única questão que importa apreciar e decidir é a de saber qual a norma que o interprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema, relativamente à matéria da alteração jurídica do sexo, uma vez que esta constitui uma verdadeira lacuna da lei (art. 10º n.º 3 do C.Cv.).

[...]

3. A matéria é melindrosa e invulgar, pelo que se impõe uma aproximação à solução final efectuada por fases concêntricas, de modo a delimitar paulatinamente o problema. Em ordem a esse

masculinos e femininos, que engloba, conforme a denominação médica, hermafroditas verdadeiros e pseudo-hermafroditas. In: JESUS, Jaqueline Gomes de. Orientações sobre identidade de género: conceitos e termos. 2. ed. Brasília, 2012, p. 25. Disponível em: <http://www.diversidadesesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-ETERMOS.pdf>. Acesso em: 08 set. 2020.

⁷²⁶ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. 1ª Secção Cível. Processo n.º 2518/2004-1. Relator: Folque de Magalhães. 2004. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2334dbc0a7d80b7d80256f7100530dcc?OpenDocument&Highlight=0,transsexualidade>. Acesso em: 15 nov. 2020.

escopo, começar-se-á, pela delimitação negativa externa.

4. Assim, importa dizer que não se conhece norma que proíba a mudança voluntária de sexo, ou que a considere acto criminoso ou atentatório dos bons costumes. Afirmação que está, aliás, em sintonia com o pressuposto do problema, ou seja, a existência de uma lacuna no sistema jurídico português relativamente à possibilidade jurídica da mudança de sexo.

5. Nova delimitação: a questão não é registal, como bem se disse na sentença, pois que não existe erro ou desconformidade entre o que se declarou e exarou no registo, uma vez que à data em que tal declaração e menção registal foram efectuadas, o sujeito tinha fisicamente o sexo declarado, no caso dos autos, o sexo masculino. A questão tem de ser resolvida à luz duma acção que tem por objecto o estado das pessoas.

[...]

10. Ora, o registo, enquanto forma de dar publicidade a certos factos, deles constando certas características, consideradas relevantes, só tem valor e interesse para a Sociedade em Geral, sua destinatária principal, se esse mesmo registo estiver conforme à realidade. Se do registo constar algo que não tenha correspondência com a realidade, ele torna-se, em vez de um factor de estabilidade social, um elemento de conflito, porque enganoso.

[...]

13. Importa agora analisar a questão pela perspectiva da pessoa. Assim, antes do mais, a realidade é que a evolução médico-cirúrgica permite, nos nossos dias, operar a ablação dos órgãos sexuais masculinos principais, o pénis e os testículos, e implantar em seu lugar uma vagina. Do mesmo modo que a ministração de estrogénios e anti-andrógenos permitem levar ao crescimento de mamas, à eliminação de pelos na face e no tronco e membros em geral, bem como à aquisição de pele fina.

14. Ora, todos estes elementos são típicos de seres humanos do sexo feminino. Por isso, a conclusão de que a realidade com que se depara é que o A., uma vez submetido à intervenção cirúrgica e tratamento acima referidos, apresenta-se fisicamente como um ser humano do sexo feminino.

18. Por isso, importa agora formular a seguinte questão: não sendo proibido, nem atentatório dos bons costumes a implantação voluntária de órgãos do sexo oposto àqueles com que se nasceu, deve o registo manter-se em desconformidade com a nova realidade relativa ao sexo adquirido por quem efectuou a dita implantação?

[...]

25. E, com isto facilmente se conclui que a resposta à questão acima colocada só pode merecer a resposta de que o registo não se deve manter em desconformidade com a realidade. Não há fundamento para tal.

26. Pelo contrário, se, perante o vício da inexistência ou nulidade originária, o registo deve ser convalidado, porque é que não deveria de ser perante um vício superveniente (se é que de vício se pode chamar a essa desconformidade)?

27. À guisa de conclusão dir-se-á que, por não existir obstáculo negativo à mudança de sexo, para que o registo continue a cumprir o seu papel de dar publicidade aos factos relevantes da sua convivência social, por forma verdadeira, entende-se que se observa o espírito do sistema criando uma norma que permita a alteração do assento de nascimento, por averbamento, no que se refere ao requisito especial do sexo, sempre que ocorra mudança físico-anatómica do sexo da pessoa cujo nascimento foi anteriormente registado.

Considerando que a possibilidade de alteração do nome, sem a necessidade de modificações físicas ou autorização judicial, somente foi reconhecida no Brasil no ano de 2018 – por meio do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal (*vide* tópico 4) – é possível concluir que a efetivação de direitos da população transgênero no Brasil se deu em passos lentos, especialmente atentando-se para o fato de que, já no ano de 2016, as discussões em território brasileiro ainda circundavam o uso do nome social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo de uma análise a respeito da identidade de gênero, a presente pesquisa deslindou, por meio de um breve retrospecto, o exercício do direito ao nome no Brasil, por pessoas transgênero, passando pela criação do nome social, que nada mais foi do que uma alternativa para o uso do nome em harmonia com a identidade de gênero, mas que representou, em verdade, a dificuldade do pleno exercício deste direito da personalidade pelas pessoas que não se identificam com seu sexo biológico.

Desse modo, foi possível vislumbrar, com mais clareza, o avanço que o entendimento proferido pela Suprema Corte brasileira, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, representou.

O Provimento nº 73, publicado pela Corregedoria Nacional de Justiça e que dispôs sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN), beneficiou, em apenas um ano, mais de 2.000 pessoas no país, mostrando o número significativo de indivíduos que viviam à margem de seus direitos, possuindo um nome em desconformidade com o gênero autopercebido.

A conquista da população transgênero no Brasil foi significativa, eis que assegurados os direitos à dignidade e ao nome, através de procedimento

mais célere e simples para a alteração de prenome e gênero no registro civil, que já pode ser realizado diretamente pela via administrativa. Todavia, as mudanças afetas às questões de gênero no país têm-se desenvolvido com parcimônia, e ainda se encontram no percurso de uma longa trajetória que precisa ser percorrida.

Em Portugal, os debates assumem patamares mais elevados, de modo que o país, além possuir legislação dispondendo sobre o direito à expressão e autodeterminação da identidade de gênero, também prevê a legitimidade das pessoas com idade compreendida entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos, incluídas as pessoas intersexo.

Não se pode perder de vista que muito do conteúdo teórico e doutrinário desenvolvido em Portugal pode influenciar o equivalente arcabouço brasileiro, eventualmente vindo a refletir em decisões judiciais, ou mesmo no ordenamento jurídico pátrio, com vistas a ampliar os horizontes no tocante ao direito das pessoas transgênero, propiciando o pleno desenvolvimento humano deste grupo ainda marginalizado na esfera social.

REFERÊNCIAS

- ARPEN.SP. Clipping – Folha de São Paulo – Mais de 2.000 pessoas trans já mudaram de nome em cartório em um ano. 2019. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=ODM4NDI=>.
- BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar, São Carlos, v. 4, n. 1, jan.-jun. 2014. Disponível em: <http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/197>.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. A Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/integracao-regional/14394-a-organi-zacao-dos-estados-americanos>.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 1.860.649 - SP (2018/0335830-4). Recurso Especial. Alteração de registro público. Lei nº 6.015/1973. Prenome masculino. Alteração. Gênero. Transexualidade. Redesignação de sexo. Cirurgia. Não realização. Desnecessidade. Direitos de personalidade. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 12 de maio de 2020. Revista Eletrônica de Jurisprudência. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=109518077&num_registro=201803358304&data=20200518&tipo=5&formato=PDF.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Edson Fachin. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal. Voto do Ministro Celso de Mello. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf>.
- CASTRO, Cristina Veloso de. As Garantias Constitucionais das Pessoas Transexuais. Birigui, São Paulo: Boreal Editora, 2016.
- CLAM. Princípios de Yogyakarta. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf.
- IBDFAM. Transexual não precisa fazer cirurgia para alterar prenome, decide STJ. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7280/Transexual+não+precisa+fazer+cirurgia+para+alterar+prenome,+decide+STJ>.
- JESUS, Jaqueline Gomes de. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. 2. ed. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>.
- MPF. Procuradoria-Geral da República. Corte Interamericana de Direitos Humanos divulga Opinião Consultiva sobre identidade de gênero e não discriminação. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/corte-interamericana-de-direitos-humanos-divulga-opinio-consultiva-sobre-identidade-de-genero-e-nao-discriminacao>.
- NEVES, Marcelo. A Constitucionalização simbólica. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- OEA. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>.
- PORTUGAL. Assembleia da República. Projeto de Lei 242/XIII. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=40397>.
- PORTUGAL. Conselho Superior da Magistratura. Parecer – Projecto de Lei n.º242/XII/1.ª – Reconhece o Direito à Autodeterminação de Género. Disponível em: <https://www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2017/03/21-07-2016-A-Parecer-sobre-o-Projeto-de-Lei-n%C2%BA-242->

XIII-1.%C2%AA-BE-Vers%C3%A3o-2.pdf.

PORTUGAL. Lei nº 38/2018 de 07 de Agosto. Assembleia da República. Publicação: Diário da República nº 151/2018, Série I de 2018-08-07. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/115933863>.

PORTUGAL. Lei nº 7/2011 de 15 de Março. Assembleia da República. Publicação: Diário da República nº 52/2011, Série I de 2011-03-15. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/a/278089>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. 1ª Secção Cível. Processo nº 2518/2004-1. Relator: Folque de Magalhães. 2004. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2334dbc0a7d80b7d80256f7100530dcc?OpenDocument&Highlight=0,transexualidade>.

STF. STF reafirma direito de transgêneros de alterar registro civil sem mudança de sexo. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386930>.

STF. Suspenso julgamento sobre alteração de registro civil sem mudança de sexo. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=362576>.

PODER JUDICIÁRIO COMO INSTITUIÇÃO E O IMPACTO DOS PRECEDENTES: ENTRE JURISPRUDÊNCIA, INDEPENDÊNCIA E *ACCOUNTABILITY*

Lucas Cavalcanti da Silva⁷²⁷

INTRODUÇÃO

Um conhecido ditado popular que envolve bolsas femininas, bebês e juízes transforma em anedota a incerteza sobre o resultado de demandas judiciais. Dependendo da intervenção judicial para a solução de determinado conflito, por mais aparente que seja a vitória, seria depender do imprevisível e admitir alguma surpresa como parte do jogo.

A crescente influência do Poder Judiciário nas decisões sensíveis ao país e a expressiva judicialização da vida deram um tom mais grave àquela ditado: de anedota que parecia retratar uma consequência inevitável da intervenção judicial a um alerta sobre a aleatoriedade do pronunciamento do Poder Judiciário como mal a ser evitado (ou minorado), principalmente quando se reconhece nele instância de consolidação sobre o que se diz ser o Direito objetivo, com os reflexos daí decorrentes na vida econômica, social e política.

O sistema legal já se apercebeu da necessidade de mudar o cenário de incerteza e mudanças legislativas foram realizadas com o escopo de prestigiar a consolidação de entendimentos jurisprudenciais e o seu respeito pelas estruturas judiciária e administrativa. Mas este movimento voltado a garantir o respeito à jurisprudência, ao que parece, tem se restringido à concepção de mecanismos recursais, típicos do ambiente processual, nada dizendo a respeito de eventual responsividade dos membros do Poder Judiciário perante a sociedade por conta de injustificados desvios de rota na decisão judicial capazes de surpreender as justas expectativas que os interessados (de dentro e de fora do processo) tinham sobre o pronunciamento do Estado.

Não é preciso procurar muito para encontrar pronunciamentos do Poder Judiciário totalmente divergentes do que ele mesmo disse há não muito tempo como verdade insuperável. Trata-se de fenômeno ainda comum e fácil de ser visto, da mais alta Corte de Justiça do país à menor de suas Comarcas. Toma-se o dito pelo não dito, e o que antes era dado como certo agora já é errado, ou, para um determinado caso, não tão certo, ou não tão errado.

⁷²⁷ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Pesquisador do Núcleo de Direito Processual Comparado da UFPR e de Grupo de Estudos, Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação da Escola Nacional de Formação de Magistrados (ENFAM). VÍNCULO INSTITUCIONAL: Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). E-mail: lucas_taubate@hotmail.com

O presente artigo trata da exigência de responsividade – *accountability* – dos membros do Poder Judiciário pelas decisões que profere em desacordo com a jurisprudência consolidada, em vista dos impactos dessa postura no funcionamento da sociedade. Procura-se afirmar que, sem observar as condições necessárias para uma superação justificada da jurisprudência, a postura dos membros do Poder Judiciário de proferir decisões divergentes com o que já se decidiu ou fomentar decisões com fundamentação *ad hoc* milita em desfavor de seu papel institucional de encerrar o processo de criação e depuração do Direito e, por conta disso, devem eles ser chamados à responsabilidade. Se a missão do Poder Judiciário é também a de consolidar o Direito, quais são as consequências perante a sociedade quando ele atua de forma a confundi-lo? O Poder Judiciário, ao contrário dos demais Poderes, não tem nenhuma carga de responsividade quando falha em desempenhar sua missão?

A primeira parte do artigo cuida de afirmar que o Poder Judiciário, por meio de seus membros, assim como Legislativo e Executivo, também é *accountable* no exercício de suas missões institucionais, e que não há qualquer incongruência (apesar de reconhecidas as dificuldades) na convivência entre independência judicial e responsividade. Ao se perceber a independência judicial como caminho para a imparcialidade do juiz no julgamento e na condução objetiva, desinteressada e dialogada do processo, e não como tábula rasa para subjetivismos, a ideia de *accountability* do magistrado não só é viável, como necessária para evitar o mau uso do poder.

O trabalho prossegue para lembrar que a missão do Poder Judiciário não se esgota na solução de conflitos intersubjetivos, porque também é chave importante para a definição do sentido, conteúdo e alcance do Direito objetivo. A edição da lei pelo Parlamento não é um momento canônico em que a norma adquire seu significado pleno, pois é pela atuação do Poder Judiciário que ela ganhará corpo a partir das nuances das situações concretas da vida para as quais foi editada.

Esta lembrança se faz importante porque é a partir das deliberações estáveis do Poder Judiciário que cidadão e sociedade podem fazer suas escolhas e projetar seus futuros. Sem um Poder Judiciário coerente e firme em suas decisões e na formação da jurisprudência não se concebem segurança jurídica, igualdade e certeza sobre o Direito, fundamentais para o convívio social.

Por conta disso, e caminhando para o final, o artigo sustenta a necessidade de se conceber mecanismos para viabilizar a *accountability* do membro do Poder Judiciário quando este se afasta da missão de pacificar o Direito e semeia decisões capazes de confundi-lo ou reescrevê-lo sem razões relevantes para tanto. A identificação da importância de debates e críticas a respeito das decisões judiciais (*accountability* social) e de espaço para a

responsabilidade administrativa (*accountability* judicial legal), a partir de determinados critérios, é caminho que se mostra necessário para alertar para a responsividade dos juízes.

1 ACCOUNTABILITY E PODER JUDICIÁRIO

O termo *accountability*, embora não conte com um correspondente exato na língua portuguesa, tem sido utilizado para definir o dever de prestação de contas e de responsividade dos agentes públicos, perante a sociedade, pelos atos praticados no exercício de suas funções. Na definição de Ilton Nortberto Robl Filho e Fabrício Ricardo de Limas Tomio:

[...] *accountability* significa a necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades. Na *accountability* vertical típica (eleitoral), por meio da eleição, os cidadãos sancionam os agentes estatais em virtude da avaliação de seus atos e pelos resultados promovidos por representantes e autoridades eleitas. Em uma variação desse tipo de *accountability* vertical (social), as organizações da sociedade e a imprensa sancionam (por meio de denúncias e exposição pública) agentes estatais eleitos ou não eleitos. Por sua vez, *accountability* horizontal (institucional) ocorre quando agentes estatais (individuais ou coletivos) podem requerer informações e justificações de outros agentes estatais, além de poder sancioná-los.⁷²⁸

A responsividade dos agentes públicos é intimamente ligada aos ideais de república e democracia⁷²⁹; afinal, para tratar da coisa pública e assumir a condição

⁷²⁸ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Rev. Sociol. Polit. [online]. 2013, v.21, n.45, pp.29-46. ISSN 0104-4478. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000100004>. p. 30.

⁷²⁹ “[...] há outro aspecto da democracia que a torna uma contribuição importante à *accountability* horizontal. Essa contribuição deriva da idéia democrática de que a autoridade política vem *de todo* e cada membro do *demos*; se é esse o caso, aqueles cidadãos que temporariamente – por rodízio, sorteio ou eleição – estão a cargo das questões políticas devem tomar suas decisões tendo em vista o bem de todos. Ademais, se o poder político vem de todos e se cada cidadão é ao menos potencialmente um participante na tomada de decisões coletivas, então – como em Atenas – todas as decisões devem ser públicas, no duplo sentido de que o processo que leva a elas está aberto à participação ampla e de que o conteúdo das decisões é acessível a todos. Mesmo que essas expectativas democráticas não levem diretamente à *accountability* horizontal, elas têm como consequência a demanda por um alto grau de transparência na tomada de decisão

de veículo de manifestação do poder, o agente do Estado (em todas as suas esferas de competência) deve exercer suas atividades de modo transparente e sindicável, apresentando as informações e justificações pertinentes, respondendo por eventuais desvios de rota. Imaginar o exercício da função pública sem mecanismos de fiscalização e controle, isto é, sem os ônus decorrentes da *accountability*, é admitir o exercício do poder pelo poder ou, quando muito, cogitar da troca da titularidade do poder, esvaziando o ideal democrático⁷³⁰.

Como engrenagem do Estado, o Poder Judiciário não só é protagonista na promoção da *accountability* em relação aos demais órgãos estatais, como também deve prestar contas de sua atuação, típica ou atípica. Ainda que o instrumento por excelência da *accountability* não alcance o Poder Judiciário no Brasil, uma vez que os juízes não são eleitos pelo povo, é preciso reconhecer que a magistratura deve ser exercida de forma consentânea com os deveres de prestação de contas, responsividade e atenção às consequências de sua atuação.

Ainda de acordo com Ilton Nortberto Robl Filho e Fabrício Ricardo de Limas Tomio, é possível identificar, em relação ao Poder Judiciário, a *accountability* judicial decisional, que impõe ao magistrado que, na sentença, apresente as principais informações sobre o caso e justifique por meio dos fatos, das leis e da constituição a sua decisão judicial; a *accountability* judicial comportamental, que reside na responsividade dos juízes pela sua

política, o que tem ao menos potencialmente uma implicação anticorrupção” O’DONNELL, G. 1998. *Accountability Horizontal e novas poliarquias*. Lua Nova, São Paulo, n. 44, p. 27-54. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44>. Acesso em: 10 abr. 2013. p. 46-47.

⁷³⁰ Nesse sentido, pertinentes as observações de Ana Maria Campos: “A questão seguinte era saber quem - fora do detentor da função pública - deveria ser reconhecido como capaz de compelir ao exercício da *accountability*; quem teria o poder de declarar alguém responsável: Um cliente, um eleitor, um burocrata de nível mais elevado, um legislador, um tribunal? Essa questão parecia envolver assuntos como representação, legitimidade do poder, o que me levou à teoria democrática: de que emana o poder delegado ao Estado? Que valores guiam o governo democrático? Daí decorreu que a *accountability* começou a ser entendida como questão de democracia. Quanto mais avançado o estágio democrático, maior o interesse pela *accountability*. E a *accountability* governamental tende a acompanhar o avanço de valores democráticos, tais como igualdade, dignidade humana, participação, representatividade. Na proporção em que as organizações oficiais aumentam seu tamanho, complexidade e penetração na vida do cidadão comum, cresce também a necessidade de salvaguardar este último dos riscos da concentração de poder nas mãos dos servidores públicos, quando esses não são representantes ativos dos cidadãos. A inexistência de controle efetivo e de penalidades aplicáveis ao serviço público, em caso de falhas na execução de diretrizes legítimas, de acordo com Mosher, enfraquece o ideal democrático do governo pelo povo, porque expõe os cidadãos aos riscos potenciais da burocracia”. CAMPOS, A. M. *Accountability: quando poderemos traduzir para o português?* Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 30-50, fev-abr Disponível em: http://material.canaldosconcursos.com.br/pdf/auditor_fiscal_da_receita_federal_administracao_publica/administracao_publica_wagner_rabello_aula_07_parte_02.pdf. Acesso em: 10 abr. 2013. p. 33.

conduta perante as partes, os advogados, os funcionários judiciais e o povo; a *accountability* judicial institucional, a qual diz com o recebimento de informações ou justificações sobre ações não jurisdicionais (administrativas, em especial), com a sanção pela realização de atos inadequados; e, por fim, a *accountability* judicial legal, relativa ao fornecimento de informações ou justificações sobre o cumprimento da lei, além da sanção no caso de sua violação⁷³¹.

Para os citados autores, as formas de *accountability* judiciais encontram-se principalmente na esfera institucional, já que o juiz é dotado de garantias extensas de independência e sem mecanismos de seleção por eleições. Por isso, no Estado Democrático de Direito, a discussão sobre a *accountability* judicial relaciona-se, necessariamente, com a independência judicial⁷³².

De fato, é tênue e delicada a relação entre responsividade dos juízes e tribunais pela atuação judicante e a independência judicial que, antes de ser só prerrogativa do magistrado, é garantia do jurisdicionado de que o julgador atuará livre de amarras e pressões das mais diversas ordens. Sem embargo, é necessário cogitar sobre um modelo que chegue o mais próximo possível do equilíbrio entre responsividade e independência judicial.

A propósito, afirma Mauro Cappelletti que não há uma relação infalível entre independência do juiz e sua imunidade à responsabilidade. Embora sempre venha à mente a relação de causa e efeito entre imunidade e a necessária independência do julgador, o autor italiano lembra que, tempos atrás, em países como a França e a Inglaterra, a imunidade do juiz era derivada da lógica segundo a qual o Estado não podia ser responsabilizado por seus atos (“*The king can do no wrong*”), sem que isso fosse suficiente, porém, para livrar os juízes de uma acentuada dependência do Poder Executivo⁷³³.

Com os olhos no Brasil, nota-se que a previsão de garantias ao juiz ao longo do tempo foi acompanhada de disposições que revelavam a visão desse como funcionário sujeito a reprimendas de órgãos superiores⁷³⁴. É de se lembrar,

⁷³¹ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Rev. Sociol. Polit. [online]. 2013, v. 21, n.45, pp.29-46. ISSN 0104-4478. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000100004>. p. 33-35.

⁷³² TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Rev. Sociol. Polit. [online]. 2013, v. 21, n.45, pp.29-46. ISSN 0104-4478. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000100004>. p. 30.

⁷³³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 31.

⁷³⁴ COSTA, Moacir Lobo da. Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura. São Paulo: RT, 1970. p. 44-47. Aliás, quando se cogitava a reforma do sistema da Justiça Civil, que culminou com a ampliação do alcance do Regulamento 737 para sua seara, consignou-

também, que até o ano de 1934 não havia concurso para magistratura, e os certames criados em seguida pouco conseguiram fazer para afastar a influência de indicações e apadrinhamentos políticos. Os golpes do Estado Novo e da ditadura militar trouxeram consigo, em períodos distintos, influência do Governo no funcionamento, composição e competência dos Tribunais.

Nota-se, pois, que, historicamente, seja no Brasil ou no exterior, garantias voltadas à independência do juiz pouco podiam contra as forças do poder político, de modo que a imunidade do juiz lhe servia muito mais como proteção na relação com as partes do processo (e com a sociedade, por consequência) do que como anteparo a ingerências indevidas. Responsividade sempre houve, talvez não pelos motivos certos.

Essa lembrança torna-se importante porque faz perceber que a relação entre independência judicial e *accountability* não compõe um jogo de soma zero e, sobretudo, o quanto a última não inviabiliza ou enfraquece a primeira, se entendidas adequadamente. Na lição de Mauro Cappelletti:

[...] imunidade e independência devem ser vistas fora do contexto mais vasto dos valores liberais e democráticos que, de modo certamente diferenciados e não sem contestação, são caros à nossa época, e que se afirmaram em nosso sistema constitucional. Um destes preciosos valores, como se disse, é seguramente o da responsabilidade (*accountability*) de quem exercita o poder público. E isto reforça que o problema da imunidade dos juízes é, mais precisamente, o problema – menos absoluto e mais pragmático – de *limites* da responsabilidade, vale dizer, um problema de *equilíbrio* entre o valor de garantia e instrumental da independência, externa e interna, dos juízes, e o valor moderno (mas também antigo, como se viu) do dever democrático de prestar contas. Como escreveu Trocker, também baseado na jurisprudência da nossa Corte constitucional, “o privilégio da substancial irresponsabilidade do magistrado não pode constituir o preço que a coletividade é chamada a pagar, em troca da independência dos seus juízes”. Com efeito, toda a problemática da responsabilidade judicial – a sua possibilidade de tensão e de conflito e a necessidade de conciliação ou balanceamento com a independência – deverá reduzir-se a um esforço dirigido a assegurar a melhor situação concreta para a atuação daqueles valores mais altos, ou seja, menos instrumentais, que se refletem nas normas fundamentais da “justiça natural”: a imparcialidade do juiz e a *fairness* processual e, conseqüentemente, o caráter tanto

se na exposição de motivos do projeto de reforma a necessidade de garantir aos juízes “meios de ação e independência de posição, quer em relação ao Governo, quer em relação às partes; faça-se efetiva a responsabilidade que a lei estabelece e ter-se-á decisivamente assegurada a exata administração de justiça, que tanto se deseja”.

quanto possível “participativo”, e nesse sentido democrático, da função jurisdicional.⁷³⁵

Nesse passo, independência judicial deve ser lembrada como elemento a garantir a imparcialidade do julgador, assegurando a posição do juiz como terceiro alheio à relação jurídica objeto da lide e a pressões internas e externas, o que o torna capaz de fomentar um processo democrático e dialógico. A garantia da independência judicial presta-se a viabilizar o adequado funcionamento do processo enquanto discurso do Estado para a construção do Direito, e não como tábula rasa a imunizar o juiz das consequências de determinada postura alheia ao Direito e às obrigações do cargo. Como pondera Daniel Mitidero:

Como se pode perceber, a independência e a imparcialidade são condições necessárias, embora não suficientes, para que se possa promover a objetividade do direito. Vale dizer: o controle intersubjetivo na sua interpretação e aplicação, evitando-se interferências institucionais e pessoais na decisão judicial. Sem independência e imparcialidade, dificilmente se pode verificar uma “*congruence between official action and declared rule*”. Daí a razão pela qual é frequente a ligação entre a independência, a imparcialidade e a “*Bindung na Recht und Gesetz*” que se exige do juiz: vale dizer, entre a independência, a imparcialidade e o “*Rule of Law*”.⁷³⁶

A independência é *status* para a imparcialidade e para a condução adequada do processo, evitando subjetivismos que conduzem a um local infenso à sindicabilidade e ao controle dos atos judiciais pelas partes e pela sociedade. Disso decorre que, ao mesmo tempo em que a independência judicial é fator importante para considerações a respeito da *accountability* dos juízes, a *accountability* judicial é fator que contribui para delinear e afirmar a independência do juiz, que, por ter compromisso com a objetividade do direito, também a ele se sujeita no exercício de seus misteres.

O juiz deve ser *accountable* no exercício da atividade jurisdicional, e, hoje, diversos mecanismos são colocados em funcionamento para tal desiderato. Conselho Nacional de Justiça, Corregedorias locais, Ouvidorias e o próprio sistema judicial de recursos viabilizam as *accountabilities* decisional, legal, comportamental e institucional em relação aos atos praticados pelos juízes e tribunais nos procedimentos judiciais e administrativos.

⁷³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes irresponsáveis? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 33-34.

⁷³⁶ MITIDIERO, Daniel. *Accountability e transparência da Justiça Civil. Uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 29.

Mas algo que ainda não parece bem sedimentado, até por conta da complexidade na concepção de mecanismos de controle e de mobilização social, é a responsividade do Poder Judiciário quando falha em aspecto relevante da atividade jurisdicional, que tem impacto mais profundo no tecido social do que as atuações individuais hoje submetidas a controle: a omissão, por vezes comissiva, de manter jurisprudência íntegra, estável e coerente.

Deveras, não são raras as ocasiões em que os magistrados, notadamente dos Tribunais Superiores, promovem viradas radicais de entendimentos de há muito consolidados a respeito do Direito objetivo, muitas delas pontuais e efêmeras, ou não adotam postura visando à solidificação de um entendimento então vacilante, atentando contra princípios caros a uma sociedade que se pretende organizada, tais como a igualdade, impessoalidade, segurança jurídica e certeza do direito. Tal postura muitas vezes é justificada na independência judicial e ignora por completo a missão institucional do Poder Judiciário de depurar o Direito e oferecer à sociedade estabilidade em suas relações jurídicas. É chegada a hora de reconhecer que, nessa postura, também o juiz deve prestar contas e observar certo grau de responsividade.

3 O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTITUIÇÃO E O PAPEL DE DEPURAÇÃO DO DIREITO

O Estado de Direito e o princípio da separação de poderes envolvem, segundo Jeremy Waldron, preocupações sobrepostas. Para ele, insistir em ser governado pela lei e não por homens (*Rule of Law*) é, entre outras coisas, insistir em ser regido por um processo que responde à articulação institucional exigida pela separação de poderes. Os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo devem ter sua palavra separada e bem articulada antes de o poder do Estado impactar a vida do indivíduo. O princípio da separação de poderes estabelece que as tarefas de Legislativo, Executivo e Judiciário têm, cada uma delas, uma integridade própria, apesar da dificuldade, lembrada por Waldron, de evitar a contaminação da atividade do Poder Judiciário em outros Poderes a partir do “*law-making authority*”, derivado principalmente de um sistema de precedentes, mas não só dele. Isso porque a jurisprudência, na atividade interpretativa, dá novo sentido e forma às normas⁷³⁷.

Com efeito, embora a atividade do Poder Judiciário, tradicionalmente, seja identificada como a de aplicar as leis ao caso concreto, resolvendo conflitos intersubjetivos, é fato que seus pronunciamentos transbordam para muito além do caso em julgamento. O mesmo Jeremy Waldron lembra que a lei apresenta por vezes conceitos fluidos e que sua aplicação é reclamada

⁷³⁷ WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice, 54 B.C.L. Rev. 433 (2013), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/v.54/iss2/2>

a partir das idiossincrasias de cada pessoa nela interessada, de modo que o sentido da lei acaba sendo determinado pelo próprio Estado em sua atuação judicial. A lei, portanto, torna-se objeto de argumentação e é reconstruída a partir dela, de modo que, mais do que assegurar o respeito à lei formal, o Estado de Direito deve prestigiar o processo de argumentação que forja o sentido da lei, que ocorre no âmbito do Poder Judiciário.⁷³⁸

Na linha do que sustenta Waldron, também por intermédio do processo judicial o Estado dita o Direito, definindo o conteúdo das normas jurídicas, que no seu momento de nascimento nas Casas Legislativas não passam pelo teste de validação (e concretização) que só as situações da vida são capazes de oferecer. Daí se torna intuitivo que, sem prejuízo da governança articulada e da integridade das funções que advém da separação de poderes, os Poderes Legislativo e Judiciário trabalham, cada um em seu momento, na consolidação das normas jurídicas e, por conseguinte, na estabilidade do Direito.

É neste contexto, como já se escreveu alhures⁷³⁹, que sociedade e Poder Judiciário devem apreender a importância de atuação deste em respeito a um sistema estável de deliberações sobre o que é o Direito, para o que deve sopesar a independência judicial e o pertencimento do juiz a uma instituição una e coerente. Se o Direito nasce do texto legal e amadurece nas decisões das Cortes, não se pode sustentar que os juízes só são vinculados ao texto legislativo e à sua consciência, mas também devem se dizer vinculados ao que já decidido anteriormente pelo sistema judicial⁷⁴⁰, a menos que haja razões fáticas e jurídicas para superação do que já decidido, com nova estabilização de entendimento.

A atuação jurisprudencial na definição do Direito, como já se disse, ultrapassa as dobras do caderno processual e irradia efeitos no cotidiano da população, dando norte para a compreensão de seus direitos e a construção, por si, de solução para suas controvérsias sem demandar a intervenção judicial. Os pronunciamentos do Poder Judiciário, marcadamente de seus tribunais de vértice, são voltado aos jurisdicionados como forma de lhes conceder segurança para o regramento de suas condutas e para que possam pautar suas escolhas na vida em sociedade; afinal, como aponta Neil MacCormick, “(...) se uma certa decisão pode ser adequadamente dada para um certo caso, então, materialmente, essa mesma decisão tem que ser a correta em qualquer caso

⁷³⁸ WALDRON, Jeremy. The rule of law and the importance of procedure. In: FELMING, J. Getting to the rule of law. New York: New York U. Press, Nomos, 2011. p. 18-20.

⁷³⁹ SILVA, Lucas Cavalcanti da; ANDRADE, Melanie Merlin. Quem somos e os precedentes que queremos: em busca de coerência, segurança jurídica e o fortalecimento das instituições sob a ótica de Neil MacCormick. In: SALOMÃO, Luis Felipe (Coord). A magistratura do futuro. Rio de Janeiro: Editora JC, 2020. p. 115-142.

⁷⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 92-94.

materialmente similar”⁷⁴¹, no que o jusfilósofo escocês identifica como “ética do legalismo”. A este respeito, explica Luiz Guilherme Marinoni:

De acordo com a “ética do legalismo”, há valores morais e sociais específicos que dependem da manutenção e suporte de uma ordem normativa institucional, para o bem da paz e da previsibilidade entre os seres humanos, e como condição (mas não garantia) para manter-se a justiça entre eles [...] A previsibilidade das decisões, vista como legalismo, constitui valor moral imprescindível para o homem, de forma livre e autônoma, poder se desenvolver, e, portanto, estar em um Estado de Direito, ou seja, em um Estado que assegure a estabilidade do significado do Direito⁷⁴².

O exercício pleno das liberdades do cidadão enquanto partícipe da sociedade passa pela segurança de conhecer o que está dentro e o que está fora da ordem jurídica, viabilizando a responsabilidade pessoal do indivíduo. Os tribunais devem ser capazes de comunicar com clareza aos jurisdicionados o sentido do Direito e, mais do que isso, devem exercer a autocontenção de forma a evitar a tentação de fazer da criação da jurisprudência jogo de roleta russa. A este respeito, José Rogério Cruz e Tucci consigna:

A jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade do direito e, portanto, evita posteriores oscilações e discussões no que se refere à interpretação da lei. Os cidadãos baseiam as suas opções não apenas nos textos legais vigentes, mas, também, na tendência dos *precedentes* dos tribunais, que proporcionam àqueles, na medida do possível, o conhecimento de seus respectivos direitos. A uniformidade da jurisprudência integra o cálculo de natureza econômica, sendo a previsibilidade que daquela decorre uns pressupostos inafastável para o seguro desenvolvimento do tráfico jurídico-comercial: uma mudança abrupta e não suficientemente justificada da orientação pretoriana solapa a estabilidade dos negócios⁷⁴³.

A legislação processual brasileira tem buscado nos últimos anos implementar mudanças na cultura jurídica no que pertine ao respeito aos precedentes e à estabilização da jurisprudência. A criação de institutos como a assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas

⁷⁴¹ MACCORMICK, Neil. Natural law and the separation of law and morals. In: GEORG, Robert (Coord.). *Natural Law Theories: Contemporary Essays*. Oxford: Clarendon Press, 1992. p. 120-121.

⁷⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 129-130.

⁷⁴³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 296.

(artigos 947 e 976 do Código de Processo Civil) e a imposição de maior ônus argumentativo ao juiz para decidir casos em que há formação de precedentes qualificados (artigo 489, §1º, V e VI, do Código de Processo Civil) são indicativos deste movimento de reconhecimento do processo judicial como instrumento de construção do Direito para além da relação intersubjetiva decidida na espécie. A legislação ordinária, então, parece cada vez mais refletir a estrutura hierarquizada do Poder Judiciário no que atine aos órgãos competentes para pacificar o entendimento da jurisprudência a respeito da legislação federal (Superior Tribunal de Justiça, artigo 105, III, da Constituição Federal) e da Constituição (Supremo Tribunal Federal, artigo 102, III, da Constituição Federal).

A influência desta carga normativa da jurisprudência⁷⁴⁴, é relevante lembrar, por vezes acaba por transbordar o espaço que, teoricamente, a ordem jurídica reserva à atuação do Poder Judiciário, o que faz destacar ainda mais o impacto da atuação deste Poder na vida da sociedade, revelando, por vezes, diferentes contextos de crise.

Luigi Ferrajoli denuncia uma aparente crise do Estado de Direito decorrente da inflação legislativa e da disfunção de sua linguagem, de tal modo que a racionalidade da lei - que para Hobbes serviria de contraponto às inconstâncias da jurisprudência - acaba por abrir caminho à discricionariedade dos juízes e a formação jurisprudencial do direito, com o conseqüente risco de perda de certeza que dele se espera⁷⁴⁵.

Gilberto Bercovici, de seu turno, afirma que o papel que o Poder Judiciário vem desempenhando na sociedade tem ultrapassado as funções concebidas pelo arranjo constitucional. Bercovici vê como contributo a uma

⁷⁴⁴ “Nos últimos tempos, tem-se dado a devida atenção à carga normativa da jurisprudência. Tem-se reconhecido que decisões judiciais são mais do que fonte do direito: são o próprio direito”. ALVIM, Teresa Arruda. Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 80.

⁷⁴⁵ “En el primer aspecto, la crisis afecta al principio de legalidad, que como se ha dicho es la norma de reconocimiento propia del estado legislativo de derecho. Y tiene su génesis en dos factores: la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal, frutos de una política que ha degradado la legislación a administración, difuminando la distinción entre ambas funciones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos. Las leyes, en todos los ordenamientos avanzados, se cuentan ahora ya por decenas de miles y están formuladas en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos; hasta el punto de que en Italia el Tribunal Constitucional ha tenido que archivar como irreal el clásico principio de que la ignorancia legis en materia penal no excusa. Así, la racionalidad de la ley, que Hobbes había contrapuesto a la «iuris prudentia o sabiduna de los jueces desordenados» del viejo derecho común, ha sido disuelta por una legislación obra de legisladores todavía más desordenados, que abre el camino a la discrecionalidad de los jueces y a la formación jurisprudencial, administrativa o privada del derecho, según el antiguo modelo premoderno, con la consiguiente pérdida de certeza, de eficiencia y de garantías”. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 36.

crise da teoria da Constituição e da teoria do Estado o agigantamento do Poder Judiciário e o papel que ele mesmo lhe conferiu de suposto detentor do monopólio do Direito, arrogando-se de maneira equivocada como o detentor da última palavra sobre o sentido da Constituição⁷⁴⁶.

Seja como for, por vezes de maneira ativista, tantas outras de maneira deferente aos demais Poderes, o espraiamento da interferência das deliberações do Poder Judiciário no cotidiano da sociedade não pode ser ignorado. E, nesse sentido, não podem ser ignoradas as consequências jurídicas, sociais e políticas de um Poder Judiciário que não garante pronunciamentos coerentes com o que já se decidiu a respeito, seja pelo fomento de decisões com fundamentação *ad hoc*, seja pela admissão de julgados vacilantes sobre determinada questão, seja, ainda, pela aceitação de um conceito de independência judicial que autoriza os juízes a decidirem os processos de maneira divergente do entendimento jurisprudencial consolidado sem encarar o ônus argumentativo daí decorrente.

A partir daí, é preciso que se considere a necessidade de responsividade dos membros do Poder Judiciário pela insegurança jurídica e pelos reflexos nos princípios da igualdade e da legalidade que decisões como as acima mencionadas causam na rotina do tecido social. O cerceio às críticas recebidas pelo Poder Judiciário promovido pelas Cortes Superiores em alguns casos, por conta de determinadas decisões, deve dar lugar à autocrítica e, sobretudo, ao reconhecimento de mecanismos de controle social, político e legal à atuação do Poder Judiciário, por meio de seus membros, desconforme à sua institucionalidade e à pacificação do sentido do Direito. Deve ser objeto de atenção a relação entre respeito à jurisprudência pela magistratura e elementos de *accountability*.

4 JURISPRUDÊNCIA, INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E ACCOUNTABILITY DO PODER JUDICIÁRIO

O exercício da jurisdição, sob a perspectiva da institucionalidade do Poder Judiciário⁷⁴⁷, não pode conviver com a prolação de decisões que contrariem e minem jurisprudência consolidada sobre determinado tema, ou que não contribuam para a consolidação do Direito, porque tal situação configuraria um atentado a uma das razões da existência do Poder Judiciário. Admitir este quadro é aceitar o exercício do poder pelo poder, ignorando o dever que o justifica. Em exercício de analogia,

⁷⁴⁶ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2003. p. 120-126.

⁷⁴⁷ Sobre o tema da construção de uma moralidade institucional no contexto brasileiro, recomenda-se a leitura da tese de doutorado de ANDRADE, Melanie Merlin de. Positivismo jurídico inclusivo e moralidade institucional: uma reflexão sobre o contexto brasileiro. 2021. No prelo.

seria como aceitar que o Poder Executivo pudesse naturalmente fomentar ações contrárias à continuidade e perenidade dos serviços públicos, ou que o Poder Legislativo pudesse sustentar a vigência de leis conflitantes entre si ou exigir do Poder Executivo, no exercício do dever-poder de fiscalização, posturas dissonantes no cumprimento de uma mesma norma.

É preciso ressaltar que a independência do juiz não é desautorizada pelo dever de observar a jurisprudência. Não há disposição legal ou princípio que permitam confundir a independência do juiz na análise de fatos e provas e na condução do processo com autorização para decidir de forma contrária ao Direito (àquilo que os tribunais dizem ser o Direito). Como aponta Evaristo Aragão dos Santos:

Participar desse processo de condução da sociedade é algo muito maior, com a devida vênia, do que identificar a independência do juiz com a possibilidade de, irrestritamente, interpretar à sua maneira o Direito, mesmo contra orientações legitimamente consolidadas pelo próprio Estado, como se o juiz fosse a personificação do sistema em si, e não apenas parte dele (...) Esse processo de orientação da sociedade é uma obra coletiva, nunca uma atuação solitária. Por isso, reconhecer a autoridade do precedente judicial implica admitir que existem algumas limitações na liberdade que qualquer órgão judicial, em algum momento, terá na interpretação do direito.⁷⁴⁸

O desrespeito à jurisprudência ou a adoção de postura tendente a tornar os pronunciamentos do Poder Judiciário incertos maculam não só o postulado da segurança jurídica, mas contribuem para o afogamento da máquina judiciária ao produzir incentivos para a litigância de massa, o uso do Poder Judiciário como local para enriquecimento (lícito e ilícito) e para gastos de energia com aqueles que se usam da máquina para postergar suas obrigações, afastando aqueles que, atônitos com a ineficácia do sistema de justiça, admitem o perecimento de seus direitos. A responsabilidade do Poder Judiciário e seus membros por um agir inconstante, então, ultrapassa os limites relativos à certeza do direito porque é capaz, como se vê, de inviabilizar o adequado exercício da atividade jurisdicional⁷⁴⁹, que é fundamental em termos

⁷⁴⁸ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 190.

⁷⁴⁹ “[...] os magistrados podem contribuir diretamente para as mazelas do Judiciário e a independência de seus membros em relação à lei e à jurisprudência (anarquia judicial e ausência de investimento em capital jurídico) pode ser um problema, ou seja, o comportamento divergente do Judiciário pode levar à sua própria sobreutilização” GICO JR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set/dez. 2014. p. 173. O mesmo autor, a partir de inequações, indica os reflexos da ausência de uma jurisprudência estável (segurança jurídica), que ele nomina como “capital jurídico”, no funcionamento do Poder

de higidez do Estado Democrático de Direito e estratégico do ponto de vista econômico e político.

Teresa Arruda Alvim chega mesmo a afirmar que a alteração repentina da jurisprudência, quando o novo entendimento garante vantagem jurídica do Estado, invertendo situação então favorável ao cidadão (como em matérias tributárias, por exemplo), caracteriza espécie de *venire contra factum proprium* do Estado. Para ela, “não deve o particular arcar com os ônus decorrentes da incoerência da conduta dos representantes do Estado”⁷⁵⁰.

Os malefícios de um sistema judicial que é indiferente à coerência e à responsividade pela estabilidade do Direito vão além. A convivência com decisões que não contribuem para a estabilidade da jurisprudência ou que se concentram em casuísmos de ocasião fomenta o atendimento de interesses de detentores

Judiciário: “O subinvestimento em capital jurídico pode levar a um aumento da divergência entre as probabilidades subjetivas de êxito do autor atribuídas pelo próprio autor (PA) e pelo réu (PR). O aumento do hiato de expectativas aumenta o retorno esperado do litígio e, *ceteris paribus*, o número de litígios. Se houvesse incentivos adequados para o investimento em capital jurídico por parte dos magistrados, a expansão do número de litígios faria com que se formasse jurisprudência que, por sua vez, informaria a baixos custos a autor e réu que conjunto de regras seria aplicado pelo Judiciário em casos semelhantes no futuro, fazendo convergir tais probabilidades subjetivas (PA→PR). No limite, pressupondo-se ausência de informações privadas, PA = PR. Por outro lado, se a regra jurídica aplicada a cada caso varia com o posicionamento ideológico do magistrado (subinvestimento em capital jurídico) e a distribuição de casos é feita de forma aleatória, então, autor e réu podem ter muita dificuldade em estimar PA e PR. No limite, tal estimativa pode ser impossível e as partes estariam diante de uma incerteza [...] A insegurança jurídica, todavia, não afeta apenas a capacidade de as partes estimarem suas chances de sucesso; ela também afeta a capacidade de estimar o que está juridicamente disponível como resultado do próprio litígio, isto é, U. Diante da inexistência de regras jurídicas, autores potenciais — otimistas ou não — podem iniciar ações para que magistrados reduzam os juros de um financiamento, ainda que tais juros estejam de acordo com o mercado; podem pedir para que um magistrado obrigue a outra parte a negociar um desconto na mensalidade escolar; podem pedir R\$ 500 mil de um hospital por supostos danos morais decorrentes de um atendimento médico supostamente grosseiro, ainda que eficaz etc. Sem um parâmetro claro acerca do que é ou não um interesse juridicamente protegido, ou seja, o que é viável pedir ao Judiciário e, hoje, a imaginação dos autores é o limite do que pode ser pedido e, portanto, de U esperado. Nesse sentido, a existência de um déficit de capital jurídico e a decorrente insegurança jurídica levam a uma redução do número de acordos e a uma expansão no número de litígios. Essa expansão será contida apenas quando o próprio Judiciário começar a aplicar as mesmas regras aos mesmos casos e, assim, a sinalizar de forma clara às prospectivas partes. Sem a formação de capital jurídico, a insegurança jurídica poderá levar a um incremento do uso do Judiciário e, ao fim e ao cabo, a sua sobreutilização. Velhas questões serão litigadas de novo e de novo e de novo, em um círculo vicioso que se realimenta e, cada vez mais, gera insegurança e, portanto, (sobre)utilização do Judiciário”. p. 184-185.

⁷⁵⁰ Daí porque, segundo a autora, indispensável a modulação dos efeitos da decisão, com aplicação adequada da regra do art. 927, §3º, do Código de Processo Civil. In ALVIM, Teresa Arruda. Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 166.

do poder e milita contra a força normativa da Constituição. A este respeito, tratando da equívoca aceitação da promoção de julgados com fundamentação *ad hoc* e dos problemas daí decorrentes, expõe Marcelo Neves:

Na jurisdição constitucional brasileira, problema persistente em relação ao manuseio dos princípios constitucionais, da técnica da proporcionalidade e do modelo de ponderação, assim como também ao emprego de outras estratégias argumentativas, reside no fato de que a decisão e os argumentos utilizados para fundamentá-las tendem a limitar-se ao caso concreto *sub judice*, mas não oferecem critérios para que se reduza o “valor surpresa” das decisões de futuros casos em que haja identidade jurídica dos fatos subjacentes. Dessa maneira, começa a história, novamente, caso a caso, ao sabor das novidades metodológicas e doutrinárias. Não se sedimenta uma jurisprudência que construa precedentes orientadores de futuros julgamentos [...] A maleabilidade, no âmbito da qual as mitigações são frequentes e a “exceção” pode tornar-se a “regra”, é prejudicial à força normativa da Constituição e à autoconsistência constitucional do direito. Essa maleabilidade, em certas situações hiperpolarizadas, pode servir à acomodação da Constituição a interesses concretos do eventual detentor do poder ou, também, da respectiva oposição.⁷⁵¹

Mais adiante, prossegue o mesmo autor:

Essas observações conceituais têm um significado muito relevante para o caso brasileiro. Não só no que diz respeito à questão dos princípios e da ponderação entre elas, há um estilo *ad hoc* de argumentar na jurisprudência constitucional brasileira. Mas a principiologia e o modelo de sopesamento, se adotados de forma muito maleável e tecnicamente imprecisa, atuam como um estimulante de um “casuísmo” descomprometido com a força normativa da constitucional e a autoconsistência constitucional do sistema jurídico. A ponderação *ad hoc* concentra-se nos efeitos de curto prazo ou imediatos, “negligenciando os de longo prazo”. Nesse contexto de maleabilidade e imediatismo, o domínio dos particularismos eventuais pode invadir, com mais facilidade, o processo de concretização e minar, caso a caso, a ordem constitucional [...] Assim como a prática jurídico-constitucional condiciona a sua reconstrução jurídico-dogmática e jurídico-teórica, esta influencia aquela, sendo fundamental para o seu aprimoramento.⁷⁵²

⁷⁵¹ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 198-200.

⁷⁵² NEVES, Marcelo. op cit. p. 201-202.

Não se coloca em dúvida que a jurisprudência, mesmo a mais consolidada, pode ser modificada, mas para tanto exige-se significativa dose de mudanças estruturais (no tecido social; na realidade política; na rotina econômica; no senso de justiça) que justifiquem uma alteração na concepção do que é o Direito⁷⁵³; além disso, exige-se certa sobrecarga argumentativa e, sobretudo, transparência e sinalização clara sobre a mudança de orientação⁷⁵⁴.

O que não se admite é relegar à sociedade às idiossincrasias e interesses do julgador da vez, deixando este jogo de azar no controle de agentes estatais sem qualquer sombra de responsividade.

Evidentemente, a afirmação da *accountability* dos integrantes do Poder Judiciário não pode significar que estes exerçam a jurisdição temerosos por punição e inseguros quanto à sua independência judicial. Já se disse que quando os juízes tiverem medo, a sociedade não poderá dormir tranquila.

É indispensável que os juízes ajam com liberdade para análise dos elementos de fato e de direito pertinentes ao caso em julgamento e que tenham segurança para realizar distinções necessárias em relação aos precedentes ou jurisprudência pertinentes. A técnica do *distinguishing*, aliás, contribui para o aprimoramento de precedentes ao lhes aclarar os limites e espaço de aplicação. Embora hoje a realidade do Poder Judiciário seja o trato de demandas de massa e repetitivas, é fato que o mundo do Direito é vasto e a riqueza da realidade muitas vezes impede ou não recomenda que se pensem em soluções prontas e unívocas.

Convém ainda observar que a *accountability* judicial legal que se propõe não está na não aplicação pelo juiz de julgados esparsos ou isolados, citados pelas partes e que não representam, efetivamente, manifestação de uma jurisprudência. A citação de ementas de julgados como argumento de reforço pelas partes não é o mesmo que colocar em debate a adequação do caso concreto a um entendimento jurisprudencial consolidado, e a postura do juiz que, por meio de *distinguishing* ou de simples rejeição daqueles julgados por incompatibilidade ao caso em julgamento não pode ser tida como conduta sujeita à responsividade.

Nesse sentido, é importante que se diga que a proposta de responsividade pelo respeito à jurisprudência pressupõe que esta efetivamente exista de forma estável, íntegra e coerente, tal como exige dos tribunais o artigo 926 do Código de Processo Civil. Só é possível falar em responsividade nesta hipótese se os integrantes das cortes compreenderem a feição institucional de

⁷⁵³ Sobre as hipóteses de superação dos precedentes, vide: MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes. O desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 233-314.

⁷⁵⁴ ALVIM, Teresa Arruda. Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

suas decisões. A construção, viabilização e a própria aplicação da *accountability*, então, começam de cima.

A posição topográfica do artigo 926 do Código de Processo Civil diz muito a seu respeito e sobre sua importância para o sistema processual. Ele inaugura o Livro III do Código de Processo Civil, tratando-se, pois, do primeiro artigo pertinente aos processos nos tribunais, mais especificamente sobre a ordem destes processos. Não é possível falar sobre o funcionamento dos tribunais e disciplinar sua rotina procedimental sem tomar como ponto de partida a manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. Antes de tratar dos pormenores do processamento de recursos das mais diversas espécies, e antes de lembrar aos juízes de seu dever de observância de precedentes vinculantes ou persuasivos (artigo 927), o Código de Processo Civil assenta no artigo 926 verdadeira premissa para se pensar os tribunais.

É dos integrantes dos tribunais, notadamente os superiores, o dever de, primeiramente, consolidar a tradição de respeito à jurisprudência, construindo-a de forma *perene*. O respeito aos pronunciamentos reiterados e consolidados dos tribunais pelos seus integrantes é o primeiro passo, até porque só se pode exigir o respeito alheio quando há respeito próprio. Somente após este passo, e com o respeito ao princípio da colegialidade a cada decisão monocrática, é que se pode pensar em responsividade do restante da magistratura, porque só assim se poderá identificar o que é jurisprudência consolidada.

Sustenta-se a necessidade de *accountability* dos membros do Poder Judiciário quando em evidência seu perfil institucional, quando nítida a tensão entre jurisprudência e independência, tratando-se esta última de maneira equivocada a ponto de lhe dar primazia em relação à primeira. A responsividade judicial que se prega é aquela que decorre do evidente desprezo pela coerência e estabilidade do Direito, sedimentado em jurisprudência firme, em nome de um propalado poder do juiz de decidir de acordo com sua livre convicção.

Os instrumentos legais e normativos hoje vigentes, ainda que com alguma elasticidade, poderiam ser interpretados e aplicados para se admitir responsividade da magistratura pela adoção de comportamento e decisões contrárias à jurisprudência consolidada, enviando sua responsabilidade administrativa, em espécie de *accountability* judicial legal

O Código de Ética da Magistratura, por exemplo, exige do magistrado, em respeito à Constituição da República e às leis do País, o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos (artigo 2º) e a prolação de decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente à luz do Direito aplicável (artigo 24). A Lei Federal n. 1.079/50, de seu turno, classifica como crime de responsabilidade do Ministro do Supremo Tribunal Federal a atuação patentemente desidiosa no cumprimento dos deveres do cargo (artigo 39, 4).

Como mencionado anteriormente, a atuação judicial que respeita e contribui para a manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente colabora para o fortalecimento da instituição do Poder Judiciário. Observar precedentes e a jurisprudência consolidada, tomando cuidado com distinções e superações injustificadas, milita em favor de valores democráticos como a igualdade e a certeza jurídica, o que é totalmente oposto da atuação discricionária e aleatória a respeito do que é o Direito. Se o Direito é resultado do que as Cortes dizem sê-lo, tendo como ponto de partida o texto legal, justificar uma decisão à luz do Direito aplicável é, sim, prestigiar a jurisprudência e trabalhar por sua estabilidade.

A respeito do terreno espinhoso dos crimes de responsabilidade, não é exagero pensar que um magistrado da Suprema Corte, encarregada de pacificar entendimentos a respeito de matéria constitucional, descumpra com o dever do cargo ao fomentar decisões casuísticas ou com fundamentação *ad hoc*, fugindo de interpretações há muito tempo consolidadas de tal forma a desestabilizar a jurisprudência e transformar em dúvida a certeza que a sociedade e todo o restante do sistema judicial até então tinham a respeito de determinado tema.

É verdade que a leitura que acima se sugeriu dos citados dispositivos tem uma amplitude que lhe afasta das interpretações tradicionalmente aceitas para sua aplicação. Entretanto, a abertura para tais sugestões decorre do próprio esforço que se tem notado na seara legislativa e jurisprudencial para alterar a cultura de respeito a precedentes e à jurisprudência. Se o movimento das instituições agora pende para uma nova concepção do papel do juiz na construção e observância de jurisprudência estável, íntegra e coerente, não é demais admitir que, com ele, as disposições relativas à responsabilidade da magistratura ganhem contornos diversos.

Ainda que não se admita uma nova interpretação aos dispositivos acima mencionados capaz de abarcar a necessidade de respeito ao discurso institucional do Poder Judiciário traduzido em jurisprudência íntegra, estável e coerente, a proposição de uma forma de *accountability* judicial que leve isso em conta pode se dar de *lege ferenda*. O que não parece mais cabível é admitir que agentes de um dos Poderes da República sigam a desprezar ou ignorar sua missão institucional de pacificação do Direito como se consequência natural e inevitável do seu próprio agir.

O espaço da *accountability* social voltada ao Poder Judiciário também não deve ser desprezado. O Poder Judiciário não pode se arvorar em órgão estatal alheio ou imune ao controle social, muito menos como órgão de censura à reação social a suas decisões. Quando se diz que “decisão judicial não se discute, se cumpre” afirma-se a imperiosidade do cumprimento da ordem judicial não mais passível de recurso, e não que esta ordem seja

alheia ao controle social e ao debate público a respeito de seu acerto e de sua colaboração para a construção do Direito. Os juízes, como quaisquer outros agentes do Estado, estão sujeitos a críticas pelos atos praticados no exercício de suas atividades, e é seu dever recebe-las de maneira paciente e aberta⁷⁵⁵.

A *accountability* social dos membros do Poder Judiciário não deve ter sua força menosprezada. Recentemente, por exemplo, foi notícia a suposta influência da mídia e da opinião pública que alertaram para o aparente desacerto de interpretação da Constituição que violava de frente o texto constitucional⁷⁵⁶, com as graves consequências daí decorrentes sobre o sentimento da população a respeito da autoridade da Constituição.

O que se quer destacar não é a suposta influência da opinião pública na formação do convencimento dos Ministros, até porque é esperado que magistrados experientes não se deixem conduzir por pressões externas. O que se pretende realçar, em verdade, é a responsividade dos agentes do Poder Judiciário, sustentada pela opinião pública, a respeito de suas decisões que interferem na compreensão da Constituição e das leis, com impacto significativo na vida da população.

CONCLUSÃO

A responsividade dos agentes públicos é inerente ao regime democrático. Se o agente público é o veículo pelo qual se manifesta o poder estatal, e se este é emanção do poder originário do povo, é um pouco mais do que evidente que aquele deve prestar contas de sua atuação à sociedade.

O Poder Judiciário não está alheio a esta lógica. Ainda que a atividade jurisdicional pressuponha a independência do magistrado, esta nem de longe pode ser encarada como obstáculo à responsividade. Aliás, como se viu, a independência do juiz não é concebida com o escopo de torna-lo imune à prestação de contas. Já vai longe o tempo em que o magistrado não respondia à sociedade e às partes, porque de há muito superada a ideia de que o Estado não pode errar.

O reconhecimento de que os membros do Poder Judiciário também são *accountable* deve ir além da responsabilização por desvios éticos. É preciso lembrar que é missão do Poder Judiciário também a pacificação do Direito, e

⁷⁵⁵ Art. 26 do Código de Ética da Magistratura. O magistrado deve manter atitude aberta e paciente para receber argumentos ou críticas lançados de forma cortês e respeitosa, podendo confirmar ou retificar posições anteriormente assumidas nos processos em que atua.

⁷⁵⁶ PERON, Isadora; MARTINS, Luísa. "Decisão do Supremo deve aumentar contestações a Fux dentro da Corte. Redes sociais, comunidade jurídica e pressão de mídia influenciaram votos". O Globo 08/12/2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/12/08/decisao-do-supremo-deve-aumentar-contestacoes-a-fux-dentro-da-corte.ghml>. Acesso em: 09 dez. 2020, às 13:53h.

quando os agentes de tal Poder caminham em sentido contrário a esta missão devem aceitar sua posição como agentes *accountables*.

Não se nega a dificuldade de, com os instrumentos legais hoje colocados à disposição, fomentar algum tipo de responsividade dos magistrados pela sobreposição de uma visão distorcida de sua independência em detrimento da construção coerente e harmônica da jurisprudência. Não se nega, também, que a incipiente cultura de respeito aos precedentes no país dificulta não só afirmar o desvio de uma decisão, mas a própria existência de uma jurisprudência consolidada e coesa.

Com a indispensável superação destas dificuldades, tem-se por necessário sustentar, ainda que de *lege ferenda*, a construção de alternativas razoáveis e proporcionais que garantam a *accountability* dos agentes que exercem o papel primordial de terminar (e aprimorar) a construção das normas jurídicas que marcam a vida da sociedade, a qual não pode viver com incertezas sobre o Direito. Aliás, é de se questionar se o germinar de uma cultura de respeito aos precedentes não passa, necessariamente, por estabelecer o dever funcional (e não só processual) de respeitar o que já se decidiu e manter a autoridade da jurisprudência, ressalvados os casos de superação ou distinção devidamente fundamentados.

Do ponto de vista do Poder Judiciário como instituição, a *accountability* social deve ser fomentada, prestigiada e levada a sério. As decisões judiciais, principalmente aquelas que destoam do que até então se entendia por Direito, devem estar sujeitas a escrutínio público, porque emanação do exercício do poder que se faz por delegação do povo.

Para tirar o argueiro do olho do próximo é preciso primeiro garantir que não haja uma trave no seu. Como órgão de *accountability* por excelência, deve o Poder Judiciário cuidar de aparar arestas que embarçam o cumprimento de sua missão institucional a contento como pré-condição para exigir o mesmo dos demais órgãos do Estado e da própria sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Teresa Arruda. Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2003. p. 75-150.
- CAMPOS, A. M. Accountability: quando poderemos traduzir para o português? Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 30-50, fev-abr. Disponível em: http://material.canaldosconcursos.com.br/pdf/auditor_fiscal_da_receita_federal_administracao_publica/administracao_publica_wagner_rabello_aula_07_parte_02.pdf. Acesso em: 10 abr. 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes irresponsáveis? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- COSTA, Moacir Lobo da. Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho *In*: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 13-30.
- GICO JR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set/dez. 2014.
- MCCORMICK, Neil. Natural law and the separation of law and morals. *In*: GEORG, Robert (Coord.). Natural Law Theories: Contemporary Essays. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes. O desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MITIDIERO, Daniel (org). *Accountability* e transparência da Justiça Civil. Uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- O'DONNELL, G. 1998. Accountability Horizontal e novas poliarquias. Lua Nova, São Paulo, n. 44, p. 27-54. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44>. Acesso em: 10 abr. 2013.
- PERON, Isadora; MARTINS, Luísa. "Decisão do Supremo deve aumentar contestações a Fux dentro da Corte. Redes sociais, comunidade jurídica e pressão de mídia influenciaram votos". O Globo 08.12.20. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/12/08/decisao-do-supremo-deve-aumentar-contestacoes-a-fux-dentro-da-corte.ghtml>. Acesso em: 09 dez. 2020, às 13:53h.
- SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: ALVIM, Teresa Arruda (coord). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, Lucas Cavalcanti da; ANDRADE, Melanie Merlin. Quem somos e os precedentes que queremos: em busca de coerência, segurança jurídica e o fortalecimento das instituições sob a ótica de Neil MacCormick. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe (Coord). A magistratura do futuro. Rio de Janeiro: Editora JC, 2020. P. 115-142.
- TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Revista de Sociologia Política. [online]. 2013, v. 21, n.45, pp.29-46. ISSN 0104-4478. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000100004>.

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

WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice, 54 B.C.L. Rev. 433 (2013), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2>.

WALDRON, Jeremy. The rule of law and the importance of procedure. In. FELMING, J. Getting to the rule of law. New York: New York U. Press, Nomos, 2011.

O ESTADO DA ARTE DA TEORIA DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO NO BRASIL: ANÁLISE A PARTIR DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.774.372

Horácio Monteschio⁷⁵⁷, Diogo de Araujo Lima⁷⁵⁸, Mariana Sartori Novak⁷⁵⁹

INTRODUÇÃO

Por medicamentos compreendem-se os produtos inseridos no mercado de consumo a fim de proporcionar saúde e melhora na vida daqueles que dele necessitam. O conceito compreende desde o mais simples composto para cura de uma dor de estômago até um quimioterápico para o tratamento de um câncer agressivo.

Apesar da garantia de que todos estudos e cuidados tenham sido realizados anteriormente a sua comercialização, em conformidade com protocolos e regras de produção - *o que gera legítima expectativa de segurança nos consumidores* -, o avanço da ciência, dia após dia, de forma cada vez mais veloz, vem apresentando efeitos nocivos às pessoas e cuja previsibilidade não raras vezes escapam ao conhecimento do ser humano.

Em razão do completo desconhecimento do fornecedor acerca dos danos, a teoria do risco do desenvolvimento exsurge como hipótese alternativa de isenção ou mitigação da responsabilidade. A temática, assim, atrai a necessidade de maior aprofundamento no âmbito acadêmico, sobretudo pela carência de disciplina legal específica e mormente pela tendência de tomar os debates jurídicos atuais, por conta das incertezas que permeiam as vacinas contra a Covid-19, cuja imunização teve início nos últimos dias.

Este estudo propõe-se a enfrentar a temática, partindo inicialmente da análise da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico pátrio, passando pelo estudo da responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor, à teoria do risco do desenvolvimento e, após, ao exame do Recurso Especial que a tratou de modo específico.

⁷⁵⁷ Pós-doutorando na Universidade de Coimbra - Portugal e pelo UNICURITIBA, Paraná - Brasil. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo- FADISP. Mestre em Direitos da Personalidade - UNICESUMAR. Professor de Direito Administrativo e Processo Administrativo do UNICURITIBA. Professor da Universidade Estadual Paranaense (UNIPAR). Advogado. E-mail: h.monteschio@uol.com.br

⁷⁵⁸ Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania na Universidade Paranaense – Unipar/ PR. Especialista em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Promotor de Justiça. Coordenador do Grupo Especializado na Proteção do Patrimônio Público e no Combate à Improbidade Administrativa (GEPATRIA) – Regional de Umuarama. diogo_araujo_ E-mail: lima@hotmail.com.

⁷⁵⁹ Mestranda em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pelo Damásio Educacional. Assessora de Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: mariana-novak@hotmail.com.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SOCIEDADE DE CONSUMO

Não é preciso maior esforço de raciocínio para se perceber que atualmente se vive em uma sociedade de consumo, em que informações são transmitidas com uma velocidade sem precedentes, com estratégias de marketing e inteligência artificial extremamente agressivas e sedutoras, que produzem no indivíduo uma necessidade de sempre estar adquirindo algo. O ato de comprar converte-se muitas vezes em um fim em si mesmo, gerando uma maior produção de bens e serviços e, conseqüentemente, fazendo com que mais riscos sejam distribuídos.

A partir da mecanização da produção, cujo marco inicial remete à Revolução Industrial, e da conseqüente produção em série, que alcançou níveis estrondosos, sobretudo na recente era digital, com o grande fluxo de informações e compras de objetos de qualquer lugar do mundo, é inevitável que alguns produtos, dentro de uma determinada linha de produção, padeçam de alguma modalidade de defeito/vício.

Rizzatto Nunes⁷⁶⁰ leciona que, por mais que o fornecedor queira e seja o mais diligente possível, é incontestável a presença de produtos defeituosos. Essa diligência na produção, assim como o fato de o consumidor estar distante dos meios de produção, não possuindo conhecimento técnico sobre as características de um produto, que não aquelas que o próprio fabricante apresenta,⁷⁶¹ culmina por dificultar a atribuição de culpa pelo consumidor ao fornecedor, circunstâncias que justificariam, em tese, a incidência da responsabilidade objetiva do fornecedor. Nesse sentido, uma sociedade “com seus produtos e serviços inundados de complexidade tecnológica, não convive satisfatoriamente com um regime de responsabilidade civil baseado em culpa”.⁷⁶²

Acerca da responsabilidade objetiva do fornecedor, nunca é demasiado lembrar que, para sua configuração, exige-se a presença de defeito no produto (dano) e do nexó de causalidade, pilares da responsabilidade civil. Inexistindo nenhuma excludente do nexó de causalidade, o fornecedor responderá, de modo objetivo pelo dano causado.

O fornecedor, portanto, internaliza eventuais riscos e os pulveriza através do preço repassado ao consumidor. Se o valor do produto não corresponder ao preço médio do mercado, dentro de certa margem de diferença, o fornecedor pode desistir do intento de produzir determinado

⁷⁶⁰ Curso de Direito do Consumidor. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 250-53.

⁷⁶¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Direitos do Consumidor. 15. ed. ver., atual. e ref. São Paulo: Atlas, 2018, p. 207.

⁷⁶² BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 178.

insumo. Trata-se da análise que é feita preliminarmente à colocação do produto no mercado, e tal pode restar prejudicada quando os riscos não são, minimamente, previsíveis.

3 RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

Para abordagem central do presente estudo, imprescindível relembrar, mesmo que brevemente, noções embrionárias do direito do consumidor, tal como o conceito do fato do produto e do serviço e quais as possibilidades que o fornecedor possui para se eximir de responsabilidade quando da ocorrência de dano.

A responsabilidade pelo fato do produto e do serviço vem disposta no art. 12 e seguintes da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que dispõem que o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente de culpa, pelos danos causados aos consumidores pelos defeitos do produto, ou por “informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

Isto é, para haver defeito, é preciso haver dano ao consumidor, seja físico ou moral, o que difere do vício do produto e do serviço, elencado nos arts. 18 e seguintes do CDC, que afeta a qualidade ou quantidade do produto, diminuindo-lhe o valor ou tornando-o impróprio ou inadequado ao uso ao qual se destina.

Sergio Cavalieri Filho,⁷⁶³ de forma didática, diferencia vício e defeito, indicando que aquele “é menos grave, circunscrito ao produto ou serviço em si”, enquanto esse é tão grave “que provoca um acidente que atinge o consumidor”. Ou seja, no vício, o problema fica adstrito ao próprio produto, enquanto que no defeito extrapola-o⁷⁶⁴.

Na hipótese de vício do produto, que envolve essencialmente lesão à esfera patrimonial do consumidor, que adquiriu um produto/serviço sem que ele tenha atendido suas expectativas de fruição, os fornecedores, seja o produtor/fabricante ou o próprio comerciante, são solidariamente responsáveis, podendo o consumidor, em caso de não ter sanado o vício em 30 (trinta) dias, exigir, a teor do art. 18, §1º, a substituição do produto (inc. I), a restituição da quantia paga (inc. II) ou o abatimento proporcional no preço (inc. III). O art. 18, §6º, do mesmo artigo, menciona quais são os produtos que são impróprios para uso, sendo importante, para o estudo, a menção aos produtos “perigosos” ou “nocivos à vida ou à saúde” (inc. II).

⁷⁶³ Programa de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 310.

⁷⁶⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flavio. Manual de Direito do Consumidor: Direito material e processual. 6. ed. rev. atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 165.

Partindo para análise do defeito, o CDC elenca algumas hipóteses que caracterizam o que se considera um produto defeituoso. Assim, defeituoso, segundo o art. 12, §1º, é o produto que “não oferece a segurança que dele legitimamente se espera”, considerando sua apresentação (inc. I), os usos e riscos que razoavelmente se esperam (inc. II) e a época em que foi colocado em circulação (inc. III). Trata-se, portanto, de analisar a segurança do produto para se determinar o que é defeito ou não.

Nessa toada, a doutrina⁷⁶⁵ classifica os defeitos como sendo de concepção, fabricação e comercialização. Herman Benjamin e outros⁷⁶⁶ descrevem que os defeitos de concepção são decorrentes da decisão do próprio fabricante, pois escolhe as características finais do produto, tendo por características a inevitabilidade, a dificuldade de previsão estatística e a manifestação universal. Os defeitos de fabricação estão relacionados com a montagem do produto, geralmente provocados pelo automatismo e padronização do processo produtivo moderno, tendo por características a inevitabilidade, pois há um número de produtos que se presume que sairá defeituoso, do que decorre a previsibilidade estatística, que, por sua vez, atinge um determinado grupo de consumidores. Já os defeitos de comercialização ou informação⁷⁶⁷ envolvem a apresentação do produto ou a informação insuficiente/inadequada.

É preciso ter assente, todavia, que todo bem de consumo possui algum componente capaz de lhe tornar inseguro, alguns mais, outros menos, sempre existindo a possibilidade de acidente de consumo e consequentes riscos.

Resta analisar, para caracterização do defeito, se isso foge ao que era esperado pelo consumidor, chamado pelo CDC de legítima expectativa de segurança, o que deve considerar a expectativa do consumidor de modo geral, e não aquela do consumidor vítima.⁷⁶⁸

Importante memorar, nesse ponto, que existem produtos detentores do chamado risco inerente e outros que adquirem o risco. Para Sergio Cavalieri Filho,⁷⁶⁹ o risco inerente é aquele intrínseco ao produto, como uma

⁷⁶⁵ Por todos, GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: Direito material e processo coletivo. 12. ed. rev. atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 318.

⁷⁶⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp 182-83.

⁷⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: Direito material e processo coletivo. 12. ed. rev. atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 318.

⁷⁶⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 183.

⁷⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 317.

faca, medicamentos e suas contraindicações. Ele pode causar acidentes, mas sua periculosidade é conhecida de todos. O risco adquirido, por sua vez, ocorre quando um produto passa a ser perigoso em decorrência de algum defeito. Normalidade e previsibilidade são caracteres do risco inerente, e imprevisibilidade e anormalidade, do risco adquirido.

Isso significa que nem todo produto perigoso ensejará a responsabilização do fornecedor em caso de dano, porque se o consumidor for devidamente informado sobre seus riscos, passa a assumi-los quando da utilização (art. 8º, “caput”, CDC). Caso contrário, poderia se afirmar que o desenvolvimento de produtos perigosos restaria engessado em detrimento dos inúmeros benefícios que podem trazer à sociedade, como um veículo veloz ou agrotóxicos para desvermifugar uma grande lavoura. O fornecedor responde em caso de defeito de informação nos casos de produtos “naturalmente” perigosos, já que a informação clara acerca dos riscos do produto é pressuposto para a colocação em circulação (art. 12, “in fine”, art. 6º, III, art. 8º, art. 9º, CDC).⁷⁷⁰

Nos casos de risco adquirido, o produto, que não era defeituoso, a passa a sê-lo, de modo que o consumidor médio não esperava que assim ocorresse, não assumindo, assim, tal risco. O fornecedor pode vir a ser responsabilizado, afinal, não pode recair sobre os ombros do consumidor o ônus de arcar com risco que não foi por ele produzido. Trata-se da adoção, pelo CDC, da teoria do risco do empreendimento, considerando que o fornecedor exerce a atividade econômica em seu exclusivo benefício, assumindo os riscos dela decorrentes.

A responsabilidade do fornecedor, porém, não é absoluta, podendo ser elidida nos casos expressamente mencionados pelo CDC em seus arts. 12, §3º e incisos e 14, §3º e incisos. Para o presente estudo, importa mencionar apenas as hipóteses do art. 12, que tratam do defeito do produto. São elas: se o fabricante não colocou o produto no mercado, ou, se tendo o colocado, o defeito não existe; ou, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Sergio Cavalieri Filho⁷⁷¹ menciona

⁷⁷⁰ A propósito do tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “RECURSO ESPECIAL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS ADVINDOS DA MORTE, POR INSUFICIÊNCIA RENAL, DE PESSOA QUE, POR PRESCRIÇÃO MÉDICA, INGERIU ANTI INFLAMATÓRIO (VIOXX), CUJA BULA ADVERTE EXPRESSAMENTE, COMO POSSÍVEIS REAÇÕES ADVERSAS, A OCORRÊNCIA DE DOENÇAS RENAIAS GRAVES. 1. FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR PELO FATO DO PRODUTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE SEGURANÇA, A PARTIR DA FABRICAÇÃO E INSERÇÃO NO MERCADO DE PRODUTO DEFEITUOSO. 2. DEFEITO DE CONCEPÇÃO OU DE INFORMAÇÃO. NÃO VERIFICAÇÃO. 3. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE, CUJOS RISCOS, COMUNS A TODOS OS MEDICAMENTOS DO GÊNERO, ERAM PREVISÍVEIS E FORAM DEVIDAMENTE INFORMADOS AOS CONSUMIDORES. 4. REGRAS PROCESSUAIS DE VALORAÇÃO DA PROVA. INOBSERVÂNCIA. VERIFICAÇÃO. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.” (REsp 1599405/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, Dje 17/04/2017).

⁷⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas,

que as três hipóteses configuram causas de exclusão da responsabilidade, por ausência de nexos causal, repisando que cabe ao fornecedor provar que o defeito inexistente na hipótese mais importante que é a do inciso II.

Acerca da força maior e do caso fortuito, algumas ressalvas precisam ser feitas, afinal, o legislador consumerista não os considerou explicitamente como causa excludente de responsabilidade. Caracterizados pela inevitabilidade, a força maior (*act of god*), conhece-se a origem do fato, por advir da natureza, mas de tamanha magnitude que não se pode evitar; já no caso fortuito, “o acidente que gera o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico que se rompe e causa incêndio [...] ou fato de terceiro, como greve, motim [...]”⁷⁷² Há quem considere ausente o dever de reparar em tais casos.⁷⁷³ Porém, já se admite a existência do chamado fortuito interno, que é aquele relacionado com as atividades exercidas pelo fornecedor, que, mesmo sendo inevitável e imprevisível, integra o nexo causal pela relação com a atividade econômica exercida⁷⁷⁴. O fortuito externo,⁷⁷⁵ por sua vez, nada tem de relação com o negócio, excluindo-se, assim, o dever de indenizar.⁷⁷⁶

4 O RISCO DO DESENVOLVIMENTO

A sociedade moderna, segundo nomenclatura atribuída pelo alemão Ulrich Beck,⁷⁷⁷ é caracterizada como uma sociedade de risco. Risco, nesse sentido, pode ser entendido como perigo, ou como o autor descreve, “ameaça” de dano. Esses riscos, porém, divergem dos riscos medievais, entendidos como aqueles relacionados com a ousadia do homem, que os via na busca de novas

2014, p. 328.

⁷⁷² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 139.

⁷⁷³ ZELMO DENARI, in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. p. 326.

⁷⁷⁴ Como no caso das fraudes bancárias, Súmula 479 do STJ: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”

⁷⁷⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flavio. Manual de Direito do Consumidor: Direito material e processual. 6. ed. rev. atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 128.

⁷⁷⁶ Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “CIVIL E CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATO LIBIDINOSO PRATICADO POR USUÁRIO CONTRA PASSAGEIRA NO INTERIOR DE ESTAÇÃO DE TREM METROPOLITANO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO E ESTRANHO AO CONTRATO DE TRANSPORTE. FORTUITO EXTERNO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.” (REsp 1833722/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 03/12/2020, DJe 15/03/2021)

⁷⁷⁷ Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34. 2010, p 26.

terras, enquanto que os riscos modernos relacionam-se com compostos físico-químicos, muitas vezes, imperceptíveis⁷⁷⁸.

Ou seja, riscos contemporâneos são riscos previsíveis, ante a circunstância em que foram criados, dentro de uma sociedade tecnológica e de massa, mas não substancialmente conhecidos, o que pode levar tempo, fazendo com que sejam conhecidos apenas quando da ocorrência do evento danoso.

Nesse passo, o risco do desenvolvimento corresponde àquele que desponta em decorrência do desenvolvimento da ciência e da tecnologia; na seara consumerista, diz respeito ao produto que é colocado em circulação, em cumprimento a todas normas técnicas exigidas e tendo sido realizados, de modo diligente e exaustivo, estudos acerca de sua composição/uso, que, todavia, não foram suficientes evitar posterior nocividade ou acidentes de consumo, após determinado período de tempo, por forças do avanço da ciência e/ou da técnica. Portanto, quando da colocação no mercado, o produto se apresentava seguro, dentro das legítimas expectativas de segurança do consumidor (art. 12, §1º, CDC). O fabricante/fornecedor não teria como, naquele momento, tomar conhecimento da posterior lesividade, mesmo tendo exaurido as diligências em busca de segurança ao produto (que é o esperado daquele que insere um novo produto no mercado, para um sem número de pessoas dele fazer uso).

Tratar de tal teoria remete ao conhecido desastre da *talidomida*. Substância criada em 1953 e que, após diversos estudos, passou a ser utilizada como tratamento para insônia e enjoo de grávidas, no ano de 1961, em um congresso, surgiram estudos relacionando a utilização do fármaco pelas gestantes com crianças que nasciam com má-formação. Com o desenvolvimento de novos estudos e a partir de novas técnicas, confirmou-se o nexos de causalidade. No mesmo ano, a farmacêutica responsável pelo medicamento o retirou de circulação⁷⁷⁹. Sergio Cavalieri Filho rememora o caso do antiolesterol MER-29, que provocou danos à visão de quase cinco mil pessoas, nos Estados Unidos, entre os anos de 1960 a 1962⁷⁸⁰. O assunto, porém, não se restringe à área dos medicamentos. Outro caso é o dos alimentos transgênicos, em relação aos quais ainda não se constatou nenhum evento lesivo diretamente vinculado à sua ingestão, o que, no entanto, não impede que, posteriormente, não possam vir a ser descobertas relações nesse sentido.

A teoria do risco do desenvolvimento passou, então, a ser analisada como forma de se excluir ou atenuar a responsabilidade do fornecedor,

⁷⁷⁸ BECK, Ulrick. Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34. 2010, p 27.

⁷⁷⁹ MORO, Adriana; Invernizzi, Noela. A tragédia da talidomida: a luta pelos direitos das vítimas e por melhor regulação de medicamentos. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.24, n.3, jul.-set. 2017, p. 604.

⁷⁸⁰ Responsabilidade Civil por Danos Causados por Remédios. Revista da EMERJ, v.2, n.8, 1999, p. 11.

porquanto, de acordo com o conhecimento da época, era impossível prever danos para aquele produto em específico, que, posteriormente restou nocivo.

Isso em se considerando o fato de que o fornecedor, embora busque lucrar com a colocação do produto no mercado, caso esperasse o momento ideal para fazê-lo, em que a ciência e a técnica estivessem relativamente estabilizados, poderia estar impedido, afinal, são riscos que se submete a qualquer momento, pois a ciência e a tecnologia, felizmente, não param de avançar. Da mesma forma, os produtos, principalmente os medicamentos, auxiliam de grande modo os indivíduos a ter melhor qualidade de vida, sendo a questão do tempo outro fator que também pode ser prejudicial.

Caso o produto venha causar acidente de consumo, não sabido quando de sua elaboração e colocação no mercado, esse fato pode acabar por afetar incontável número de pessoas, considerando a rapidez de fabricação e velocidade com que são comercializados e distribuídos pelo mundo. Isto é, no caso de acidente de consumo, que muito provavelmente só se constataria a relação após certo número de pessoas restarem prejudicadas (considerando a preponderância de estudos quantitativos aos qualitativos), os prejuízos financeiros do fabricante seriam incontáveis. Se não foi prevista, pois não conhecida, nem sua característica ou a amplitude dos danos, quando da análise da viabilidade da produção do produto, não haveria como inserir os custos dessa possibilidade de dano na organização do fornecedor, no sentido de distribuir tal ônus por meio do preço a ser pago pelos consumidores, como geralmente se faz.

Acerca da responsabilidade civil em casos complexos desse jaez, necessário mencionar a legislação vanguardista acerca do tema, qual seja, a Diretiva 85/374 da Comunidade Econômica Europeia, de 25 de Julho de 1985. A normativa versa sobre a aproximação das disposições dos Estados-membros em matéria de responsabilidade por produtos defeituosos e descreve, sobre a responsabilidade, em seu art. 7º, 'e', que o produtor não será responsável se provar que "o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito". Em seu art. 15º, abre uma exceção para qualquer estado membro poder derogar a referida medida em sua legislação própria.⁷⁸¹ Atualmente, a Espanha restringe a aplicação da excludente em casos de medicamentos e alimentos; Portugal também adota essa mesma linha interpretativa,⁷⁸² nos mesmos moldes da Diretiva; e a Finlândia não admite a exclusão da responsabilidade.⁷⁸³

⁷⁸¹ COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Directiva do Conselho de 25 de março de 1985. 85/374. Jornal oficial das comunidades europeias. Nº L. 210, 29.

⁷⁸² Cf. DL n.º 383/89, de 06 de Novembro, alterado por (DL n.º 131/2001, de 24/04).

⁷⁸³ RELATÓRIO Da Comissão Ao Parlamento, Ao Conselho E Ao Comité Económico E Social Europeu.

Nos termos utilizados pela legislação alienígena acima mencionada, para se determinar os riscos que seriam cognoscíveis, fala-se em *estado da arte* da ciência e da técnica, isto é, o estágio que elas se encontram no momento em que o produto foi lançado ao mercado, sendo a ciência aquela concernente “à reunião de fatos, teorias e métodos reunidos nos textos atuais”,⁷⁸⁴ e a técnica, a maneira de operacionalizar a alteração da realidade, que pode se dar, também, por meio da tecnologia⁷⁸⁵.

Para incidência da excludente, nos casos da Diretiva, fala-se em conhecimentos científicos e técnicos, pois, havendo a alegação de possível relação do defeito com o dano, embora inexistindo meio prático de constatá-la, tal diligência não poderia ser fisicamente realizada pelo fornecedor.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em 2013, decidiu responsabilizar o prestador de serviços (hospital), pela realização de transfusão de sangue que resultou em transmissão de hepatite-C a determinado paciente, quando, à época do procedimento, a técnica ainda não permitia a triagem do vírus e, mesmo após reconhecido, não foi informado ao paciente.⁷⁸⁶

Por outro lado, tendo o fornecedor meio de acessar a técnica, mas não tendo de onde partir para fazê-lo (posto que os efeitos colaterais do medicamento, por exemplo, podem ser os mais diversos e peculiares possíveis), a constatação da relação de causalidade também resta prejudicada. É cediço, de todo modo, que todos os testes e estudos possíveis devem ser realizados pelo fabricante anteriormente à inserção do produto no mercado.

A propósito da matéria, João Calvão, mencionado por Eberlin,⁷⁸⁷ leciona que se deve analisar se aquele fabricante em específico poderia ter lançado mão de tal estudo ou técnica, mas se a comunidade científica já o fez, ou ao menos deu indícios das relações entre o produto e o dano. É o que ele chama de “objetividade da prova”. Não se analisa, portanto, capacidade

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX:52011DC0547>. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁷⁸⁴ KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira; Revisão: Alice Kyoto Miyashiro; Produção: Ricardo W. Neves e Adriana Garcia. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 20.

⁷⁸⁵ VARGAS, Milton. Técnica, Tecnologia e Ciência. Revista Educação & Tecnologia. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/tecnica-tecnologia-e-ciencia-i/>. Acesso em: 22 ago. 2021., p. 179.

⁷⁸⁶ Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Apelação Cível nº 035040047215, Terceira Turma, Relatoria: Des. Eliana Junqueira Munhós Ferreira, julgado em 30.04.2013.

⁷⁸⁷ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista de Direito do Consumidor. v. 64/2007. p. 9 – 42. Out – Dez. Revista dos Tribunais online, 2007, p. 10.

financeira que possibilite a pesquisa ou mesmo quanto tempo de mercado a empresa/produtor tem. O critério é objetivo. Para excluir a responsabilidade, o fornecedor deve provar que lançou mão de tudo aquilo que estava ao alcance da comunidade científica, mas não foi suficiente.

Dessa feita, o fornecedor deve estar a par e caminhar com os avanços da ciência, técnica e tecnologia, o que repercutirá no âmbito do dever de reparar em caso de posterior hipótese de dano ao consumidor.

5 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E O CASO DO MEDICAMENTO SIFROL (REsp Nº 1.774.372 – RS)

No Brasil, o legislador consumerista não tratou especificamente acerca dos riscos do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, o que faz com que a doutrina se divida acerca da sua admissibilidade.

Ao interpretar o art. 10, §1º, do CDC, Rui Stoco,⁷⁸⁸ na mesma esteira de Fernando Eberlin,⁷⁸⁹ menciona que a ausência de disciplina legal ocorreu de forma proposital, sendo dever do fornecedor informar, quando da cognição posterior dos riscos, mas não por eles ser responsabilizado.

James Marins de Souza⁷⁹⁰ descreve que o risco do desenvolvimento não pode ser entendido como defeito juridicamente relevante para responsabilização do fornecedor, pois, da análise das hipóteses encartadas no art. 12, §1º, II e III, CDC, não se depreenderia a ocorrência de defeito, nos termos do art. 12, §3º, II, CDC. Assim, não haveria que se falar em defeito de informação, porque os riscos não eram conhecidos pelo fornecedor, tampouco de concepção, porque foi imaginado sem nenhuma falha, quanto mais de produção, já que tal característica afeta apenas alguns produtos, enquanto que no risco do desenvolvimento, todos os produtos são afetados.

De forma diametralmente oposta, Paulo de Tarso Sanseverino⁷⁹¹ considera clara a ocorrência da hipótese de defeito de concepção, motivo pelo qual a ausência de dispositivo legal específico demonstra o inequívoco intento do legislador em responsabilizar em casos desse jaez.

⁷⁸⁸ Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. Revista dos Tribunais. v. 855/2007. p. 46 – 53. Jan. 2007. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor. v. 5. p. 255 – 276. Abr. 2011, Revista dos Tribunais *online*, p. 4.

⁷⁸⁹ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista de Direito do Consumidor. v. 64/2007. p. 9 – 42. Out – Dez. Revista dos Tribunais *online*, 2007, p. 18.

⁷⁹⁰ Risco De Desenvolvimento E Tipologia Das Imperfeições Dos Produtos. Revista de Direito do Consumidor. v. 6/1993. p. 118 – 133, Revista dos Tribunais *online*, 1993, p. 10.

⁷⁹¹ Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 319.

Falar em ausência de cognoscibilidade parece remeter à ideia de culpa, o que não é analisado dentro do espectro da responsabilidade objetiva⁷⁹². No entanto, não se pode olvidar que o CDC encampou a chamada teoria do risco do empreendimento, segundo a qual aquele que se propõe a prestar algum serviço ou fornecer algum produto no mercado de consumo, deve responder pelos danos por eles causados.

Feitas tais considerações sobre a interpretação doutrinária acerca da matéria, necessário dar um passo adiante e examinar a fundo o precedente que abordou a teoria do risco do desenvolvimento, de forma expressa,⁷⁹³ pela primeira vez, no Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se do caso de uma pessoa diagnosticada, em 1997, com doença de Parkinson, para cuja terapêutica passou a utilizar, por indicação médica, o fármaco denominado *Sifrol (pramipexol)*, fabricado pelo laboratório Boehringer. A partir de 1999, recomendou-se que a paciente aumentasse progressivamente a dose. Contudo, no decorrer do tratamento, familiares notaram que a paciente começou a apresentar sério vício em jogos e passou a dilapidar seu milionário patrimônio em apostas. Ao ser informada pelos familiares sobre o estranho comportamento da paciente, a neurologista resolveu suspender a utilização do medicamento, o que fez com que cessasse o vício pelos jogos. A paciente até chegou a retornar às casas de aposta, mas não sentia mais vontade de jogar. Ou seja, o remédio, aparentemente, teria sido a causa do seu quadro de jogo patológico, assim classificado como doença, pela OMS, em 1993 (CID-10 F63.0).

Diante desse cenário, em novembro de 2004, a paciente resolveu ajuizar ação em face da farmacêutica, pugnando pela reparação dos danos morais e materiais e fixação de pensão em decorrência do afastamento do trabalho ocasionado pelo quadro vicioso despertado, por não ter sido informada acerca da possibilidade do efeito adverso.

Da sentença, colhe-se que quando a neurologista soube do descontrole da autora, constatou que a literatura estrangeira já associava o

⁷⁹² BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 190.

⁷⁹³ Outro caso conhecido, que, todavia, não mencionou expressamente a teoria, foi o do antidepressivo Survector. Ementa-se: DIREITO DO CONSUMIDOR. CONSUMO DE SURVECTOR, MEDICAMENTO INICIALMENTE VENDIDO DE FORMA LIVRE EM FARMÁCIAS. POSTERIOR ALTERAÇÃO DE SUA PRESCRIÇÃO E IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÃO À COMERCIALIZAÇÃO. RISCO DO PRODUTO AVALIADO POSTERIORMENTE, CULMINANDO COM A SUA PROIBIÇÃO EM DIVERSOS PAÍSES. RECORRENTE QUE INICIOU O CONSUMO DO MEDICAMENTO À ÉPOCA EM QUE SUA VENDA ERA LIVRE. DEPENDÊNCIA CONTRAÍDA, COM DIVERSAS RESTRIÇÕES EXPERIMENTADAS PELO PACIENTE. DANO MORAL RECONHECIDO. (REsp 971.845/DF, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 01/12/2008)

uso do *Sifrol* e o jogo patológico⁷⁹⁴, no entanto, a bula nada mencionava a respeito, quando do início da utilização. Somente a partir do ano de 2005 é que a farmacêutica apresentou notificação da Anvisa para alteração da bula informando o possível efeito colateral do medicamento. Em contestação, a farmacêutica informou que realizou todos os testes disponíveis antes de lançar o produto no mercado, que a doença de Parkinson alterava as condições psicológicas da paciente e que a autora teria combinado o *pramipexol* com outro composto, o que poderia ter contribuído para o quadro adverso.

Após 12 (doze) anos de tramitação, a demanda foi julgada improcedente, sob o fundamento de que a mera ausência de informações na bula do fármaco, por si só, não teria o condão de gerar o dever de indenizar, pois seria necessário demonstrar que os danos efetivamente decorreram de algum fato relacionado à conduta da ré, ônus do qual a autora não teria se desincumbido. Mencionou-se ainda que a autora ingeria superdosagem do medicamento e em combinação com a substância *levodopa*, que, segundo a bula, poderia causar hiperestimulação dopaminérgica. Afastou-se, assim, o dever de indenizar, com fundamentado no art. 14, §3º, II, do CDC.⁷⁹⁵

Em grau de apelação, a 5ª Câmara Cível da Corte Estadual, sob relatoria do Des. Jorge Luiz Lopes do Canto,⁷⁹⁶ reformou a sentença e julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais. Ao responsabilizar o laboratório, o julgado invocou, dentre outras, as regras do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, e do art. 6º, III, do CDC, por conta da violação do dever de informar. Reconheceu, no entanto, a culpa concorrente da vítima, ante a ingestão concomitante de compostos e de superdosagem do medicamento, o que repercutiu no *quantum* indenizatório dos danos morais. O acórdão refere-se expressamente à teoria do “risco do desenvolvimento”, mas fundamenta o dever de reparar em precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que não a menciona de forma explícita. Apesar disso, constou do bojo do aresto:

Note-se que não restou observado no caso em análise defeito do produto, uma vez que inexistente prova no sentido de que não

⁷⁹⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 17ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre. Autos nº 5432831-16.2005.8.21.0001. Julgado por: Dr. Sandro Silva Sanchotene, 11 de julho de 2016. [2016]. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/sentenca?codComarca=1&numeroProcesso=10505432831&perfil=0>. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁷⁹⁵ Adequada a utilização do art. 12, §3º, III, do CDC.

⁷⁹⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70072537491. Relatoria: Jorge Luiz Lopes do Canto, 30 de agosto de 2017. [2017] Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70072537491&codEmenta=7706337&templntTeor=true. Acesso em: 22 ago. 2021.

se presta para o controle da doença de Parkinson. O cerne da discussão é o dever de informar eventual efeito colateral provocado pelo medicamento, cujas consequências são normais em razão de gravidade da enfermidade a ser tratada, riscos suportados pelo paciente se ciente destes.

Nesse ponto, é preciso discordar do acórdão quando cogita da inexistência de defeito. Sobre a conceituação de defeito, o art. 12, “caput” e §1º, descrevem que o produto é defeituoso quando “não apresenta a segurança que dele legitimamente se espera”, bem como em decorrência de informações não prestadas ou prestadas inadequadamente. No caso do famigerado medicamento, embora seja atividade de risco, como lembrado pelo próprio relator, não ha como concluir pela inexistência de defeito, pois o acidente de consumo ocorreu e o efeito colateral nem de longe era esperado/informado.

O caso era de aplicar a responsabilidade objetiva, assumida por aqueles que exercem atividade de risco, nos termos do art. 927, parágrafo único, CC, não se tratando de analisar a culpa do agente, mas apenas a existência do dano e o nexu causal. Assim, o risco do desenvolvimento não poderia eximir o fornecedor do respectivo dever de reparar, nem mesmo de forma alternativa ao defeito de informação, conforme cogitado no acórdão, quando mencionou:

Assim, no caso em análise, embora o laboratório farmacêutico tenha violado o dever de informar eventuais efeitos colaterais do remédio ou, caso não tenha conhecimento deste, responda objetivamente pelo medicamento que coloca no mercado na rubrica risco do desenvolvimento, restou caracterizada a utilização equivocada do fármaco pela parte autora. [...].⁷⁹⁷

A partir do momento em que o produto é colocado em circulação, como, no caso aqui debatido, o medicamento, já está apto a produzir danos, que só serão classificados como acidentes de consumo se a técnica e a ciência assim possibilitarem. Até esse momento, o fabricante não terá como prestar informações especificamente sobre aquele efeito. No entanto, a partir de quando tiver conhecimento da relação, deve, nos termos dos arts. 6º, III, 9º e 12, “caput”, do CDC, e, principalmente, do art. 10, §1º, publicizar a

⁷⁹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70072537491. Relatoria: Jorge Luiz Lopes do Canto, 30 de agosto de 2017. [2017] Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70072537491&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 22 ago. 2021.

descoberta. Se não é capaz de elidir a responsabilidade objetiva pelo próprio risco do desenvolvimento, que já teria causado danos, anteriormente à ampla apresentação da informação qualificada, ao menos a medida pode repercutir no “quantum” indenizatório de eventual pretensão reparatória.

Prosseguindo no exame do julgado, segundo o relator, o nexo causal poderia ser excluído por caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro, enquanto que a culpa concorrente da vítima se prestaria a reduzir a responsabilidade do agente. De acordo com Tula Wesendonck⁷⁹⁸, o Tribunal inovou ao mencionar a teoria do risco do desenvolvimento, porém, poderia ter ido além e baseado a sua fundamentação em dispositivo específico existente no Código Civil, qual seja, o art. 931, segundo o qual “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.” Outro aspecto lembrado pela referida autora diz respeito à utilização do Código Civil, em vez do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de norma mais benéfica ao consumidor, pois não ensejaria o questionamento acerca da existência ou não de defeito, como acabou ocorrendo no julgado. A medida, para além de benéfica, encontra guarida na teoria do diálogo das fontes, encampada no art. 7º do CDC e referida por Claudia Lima Marques em suas obras.

Do caso em questão originou-se o Recurso Especial nº 1.774.372 – RS, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, objeto desta pesquisa. O precedente, que foi julgado em 18 de maio de 2020, concluiu que o medicamento não manifestou a segurança que dele se esperava, pois não haveria informação expressa acerca dos riscos de seu uso, mormente o efeito adverso de jogo patológico, sendo típica ocorrência de fato do produto.⁷⁹⁹ Invocou-se, na oportunidade, o dever qualificado de informar, previsto no art. 9º do CDC, quando o produto possui risco inerente, como ocorre com os medicamentos. Os riscos inerentes, quando informados, não geram o dever de indenizar. Ocorre que, no caso concreto, a notificação à ANVISA para alteração da bula só foi protocolada em 2005, quando, no entanto, já haviam estudos com a substância na literatura estrangeira⁸⁰⁰ cogitando da hipótese adversa

⁷⁹⁸ WESENDONCK, Tula, a responsabilidade civil pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento do medicamento sifrol. Revista de Direito do Consumidor. v. 123/2019, p. 161 – 183. Maio – Jun. 2019, Revista dos Tribunais online, 2019, p. 9.

⁷⁹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.774.372. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201802726913. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁸⁰⁰ MOLINA, J.A. et al. Pathologic gambling in Parkinson’s disease: a behavioral manifestation of pharmacologic treatment? 15.09.2000. National Library of Medicine. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/11009192>. Acesso em: 22 ago. 2021. No mesmo sentido: FOX, Maggie. Parkinson’s drug can trigger gambling. 12.08.2003. Reuters. Disponível em: https://www.abc.net.au/science/news/health/HealthRepublsh_922460.htm. Acesso em: 22 ago. 2021.

constatada na paciente recorrente, o que configura defeito de informação, pois a farmacêutica não empreendeu esforços para dar publicidade à descoberta, não sendo o procedimento de alteração da bula suficiente para afastar o dever de reparar pelo defeito de informação.

Acerca do risco do desenvolvimento propriamente dito, o STJ classificou o fato como fortuito interno, de modo a não elidir a responsabilidade do fornecedor. Também entendeu pela constatação do risco do desenvolvimento como defeito de concepção, pois atrelado ao produto desde o imaginário do fabricante que idealizou o composto químico.

Diferentemente da Corte Estadual, não se adotou a orientação de ausência de defeito, pois, conforme demonstrado pelos elementos cognitivos dos autos, o medicamento gerou danos ainda que aparentasse segurança quando da inserção no mercado. Isso porque, conforme destacado pela relatora,⁸⁰¹ com amparo na doutrina de Sergio Cavalieri, o risco do desenvolvimento nada mais é do que espécie do gênero defeito de concepção. Portanto, o referido risco pode escancarar (a possibilidade, aqui, caracteriza o fortuito) o defeito já existente no medicamento.

Sobre o fortuito interno, relacionado à atividade exercida pelo fornecedor, Anderson Schreiber⁸⁰² explicita que

Por consistir em risco ligado à atividade do sujeito responsável, o fortuito interno tem sido considerado insuficiente para o afastamento da relação de causalidade entre a atividade desenvolvida e o dano, mesmo quando imprevisível e irresistível.

Para o autor, a teoria acerca do fortuito interno está mais relacionada ao juízo valorativo de quem deve suportar o ônus do dano, pois o fato, em si, embora inevitável, não pode ser suportado pela vítima. Essa é a razão pela qual o conceito de fortuito interno pode ser aplicável à responsabilidade objetiva, afinal, mesmo não tendo sido dado causa pelo responsável objetivamente, o risco não deve recair sobre a vítima⁸⁰³. Sergio Cavalieri Filho é enfático ao realçar a injustiça de financiar o progresso às custas do consumidor individual, o que faria com que a socialização do risco, típica da responsabilidade objetiva, sofresse notável retrocesso.⁸⁰⁴

⁸⁰¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.774.372. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201802726913. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁸⁰² SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 64.

⁸⁰³ SCHREIBER, Anderson. *Flexibilização do nexos causal em relações de consumo*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010., p. 38.

⁸⁰⁴ Programa de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 335.

Na hipótese do “leading case” aqui estudado, a farmacêutica, embora vise lucro, não pretendia, por certo, colocar no mercado produtos que possam vir a causar danos aos consumidores. Ao assim proceder, a indústria interessada o fez, em tese, para auxiliar a melhoria de vida e de saúde da população, que urge pela cura e tratamento de diversas doenças, assumindo, muitas vezes, a produção de efeitos (conhecidos), em prol da manutenção da vida.

Embora os efeitos colaterais sejam intrínsecos aos medicamentos (o que os caracteriza como produtos de risco inerente), alguns efeitos são de difícil detecção, como o jogo patológico mencionado. Por um lado, não se imaginava que o fármaco pudesse produzir esse efeito, o que só foi constatado posteriormente. Por outro, pelo que restou demonstrado no aresto, foram realizadas todas pesquisas e o fornecedor diligenciou de toda forma. Era efeito imprevisível e inevitável, o que caracteriza o caso fortuito. Porém, o consumidor não pode sofrer com exclusividade as consequências do desconhecimento do fornecedor, como de fato ocorreu, como, com a incidência do fortuito interno.

É como se realizasse análise *ex tunc*, partindo da pesquisa/estudo que descobriu a relação do medicamento com o dano, até a respectiva colocação no mercado. Assim, a partir da descoberta, um número menor de indivíduos será lesado, em vista do prévio conhecimento acerca dos possíveis efeitos adversos.

Retornando à análise do acórdão, o STJ enquadrou a relação dentro do Código de Defesa do Consumidor, afastando a utilização dos dispositivos do Código Civil, seja do art. 927, parágrafo único, que versa sobre a atividade de risco de modo geral, seja do art. 931, que trata da responsabilidade pela colocação de produtos em circulação. O tribunal de origem, como visto, havia invocado a responsabilidade objetiva pelo exercício de atividade de risco mediante aplicação da cláusula geral da responsabilidade civil (art. 927, parágrafo único, do CC), não mencionando a ocorrência de fortuito interno.

Essa mudança de subsunção legal afetou, principalmente, a questão atinente à culpa concorrente da vítima. Apesar de a cláusula geral ter sido benéfica para extirpar a discussão sobre a existência, ou não, de defeito, o TJRS valeu-se da aplicação da culpa concorrente, na forma prevista no art. 945 do CC, em decorrência da superdosagem ou da concomitância de remédios pela vítima.⁸⁰⁵ Já o STJ, por não haver excludente nesse sentido no CDC, e considerando a hipossuficiência técnica da parte, que apenas seguiu recomendação médica, somado à atuação predominante do fornecedor, afastou a hipótese de concorrência de culpas, a fim de acolher quase que na íntegra os pedidos formulados pela parte autora, inclusive majorando a indenização fixada a título de danos morais.

⁸⁰⁵ “Desta forma, fica claro que os fatos alegados podem decorrer da interação medicamentosa a que esteve submetida a autora”.

A doutrina diverge acerca da possibilidade da culpa concorrente do consumidor na relação de consumo. Rizzato Nunes⁸⁰⁶ descreve que somente a culpa exclusiva do consumidor retira a responsabilidade *integral* do fabricante; Sergio Cavalieri Filho, por sua vez, entende ser possível a participação da vítima na produção do resultado, não tratando-se propriamente de culpa, mas de concausa⁸⁰⁷, apta reduzir o *quantum debeat* indenizatório⁸⁰⁸. A discussão, embora interessante, não tomou parte do debate do Superior Tribunal quando da determinação da reparação, que simplesmente mencionou não estar caracterizada a hipótese de culpa concorrente.

Em encerramento, assim, vislumbra-se a relevância do referido *decisum* para o estudo da teoria em comento, considerando o silêncio do legislador acerca do tema, que poderia, como leciona o Min. Paulo de Tarso Sanseverino⁸⁰⁹ ter se posicionado expressamente acerca dessa “importantíssima” questão, de forma, a nosso olhar, a excluir a possibilidade de incidência da excludente.

CONCLUSÃO

Do que foi exposto, conclui-se que, a despeito de toda inovação que instaurou na ordem jurídica brasileira, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor e, assim, assegurando o disposto no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, o CDC não fez nenhuma ressalva, ao menos de forma expressa, quanto aos riscos do desenvolvimento. Cabe, então, ao aplicador do direito realizar a interpretação que mais se coadune com a defesa do consumidor, *ratio* do microsistema consumerista.

A doutrina, também em seu papel de intérprete do Direito, curvou-se, ainda que parcialmente, pela possibilidade da ausência de previsão legal expressa ser tomada como causa excludente da responsabilidade, acrescentando, nessa lógica, que talvez maior segurança jurídica fosse entregue ao jurisdicionado se o tema fosse regulamentado legalmente.

Não há como negar que a responsabilidade objetiva do fornecedor, bem como toda a principiologia que circunda a proteção do consumidor, caracterizado pela vulnerabilidade e pela hipossuficiência técnica, induzem à possibilidade de responsabilização do fornecedor em casos envolvendo o risco

⁸⁰⁶ Curso de Direito do Consumidor. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 225.

⁸⁰⁷ Programa de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 329.

⁸⁰⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flavio. Manual de Direito do Consumidor: Direito material e processual. 6. ed. rev. atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 225.

⁸⁰⁹ Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 320.

do desenvolvimento, o que já vinha sendo aplicado pelos tribunais, mas sob a roupagem da responsabilidade puramente objetiva.

O julgamento do REsp nº 1.774.372, portanto, representa um grande avanço para o estudo da teoria do risco do desenvolvimento, pois, ainda que inexistisse previsão na legislação infraconstitucional específica sobre o assunto, foi a primeira vez que a Corte a mencionou expressamente, agregando relevantes argumentos ao debate sobre a possibilidade de sua invocação enquanto causa excludente da responsabilidade em casos de medicamentos, assunto que provavelmente retornará à pauta da Corte, ante o início do período de imunização contra a Covid-19 e das incertezas que permeiam a questão.

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrick. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34. 2010.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.774.372. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201802726913. Acesso em: 23 mar. 2021.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- CAVALIERI, Sergio. *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Remédios*. Revista da EMERJ, v.2, n.8, 1999.
- COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Directiva do Conselho de 25 de março de 1985. 85/374. *Jornal oficial das comunidades europeias*. Nº L. 210, 29.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DRIVER-DUNCKLEY, E. et al. Pathological gambling associated with dopamine agonist therapy in Parkinson's disease. 12.08.2003. National Library of Medicine. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12913220/>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. *Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica*. Revista de Direito do Consumidor. v. 64/2007. p. 9 – 42. Out – Dez. Revista dos Tribunais online, 2007.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do Consumidor*. 15. ed. ver., atual. e ref. São Paulo: Atlas, 2018.
- FOX, Maggie. Parkinson's drug can trigger gambling. 12.08.2003. Reuters. Disponível em: https://www.abc.net.au/science/news/health/HealthRepublish_922460.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: Direito material e processo coletivo*. 12. ed. rev. atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira; Revisão: Alice Kyoto Miyashiro; Produção: Ricardo W. Neves e Adriana Garcia. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.
- MOLINA J.A. et al. Pathologic gambling in Parkinson's disease: a behavioral manifestation of pharmacologic treatment? 15.09.2000. National Library of Medicine. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/11009192>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- MORO, Adriana; Invernizzi, Noela. *A tragédia da talidomida: a luta pelos direitos das vítimas e por melhor regulação de medicamentos*. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.24, n.3, jul.-set. 2017, p. 603- 622.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito do Consumidor: Direito material e processual*. 6. ed. rev. atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- RELATÓRIO Da Comissão Ao Parlamento, Ao Conselho E Ao Comité Económico E Social Europeu. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX:52011DC0547>. Acesso em: 23 mar. 2021.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson. Flexibilização do nexos causal em relações de consumo. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA, James Marins de. Risco De Desenvolvimento E Tipologia Das Imperfeições Dos Produtos. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 6/1993. p. 118 – 133 *Revista dos Tribunais online*, 1993.

STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*. v. 855/2007. p. 46 – 53. Jan. 2007. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. v. 5. p. 255 – 276. Abr. 2011, *Revista dos Tribunais online*.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO, Terceira Turma, Apelação Cível nº 035040047215, disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/83860405/tj-es-10-05-2013-pg-77>. Acesso em: 23 mar. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 17ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre. Autos nº 5432831-16.2005.8.21.0001. Julgado por: Dr. Sandro Silva Sanhotene, 11 de julho de 2016. [2016]. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/sentenca?codComarca=1&numeroProcesso=10505432831&perfil=0>. Acesso em: 23 mar. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70072537491. Relatoria: Jorge Luiz Lopes do Canto, 30 de agosto de 2017. [2017] Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70072537491&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 23 mar. 2021.

VARGAS, Milton. Técnica, Tecnologia e Ciência. *Revista Educação & Tecnologia*. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/tecnica-tecnologia-e-cien-cia-i/>. Acesso em: 23 mar. 2021.

WESENDONCK, Tula, a responsabilidade civil pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento do medicamento sifrol. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 123/2019, p. 161 – 183. Maio – Jun. 2019, *Revista dos Tribunais online*, 2019.

UMA ABORDAGEM DO PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETUDE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AS DIFICULDADES DE QUANTIFICAR O DANO

Luciana da Silva Paggiatto Camacho⁸¹⁰, José Alberto Monteiro Martins⁸¹¹,
Fernando Gustavo Knoerr⁸¹²

INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade são direitos natos e inerentes à pessoa humana e possuem características específicas. Em um consenso na doutrina, elenca-se dentre tais características o seu a) caráter absoluto, ou seja, podem ser opostos e defendidos ante todos e o Estado; b) o caráter de generalidade, cujo conceito extraído refere-se aos direitos da personalidade são inerentes à condição de ser humano; logo, a existência humana é condição automática para a subsunção protetiva desses direitos natos; c) a característica da extrapatrimonialidade, pois os direitos da personalidade não possuem conteúdo patrimonial, quantificado diretamente e objetivamente e, em decorrência, são d) inalienáveis; e) impenhoráveis, f) imprescritíveis; e g) vitalícios, como regra.

Em um aspecto ontológico, na esfera de proteção internacional, os direitos da personalidade podem ser concebidos com maior abrangência quando tratados sobre o rótulo de direitos humanos (PIOVESAN, 2000).

Os direitos da personalidade são tratados no atual Código Civil, em seu artigo 11. Em que pese a proteção expressa no Código Civil, como acima indicado, ressalta-se, no presente trabalho, que se busca uma abordagem dos institutos (não só, mas também, sempre de todo o ordenamento) atinentes aos direitos da personalidade com uma releitura em consonância com a nova ordem Constitucional, o Estado Democrático de Direito e o fomento e a proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e sobremaneira principiológica.

⁸¹⁰ Doutoranda em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Bolsista CNPq. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP [2015] - Bolsista CAPES. Pós-graduada com especialização em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Pesquisadora. Professora. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7948286829026012>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4286-9890> E-mail: lucianapaggiatto@hotmail.com. Cel. (11) 98385-9840.

⁸¹¹ Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba (2019). Membro do Conselho Editorial Nacional da Revista Jurídica Unicuritiba – ISSN 2316-753X desde 2019. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (2014). Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV e University of California, Irvine - UCLA (2002). Bacharel em Direito com especialização em direito empresarial pela Universidade de São Paulo – USP (1983). Advogado, consultor, professor e mentor acadêmico. E-mail: alberto.moma@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2246-7376>

⁸¹² Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra. Professor do Mestrado e Doutorado - UNICURITIBA - PR. Professor do Mestrado na UCAM - RJ. Foi Procurador Federal de Categoria Especial e Juiz do TRE-PR. Advogado Sênior do Escritório Séllos Knoerr - Sociedade de Advogados. Escritor, Pesquisador e Palestrante.

Neste viés, há uma preeminente necessidade de proteção dos direitos da personalidade, sendo por meio de tutelas inibitórias (tutelas diferenciadas), que inclusive podem ter como escopo principal a preservação em caráter preventivo dos direitos da personalidade como mecanismo efetivo, preceituado na norma contida no inciso XXXV, do artigo 5º. da Constituição, como outros instrumentos processuais: tutelas reparatórias com pedidos indenizatórios e cominação de *astreintes*, tudo para impedir a sua eventual violação, que infelizmente, mostra-se como fato tão “comum” e corriqueiro (até mais do que o esperado), pois direitos da personalidade são violados a todo tempo, principalmente em subúrbios, periferias, locais onde o Estado mostra-se ausente e totalmente ineficaz, configurando não raras as vezes o Estado em si como agente violador, principalmente no que se refere aos seu pacto social (BOBBIO, 1991), onde há promessas políticas assumidas pelo Estado quando da sua formação, como instituição, o qual se propõe a garantir o *welfare State* aos seus cidadãos.

Estes são (alguns) dos desafios enfrentados pelo trabalho em questão, em especial, à violação de direitos da personalidade, a dificuldade de acesso às vias judiciais, a demora na tramitação dos processos, de quantificação econômica nos casos de violação e as ações reparatórias como instrumento para eventual ressarcimento do dano acometido.

Na presente pesquisa será utilizada a metodologia jurídico-teórica, por meio do raciocínio empírico-dedutivo e da observação da realidade social, estudos do ordenamento jurídico, material bibliográfico doutrinário e jurisprudencial.

1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Embora o Código Civil de 1º. de janeiro de 1916 não contemplasse expressamente os direitos da personalidade em seu texto, não se pode negar a existência destes direitos, por serem, com dito acima, inerentes à condição humana; a sua proteção sempre se fez e far-se-á presente, mesmo na ausência de previsão escrita, pois é condição inerente do ser humano – ser livre, ter segurança, não ser escravizado, permitindo a sua autodeterminação e a preservação histórico-cultural, dentre tantos outros direitos.

Não só todo trabalho científico, mas sobremaneira a observação crítica e construtiva do ordenamento jurídico ter sempre como ponte de partida uma abordagem temática-interpretativa sobre a Constituição, possibilitando um estudo hermenêutico interpretativo, como será analisado no decorrer deste trabalho.

Os direitos inerentes à personalidade sempre tiveram proteção constitucional – artigo 179, da Constituição do Império, de 22 de abril de 1824; artigo 72, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de

fevereiro de 1891; artigo 113, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934; artigo 122, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937; artigo 141, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946; artigo 150, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 17 de outubro de 1967; e, por fim, no artigo 5º., com maior relevo, no inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 23 de outubro de 1988.

Desta feita, observa-se que todas as Constituições (com exceção do Ato Institucional de nº. 5 [Emenda Constitucional 11] de 13 de dezembro de 1968) trouxeram expressamente proteção aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Dessarte, é impossível não observar que, com o advento da Carta Constitucional de 1988, surge uma mudança de paradigma; logo numa leitura prévia, os direitos fundamentais são tratados na parte inicial do Carta Constitucional, e um rol mais abrangente e descrito, trazendo direitos expressos de ordem cultural, religiosa, social, inúmeras liberdades, descrição sobre a necessidade de proteção do direito de propriedade observando a função social a propriedade, direitos do consumidor, econômicos, garantias processuais e remédios (*writs*) para eventual violação deste rol protetivo.

Há uma nítida modificação da transição dos regimes constitucionais anteriores para o presente, de forma fecunda e irregressível (efeito *non cliquet*) (BONAVIDES, 2008). As garantias fundamentais do indivíduo, bem como todo o arcabouço interpretativo inerente à hermenêutica e à interpretação dada ao ordenamento jurídico pátrio pela nova ordem constitucional instituída, dentre eles a adoção de um Estado Democrático de Direito, mediante a inclusão expressa e ampla das garantias individuais e coletivas dos indivíduos, os direitos fundamentais, no qual se insere o Direito Processual.

Tanto a Constituição quanto o processo devem ter como ponto de partida comum uma leitura, hermenêutica-interpretativa à luz das garantias e dos direitos fundamentais do indivíduo expressamente previstos na Constituição e, a partir deste ponto, adotar-se como (pré)conceito que tudo que se refere a esses direitos não podem simplesmente compor um rol taxativo, mas sempre ampliativo, em que podem surgir novos direitos pela arte, convívio social e novas relações intersubjetivas, entre outras, de forma a adotar-se como um rol exemplo as garantias previstas expressamente, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o acesso à Justiça, o duplo grau de jurisdição, o juiz natural, a fundamentação das decisões judiciais, a publicidade, o duplo grau de jurisdição e, não tão recentemente, a inclusão do princípio da razoável duração do processo, lembrando que a celeridade não se confunde com a efetividade, da prestação jurisdicional, visto que esta deve ser traduzida pelo processo justo (COMOGLIO, 2010), com razoável duração.

Neste diapasão, sempre o intérprete e/ou aplicador do Direito deve adotar uma interpretação perpetrada de forma elástica, inserida dentro do contexto social imposto dentro dos critérios: espaço, tempo, elementos culturais e sociais.

Esta preocupação parte de um momento social no qual domina a ansiedade pela produção de diversas atividades, simultaneamente, além da manutenção de relações interpessoais em curtos períodos de tempo, e, ainda, mediante as situações excepcionais inseridas em nosso cotidiano diante da pandemia e do isolamento social impostos pela COVID-19 – Sars-Cov-2, em que sempre se acentuou diferenças sócio econômicas, demonstrando dificuldades de contenção da pandemia diante de uma população extremamente miserável e carente (de tudo, recursos, conhecimento, dignidade!).

O Direito é reflexo da sociedade; esta dinâmica também atinge todas as instituições democráticas, em especial, o Poder Judiciário, diante da sua função precípua de pacificador dos conflitos sociais, utilizando-se do processo como mecanismo de efetivação das soluções dadas aos conflitos sociais.

Atualmente, busca-se construir mecanismos eficazes para atender aos anseios da sociedade no que se refere à celeridade processual; entretanto, tais anseios sociais não podem reportar-se apenas e tão-somente para a rápida prestação jurisdicional, sob pena de violação colateral de outros direitos fundamentais, sob o risco de tolher de forma reflexa outras garantias para a construção de um processo justo, por um indevido aceleração no qual se supre, ou simplesmente se ignoram as garantias das regras do jogo para aferir-se o necessário para um julgamento mais rápido do que “justo”.

O processo nada mais é do que o instrumento para realização de Direito; doravante, o maior deles, o exercício da cidadania, com relevo ao fomento e à preservação dos direitos da personalidade, pois é por meio do exercício da cidadania que se torna efetiva e imprescindível o atendimento da função social e política, que se utiliza do processo como instrumento de realização e, notadamente, tem como finalidade a pacificação dos conflitos, de forma que o processo sempre deve ter como diretrizes os valores que informam o sistema jurídico (LOPES, 2016; p. 23) e, precipuamente, o valores contidos na Constituição.

Doravante, a pedra fundamental desta construção lógica tem como pedra fundacional o artigo 5º., inciso XXXV, da Constituição da República, o qual possui o *status* de direito fundamental e de garantia do indivíduo, consagrando o acesso à Justiça, que consiste no sucedâneo lógico do direito de ação como sendo o acesso às vias adequadas para a solução dos conflitos, figurando como principal o acesso ao Poder Judiciário, considerando-se a existência de outras vias como a arbitragem.

Logo, todos os indivíduos, brasileiros ou não, em tese, têm acesso à Justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito; destarte, contempla-se não só os direitos individuais, como também os direitos difusos e coletivos (NERY JÚNIOR, 2009).

O acesso à Justiça é uma garantia constitucional erigida à categoria de direito e garantia fundamental do indivíduo, podendo, “portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que presta garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI, MAURO; GARTH, 2002).

Nesta senda, partindo como pressuposto apenas de construção lógica, imagina-se que, supostamente, não hajam dificuldades de acesso às vias de solução para conflitos; o Poder Judiciário preeminentemente, e considerando o ingresso efetivo nas vias judiciais, contudo, superada esta dificuldade, destacam-se outras dificuldades enfrentadas pelos jurisdicionados para concretizar efetiva salvaguarda dos direitos da personalidade violados, como a morosidade na tramitação, as dificuldades de reparação destes no caso concreto, diante da postura defensiva do Poder Judiciário no arbitramento das indenizações e uma imensa preocupação do julgador em não caracterizar a reparação dos danos em um locupletamento indevido às vítimas e, por consequência, com o escopo de não fomentar o ingresso de ações visando a não proliferação de um grande número de processos, e elaborando a construção jurisprudencial de que a indenização não pode configurar como um meio de aferir vultuosas quantias monetárias, em que muitas vezes o fator tempo *versus* reparação não compensem.

É patente a existência de uma crise composta por diversos fatores, dentre eles a estrutura do Judiciário, o seu formalismo, os conflitos e desigualdades sociais que são a origem da multiplicidade de litígios fundados em reformas que apresentam como escopo fomentar legislação social, permitindo o acesso efetivo dos cidadãos à ordem jurídica; entretanto, para além da capacidade institucional dos tribunais.

Neste ritmo, o Poder Judiciário deixa de ser um espaço hegemônico de resolução de demandas, sugerindo uma tentativa de adoção de um modelo mais econômico, consensual e menos burocrático para a administração dos conflitos, impondo a necessidade de instituição de outros modos ou, até mesmo, sistemas privados como o fundamento para desafogar o Judiciário, para assegurar efetivamente o Direito, confundindo finalidade e consequência (NUNES, DIERLE; TEIXEIRA, 2013).

O efeito colateral visualizado dentro da análise social é o arbitramento de indenizações muito aquém dos direitos individuais violados, em caráter eminentemente político e desmotivacional de ingressos com novas ações para a defesa destes direitos.

2 A PERSPECTIVA LINGÜÍSTICA DE GADAMER E A NECESSIDADE DE RELEITURA DO ORDENAMENTO JURÍDICO DENTRO DESTE CENÁRIO HERMENÊUTICO

Há um certo tempo, diversas reformas processuais têm como escopo projetos legislativos de vinculação jurisprudencial, como a originação de súmulas vinculantes, do julgamento de recursos especiais repetitivos e de repercussão geral, incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência, dentre outros expedientes deste com este fito.

A pesquisa em testilha não irá debruçar-se na análise de tais institutos, apenas se levantará questionamentos a partir de tais projetos de criação deste *establishment*, mas sim para quem é vertida esta construção de padrões decisoriais, que reafirmam o poder dominante sobre os dominados, asfixiando o debate e as possibilidades de uma nova visão e releitura do ordenamento jurídico e do Direito.

O primeiro questionamento a suscitar-se refere-se ao conceito de norma. O presente trabalho entende a expressão norma como o resultado da interpretação do texto normativo somado à sua incidência em um caso concreto, seja ele solucionado judicialmente ou diante da apresentação da problemática fática para estudos acadêmicos.

Deste resultado aferido constrói-se pela soma da interpretação do texto normativo e a sua incidência dentro de um caso concreto, a soma destes dois vetores resultam no processo construtivo que é a norma (STRECK, 2011).

Partindo desta premissa, a construção da norma não pode engessar-se diante de padrões decisoriais, pois a interpretação e a aplicação do texto normativo é uma produção de norma jurídica, devendo considerar-se a peculiaridade não só fática como social de cada conflito levado ao Poder Judiciário

Diante dos fatores linguístico, hermenêutico, interpretativo e filosófico expostos por Gadamer, cujo ponto de partida da interpretação é a compreensão, assim, interpretar é um processo intelectual que demanda, necessariamente, uma compreensão prévia (mesmo que de forma inconsciente) sobre o objeto a ser interpretado.

Por conseguinte, o processo de interpretação sempre demanda um conhecimento prévio de cognição de signos (sejam linguísticos, históricos ou culturais) e, dessarte, por meio desta fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (HEIDEGGER, 1998) e o ser que pode ser compreendido é a linguagem (GADAMER, 1990), onde a linguagem é tida não simplesmente como objeto, e sim como um horizonte aberto e estruturado e, a partir daí, a interpretação faz surgir o sentido.

Diante do aspecto hermenêutico proposto, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (*Auslegung*) e passa a ser produtivo (*Sinngebung*); neste sentido, o Poder Judiciário passa a ser por excelência o instituidor de

normas jurídicas e o Poder Legislativo o instituidor de textos normativos, logo, patente a diferença entre norma e texto.

É inexorável a necessidade de rediscussão quanto à questão da função do Estado (de Direito) e do Direito, assim como as condições para a efetivação e para a realização da democracia e dos direitos fundamentais, que compreendem também os direitos da personalidade, principalmente em Estados como o Brasil, recém saídos de regimes autoritários e carentes (O'DONNELL, 1991), não havendo dúvidas de que para a concretude e a manutenção do Estado de Direito, em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social, principalmente pelas instituições carreadas de aplicar as leis.

Com o advento da Carta Constitucional, surge uma mudança de paradigma (efeito *non cliquet* (SARLET, 2004)⁸¹³), diante da vedação de retrocesso não só dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, mas sobremaneira no *modus* operacional de todo o ordenamento jurídico, na medida em que de todo o arcabouço interpretativo desta nova ordem jurídica pátria passa a ser vislumbrado ante um Estado Democrático de Direito, com a inclusão expressa de diversos princípios, agora elevados à norma constitucional na categoria de direitos e garantias fundamentais - direitos e deveres individuais e coletivos dos indivíduos, no qual se insere o Direito Processual diante da previsão de tutela expressa na Constituição.

Diante da construção apresentada pelo foco linguístico proposto por Gadamer, sob o viés hermenêutico-interpretativo, a previsão expressamente contida no artigo 11, do Código Civil, ao trazer em seu bojo que, *com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. os direitos da personalidade, se comparado a outros valores já existentes no ordenamento, em especial na Constituição, não há tanta carga normativa, partindo-se das premissas acima expostas, sob o enfoque normativo tão somente (e não axiológico), pois pela vertente apresentada que parte da compreensão prévia para a interpretação, a compreensão prévia do ordenamento jurídico, partindo como pressupostos (direitos naturais, se assim pode-se dizer), consagrados na Constituição, a incidência em si da norma como processo de interpretação do texto normativo vertido a um caso concreto, por si só é mecanismo amplo de efetivação dos direitos da personalidade, de forma irrestrita e, ainda, da vedação de retrocesso.*

⁸¹³ “... a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionais impostas para realizar um direito social, a respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) uma obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social” (Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa)

Os direitos da personalidade, que são uma reafirmação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, podem ser compreendidos como todos os que permitem que uma pessoa realize a sua individualidade e autodeterminação, e ainda possa defender o que é seu, atuam na defesa da dignidade da pessoa humana – artigo 1º., inciso III, da Constituição, na proteção da vida, da liberdade, da integridade, da sociabilidade, da privacidade, da honra, da imagem e da autoria, entre outros. São direitos indisponíveis, subjetivos e que se aplicam igualmente a todos.

Neste contexto, a leitura axiológica do artigo 11., do Código Civil deve ser sempre ampliativa, trazendo uma construção intelectual prévia quanto aos valores, o tempo, lugar, características históricas, culturais, sociais, bem como e principalmente de forma conjunta e harmoniosa com as garantias preceituadas na Magna Carta e em todos os tratados internacionais dos quais o Brasil seja e venha a ser signatário.

Nessa senda, a ampliação interpretativa de tais direitos também se filia aos ensinamentos de Eduardo Arruda Alvim, em que o autor defende sempre a aplicação das normas que versem sobre os direitos da personalidade (2013)

Deve-se ponderar, contudo, que o legislador e a doutrina perceberam a necessidade da previsão expressa, eis que o ordenamento prevê tantos direitos que não são respeitados sem a força da expressa letra da lei, surgindo, assim, a necessidade da previsão, que decorre do constante desrespeito ao Direito (PUGLIESI, 2010), dando a falsa paralaxe (ZIZEK, 2008) de que os anseios da sociedade são atendidos, tornando-o aplicável e obrigatoriamente considerável no conjunto com os demais princípios, buscando a efetivação de uma Justiça menos morosa.

Assim, depreende-se que não só o texto constitucional impõe a interpretação e a incidência ampliativa da norma em referência, mas uma interpretação sistêmica e teleológica de todo o ordenamento, encampada pela maioria da doutrina, pois determinou a salvaguarda e a proteção absoluta da pessoa humana e, por conseguinte, os direitos da personalidade, inclusive por meio da implementação de políticas sociais, tais como o acesso à uma ordem judicial justa, a efetividade do direito de ação, pois o processo é o instrumento de exercício de cidadania e deve ser um instrumento de solução satisfatória para as partes sem dilações indevidas.

E, ainda que o Poder Judiciário seja figurante principal no processo de construção e realização da norma Jurídica, ao passo que o Poder Legislativo, neste contexto, é o responsável pela elaboração de textos normativos, que não podem ser confundidos com a norma jurídica.

4 AS DIFICULDADES DE DEFESA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E EM QUANTIFICAR OS DANOS ORIUNDOS DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

Superado o item subsequente, que abordou sobre o foco ontológico-linguístico, reafirmada a postura que tem de assumir o seu papel de transformador

social, o Direito Processual, os operadores do Direito e, principalmente os órgãos jurisdicionais, assumem cada qual posturas substancialistas e o mister concretizador para garantir o fortalecimento institucional das democracias, do Estado Democrático de Direito, e dos direitos da personalidade.

Hodiernamente, a defesa de tais direitos enfrentam inúmeros óbices, dentre eles a necessidade de implementação de medidas para garantir a razoável duração do processo, inicialmente quando se debruça para uma análise de acesso ao Poder Judiciário e sua estrutura e, em um segundo momento, a dificuldade em quantificar as indenizações implementadas pelo Poder Judiciário quando da análise meritória da violação dos direitos da personalidade.

O acesso ao Poder Judiciário é um grande óbice para a salvaguarda dos direitos da personalidade, principalmente os direitos de cidadãos que configuram um arquétipo de invisíveis sociais, cujas violações aos seus direitos são recorrentes, e não há quem efetivamente se importe; em outras palavras, a sociedade deu-lhes as costas e continua a fazê-lo inúmeras vezes.

É certo que os direitos da personalidade possuem tratamento e proteção Constitucional; por consequência lógica, todo o direito previsto necessita de meios para a sua concretude e efetivação. O mecanismo de efetivação de tais direitos tem como pedra fundamental, como já mencionado, o texto normativo consagrado no artigo 5º., inciso XXXV, da Constituição, o qual compõe a ponte de ouro de ligação de outros tantos direitos que têm como escopo a salvaguarda dos demais direitos e garantais fundamentais, incluindo os direitos da personalidade.

Pode-se entender, também, que o acesso ao Poder Judiciário é composto por um conjunto de outros direitos, como direito de ação; ou seja, um direito público subjetivo do indivíduo de socorrer-se das vias judiciais para salvaguardar lesão ou ameaça de Direito, contraditório, ampla defesa, razoável duração do processo.

Nesta senda, surge o denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição, que consiste na premissa de que toda a lesão ou ameaça de Direito não pode ser afastada da apreciação do Poder Judiciário, o único Poder capaz de dizer o Direito, solucionando conflitos, com o manto da coisa julgada.

Assim, a finalidade do processo é a solução das lides levadas à apreciação do Poder Judiciário, pacificando os conflitos em sociedade. Desta forma, o processo é o apelo à Justiça por pelo menos uma das partes para a solução de um conflito que envolva a lesão ou ameaça de lesão a um Direito (SANTOS, 2012).

Ainda, neste sentido, a tutela jurisdicional deve ser concebida como um direito fundamental, juntamente com as demais garantias do processo, que compõem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado

Democrático de Direito, pois visam a assegurar adequada e tempestivamente os direitos, dentre eles, os direitos da personalidade violados ou sob ameaça de violação.

Doravante, não basta permitir-se o mero ingresso em juízo, mas, sim, é preciso o acesso à completa prestação jurisdicional, com a possibilidade de atuação e influência das partes em relação ao órgão julgador em todas as fases do processo, ou seja, tanto nas instâncias ordinárias, quanto nas extraordinárias, respeitando, obviamente, os dispositivos contidos nos diplomas processuais.

Ademais, a tutela jurisdicional deve ser tempestiva, pois Direito tardio é sinônimo de não direito, por isso, necessária a concepção de que o processo deve ter uma razoável duração.

Neste contexto, se pode conceituar o princípio da razoável duração do processo, como um direito fundamental. Este princípio é corolário direito do devido processo legal e do direito de ação, que visa assegurar aos jurisdicionados uma prestação da tutela jurisdicional adequada, útil e tempestiva, devendo esta ser breve e eficaz, pois prestação jurisdicional tardia é perecimento de direito, com o esvaziamento da sua utilidade (ARRUDA ALVIM, 2013).

Os princípios não têm caráter programático, muito pelo contrário, devem ser aplicados de forma imediata para assegurar a todos os processos uma duração razoável, assim, a jurisprudência internacional do Tribunal Europeu de Direitos Humanos fixou três critérios para se aferir se houve ou não dilação indevida do processo, que são respectivamente: a) complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional. (DIDIER JR., 2008)

Nery acrescenta um quarto: a fixação legal dos prazos para a prática de atos processuais que assegure efetivamente o direito ao contraditório e à ampla defesa (NERY JÚNIOR, 2009).

O princípio da razoável duração do processo é um direito fundamental do indivíduo, sendo assim, para que este direito tenha concretude e efetividade se faz necessário meios para não apenas garantir a salvaguardar deste direito, mas principalmente para torna-lo efetivo, principalmente, impondo o ordenamento sanções, em caso de inobservância, neste contexto, sua violação implica na responsabilidade civil do Estado pela demora irrazoável na marcha processual, cabendo ao Estado indenizar por danos morais e patrimoniais, a parte que os sofreu, em decorrência da morosidade de processo judicial ou administrativo.

Assim, depreende-se que, a parte, no processo, judicial ou administrativo, tem o direito de ser indenizada, tanto pelos danos morais quanto pelos danos patrimoniais sofridos em decorrência da demora exagerada do processo diante da previsão da garantia constitucional da duração razoável

do processo, diante disso, a parte que for vítima da demora injustificada seja no âmbito de processos judiciais como administrativos tem o direito de ser indenizada, tanto pelos danos morais quanto pelos danos patrimoniais sofridos em decorrência da demora exagerada do processo diante da previsão da garantia constitucional da duração razoável do processo (NERY JÚNIOR, 2009).

Neste sentido está o julgado do Tribunal de Justiça do Acre em que se reconheceu o direito à indenização fundamentada na violação do princípio da razoável duração do processo⁸¹⁴. A posição, mesmo que não encampada de forma uniforme pelos Tribunais do País, de que a violação do princípio da razoável duração do processo implica a responsabilidade civil do Estado, salientando que esta responsabilidade é objetiva, estabelece o artigo 37, §6º, da Constituição da República.

A decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Acre não reflete a posição majoritária encampada pelos Tribunais pátrios, em especial o Supremo Tribunal Federal, que entende que nos casos de omissão do Poder Público, a responsabilidade seria subjetiva, ou seja, faz-se necessária a apuração de culpa ou dolo do agente.⁸¹⁵

⁸¹⁴ “Constitucional, civil e processual civil. Indenização por danos morais e patrimoniais. Ação de justificação de reconhecimento de união estável. Demora na prestação jurisdicional. Desídia. Prejuízo da parte autora. Dano configurado. Indenização devida. Em homenagem ao princípio da duração razoável do processo insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna, havendo demora injustificada na prestação jurisdicional, causando prejuízo ao jurisdicionado, deve o Estado indenizar o dano eventualmente sofrido pela parte [...] a demora na intimação da parte interessada no endereço fornecido, atrasando o provimento em sete anos não é, nem poderia ser considerada razoável, principalmente quando se verifica, como neste caso, diversas falhas tanto no que tange ao erro na intimação, quanto à falta dela para as audiências que foram realizadas. [...] Na verdade não se pode qualificar de abusiva a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), quando se leva em conta a duração não razoável do processo [...]. Demais disso, o presente caso não trata de erro de julgamento proferido pelo juízo e, sim, de falta de eficiência no serviço prestado, ou seja, na atividade Judiciária, que, em face de diversos erros de serviço, retardou a prestação jurisdicional por muitos anos [...]. Ora, se o tempo exigido para uma simples cautelar de justificação foi muito além do razoável, causando danos morais, deve o Estado ser condenado, como foi, a indenizar o ofendido.” (TJAC, ApCiv 2009.003074-9, Câmara Cível, j. 29.10.2009, rel. Des. Miracele Lopes).

⁸¹⁵ “Constitucional, civil e processual civil. Indenização por danos morais e patrimoniais. Ação de justificação de reconhecimento de união estável. Demora na prestação jurisdicional. Desídia. Prejuízo da parte autora. Dano configurado. Indenização devida. Em homenagem ao princípio da duração razoável do processo insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna, havendo demora injustificada na prestação jurisdicional, causando prejuízo ao jurisdicionado, deve o Estado indenizar o dano eventualmente sofrido pela parte [...] a demora na intimação da parte interessada no endereço fornecido, atrasando o provimento em sete anos não é, nem poderia ser considerada razoável, principalmente quando se verifica, como neste caso, diversas falhas tanto no que tange ao erro na intimação, quanto à falta dela para as audiências que foram realizadas. [...] Na verdade não se pode qualificar de abusiva a quantia de R\$ 10.000,00 (dez

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao enfrentar a questão sobre a violação do princípio da razoável duração do processo, entendeu pelo não cabimento de indenização⁸¹⁶. E o Supremo Tribunal Federal tampouco reconheceu em julgamento semelhante e fundamentou a sua decisão no argumento de que a demora pode ser fundada em uma causa justificável, vez que a celeridade processual é, na verdade, razoável na duração do processo analisado dentro do caso concreto⁸¹⁷. Deste modo, as decisões citadas versaram sobre processos específicos, análises de casos.

Defende-se neste texto a possibilidade, analisando o processo situado no tempo e no espaço, e de acordo com as ações das partes, ser possível a responsabilidade civil do Estado. Esta responsabilidade seria de natureza objetiva (BASTOS, 1999; CAHALI, 1995; MEDAUAR, 2000); ou seja, independentemente de dolo ou culpa (VARGAS, 1999)⁸¹⁸; assim, tendo sido praticado o dano por dolo ou culpa do agente, o Estado temo direito de regresso contra o causador do dano (CF 37, §6º segunda parte). O juiz responde, pessoalmente ou em regresso, somente a título de dolo. (CPC 133; LOMN 49, CP 319) (NERY JÚNIOR, 2009)

mil reais), quando se leva em conta a duração não razoável do processo [...]. Demais disso, o presente caso não trata de erro de julgamento proferido pelo juízo e, sim, de falta de eficiência no serviço prestado, ou seja, na atividade Judiciária, que, em face de diversos erros de serviço, retardou a prestação jurisdicional por muitos anos [...]. Ora, se o tempo exigido para uma simples cautelar de justificação foi muito além do razoável, causando danos morais, deve o Estado ser condenado, como foi, a indenizar o ofendido.” (TJAC, ApCiv 2009.003074-9, Câmara Cível, j. 29.10.2009, rel. Des. Miracele Lopes).

⁸¹⁶ “Responsabilidade civil – indenização moral – demora no julgamento do processo judicial – falta de atribuição de culpa – *faute du service* não caracterizada – ação, na origem, julgada procedente – sentença reformada para o fim de julgar o pedido improcedente – Recurso oficial e voluntário providos. Se não se atribui nem se demonstra culpa, inviável indenização por morosidade no trâmite de processo judicial, a qual deve ser imputada ao sistema legal causador de entraves e à falta de melhor estrutura”. (TJSP, ApCiv (Recurso *ex officio*) 994.04.022461-4, 4ª Câmara de Direito Público, j. 09.05.2011, rel. Des. Thales do Amaral).

⁸¹⁷ “Responsabilidade civil – indenização moral – demora no julgamento do processo judicial – falta de atribuição de culpa – *faute du service* não caracterizada – ação, na origem, julgada procedente – sentença reformada para o fim de julgar o pedido improcedente – Recurso oficial e voluntário providos. Se não se atribui nem se demonstra culpa, inviável indenização por morosidade no trâmite de processo judicial, a qual deve ser imputada ao sistema legal causador de entraves e à falta de melhor estrutura”. (TJSP, ApCiv (Recurso *ex officio*) 994.04.022461-4, 4ª Câmara de Direito Público, j. 09.05.2011, rel. Des. Thales do Amaral).

⁸¹⁸ “Responsabilidade civil – indenização moral – demora no julgamento do processo judicial – falta de atribuição de culpa – *faute du service* não caracterizada – ação, na origem, julgada procedente – sentença reformada para o fim de julgar o pedido improcedente – Recurso oficial e voluntário providos. Se não se atribui nem se demonstra culpa, inviável indenização por morosidade no trâmite de processo judicial, a qual deve ser imputada ao sistema legal causador de entraves e à falta de melhor estrutura”. (TJSP, ApCiv (Recurso *ex officio*) 994.04.022461-4, 4ª Câmara de Direito Público, j. 09.05.2011, rel. Des. Thales do Amaral).

Acerca da temática, Rui Stoco entende que, em regra, não há a responsabilidade civil em face de atos do Poder Judiciário, quando este exerce a sua função típica; diante desta realidade, no exercício da função jurisdicional (e não quando exerce atividade atípica como administração quando da contratação de prestadores de serviços, abertura de concursos, etc.), os atos judiciais não poderiam ser responsabilizados objetivamente, inclusive neste sentido decidiu o STF, no RE 219.117.(STOCO, 2013)

Ainda, para o Autor citado acima, a responsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário seria objetiva apenas quando este Poder pratica atos atípicos; isto é, aproximando-se aos atos da Administração Pública, não incluindo a sua função típica da judicatura. Entretanto, em páginas seguintes de sua obra, admite a possibilidade de reparação civil, com ressalvas, no caso de violação do princípio da razoável duração do processo, admitindo, em tese, a reparação civil pelo Estado, nos casos de demora na prestação jurisdicional, apenas chamando ao debate em que circunstâncias dar-se-ia a responsabilização (STOCO, 2013).

Assim, a norma contida no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição, é meramente exemplificativa para uma das hipóteses de responsabilidade civil do Estado em caso de atos praticados pelo Poder Judiciário (FIGUEIRA JÚNIOR, 1995); a regra prevista no artigo 37, §6º., da Constituição, incide também aos atos praticados pelo Poder Judiciário, em especial nos casos de violação à razoável duração do processo, sendo a responsabilidade objetiva.

Justifica-se, tendo em vista que a falta de estrutura do Poder Judiciário e a quantidade insuficiente de servidores não tornam a demora na tramitação do feito “justificável”; logo, não afasta a caracterização de dilações indevidas do processo o número excessivo de processos existentes nos órgãos jurisdicionais causadores de sobrecarga de trabalho, nem a demora ou a dificuldade do Estado em prover os cargos vagos de juízes (DIAS, 2005), de forma que este critério, por si só, tornaria a responsabilidade subjetiva, o que não parece ser o espírito do instituto previsto na Constituição.

No mesmo sentido está Nelson Nery Jr., ao afirmar que cabe ao Estado comprovar que a duração do feito foi razoável, desonerando-se, dessarte, do dever de indenizar, eis que as questões envolvendo a duração razoável do processo são, de fato, de acordo com cada situação concreta; logo, o ônus da prova de que o processo teve duração razoável é do Estado, incumbindo-lhe, quando o prazo parecer exorbitante, fornecer as explicações sobre os motivos do atraso verificado (NERY JÚNIOR, 2009).

Na Itália há um diploma legal que rege a possibilidade de reparação civil decorrente de danos materiais e morais suportados pela parte prejudicada, denominada Lei Pinto (Legge Pinto), que disciplina o assunto, levando à indenização nos casos de não observância da razoável duração do processo.

Assim, havendo o descumprimento à razoável duração do processo enseja o dever do Estado de reparar os danos causados, e tal encontra ato previsão expressa na Lei nº. 89, de 24 de março de 2001 (“Lei Pinto”), admitindo a indenização equitativa por dano moral e material. A reparação do dano moral pode dar-se por meio do pagamento de determinado valor em dinheiro ou via publicidade da declarada violação do prazo razoável (HOFFMAN, 2005).

O diploma italiano, a Lei nº. 89 em comento, no seu artigo 2º. regulamenta a possibilidade de indenização mediante o pagamento de indenização pecuniária, nos casos também de obrigação de fazer, em que a publicidade declarada de violação da razoável duração do processo, diversa de pagamento de quantia pecuniária (ANDRIGHI, 2006).

Como bem elucidado acima, comenta-se que o Pacto de San José da Costa Rica traz previsão expressa do direito a uma reparação equitativa, nos termos do artigo 6º., §1º., não havendo como negar este direito, pois a violação à razoável duração do processo deve ter implicações e consequências práticas para inibir a sua não observância.

Logo, afirma-se categoricamente que a demora na prestação da tutela jurisdicional constitui-se, na maioria das vezes, em causa de sensíveis danos ao cidadão, por tratar-se de direito fundamental, como anteriormente exposto; e ainda, imaginar que, seja qual for a sua causa, possa resultar na irresponsabilidade do Estado é um raciocínio que implica desconsiderar o preceito constitucional da ampla reparação das lesões aos direitos dos cidadãos (WAMBIER, 1988).

Observa-se que não seria plausível à Constituição instituir uma garantia e um direito fundamental do indivíduo sem disponibilizar os meios para assegurar-se o Direito, sendo que não há requisito constitucional expressamente previsto como aferição de dolo ou culpa; portanto, trata-se de norma constitucional de eficácia plena, em que a sua violação é indenizável, conforme disposto no artigo 37, §6º., da Constituição.

Por fim, cumpre esclarecer que a responsabilidade em tela não se confunde com questões endoprocessuais; ou seja, decisões internas da relação jurídica-processual contaminadas por *error in procedendo* ou *error in judicando*; nestes casos, o caminho é o recurso que a decisão em comento desafiaria, e não a violação em si (ANDRIGHI, 2006).

Por conseguinte, pelo tema tratado neste subcapítulo, entende-se que a violação do direito fundamental à razoável duração do processo implica em responsabilidade civil do Estado, sendo esta responsabilidade de caráter objetivo, nos termos do artigo 37, §6º., da Constituição; como mencionado anteriormente, não seria plausível a Constituição instituir uma garantia e um direito fundamental ao indivíduo sem disponibilizar-lhe meios para assegurar o Direito, reparando a sua eventual violação.

O processo desenvolve-se por impulso oficial; havendo omissão do Estado, o representado pelo juiz, titular da autoridade de presidir o processo, consubstancia-se a responsabilidade civil do Estado. E, ainda, revestindo-se a conduta omissiva do magistrado, de dolo, compreendido como “dolo [...] a vontade consciente de violar direito” (ARRUDA ALVIM, 1972), que consistiria em deixar de praticar atos e, por conseguinte, dar ensejo à duração irrazoável do processo.; além de ensejar a responsabilidade civil, este responderia pessoalmente pelos danos suportados pela parte prejudicada, nos termos do artigo 143, do Código de Processo Civil.

O que se defende é a responsabilidade objetiva aferida no caso concreto, em que a duração do processo é irrazoável.

Ressalta-se que, alguns critérios objetivos tidos como um parâmetro para concluir-se acerca de eventual responsabilidade pela duração irrazoável do processo; indaga-se, como seria normal aguardar-se mais de dois anos pelo exame, no juízo a quo, da admissibilidade do recurso especial ou extraordinário. Seria normal esperar por mais quatro anos após encerrada a instrução, a prolação de sentença num determinado processo em curso perante a Justiça Federal? Seria normal a publicação de um acórdão do Supremo mais de três anos após o julgamento? A resposta, em senso negativo, para todas as indagações, é elementar...(CRUZ E TUCCI, 1997).

Registra-se, mais uma vez, que não há qualquer requisito constitucional expressamente previsto, exigindo a aferição de dolo ou culpa: trata-se de norma constitucional de eficácia plena, em que a sua violação é indenizável, como dispõe o artigo 37, §6º., da Constituição, tanto por danos materiais como por danos morais suportados pela parte prejudicada pela demora.

Ademais, muito além do prejuízo de ordem material, não se pode fechar os olhos para os anseios da parte interessada que padeceu, durante anos a fio, sofrendo também o inafastável mal de índole psicológica advindo da exacerbada duração do processo (CRUZ E TUCCI, 1997).

Outro caminho não poderia ser trilhado, senão, que o Estado deve ser responsabilizado pela irrazoável duração do processo, nos termos do artigo 37, §6º., da Constituição; esta responsabilidade é objetiva, ensejando, inclusive, a reparação não só pelos danos materiais suportados pela parte prejudicada, como também a respectiva indenização por danos morais.

Por outro lado, não se pode deixar de observar que um fator determinante que refletiria diretamente em uma pulverização de um grande número de ações propostas perante o Poder Judiciário seria de indenizações arbitradas correspondentes quantitativamente a valores que realmente viessem a compensar os direitos da personalidade eventualmente violados, também compensar a parte lesionada pela violação, e ainda possuir caráter punitivo pedagógico em relação ao agente violador.

Contudo, hodiernamente, esta linha não é adotada pelo Poder Judiciário, que muitas vezes tem como norte para o arbitramento das indenizações a não configuração de enriquecimento sem causa em relação à vítima, e por via oblíqua, desestimulando que novas ações sejam propostas, e tornem o Poder Judiciário ainda mais sobrecarregado e pouco célere em relação à tramitação dos seus feitos.

Diante do contexto apresentado, o arbitramento de indenizações em ações reparatórias têm assumido finalidade divorciada da técnica e de extrema política de conter o número de processos ingressos no Poder Judiciário, na medida em que os montantes irrisórios muitas vezes são arbitrados e as decisões judiciais têm fundamentação que busca não incentivar o arbitramento de indenizações em vultuosas quantias monetárias, sob o pretexto de revestirem-se os direitos da personalidade na sua característica de não patrimonialidade; entretanto, não se pode fechar os olhos para o fato de que o arbitramento esteja completamente divorciado da realidade social e da missão Constitucional elencada acima.

Como inicialmente proposto, o Poder Judiciário é o produtor de normas jurídicas por excelência, e deve cumprir a sua função constitucional não só reparando a violação de direitos da personalidade, mas também atuando para que os seus julgados sirvam como paradigma e exemplo para que novas e futuras violações não venham a reiterar-se.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa efetivada, bem como da exposição interpretativa, hermenêutica, axiológica, dogmática, ontológica, jurisprudencial e normativa, seguem adiante as conclusões depreendidas do presente estudo.

Inicialmente, conclui-se, mesmo que hipoteticamente inexistisse norma prevendo expressamente os direitos da personalidade em normas infraconstitucionais – artigo 11, do Código Civil – a sua tutela e a sua proteção seriam completamente possíveis e viáveis, principalmente por tratar-se de direito inerente à condição de ser humano, pela sua previsão e reprodução em todas as Constituições brasileiras, com exceção do Ato Institucional de nº. 5 (Emenda Constitucional 11), de 13 de dezembro de 1968 e, ainda, pela proibição de retrocesso de direitos e garantias fundamentais (efeito *non cliquet*).

Diante do aspecto linguístico, hermenêutico, interpretativo e filosófico exposto por Gadamer, cujo ponto de partida da interpretação é a compreensão, conclui-se que interpretar é um processo intelectual de demanda, é necessariamente uma compreensão prévia (mesmo que de forma inconsciente) sobre o objeto a ser interpretado.

Neste rumo, igualmente conclui-se que o processo de interpretação demanda sempre um conhecimento prévio de cognição de signos (sejam linguísticos, históricos ou culturais) e, assim, por meio desta fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão e ser compreendido que é a linguagem, onde a linguagem não é tida simplesmente objeto, e sim como um horizonte aberto e estruturado e, a partir daí a interpretação faz surgir o sentido.

A crise instaura-se neste ponto, diante da falsa paralaxe inserida com um concepção coletiva divorciada da realidade e, principalmente, instaurada junto ao Poder Judiciário, em que este não possui ciência efetiva do seu papel de criação e de concretização de guardião constitucional, como produtor de normas jurídicas; logo o Poder Judiciário deve assumir a sua função precípua por excelência de elaboração de normas jurídicas quando resolve os conflitos sociais; e o Poder Legislativo o elaborador de textos normativos; logo, está patente a diferença entre norma e texto.

Neste aspecto linguístico, hermenêutico, interpretativo e filosófico a norma jurídica é a incidência aferida do efeito concreto do texto normativo diante de um caso concreto.

Hodiernamente, enfrenta-se uma grande crise, diante do um processo hermenêutico, interpretativo e filosófico, em que se conclui que a norma é muito mais do que o resultado da interpretação, mas sim sua incidência nos casos concretos dentro de um cenário de tempo, lugar, história, cultura e, principalmente, instrumento de transformação social.

Conclui-se, adicionalmente, que há óbices aferidos para que o processo tenha efetividade como instrumento de salvaguarda e garantia dos direitos da personalidade que são respectivamente: (i) as dificuldades de acesso igualitário, isonômico e com paridade de oportunidades ofertada a todos os cidadãos e seu nível de compreensão da realidade, como pressuposto do processo de interpretação; (ii) a ausência de razoável duração do processo, que pode dar ensejo a novas violações a outros direitos da personalidade, salientando que há grande resistência do Poder Judiciário em indenizar as novas violações; (iii) os valores ínfimos arbitrados a título de indenização diante da violação de direitos da personalidade como critério de desestímulo e obstáculo para a pulverização de novos processos que apenas tornariam o Poder Judiciário ainda mais moroso.

Por fim, depreende-se a necessidade do Poder Judiciário em olhar além das janelas dos respectivos gabinetes para a sociedade e assumir a sua função precípua de produtor de normas jurídicas e de pacificador dos conflitos sociais, principalmente perante àqueles que não possuem voz e são invisíveis em uma sociedade tão marcada pela desigualdade.

REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, F. N. A responsabilidade do Estado pela violação do direito constitucional à razoável duração do processo. *Justiça e Cidadania*, v. 69, n. abril / 2006.
- ARRUDA ALVIM, A. DE. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- ARRUDA ALVIM, E. Direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BASTOS, C. R. Curso de direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BOBBIO, N. Thomas Hobbes. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- BONAVIDES, P. Curso de direito constitucional. 22. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- CAHALI, Y. S. Responsabilidade civil do Estado. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CAPPELLETTI, MAURO; GARTH, B. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
- COMOGLIO, L. P. Le prove civili. 3. ed. Milano: UTET, 2010.
- CRUZ E TUCCI, J. R. Tempo e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- DIAS, R. B. DE C. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do Judiciário. *Revista de Processo*, v. 128, 2005, p. 164–174.
- DIDIER JR., F. Curso de direito processual civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. Responsabilidade civil do Estado-juiz. Curitiba: Juruá, 1995.
- GADAMER, H.-G. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1990.
- HEIDEGGER, M. A origem do pensamento ocidental. Lógica. A doutrina heráclita dos lógos. Barcelona: Editorial Gedisa, 1998.
- HOFFMAN, P. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. (COORD. . (Ed.). Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 580–595.
- LOPES, J. B. Tutela Antecipada no processo civil brasileiro (de acordo com o novo CPC). 5. ed. São Paulo: Castro Lopes, 2016.
- MEDAUAR, O. Direito administrativo moderno. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NERY JÚNIOR, N. Princípios do processo na Constituição Federal. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUNES, DIERLE; TEIXEIRA, L. Acesso à Justiça democrático. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- O'DONNELL, G. Democracia delegativa? *Novos estudos Cebrap*, v. 31, n. out/1991, p. 25 e segs.
- PIOVESAN, F. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- SANTOS, M. A. Primeiras linhas de direito processual civil. Volume I. 29. ed. São Paulo: [s.n.].
- SARLET, W. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 2, 2004, p. 121–168.
- STOCO, R. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- STRECK, L. Hermenêutica Jurídica e(m) crise – uma exploração da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- VARGAS, J. DE O. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 1999.
- WAMBIER, L. R. A responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais. *Revista dos Tribunais*, v. 633, 1988, p. 34–42.

ACESSO À JUSTIÇA É MUITO IMPORTANTE PARA FICAR SOMENTE COM O ESTADO

Luiz Eduardo Gunther⁸¹⁹, Gustavo Afonso Martins⁸²⁰, Alcides Wilhelm⁸²¹,
*Mara Denise Poffo Wilhelm*⁸²², José Laurindo de Souza Netto⁸²³

INTRODUÇÃO

O Acesso à Justiça – tema caro por si só –, enfrenta alguns subtópicos que, não raramente, se apresentam como obstáculos à efetividade da justiça. Acessibilidade, economicidade, seletividade, tempo e satisfação do bem da vida, são elementos próprios enfrentados quando se busca o *status quo ante* à injustiça experimentada, seja categorizada como: dano (moral, material, existencial, estético), seja qualquer outra modalidade de ato ilícito que o ordenamento jurídico imponha o dever de indenizar, p.ex. art. 186, art. 187⁸²⁴,

⁸¹⁹ Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1977). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

⁸²⁰ Doutorando e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Curso em Direito Internacional Público e Direitos Humanos - organizado pelo Lus Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos. Universidade de Coimbra-Pt. Advogado. E-mail: gustavoamartins.cwb@gmail.com

⁸²¹ Mestre em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Formado em Ciências Contábeis e em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Tem especialização em Gerência Contábil e Auditoria pelo Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). É especialista em Finanças Empresariais pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).

⁸²² Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Advogada, Contadora e Administradora Judicial. Diretora de Associados do IBAJUD. Bacharel em Ciências Contábeis pela CESUMAR. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e em Direito Processual Civil pela FURB. Ex-professora da disciplina de Direito Tributário do Curso de Direito da FAE Business School Blumenau.

⁸²³ Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná – Estágio de Pós-doutorado pela Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza. Professor de Direito Processual no curso de Mestrado da Universidade Paranaense UNIPAR. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: jln@tjpr.jus.br. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>

⁸²⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 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.

art. 927, CC/02⁸²⁵, e/ou art. 223-A, seguintes da CLT⁸²⁶, ou, ainda, art. 14, CDC⁸²⁷, ou ainda, art. 225, §3º, CF/88⁸²⁸, são apenas alguns exemplos.

Os exemplos acima evidenciam que são inúmeros os casos em que se pode reivindicar a tutela jurisdicional do Estado para a entrega do bem da vida. Em outras palavras, restabelecer o *status quo ante* ao dano/injustiça. Nesse sentido, quando se fala em Acesso à Justiça, têm-se duas palavras que compõe a expressão constitucional do art. 5º, XXXV, CF/88, “Acesso” e “Justiça”, que merecem atenção de forma isolada e, posteriormente verificar o que significa a junção de ambas as palavras.

A construção da concepção individualizada de cada palavra, auxiliará na compreensão quanto a sua importância da expressão: Acesso à Justiça, para não se deixar exclusivamente ao Estado, representado pelo Poder Judiciário, de modo que se apresentam os métodos adequados de solução de controvérsia como “regra” e não mais como opção para restabelecer o estado do sujeito de Direito antes do dano experimentado, assim como, alternativamente, indenizar pelo dano causado.

Portanto, a pesquisa se dará analisando a expressão: Acesso à Justiça de forma individualizada e sua compreensão constitucional e doutrinária quanto ao tema. Por fim, revelar-se-á os métodos adequados de solução de controvérsia como meio de buscar o *status quo ante*.

1 ACESSO À JUSTIÇA E O STATUS QUO ANTE

O artigo trabalha com o ideal de Acesso à Justiça como mecanismo para restabelecer o estado da pessoa e/ou coisa antes do dano experimentado, de modo que primeiro ter-se-á por análise da expressão de forma individualizada para se conhecer o que significa: Acesso e o que significa Justiça, esta última numa compreensão do Direito.

⁸²⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁸²⁶ Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

⁸²⁷ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

⁸²⁸ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

1.1 ACESSO

A palavra; Acesso, assim é definida no dicionário: “Capacidade ou aptidão para obter algo relativamente difícil; ingresso. Ação ou oportunidade de entrar ou de sair; chegada ou entrada; porto de difícil acesso”⁸²⁹.

Quando se depara com a legislação, a título de exemplo, têm-se: 1. Lei nº. 12.527/11 – Acesso à informação⁸³⁰; 2. O art. 5º, XXXIII⁸³¹, CF/88⁸³², ao prever o Direito à informação; 3. Art. 4º⁸³³, IV, 6º, III⁸³⁴, CDC, ao tratar do acesso à informação nas relações de consumo; 4. Art. 29, §8º, CLT, ao acesso às informações da CTPS; 5. Art. 2º, III, da Lei nº. 13.709/2018, LGPD, que disciplina a proteção de dados; 6. Art. 4º, X, Lei nº. 14.129/2021 ao dispor sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública. São alguns dos inúmeros diplomas legais que tutelam o acesso à informação, sem mencionar outros institutos que tutelam outras formas de acesso.

Pode-se pensar ainda na Lei nº. 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, ou ainda, a Lei nº. 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), assim como o Decreto nº. 5.296/2004, ao tratar especificamente do acesso à Internet⁸³⁵.

⁸²⁹ Disponível em: <https://www.dicio.com.br/acessos/>

⁸³⁰ Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

⁸³¹ O direito de acesso às informações pode também constituir uma importante diretriz para fins de delinear um mais adequado comportamento do Estado, (...). Ademais, ao falar que todos têm assegurado este direito, a Constituição permite tanto a legitimidade de pessoas jurídicas quanto de pessoas físicas, tornando-as titulares do direito ao qual faz referência. Intercede, aqui, novamente, a interpretação ampliativa, não cumprindo ao intérprete reduzir o espectro subjetivo de um direito fundamental quando a Constituição não o fez. (Comentários à Constituição do Brasil. J.J. Gomes Canotilho; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck; Gilmar Ferreira Mendes. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 377)

⁸³² XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

⁸³³ IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

⁸³⁴ III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

⁸³⁵ No prazo de até doze meses a contar da data de publicação deste Decreto, será obrigatória

São apenas alguns exemplos que intensificam que a expressão “Acesso”, revela-se como tema espinhal no ordenamento jurídico, de maneira que negar é atentatório ao direito subjetivo do jurisdicionado.

1.2 JUSTIÇA

A expressão “Justiça” é imprescindível para a compreensão da finalidade do Direito. Desde a perspectiva constitucional⁸³⁶ até o viés infraconstitucional, justiça pode ser vista com a ótica da finalidade do Direito, mesmo que seja difícil conceituar o que ela venha a ser.

Segundo o dicionário, justiça pode ser definida como: 1 Qualidade ou caráter do que é justo e direito; 2 Conformidade dos fatos com o direito; faculdade de julgar segundo o que é justo e direito; 3 Princípio moral e de valor que se invoca para dirimir a disputa entre as partes litigantes; 4 Aplicação do direito e das leis; poder de fazer justiça, poder de decidir sobre os direitos de cada um; 5 O exercício desse poder; 6 O sistema pelo qual as pessoas são julgadas em cortes; 7 Tribunais, magistrados e todas as pessoas encarregadas no exercício da justiça; 8 Cada uma das jurisdições que têm a seu cargo a administração da justiça; 9 O reconhecimento do mérito e do valor de algo ou alguém⁸³⁷.

A opção de se usar o dicionário é justamente para mostrar que a expressão: Justiça, popularmente pode ser conhecida, bem como é senso comum o que ela representa e/ou quer dizer e gerar de resultado. É, assim, imprescindível perceber e partir do pressuposto de que o Direito possui uma finalidade e, que em última análise, promover a justiça, dentre outras. Segue no mesmo viés pela busca do significado da palavra – Justiça -, pelo dicionário da Cultura Jurídica (ALLAND E RIALS, 2012, p. 1044):

Ele afirma que esta nasce de convenções humanas que têm por objetivo remediar inconvenientes oriundos do encontro entre certas qualidades de nosso espírito e a disposição das coisas exteriores entre as quais estamos colocados. As qualidades de nosso espírito são o egoísmo e uma generosidade limitada, ao passo que as disposições das coisas exteriores são, por um lado, sua raridade relativa em relação às necessidades e aos desejos dos homens e, por outro, a facilidade que temos em permuta-las. É numa situação marcada

a acessibilidade nos portais e sítios eletrônicos da administração pública na rede mundial de computadores (internet), para o uso das pessoas portadoras de deficiência visual, garantindo-lhes o pleno acesso às informações disponíveis.

⁸³⁶ Art. 5º, XXXV, CF/88 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁸³⁷ Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/justi%C3%A7a/>. Acesso em: 09 ago. 2021

por esse tipo de fator que surgem as questões de justiça, ou seja, as questões de distribuição dos bens e dos direitos entre os diferentes indivíduos que compõem a sociedade⁸³⁸.

O que está a dizer, portanto, é que justiça é o instrumento de reequilíbrio de relações marcadas pela desigualdade, que por sua vez, é marcada pela ausência de generosidade plena, desinteressada, de modo que, segundo Alland e Rials (2012, p. 1044): “a justiça, assim, é uma virtude compensatória, um remédio para uma situação feita de egoísmo subjetivo e raridade objetiva, que impede os homens de gozar as coisas em comum e os obriga a distinguir suas posses”⁸³⁹.

Nesse viés, se a justiça visa reequilibrar determinada relação desigual, ela pode ser feita mediante do Direito, o que leva a possibilidade de se afirmar que, embora Direito não seja sinônimo de Justiça, está, na perspectiva de compensação/reequilíbrio, pode ser alcançada mediante o Direito, de maneira que ele passa a ter, portanto, uma finalidade de produzir a Justiça.

Corroborando: “a doutrina de Marshall, ao sintetizar que um Estado cujas leis não outorgam um remédio para a violação dos direitos não pode ser qualificado como um governo de leis”⁸⁴⁰.

A propósito, Bobbio (2007, p.85), relembra a perspectiva de Kelsen a respeito da finalidade do direito. “Para Kelsen, o direito é um instrumento específico que não tem uma função específica, no sentido de que a sua especificidade consiste não na função, mas em ser um instrumento disponível para as mais diferentes funções”⁸⁴¹.

O que se mostra em Bobbio (2007, p. 93), é o fato de que o Direito tem uma função social:

Abordando o direito em seu todo, quando se diz que ele tem uma função social e se busca defini-la, quer-se dizer que tem uma função positiva? De um ponto de vista funcionalista, a resposta não pode ser dúvida: para um funcionalista não podem existir funções negativas.

Nesse sentido, o Direito possui função positiva, que em última análise é a promoção da justiça, mesmo que a expressão possa parecer vaga, mas

⁸³⁸ Dicionário da Cultura Jurídica, organização: Denis Alland e Stéphane Rials; tradução Ivone Castilho Benedetti; São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2012.

⁸³⁹ Dicionário da Cultura Jurídica, organização: Denis Alland e Stéphane Rials; tradução Ivone Castilho Benedetti; São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2012.

⁸⁴⁰ Comentários à Constituição do Brasil. J.J. Gomes Canotilho; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck; Gilmar Ferreira Mendes. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 385

⁸⁴¹ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito. Trad. de Daniela Beccaria Versiani; Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Negamine – Barueri, SP: Manoele, 2007.

serve de referencial/parâmetro, assim como o art. 170, CF/88⁸⁴² ao apresentar a expressão “justiça social”, e está tem a ver com os objetivos constitucionais do art. 3º, CF/88⁸⁴³.

A título argumentativo, vale dizer que a tratativa quanto ao acesso à justiça constitucionalmente tratado, nem sempre esteve expresso em seu texto. A propósito, esclarece Marinoni: “As Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 não expressaram normas com semelhante conteúdo. O princípio da proteção jurisdicional apenas foi constitucionalizado em 1946, na sua declaração de direitos e garantias individuais”⁸⁴⁴, assim, tal garantia positiva na Carta Magna, pode-se dizer, trata-se de fenômeno jurídico recente na história do constitucionalismo brasileiro.

Curiosamente, a história do constitucionalismo “é caracterizada pela combinação dos deveres de abstenções ao Estado com os direitos de liberdade dos indivíduos, (...) o Estado é constituído com a finalidade precípua de garantir o exercício das liberdades declaradas nas constituições”⁸⁴⁵.

É possível afirmar, portanto, que o Estado deve se abster de interferir no Direito ao Acesso à Justiça, criando obstáculos temporais, pecuniários e/ou, pior, limitando a discussão das pretensões e interesses das partes à exclusiva e restrita ao Poder Judiciário. Não por outra razão, contemporaneamente os métodos adequados de solução de controvérsia ganham maior notoriedade, inclusive o próprio CPC de 2015, passa a incentivar tais formas de solução de conflitos.

Nesse viés, não é muito destacar as palavras de Marinoni: “a Constituição de 1988 inseriu a locução “ameaça a direito” na verbalização de tal princípio”. Na percepção do autor, a nova redação deixa: “claro que a lei, além de não poder excluir lesão, não poderá excluir ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário”⁸⁴⁶.

É notória a expressão “Justiça”, seja no texto normativo (constitucional e/ou infraconstitucional), assim como em sua aproximação finalística do Direito,

⁸⁴² 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:

⁸⁴³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁸⁴⁴ Comentários à Constituição do Brasil. J.J. Gomes Canotilho; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck; Gilmar Ferreira Mendes. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 385

⁸⁴⁵ Fundamentos de Direito Constitucional brasileiro. Egon Bockmann Moreira; Vera Karam de Chueiri; Heloisa Fernandes Câmara; Miguel Gualano Godoy; Salvador: Ed. Juspodivm, 2021, p. 104.

⁸⁴⁶ Comentários à Constituição do Brasil. J.J. Gomes Canotilho; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck; Gilmar Ferreira Mendes. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 385

ou melhor, no exercício dele, o que no presente artigo opta-se em adotar que a finalidade do direito é fazer justiça, numa compreensão de que justiça é o estado da pessoa e/ou coisa, antes do dado/injustiça sofrida. Portanto, justiça é um estado/posição, da qual se compreende como injustiça aquilo que altera o estado e/ou aquela posição sem justo e legal motivo.

Importa destacar que não se pode confundir: Acesso à Justiça e Concessão da gratuidade da justiça. Há no ordenamento jurídico lei sobre Acesso à Justiça, lei que regule o princípio constitucional do art. 5º, XXXV, CF/88. E a Lei nº. 1.060/1950, estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, assim, como o art. 98⁸⁴⁷, CPC/15, Lei nº. 13.105/2015. Aquela diz respeito a concessão, e o CPC a forma de instrumentalizar o acesso à estrutura do Poder Judiciário.

O que se quer dizer é: Acesso à Justiça – com previsão constitucional -, não se limita ao Estado, vez que é tema muito importante para deixar somente ao cuidado dele, razão pela qual o Estado – Poder Legislativo – via Lei nº. 1.060/1950 e art. 98, CPC, está a isentar o jurisdicionado quanto às custas e a sua forma de procedimento para o exercício do direito.

No que tange a lei sobre Acesso à Justiça, destaca-se o próprio CPC⁸⁴⁸, no art. 3º, §1º, fixa o sistema multiportas para a busca do bem da vida, apresentando como meio, não só o Poder Judiciário, mas também os meios adequados de solução de controvérsia.

1.3 ACESSO E JUSTIÇA OU ACESSO À JUSTIÇA?

A soma das duas expressões vistas acima: “Acesso” e “Justiça”, sugerem o título do subtópico, vez que pode ser analisada da forma isolada: Acesso e Justiça, por outro, indaga-se se após a sua análise fracionada, é possível tratar do assunto como sendo Acesso à justiça?

Para esclarecer o subtópico (1.3): Acesso é a: Capacidade ou aptidão para obter algo relativamente difícil; ingresso. Ação ou oportunidade de entrar ou de sair; por outro, Justiça é a qualidade ou caráter do que é justo e direito; Conformidade dos fatos com o direito; faculdade de julgar segundo o que é justo e direito. Pode-se ficar com as breves conceituações expostas acima.

Logo, ter-se-á que a junção das duas palavras: Acesso / Justiça -, formando a expressão conhecida e cara ao Direito: Acesso à Justiça -, podem

⁸⁴⁷ Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

⁸⁴⁸ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

estar representadas na seguinte frase: Acesso à Justiça é a capacidade ou aptidão para obter algo relativamente difícil, a saber, o reequilíbrio, a compensação, o restabelecimento do *status quo ante* o dano e/ou a injustiça experimentada.

A construção do conceito acima, por óbvio não é taxativo, mas auxilia a compreender que o Acesso à Justiça, a recomposição do *status quo ante*, não é exclusiva do Estado, mas sim do indivíduo que pode buscar a melhor forma possível (lícita), para obter algo relativamente difícil, a saber, o reequilíbrio, a compensação daquilo que outrora foi e deixou de ser pela prática de outrem.

O Acesso à Justiça, pode se afirmar que, tanto não é exclusividade de “bater” na porta do Poder Judiciário, na perspectiva da primeira fase do constitucionalismo, marcadamente pela abstenção do Estado em interferir em liberdades dos indivíduos, mas também a eles garantir-lhes o pleno gozo de direitos, dentre os quais, se destaca o acesso à justiça.

Outra perspectiva que justifica não estar limitado o acesso à justiça ao Poder Judiciário, é o fato do CPC/2015, via Poder Legislativo, incentivar o sistema multiportas, ampliando, portanto, a possibilidade de alcance do bem da vida para além dos portões do judiciário.

O terceiro viés que pode ser utilizado para ampliar os horizontes de acesso à justiça, reside no fato de que tal princípio é muito caro e importante para ficar restrito à estrutura estatal.

2 MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA

No mesmo viés utilizado para tratar do Acesso à Justiça, brevemente vale a pena destacar a sutil, porém relevante mudança no tratamento dado aos meios adequados – que outrora era denominado: alternativo -, de solução de controvérsia. Como se denota, a alteração das expressões: alternativo para adequados, sugere ter invertido – ou pelo menos -, propõe que os meios alternativos ao Acesso à Justiça sejam mais utilizados, não mais limitados à estrutura do Poder Judiciário⁸⁴⁹.

A propósito, Luis Felipe Salomão esclarece que:

⁸⁴⁹ Ocorre que, nos últimos anos, parte significativa da academia, da jurisprudência e da legislação brasileira tem dado ênfase à diminuição de litigiosidade e à utilização de meios consensuais e/ou extrajudiciais de solução de controvérsias envolvendo entes públicos. Já se passou o tempo, portanto, do preconceito e da negação. A discussão alcançou outros patamares, consolidando os incentivos para métodos alternativos de solução de controvérsias (atualmente mais bem definidos como métodos adequados de solução de controvérsia). MOREIRA, Egon Bockmann. CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais. Em Direito Administrativo Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação negociação. Belo Horizonte, Fórum, 2020. p. 43.

Conquanto fosse de há muito tempo referida em nossa legislação ordinária – embora então com pouca ou nenhuma experimentação –, a arbitragem apenas em tempos modernos encontrou na Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (recentemente aprimorada e bastante modernizada pela Lei nº. 13.129, de 26 de maio de 2015), o necessário arcabouço legislativo. No entanto, foi sobretudo a partir do célebre julgado do Supremo Tribunal Federal (STF, Tribunal Pleno, SE nº. 5.206-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, m.v., encontrar a indispensável segurança jurídica para que pudesse, em definitivo, se desenvolver e hoje se consolidar como meio ágil e adequado para a resolução de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, em especial aqueles mais complexos e de maior porte⁸⁵⁰.

São vários instrumentos – e/ou vias – que compõem os meios adequados de solução de controvérsia, por isso, o Código de Processo Civil⁸⁵¹, no art. 3º, estabelece o modelo multiportas para o acesso à justiça, para que os interessados/litigantes encontrem o meio que melhor atenda e solucione a demanda em menor tempo e custo possível, o que se pode traduzir em caminho mais eficiente.

Esse modelo multiportas atende, inclusive, a administração pública, seja pelo advento do CPC/2015, tanto quanto com a Lei nº. 13.140/2015, (Mediação), vez que representa diminuir custos tanto para os entes da federação, bem como para os particulares. É o que se extrai das palavras de Bockmann ao enfatizar que “esse meio não litigioso de resolução de conflitos apresenta-se como técnica preciosa para diminuir custos (públicos e privados), ao mesmo tempo em que confere eficiência à tutela do interesse público”⁸⁵².

Assim, a título exemplificativo, os meios adequados de solução de controvérsia “Mediação e Arbitragem” são instrumentos à disposição das partes para que aproximem suas pretensões e interesses de modo a encontrar a solução mais adequada ao caso concreto com a participação do árbitro ou do mediador, a depender do instituto escolhido.

⁸⁵⁰ LEVY, Daniel de Andrade. Lei de Arbitragem Anotada. Prefácio: SALOMÃO, Luis Felipe; São Paulo, RT, 2019, p. 9

⁸⁵¹ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁸⁵² MOREIRA, Egon Bockmann. CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais. Em Direito Administrativo Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação negociação. Belo Horizonte, Fórum, 2020. p. 44.

Não é a pretensão aqui descrevê-los em suas peculiaridades, apenas apresentá-los como adequados para resolver conflitos de maneira extrajudicial, e, por outro, o judiciário como exceção, assim, abaixo apresenta-se a tabela principiologica da Mediação e da Arbitragem a fim de mostrar que a força motriz dos meios adequados de solução de controvérsia é parametrizada, p.ex. pela valorização da autonomia da vontade.

MEDIAÇÃO	ARBITRAGEM
Princípio da autonomia da vontade	Princípio da boa-fé
Princípio da busca do consenso	Princípio do contraditório
Princípio da presença do terceiro interventor	Princípio da ampla defesa
Princípios da neutralidade e da imparcialidade	Princípio da igualdade das partes
Princípios da igualdade, informalidade e oralidade	Princípio da imparcialidade
Princípio da confidencialidade	Princípio do livre convencimento
Princípios da boa-fé, da decisão informada e da independência	Princípio da irrecorribilidade da sentença arbitral
	Princípio da kompetenz-kompetenz
	Princípio da autonomia da cláusula compromissória

A tabela esclarece a prevalência da autonomia da vontade, parametrizada pela boa-fé, dentre outros, o que aguça a curiosidade por tais mecanismos.

A mediação⁸⁵³, a conciliação⁸⁵⁴ e a arbitragem⁸⁵⁵ já fazem parte do cotidiano, inclusive dentro da própria estrutura do Poder Judiciário. Basta a adaptação em utilizar tais mecanismos de maneira eficiente para trazer a solução ao conflito de maneira mais adequada e tempestiva.

⁸⁵³ Lei n°. 13.140/2015

⁸⁵⁴ Art. 165, §2º, CPC.

⁸⁵⁵ A arbitragem é regulada pela Lei n°. 9.307/96, recentemente reformada pela Lei 13.129/2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito ao Acesso à Justiça é um leque de opções, que cabe ao indivíduo e/ou coletividade escolher qual via melhor atende seus interesses. Poder Judiciário e/ou, p.ex. câmaras arbitrais, ou seja, meios adequados de solução de conflitos. Por se tratar de escolha exclusiva do(s) interessado(s), está a valorizar a autonomia privada e/ou coletiva, de modo que o Estado deve se abster de inibir o exercício de tal direito de escolha.

Nesse particular, o Estado se abstém de interferir na vida privada, mas garante a liberdade de escolha, inclusive no que tange qual via será eleita para trazer a solução ao caso demandado.

A opção de se trabalhar com a expressão: Acesso à Justiça de forma particularizada, permite construir um conceito para tal expressão, o que se chegou a apresentar como sendo: é a capacidade ou aptidão para obter algo relativamente difícil, a saber, o reequilíbrio, a compensação, o restabelecimento do *status quo ante* o dano e/ou a injustiça experimentada.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito. Trad. de Daniela Beccaria Versiani; Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Negamine – Barueri, SP: Manoele, 2007.

Comentários à Constituição do Brasil. J.J. Gomes Canotilho; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck; Gilmar Ferreira Mendes. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018; Dicionário da Cultura Jurídica, organização: Denis Alland e Stéphane Rials; tradução Ivone Castilho Benedetti; São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2012.

LEVY, Daniel de Andrade. Lei de Arbitram Anotada. Prefácio: SALOMÃO, Luis Felipe; São Paulo, RT, 2019

MOREIRA, Egon Bockmann. CUÉLLAR, Leila. Direito Administrativo Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação negociação. Belo Horizonte, Fórum, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann; Vera Karam de Chueiri; Heloisa Fernandes Câmara; Miguel Gualano Godoy. Fundamentos de Direito Constitucional brasileiro.; Salvador: Ed. Juspodivm, 2021;

A ALVORADA DA PREVENÇÃO ESPECIAL: DO PARADIGMA LIBERAL AO PARADIGMA SOCIAL DA PENA

Fernando B. S. Fischer⁸⁵⁶, Felix Fischer⁸⁵⁷

INTRODUÇÃO

O título deste ensaio traz consigo um sugestivo espírito progressista, que remete à superação das anacrônicas teorias retributivas absolutas da pena, mediante a afirmação de valores sociais em detrimento de perspectivas individualistas. Todavia, a carga semântica do enunciado foi propositalmente manejada para despertar no leitor o sedicioso senso crítico aqui proposto, procurando romper com as assentadas preconceções maniqueístas sobre a justificação da pena, por meio de um resgate aos fundamentos que deram origem às construções punitivas preventivo-especiais.

Em termos político-econômicos, a evolução do modelo estatal liberal para o modelo social contribuiu para delinear os contornos dos atuais Estados democráticos de direito, o que, para grande parte dos estudiosos, representou um significativo avanço no reconhecimento e proteção de direitos fundamentais, gerando benefícios na qualidade de vida da população de modo geral⁸⁵⁸. Com essa mudança de paradigma, diversos setores da sociedade, até então não contemplados pela proteção do Estado, passaram a ter seus interesses tutelados pelo ordenamento jurídico, inclusive sob um viés, muitas vezes, contramajoritário. Nesse contexto, foram concebidos muitos dos direitos e garantias fundamentais de natureza coletiva que ainda conservam um papel de destaque nos sistemas jurídicos atuais, tais como os direitos dos trabalhadores, das crianças e adolescentes, dos consumidores, dos grupos minoritários étnicos e sociais, etc. Assim, tentou-se abrandar a tendência antiequitativa dos sistemas capitalistas tradicionais, mediante a adoção tanto de políticas públicas sociais quanto de institutos jurídicos protetivos de interesses coletivos⁸⁵⁹.

⁸⁵⁶ Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná – ICPC e em Ciências Criminais pela UniCuritiba. Professor da Escola da Magistratura do Paraná.

⁸⁵⁷ Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor Emérito da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná.

⁸⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 329-347.

⁸⁵⁹ FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria geral do estado*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 596-599.

Todavia, a transição de uma perspectiva liberal para uma perspectiva social no âmbito do direito penal pode ter gerado efeitos inversos em termos de distribuição equânime da severidade do sistema punitivo, contribuindo, em certa medida, para a proteção dos interesses de grupos hegemônicos e para o respaldo jurídico de políticas autoritárias. E justamente sob a conjuntura do paradigma social em direito penal é que se desenvolveram as teorias da prevenção especial da pena, inspiradas pelo cientificismo positivo-naturalista em voga no século XIX.

O presente trabalho tem por objetivo resgatar os fundamentos da finalidade preventivo-especial da pena, buscado nas suas origens o discurso sobre o qual essa justificação e o seu método de determinação da punição foram estruturados. Isso, porque a prevenção especial ainda repercute em diversos sistemas punitivos atuais e muitas incongruências que essa finalidade da pena apresenta podem decorrer de tentativas, algumas vezes incautas, de adaptar sua essência aos padrões jurídico-filosóficos atuais.

1 ESCOLA POSITIVISTA E O FLORESCIMENTO DA PREVENÇÃO ESPECIAL

A experiência jurídica medieva foi marcada pela forte influência das tradições comunitárias e do pensamento eclesiástico, cuja ideia de ordem natural e imutável orientou as construções jurídicas da época⁸⁶⁰. Como não poderia deixar de ser, a punição, com forte caráter expiatório, legitimava-se no poder da autoridade divina e buscava na manutenção do estado das coisas sua principal fonte de justificação.

Com o advento da modernidade, o direito passou a ser entendido como uma construção humana e, conseqüentemente, a demandar uma justificação fundada em aspectos racionais. Os ideais iluministas, que inspiraram as revoluções liberais da segunda metade do século XVIII, foram fundamentais para moldar a configuração tanto dos Estados nacionais quanto dos seus respectivos sistemas jurídicos.

Inspirada pela filosofia da ilustração, nasce a escola clássica do direito penal, cujo pensamento antropocêntrico serviu como base para construções teóricas que visavam limitar o *jus puniendi* em respeito às liberdades individuais do cidadão. A obra *“Dei delitti e delle pene”* atribuída a Cesare Beccaria, originalmente publicada em 1764, imortalizou o espírito da época ao defender a humanização das penas e sua restrição orientada pela vinculação a justificações racionais⁸⁶¹. A classe burguesa, que ascendia ao poder no final do século XVIII, mostrava-se simpática à imposição de limites ao direito penal, que historicamente estava associado ao domínio opressor do monarca ou da classe clerical.

⁸⁶⁰ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 172-180.

⁸⁶¹ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Tomo primo. Venezia: Rinaldo Benvenuti, 1781.

Essa necessidade de explicação racional da punição estatal fez surgir, nesse período, dois ramos de pensamento que justificavam o castigo em finalidades distintas: a pena como retribuição e a pena como prevenção. Em certa medida, o debate doutrinário sobre justificação da pena nos últimos séculos – e que contempla os próprios fins do direito penal – orbitou sobre a eterna disputa entre perspectivas retributivas e utilitárias, mesmo que mediada por algumas tentativas teóricas de conciliá-las.

As teorias absolutas da pena, concebidas a partir do pensamento idealista alemão, opunham-se aos objetivos utilitários do castigo ao rejeitarem a instrumentalização do ser humano e reconheceram na retribuição do mal causado a única finalidade aceitável da punição. O racionalismo e o antropocentrismo davam o tom da justificação da pena, erigida sobre uma forte base ética e manejada a partir da ideia de justiça universal concebida por Kant⁸⁶². A pena deveria ser aplicada na medida do mal causado, pois só assim poderia ser identificada como uma justa compensação ao direito violado com a prática criminosa. Dentro da dialética hegeliana, o crime violava o direito alheio e a pena, na mesma proporção, suprimiria o crime e compensaria a lesão⁸⁶³.

Em contrapartida, as teorias utilitárias da pena concebiam o castigo como um recurso para evitar a prática de novos delitos. Assim, sob influência do pensamento utilitarista, a punição assumia a função dissuasiva, instrumentalizada a partir do cálculo entre prazer e dor de Bentham, de modo que o sofrimento imposto pela pena deveria ser suficiente para desestimular os ganhos obtidos com a prática do crime⁸⁶⁴. Dentro da escola clássica de direito penal, a teoria da coação psicológica de Paul Johann Anselm von Feuerbach elegeu a dissuasão geral como a principal finalidade da pena, fundada na noção de que a cominação de penas atuaria como um fator de intimidação, direcionado a todos cidadãos, de forma a obstar o cometimento de novos crimes⁸⁶⁵.

Todavia, o paradigma liberal, que orientou as formulações teóricas da pena na escola clássica de direito penal, sucumbiu diante da nova conjuntura política, econômica e social que tomou a Europa em meados do século XIX. A burguesia, que no século anterior aspirava galgar o poder e se opunha à supressão do indivíduo pelo Estado, agora estava estabelecida como classe

⁸⁶² KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Clélia Aparecida Martins, et al. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p. 137-138.

⁸⁶³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 88-92.

⁸⁶⁴ BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. London-New York-Toronto: Oxford Press, 1907. p. 41.

⁸⁶⁵ FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 60-62.

dominante. O sistema de justiça penal, antes entendido como mecanismo de violência estatal em face da liberdade individual, passou a servir aos interesses de manutenção do *status quo* da classe burguesa. Por sua vez, a crescente urbanização de alguns centros da Europa e dos Estados Unidos nesse período, como consequência da revolução industrial, gerou uma nova classe de marginalizados formada pelo excedente das pessoas não absorvidas pelo mercado de trabalho. No campo cultural, o positivismo emergia como a principal corrente filosófica de pensamento, na mesma medida em que crescia o entusiasmo pelas ciências naturais⁸⁶⁶.

Pode-se afirmar que o paradigma social, em razão de contingências históricas, irrompeu antes no sistema penal do que na maioria dos demais ramos jurídicos, principalmente com a emergência da escola positivista de direito penal. O encantamento cientificista que marcou a era dos impérios foi responsável pela elevação do direito penal ao status de ciência, adotando-se o método indutivo e as descrições causais-naturalistas para explicarem o fenômeno criminoso e para reestruturarem os institutos jurídicos. As antigas concepções jurídico-criminais baseadas em construções metafísicas da filosofia moral deram lugar a proposições apoiadas no conhecimento empírico.

A noção liberal de crime como violação a um direito subjetivo, presente no pensamento hegeliano e que perdurou pela doutrina clássica de Feuerbach, foi suprimida pela ideia coletiva de bem jurídico⁸⁶⁷. O direito penal foi arrebatado pelo Estado em um contexto histórico-político nacionalista de consolidação de antigos impérios e da unificação da Alemanha e da Itália⁸⁶⁸, de modo que a finalidade de proteção do indivíduo deu lugar à necessidade de proteção pública e da sociedade. Isso ocasionou a substituição da perspectiva liberal-individualista pela estatista-coletivista, conforme pontua Renzikowsk⁸⁶⁹:

Esta visão, dominante no final do século XIX, deve ser declarada, todavia, como estatista e coletivista: bens jurídicos são produtos de uma criação estatal de norma, realizada da perspectiva da sociedade, não do indivíduo. O conceito de bem jurídico que se consolidou a partir da influência de Binding e Liszt estava claramente, desde o princípio, em uma oposição diametral à

⁸⁶⁶ VORMBAUM, Thomas. *A modern history of German criminal law*. Trad. Margaret Hiley. Heidelberg: Springer, 2014. p. 109-112.

⁸⁶⁷ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C., 1899. p. 97-98

⁸⁶⁸ HOBBSAWM, Eric John Ernest. *A era dos impérios: 1875-1914*. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 130-137.

⁸⁶⁹ RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Org. e Trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 29-30.

posição – liberal e de direito natural de Feuerbach, deduzida da teoria do contrato social como base filosófica, e segundo a qual todo crime era caracterizado por uma lesão de um direito.

Com o crescimento das grandes cidades, a criminalidade urbana se tornou um problema para os interesses burgueses e o direito penal se redesenhou para servir como instrumento de contenção desta recente classe de marginalizados⁸⁷⁰. O criminoso passou a ser reconhecido como um delinquente, já que a principal fonte de ocupação do sistema penal era a criminalidade de rua, ou seja, os crimes comuns praticados por pessoas economicamente desfavorecidas. Por sua vez, sob influência das ciências naturais, o crime ganhou status de patologia social, de modo que o positivismo criminológico atribuiu a distúrbios sociais ou congênitos a causa do comportamento desviante⁸⁷¹. Foi nesse período que ganharam projeção as definições da *scuola positiva* italiana, encabeçada pela tríade integrada por Enrico Ferri, Raffaele Garofalo e Cesare Lombroso⁸⁷². Inclusive, foi esse último o responsável pelo desenvolvimento da noção etiológica de “*uomo delinquente*”, que descrevia o criminoso como um ser atávico e portador de tendências delitivas intrínsecas⁸⁷³.

Zaffaroni assim resume a força motriz que alavancou a influência do positivismo no pensamento penal daquela época⁸⁷⁴:

Cuando al promediar el siglo XIX la burguesía europea se asentó en el poder, el discurso liberal dejó de ser funcional a sus intereses; necesitaba otro, que legitimase su hegemonía pero que, al mismo tiempo, consolidase la nueva agencia que había surgido con la revolución industrial: la policía. Toda vez que ésta no tenía discurso propio, lo proveyó la corporación de los médicos, dando por resultado el discurso médico-policia del positivismo.

Essa mudança de paradigmas demandou a reformulação da teoria da pena, pois se o crime era entendido como uma moléstia – manifestada por um distúrbio biológico ou social que acometia o delinquente – a pena deveria ser manejada como uma forma de tratamento, consagrando o acusado como

⁸⁷⁰ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário* (séculos XVI-XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 177-184.

⁸⁷¹ Como bem observa Pavarini, “*la criminología es una ciencia burguesa, nacida con la aparición del sistema capitalista de producción*”. Em PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002. p. 19.

⁸⁷² ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 302-316.

⁸⁷³ LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria: cause e rimedi*. Torino: Fratelli Bocca, 1897.

⁸⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005. p. 40.

o novo protagonista da justiça penal. Nessa abordagem cientificista, a conduta criminosa não era mais a manifestação livre de um ato de vontade, razão pela qual a ideia de retribuição perdia o seu sentido. Adotou-se uma perspectiva determinista, em que a clássica noção de culpabilidade aos poucos foi cedendo espaço ao juízo de periculosidade⁸⁷⁵. Eis que despontou a prevenção especial, como a emergente finalidade justificadora da pena daquela era.

Dentre as principais construções teóricas preventivo-especiais da pena do final do século XIX, sem dúvida a mais destacada obra foi o Programa de Marburgo, do penalista Franz von Liszt. Nascido em Viena no seio de uma privilegiada família, von Liszt se graduou na Faculdade de Direito da Universidade de Viena, onde teve a oportunidade de participar das aulas de Rudolph von Ihering e de Adolph Merkel, herdando do primeiro a ideia de fim do direito (*Zweckgedanke*). Além de um proeminente jurista, von Liszt seguiu carreira política como parlamentar do Partido Liberal do Povo, demonstrando um forte nacionalismo pelo recém-fundado Império Alemão de 1871. Embora comumente tenha seu nome associado ao liberalismo jurídico-penal – eternizando a expressão que o código penal deveria ser “a carta magna do delinquente” – hoje se lançam dúvidas acerca da robustez de tais convicções ideológicas⁸⁷⁶. De todo modo, cabe ressaltar que a ruptura com os ideais iluministas do século anterior não ocorreu de forma abrupta e muitas das aspirações liberais permaneceram, ao menos discursivamente, nas formulações teóricas dos juristas oitocentistas.

Dentro da perspectiva utilitária de von Liszt, pena justa seria aquela estritamente necessária para a consecução da sua finalidade, qual seja a proteção de bens jurídicos. Nas suas palavras: “Nossa concepção da pena como proteção jurídica de bens exige que se aplique a pena (em conteúdo e alcance) que seja necessária para que, através dela, se proteja o mundo dos bens jurídicos”⁸⁷⁷. Assim, vinculando tanto a justificação quanto a determinação da pena ao fim protetivo do direito penal, Liszt objetivou a pena e refutou a ideia retributiva fundada em valores morais, pois para ele “a ciência termina onde começa a metafísica”⁸⁷⁸.

O cientificismo de von Liszt se mostrava evidente tanto na explicação causal-naturalista do delito e da pena quanto no reconhecimento da primazia das ciências sociais, de modo que a adequação da pena – dentro da

⁸⁷⁵ VORMBAUM, Thomas. *A modern history of German criminal law*. Trad. Margaret Hiley. Heidelberg: Springer, 2014. p. 114-119.

⁸⁷⁶ ELBERT, Carlos. *Franz von Liszt: teoria e prática na política criminal (1899-1919)*. Trad. Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2020. p. 44-49.

⁸⁷⁷ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984. p. 106.

⁸⁷⁸ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984. p. 67.

concepção de função social – dependeria de conhecimentos de antropologia, sociologia, psicologia e estatística criminal⁸⁷⁹. O método experimental ganhou protagonismo não apenas para entender o fenômeno punitivo, mas também para orientar o julgador no manejo dos seus efeitos, objetivando a eficácia protetora de bens jurídicos.

A prevenção especial, então, ergueu-se como a principal finalidade da punição, uma vez que na essência da pena estava a coerção, que poderia ser indireta (psicológica/motivacional) ou direta (mecânica/violenta), sempre dirigida à vontade do delinquente. Dessa maneira, extraíram-se do caráter coercitivo da pena os seus três efeitos imediatos: correção, intimidação e neutralização⁸⁸⁰.

Para evitar a ocorrência de antinomias na aplicação da pena, tendo em vista que tais possíveis efeitos poderiam se mostrar incompatíveis entre si quando confrontados no caso concreto, von Liszt preconizou que cada tipo de pena fosse ministrado à sua correspondente categoria de delinquente. Aos delinquentes ocasionais, que não necessitassem de correção, a mera intimidação bastaria para reestabelecer a autoridade da lei violada, de forma que a pena assumiria o caráter de advertência. Já para aqueles em que a intimidação não fosse suficiente, dentre os quais se incluíam parte dos delinquentes habituais por predisposições herdadas ou adquiridas, lançar-se-ia mão da correção. Por fim, aos irrecuperáveis e insuscetíveis de correção, só lhes restaria a neutralização⁸⁸¹.

O problema é que von Liszt condicionava o desempenho do seu sistema de determinação de pena à categorização em distintas classes de delinquentes, o que, além de reclamar conhecimentos criminológicos específicos – e muitas vezes ultrapassados – de outras disciplinas sociais, implica em uma inaceitável postura discriminatória segundo os nossos padrões atuais. O pensamento de von Liszt, embora ainda revisitado por uma parcela da doutrina penal contemporânea, está impregnado com espírito da sua época, marcada tanto pelo cientificismo da escola criminológica positiva quanto pela demanda burguesa de contenção das camadas sociais marginalizadas⁸⁸². A título de

⁸⁷⁹ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984. p. 132-133.

⁸⁸⁰ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984. p. 112.

⁸⁸¹ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984. p. 115-126.

⁸⁸² “E a classe cujos números cresciam de modo mais visível, à medida que a onda de industrialização engolfava o Ocidente, cuja presença se tornava sempre mais ineludível e cuja consciência de classe aparentemente ameaçava de modo mais direto o sistema social, econômico e político das sociedades modernas, era o proletariado”. Em HOBBSAWM, Eric John Ernest. *A era dos impérios: 1875-1914*. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 104.

exemplo, von Liszt associa a delinquência habitual ao que ele denomina proletariado: “mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos sexos e alcoólatras, rufiões e *demimondaines*, no sentido mais amplo, degenerados espirituais e corporais, todos eles formam o exército de inimigos fundamentais da ordem social”⁸⁸³.

Apesar de todas as idiosincrasias de natureza histórico-cultural que acometeram a escola positivista, não há como negar que foi um período de desenvolvimento tanto da dogmática penal quanto de outras áreas correlatas, como a criminologia e a política criminal. O principal objeto de estudo do direito penal passou a ser o criminoso e a prevenção especial se consagrou como a finalidade precípua da pena, porém ainda se mantiveram preservados muitos conceitos de natureza liberal, tais como a culpabilidade como pressuposto da punição.

3 DEFESA SOCIAL E O ZÊNITE DA PREVENÇÃO ESPECIAL

O próximo passo na marcha do direito penal rumo ao distanciamento dos valores liberais foi a passagem da escola positiva para a escola da defesa social, que radicalizou o utilitarismo e o estatismo que marcaram o período anterior e, conseqüentemente, prosperou diante da simpatia que despertava nos regimes autoritários emergentes na Europa na primeira metade do século XIX. A semente da defesa social foi lançada com a fundação, em 1889, da União Internacional de Direito Penal, por Franz von Liszt, Gerard van Hamel e Adolphe Prins.

Mas foi em 1910, justamente por Adolphe Prins, que as bases teóricas da defesa social se corporificaram na obra “*La Défense Sociale e les Transformations du Droit Pénal*”, cujo conteúdo influenciou diversos diplomas legais ao redor do mundo, dentre eles o código Rocco de 1930, o código cubano de 1936 e, reflexamente, o código penal brasileiro de 1940⁸⁸⁴.

O cerne da defesa social estava na instrumentalização do direito penal para fins de proteção da sociedade em face do criminoso, substituindo os tradicionais conceitos jurídico-penais por outros que melhor se adaptassem à consecução desse objetivo. O princípio da responsabilidade subjetiva sucumbiu diante do princípio da defesa social, tendo em vista que a efetiva proteção da sociedade reclamava a superação da ideia de culpabilidade, para atingir inclusive aqueles que, mesmo não sendo culpáveis, eram considerados perigosos. Assim, a ideia de culpabilidade, que sempre se apresentou como uma limitação ao

⁸⁸³ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984. p. 116.

⁸⁸⁴ SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramatica. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*: atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 10-11.

jus puniendi, perdeu espaço para a abrangente noção de periculosidade, que se apoiava no determinismo festejado pelo cientificismo da época.

Marc Ancel, um dos principais defensores da defesa social, resumiu bem o pensamento dessa escola⁸⁸⁵:

A missão do direito penal deveria ter em conta os estudos antropológicos e sociológicos, que a pena não era o único meio de luta contra o crime, que era preciso distinguir diversas categorias de delinquentes, lutar contra as curtas penas de prisão e não mais fazer depender a duração da pena unicamente da gravidade material da infração, preocupar-se com a emenda do condenado e enfim colocar os delinquentes habituais fora da situação de se tornarem nocivos o maior tempo possível.

A doutrina da defesa social reformulou a concepção de direito penal com base no conceito de risco, de modo que a função protetiva do Estado estaria vinculada à identificação de situações de perigo. Prins, compartilhando a ideia de fim do direito de Ihering e de Liszt, retirava do centro da discussão criminal a noção de responsabilidade, por entender que o fim protetivo exigia uma abordagem mais ampla, fundada na periculosidade do agente. A respeito desse objetivo garantidor do direito penal, Prins assinalava que⁸⁸⁶:

Se obtiene más difícilmente ese resultado proporcionando la medida de la pena al grado de responsabilidad del culpable que adaptando las medidas pertinentes a la naturaleza del peligro que representa el autor que atenta contra el orden público. Es necesario, entonces, considerar al autor a la vez por lo que ha hecho individualmente como por lo que es socialmente.

Desse modo, o sistema proposto de defesa social levaria mais em conta a individualidade do agente do que sua responsabilidade, uma vez que a clássica noção de culpabilidade não se mostrava suficiente para proteger a sociedade de todos os perigos decorrentes das condutas humanas. O direito penal se fundaria independentemente da ideia de culpa e de responsabilidade, visto que, para Prins, os criminosos “mais defeituosos” tenderiam a ser os menos culpáveis e a sociedade não poderia ficar desprotegida e tolhida de utilizar seu direito de defesa em face deles⁸⁸⁷.

⁸⁸⁵ ANCEL, Marc. *La Défense Sociale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1985. p. 16.

⁸⁸⁶ PRINS, Adolphe. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*. Trad. Rodrigo Condino. Buenos Aires: Ediar, 2010. p. 49.

⁸⁸⁷ PRINS, Adolphe. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*. Trad. Rodrigo Condino. Buenos Aires: Ediar, 2010. p. 67.

Diante dessa construção teórica, o protagonismo jurídico-penal da figura do ofensor refletia a reafirmação da prevenção especial como o principal objetivo da pena para satisfazer o legítimo fim atribuído ao direito penal da época, qual seja, a proteção da sociedade. Todavia, a noção de risco, que influenciava a natureza e a quantidade de pena, não mais deveria ser aferida apenas com base em um fato criminoso, mas sim a partir da natureza do apenado. Considerava-se o delinquente tanto pelo que ele fez individualmente quanto pelo que ele era socialmente.

Trata-se da mais proeminente concretização do direito penal do autor, em que se admitia a intervenção do Estado, pela cruenta resposta penal, para segregar indivíduos a partir do que eles eram, independentemente das limitações impostas pelo princípio da culpabilidade. O caráter discriminatório do direito penal atingiu um novo patamar, chancelado pela ideia de risco. O seguinte pensamento de Prins exemplifica a inspiração que influenciava as construções teóricas da defesa social⁸⁸⁸:

Los degenerados, los insuficientes, los incompletos, los epilépticos, los anormales profundos, revelan que son peligrosos cuando se transformaron en criminales. Pero aun cuando permanezcan fuera de la criminalidad son todavía una amenaza para sí mismos y para los demás, porque librados a sus propias fuerzas son incapaces de una vida regular y se vuelven más inquietantes cuando son más jóvenes y abandonados. El Estado no puede, entonces, pasar a su lado con indiferencia y dejar actuar la iniciativa privada. Aquí también está obligado de garantizar el orden social.

Assim, ao condenado perigoso não mais era preconizada a aplicação de uma pena nos moldes tradicionais, mas sim de uma medida de segurança e de proteção social, que deveria se determinar de acordo com o estado permanente do indivíduo, ao invés de se basear na pontual e passageira conduta criminosa⁸⁸⁹. Conforme já ocorria na escola positivista de von Liszt, a defesa social cuidava com preciosa atenção da questão do reincidente e do criminoso habitual, conferindo-lhe considerável rigor na resposta penal.

Prins defendia que a medida imposta ao criminoso não poderia ficar arbitrariamente limitada por um artigo do código penal, previsto com base em uma generalidade abstrata e alheio ao estado psíquico do condenado⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ PRINS, Adolphe. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*. Trad. Rodrigo Condino. Buenos Aires: Ediar, 2010. p. 65.

⁸⁸⁹ PRINS, Adolphe. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*. Trad. Rodrigo Condino. Buenos Aires: Ediar, 2010. p. 69-70.

⁸⁹⁰ PRINS, Adolphe. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*. Trad. Rodrigo

Adotou-se uma concepção de pena indeterminada, com semblante de tratamento compulsório, cuja duração estaria sob autoridade do sistema de execução penal, composto por especialistas em ciências médicas e sociais. O que se buscava, ao final, era um “serviço de higiene mental e moral” dos degenerados ministrado pelo corpo técnico do sistema prisional e chancelado pelos institutos de direito penal⁸⁹¹.

A escola da defesa social influenciou boa parte do pensamento jurídico-penal da primeira metade do século XX, alavancada pelas ondas de regimes autoritários que ascenderam na Europa e na América Latina nesse período. Mesmo penalistas com viés liberal, tais como Radbruch, passaram a defender modelos preventivo-especiais que previam respostas estatais diferentes para cada categoria de condenado, baseados na ideia de um sistema penal protetivo e educador, instrumentalizado pela aplicação de medidas de segurança⁸⁹².

Aliás, vertentes mais radicais da defesa social, dentre as quais se destacou a obra do italiano Filippo Gramatica, militavam por uma abolição do modelo tradicional de direito penal em prol da adoção de um sistema de proteção social especialmente formulado para este fim⁸⁹³.

O autoritarismo jurídico penal atingiu seu ápice durante a ascensão ao poder do nacional-socialismo na Alemanha, sendo que os tradicionais métodos preventivo-especiais da defesa social já não se mostravam suficientes para as pretensões de controle do promissor regime totalitário. Diante disso, entre as escolas autoritárias surgiu uma tendência de combinar aspectos de prevenção especial com prevenção geral ou com retribuição, de modo a potencializar a abrangência do poder punitivo estatal⁸⁹⁴.

Condino. Buenos Aires: Ediar, 2010. p. 89.

⁸⁹¹ PRINS, Adolphe. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*. Trad. Rodrigo Condino. Buenos Aires: Ediar, 2010. p. 103-117.

⁸⁹² Radbruch, em 1929, propunha um sistema penal direcionado a advertir ou intimidar os delinquentes ocasionais, corrigir os delinquentes por natureza capazes de correção e fazer inócuos os incorrigíveis. Ele visionava um Direito Penal do futuro, educador e de segurança, sem penas e com medidas de segurança. Em RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la ciencia del derecho*. Trad. Luis Recasens Siches. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930. p. 135-138.

⁸⁹³ GRAMATICA, Filippo. *Principios de defensa social*. Santiago de Chile: Olejnik, 2019.

⁸⁹⁴ “Em síntese, pois, a discussão dogmática entre os anos 1933 e 1945 nos mostra um jogo de racionalizações do pensamento jurídico-penal desse tempo, que tiveram por objetivo incorporar à ciência penal os conteúdos políticos do irracionalismo romântico do nazismo e, conseqüentemente, submeter às mais graves penas, sem limitação legal nem temporária, os resistentes ao seu programa de instalação de um modelo de sociedade sistêmica imaginado pelos nazistas e cujo intérprete último — quando se tratava de um programa partidário e não de uma verificação empírica — era o Führer”. Em ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1943 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 240.

Dentre as doutrinas autoritárias alemãs daquele período, destacou-se a escola de Kiel, que abertamente propunha um direito penal autoritário a serviço da estrutura dominante de poder – que, na época, correspondia ao emergente partido nazista – rechaçando quaisquer institutos jurídicos de natureza liberal. Para autores como Dahm e Schaffstein, o delito era uma violação ao interesse do Estado e a pena deveria expressar a força estatal aos olhos de todo o mundo⁸⁹⁵. Assim, preconizavam que a pena assumiria uma função prevenção geral negativa em face dos “corrigíveis”, que por meio da intimidação os educaria, refletindo os “valores tradicionais da cultura alemã” e a “concepção de Estado autoritário”⁸⁹⁶. Por outro lado, aos “incorrigíveis” restaria a eliminação pela inocuidade, uma vez que a ressocialização não se coadunaria com os interesses de segurança do Estado. Nas palavras dos autores⁸⁹⁷:

El derecho penal del Estado autoritario deberá reestablecer el equilibrio entre la educación y la seguridad, es decir, la verdadera prevención especial, e imponer la salvaguarda de la seguridad. Es imaginable que la seria realización de la prevención especial otorgue prioridad a la idea de seguridad.

Em outra vertente autoritária da doutrina penal alemã, Mezger expandiu significativamente o alcance do *jus puniendi* ao combinar noções retributivas com institutos de defesa social. Ele defendeu a finalidade expiatória da pena – fundada na ideia de retribuição em face da culpabilidade do agente – não sob o clássico viés da moralidade transcendental kantiana, mas sim sob a ética do “são sentimento do povo alemão”. De maneira complementar, militou pela aplicação de medidas de segurança aos indivíduos perigosos, tudo em nome da “defesa da comunidade popular”⁸⁹⁸.

O sentimento de repulsa às atrocidades perpetradas durante a segunda guerra mundial, que tomou conta da comunidade internacional com o fim do período belicoso, aplicou um duro golpe na expansão da doutrina da defesa social. Contudo, mesmo perdendo espaço no meio jurídico após a segunda metade do século XX, algumas repercussões tardias desse pensamento ainda surgiram na doutrina penal de alguns países. Nelson Hungria, aclamado como um dos mais influentes penalistas brasileiros do século XX, publicou, em 1967,

⁸⁹⁵ DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritativo?* Trad. Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 93.

⁸⁹⁶ DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritativo?* Trad. Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 100.

⁸⁹⁷ DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritativo?* Trad. Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 96-97.

⁸⁹⁸ GRISPIGNI, Filippo; MEZGER, Edmund. *La reforma penal nacional-socialista*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Rodrigo Codino. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 95.

um trabalho expressamente proclamando os ideais da defesa social, ao lançar mão de institutos como a “culpabilidade pelo caráter ou pela conduta de vida” e ao defender o desaparecimento do dualismo entre pena e medida de segurança, buscando o “melhoramento do agente”⁸⁹⁹.

CONCLUSÃO: A HERANÇA PREVENTIVO-ESPECIAL

Ainda que as doutrinas positivista e da defesa social tenham perdido o protagonismo no cenário jurídico a partir da segunda metade do século XX, sua influência permanece em muitos institutos e construções teóricas do direito penal atual. Renzikowski observa que enquanto a Constituição alemã atualmente adota uma perspectiva liberal-individualista, a dogmática jurídico-penal contemporânea ainda carrega, como herança do final do século XIX, uma forma de abordagem estatista-coletivista, principalmente em virtude da adoção de uma concepção protetiva de bens jurídicos⁹⁰⁰.

Após a traumática experiência dos regimes autoritários que culminaram na eclosão da segunda guerra mundial, verificou-se uma tendência na doutrina penal de abandono a conceitos de natureza discriminatória e anti-humanista. Assim, noções como “culpabilidade pelo caráter” e “periculosidade”, bem como classificações de réus em categorias distintas, deixaram de fundamentar as construções jurídico-penais posteriores.

Os princípios preventivo-especiais da pena permaneceram vigentes, porém agora com ênfase na ressocialização do condenado em detrimento da dissuasão e, principalmente, do controverso objetivo inocuidador. A ideia de ressocialização, inclusive, inspirou a reforma do sistema penal alemão na década de 1960, embora os fracassos empíricos na recuperação de apenados implicaram, nas décadas seguintes, na descrença da comunidade jurídica acerca de tal finalidade da pena⁹⁰¹.

Aliás, na percepção de Pavarini, a década de 1970 inaugurou a superação do paradigma do “déficit” na interpretação da criminalidade. De acordo com esse paradigma, projetado na imagem positivista do *homo criminalis*, a periculosidade estaria associada a déficits psíquicos, culturais ou sociais, e a pena correccional teria a função de socializar o indivíduo por meio da disciplina e da educação ao

⁸⁹⁹ HUNGRIA, Nelson. Novas teorias e diretrizes do direito penal. In: *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, v. 19, n. 79, p. 1-10, set. 1961.

⁹⁰⁰ RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas*: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. Org. e Trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 23.

⁹⁰¹ ALBRECHT, Hans-Jörg. Sentencing in the Federal Republic of Germany. In: *Federal Sentencing Reporter*, v. 7, n. 6, University of California Press, May-Jun 1995. p. 306; GÜNTER, Klaus. Crítica da pena I. Trad. Flavia Portella Püschel. In: *Revista direito GV* nº 4. V. 2, nº 2. Jul – Des. 2006. p. 196-198.

trabalho. Todavia, com o avanço do modelo de *welfare state*, percebeu-se que as violações das normas penais não ocorriam devido a uma deficiência educacional no tocante à – já historicamente enraizada – cultura do trabalho, mas sim em razão da profusão de oportunidades oferecidas pelos mercados ilegais. Portanto, quando a ética do trabalho passa a ser assimilada e reproduzida pela ilegalidade, a ideologia correccional do encarceramento perde o seu principal apelo⁹⁰².

De qualquer forma, a prevenção especial continua presente como um objetivo legítimo da pena em muitos sistemas punitivos atuais, recebendo especial destaque no processo de determinação judicial da sanção. Diversos modelos teóricos recentes de individualização da pena ainda reservam significativo espaço para influências preventivo-especiais na quantidade e na qualidade das punições concretamente impostas⁹⁰³. Todavia, a problemática antinômica que hoje se apresenta deriva da incompatibilidade entre os conceitos penais atualmente aceitos pela comunidade jurídica e as propostas preventivas formuladas sob a égide de uma era passada.

Embora os modelos preventivo-especiais vigentes não façam mais menção à ideia de periculosidade do agente, é inegável que a construção teórica desta específica finalidade da pena se fundou nesse conceito de risco⁹⁰⁴. Em virtude do desdouro que o significado de periculosidade adquiriu com o declínio da doutrina da defesa social, dificilmente se encontram menções a essa expressão em manuais e tratados de direito penal romano-germânicos posteriores à década de 1970. Ao invés disso, tanto a doutrina quanto a jurisprudência passaram a utilizar o termo “critérios preventivos” ao adentrarem na individualização de pena com fins preventivo-especiais. Todavia, tais “critérios preventivos”, que permanecem claramente vinculados à noção de contenção de riscos futuros, nada mais são do que a ideia de periculosidade pintada em outras cores.

Em contrapartida, as tentativas de substituir a periculosidade pela culpabilidade no processo de determinação da pena se mostraram inócuas, uma vez que não há relação entre a culpabilidade do agente e a evitação da prática de delitos ulteriores⁹⁰⁵. A culpabilidade – como conceito metafísico que remete a um

⁹⁰² PAVARINI, Massimo. *Governare la penalità: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. Bologna: Bononia University Press, 2014. p. 105-110.

⁹⁰³ A título de exemplo: DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevenção general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999. p. 330-331; DOLCINI, Emilio. *La commisurazione della pena*. Padova: Cedan, 1979. p. 354-355; MUÑOS CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 532-534; ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 103.

⁹⁰⁴ VORMBAUM, Thomas. *A modern history of German criminal law*. Trad. Margaret Hiley. Heidelberg: Springer, 2014. p. 114-119.

⁹⁰⁵ MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. Primera parte: la retribución como teoría

juízo de reprovabilidade sobre a conduta do ofensor – no máximo pode servir como um fator exógeno limitador da pena preventiva, mas nunca como um critério de individualização dirigido a esse fim⁹⁰⁶. Enquanto o juízo de culpabilidade se volta ao passado, sob o fundamento de responsabilização pessoal pelo ato perpetrado, o juízo preventivo se volta ao futuro, vislumbrando conformar as pósteras condutas dos indivíduos por meio da aplicação de medidas penais.

Independentemente dos desacertos das tradicionais formulações positivistas, cumpre assinalar que elas estruturavam a determinação da pena preventivo-especial na periculosidade do agente, aferida mediante o suporte interdisciplinar conferido pelas ciências médicas e sociais. Entretanto, tal modelo se mostrou inviável para a maioria dos sistemas penais atuais, em que a determinação da punição fica a cargo de profissionais com experiência preponderantemente jurídica. Além disso, o abandono da ideia de periculosidade implica na perda do critério central de orientação da pena preventivo-especial, tornando o processo de individualização da punição um navio à deriva, apenas balizado por princípios penais estranhos a essa finalidade.

O que se verifica atualmente é que, embora tanto a doutrina quanto a jurisprudência façam referência a aspectos preventivo-especiais da pena, os sistemas de determinação da punição são extremamente vagos e lacônicos nesse sentido, não oferecendo critérios objetivos aptos a orientar o julgador no processo de individualização de uma punição preventiva. Como consequência, diante da ausência de elementos epistemológicos à disposição do juiz, a determinação da pena como exercício de prognose, visando a consecução de efeitos futuros, acaba sendo guiada por intuições pessoais pouco fidedignas⁹⁰⁷.

O caráter ressocializador da pena, embora encontre certo grau de legitimidade discursiva para justificar a punição, mostra-se pouco verificável em termos práticos. Se não bastasse a patente ineficácia empírica, este objetivo da pena ainda tem que conviver com a pertinente crítica que reconhece a pena como fator criminógeno e estigmatizante⁹⁰⁸. Por outro lado, o esquecimento doutrinário da finalidade neutralizadora da pena colide com a própria essência da privação da liberdade, gerando um singular descompasso entre a justificação da punição e a realidade do sistema penal.

de la pena. In: *Derecho penal y criminología*. V. 28, nº 83, 2007. p. 51-52.

⁹⁰⁶ Neste sentido, Hörnle pontua que “*la dicotomía pena culpable y pena preventiva (Schuld- und Präventionsstrafe) es tan usual, que la fijación de una pena adecuada a la culpabilidad significa forzosamente la negación de una medición de la pena orientada de inmediato a la prevención*”. Em HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD Editor, 2003. p. 46.

⁹⁰⁷ HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD Editor, 2003. p. 28.

⁹⁰⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 294.

Incongruências tanto no plano da justificação quanto no plano da determinação acometem, em maior ou menor grau, todas as finalidades positivadas da pena, não sendo uma exclusividade das teorias de preventivo-especiais. Todavia, o que este breve estudo pretendeu demonstrar foi a conjuntura na qual a essência da prevenção especial foi esculpida e a dificuldade de compatibilizar esse instituto com os conceitos jurídicos atualmente aceitos.

Embora a prevenção especial ainda ostente – na tradição da *civil law* – uma aura mais humanista quando comparada às antigas concepções retributivas, é sempre importante lembrar o viés discriminatório e autoritário que marcou o seu passado. Nesse sentido, revela-se oportuno o ensinamento de Pavarini⁹⁰⁹:

La ruptura del parámetro retributivo en la determinación de la pena ha terminado por representar la gran revolución de la pena moderna en la persecución de sus resultados extremos: la pena ejemplar (prevención general como criterio de determinación de la pena en concreto) y la pena indeterminada (según la finalidad de la prevención especial).

Cumprе pontuar que aspectos antiliberais do direito penal, tais como as ideias de periculosidade e de pena com essência de medida de segurança, não são manifestações necessárias do modelo de Estado social, aliás, no entendimento de Zaffaroni, em verdade estariam vinculadas ao modelo de Estado policial⁹¹⁰. Entretanto, no âmbito do direito penal, tais institutos surgiram em um panorama de crescente declínio do paradigma liberal da escola clássica e de ascensão do discurso social da escola positivista, até culminar no direito penal autoritário que antecedeu a segunda guerra mundial.

Em razão disso, cabe à doutrina penal contemporânea desempenhar dois relevantes papéis diante da sucessão de paradigmas jurídico-penais. O primeiro deles reclama a adoção de uma postura crítica capaz de avaliar a compatibilidade entre institutos jurídicos idealizados em outros tempos e os padrões jurídicos consensualmente estabelecidos. O segundo papel impõe uma atitude de constante vigília em prol da preservação dos princípios de direito penal contra eventuais investidas de movimentos autoritários, cujos interesses se oponham à preservação das garantias individuais historicamente consagradas.

⁹⁰⁹ PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidade*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 61.

⁹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo. In: DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritativo?* Trad. Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 49-50.

REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Hans-Jörg. Sentencing in the Federal Republic of Germany. In: *Federal Sentencing Reporter*, v. 7, n. 6, University of California Press, May-Jun 1995.
- ANCEL, Marc. *La Défense Sociale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1985.
- ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Tomo primo. Venezia: Rinaldo Benvenuti, 1781.
- BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. London-New York-Toronto: Oxford Press, 1907.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritativo?* Trad. Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Ediar, 2011.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.
- DOLCINI, Emilio. *La commisurazione della pena*. Padova: Cedan, 1979.
- ELBERT, Carlos. *Franz von Liszt: teoria e prática na política criminal (1899-1919)*. Trad. Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2020.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria geral do estado*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- GRAMATICA, Filippo. *Principios de defensa social*. Santiago de Chile: Olejnik, 2019.
- GRISPIGNI, Filippo; MEZGER, Edmund. *La reforma penal nacional-socialista*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Rodrigo Codino. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- GÜNTER, Klaus. Crítica da pena I. Trad. Flavia Portella Püschel. In: *Revista direito GV* nº 4. V. 2, nº 2. Jul – Des. 2006.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HOBBSAWM, Eric John Ernest. *A era dos impérios: 1875-1914*. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD Editor, 2003.
- HUNGRIA, Nelson. Novas teorias e diretrizes do direito penal. In: *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, v. 19, n. 79, p. 1-10, set. 1961.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Clélia Aparecida Martins, et al. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.
- LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984.
- LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C., 1899.
- LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria: cause e rimedi*. Torino: Fratelli Bocca, 1897.
- MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. Primera parte: la retribución como teoría de

- la pena. In: *Derecho penal y criminología*. V. 28, nº 83, 2007.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MUÑOS CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.
- PAVARINI, Massimo. *Governare la penaltà: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. Bologna: Bononia University Press, 2014.
- PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidade*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.
- PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.
- PRINS, Adolphe. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*. Trad. Rodrigo Condino. Buenos Aires: Ediar, 2010.
- RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la ciencia del derecho*. Trad. Luis Recasens Siches. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.
- RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Org. e Trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.
- SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramatica. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- VORMBAUM, Thomas. *A modern history of German criminal law*. Trad. Margaret Hiley. Heidelberg: Springer, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1943 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo. In: DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritativo?* Trad. Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Ediar, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005.

COMPLIANCE NO PODER JUDICIÁRIO: CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS SOBRE PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO NORMATIVO APLICADOS AOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

José Laurindo de Souza Netto¹, Augusto Cesar Piaskoski²,
Adriane Garcel³, Karen Paiva Hippertt⁴, Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr⁵

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo expor e debater questões atinentes à implementação de programas de *compliance* no âmbito dos órgãos que integram a Administração Pública, notadamente aqueles que compõem o Poder Judiciário. Nesse sentido, buscaremos definir parâmetros práticos para a elaboração e implementação de programas de *compliance* nos tribunais de justiça, dividindo o trabalho em duas abordagens específicas: Em primeiro lugar, buscaremos expor conceitos introdutórios sobre *compliance* e sobre a utilização destes programas no Poder Judiciário. Após, buscaremos definir parâmetros práticos para o desenvolvimento destes programas dentro dos tribunais de justiça, vinculando às regras de Direito

¹ Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

² Mestrado em Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo, com parte da graduação cursada na FGV Rio. E-mail: augusto.piaskoski@gmail.com. Endereço currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0090530005592642>. Endereço ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3791-7683>.

³ Mestra em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Graduação em Letras com licenciatura Plena em Português e Inglês pelo Centro Universitário Campos de Andrade e Graduação em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Pós-graduada em Direito Público Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Pós-graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho da 9ª Região – EMATRA/UNIBRASIL. Pós-Graduada em Ministério Público, especialista em Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR/ UNIVERSIDADE POSITIVO. Advogada licenciada na OAB/PR. Mediadora Judicial e Assessora Jurídica na Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>.

⁴ Mestranda no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, no Centro Universitário Curitiba. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba. Assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: karen.hippertt@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5863810703081925>. ORCID: <https://orcid.org/00000002-39918850>.

⁵ Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1991). É advogada. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba / UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra (2015/2016). Tem experiência em: Responsabilidade Social da Empresa. Dignidade da Pessoa Humana. Cidadania. Ética. Interpretação e Aplicação da Constituição. Tutela de Direitos Difusos e Coletivos.

público vigentes para estes órgãos com a possibilidade de desenvolvimento de estruturas de autorregulação interna, antevendo a possibilidades de que os tribunais de justiça possam estabelecer políticas de integridade que nortearão às atividades desenvolvidas pelos servidores e colaboradores do Tribunal.

1 COMPLIANCE NO PODER JUDICIÁRIO

A origem do termo “*Compliance*” vem do verbo em inglês “*to comply*”, que significa, em termos literais, “obedecer”, “cumprir”, “agir de acordo”. Ou seja, a noção prática de *compliance* é aquela de cumprir o que foi imposto, agir em conformidade com as normas impostas, sejam elas internas ou externas à atividade da instituição a que se está vinculado⁶.

A consolidação de um programa de *compliance* decorre da efetiva adoção de práticas de boa governança corporativa nas instituições, que se manifestam sobre quatro pilares basilares, sendo o *compliance* o quarto e último pilar da governança⁷.

Assim, além do *compliance*, deve-se destacar que as boas práticas de governança devem observar outros três pilares essenciais: (i) equidade (*fairness*), entendida como tratamento igualitário a todos os membros da instituição e/ou demais grupos envolvidos às atividades desenvolvidas, de modo a afastar políticas discriminatórias ou que buscam beneficiar determinado grupo de pessoas, seja ele majoritário ou minoritário⁸; (ii) transparência (*disclosure*), na divulgação de todas as atividades desenvolvidas pela instituição e das relações existentes entre ela e demais agentes (prestadores de serviços, parceiros, agentes econômicos, etc...) envolvidos; (iii) prestação de contas (*accountability*), com a necessária divulgação e veracidade na prestação de contas desenvolvidas a partir de práticas de auditoria e contabilidade⁹.

Nessa vertente, o quarto pilar da governança corporativa (*compliance*) surge como uma espécie de fidelidade à norma a partir de uma autorregulação

⁶ JÚNIOR, Filipa Marques; MEDEIROS, João. “A elaboração de programas de *compliance*”. In: SOUSA MENDES, Paulo de; PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Lisboa: Almedina, 2018, p. 124.

⁷ Cf. ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança corporativa*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 140. Na mesma linha: GUARAGNI, Fábio André. “Princípio da confiança no Direito Penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades”. In: GUARAGNI, Fábio André e BUSATO, Paulo Cesar (coord.). DAVID, Décio Franco et al. (org.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 73.

⁸ Cf. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acesso em: 04 mai. 2021.

⁹ Cf. GUARAGNI, Fábio André. “Princípio da confiança no Direito Penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades”. In: GUARAGNI, Fábio André e BUSATO, Paulo Cesar (coord.). DAVID, Décio Franco et al. (org.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 73.

exercida pela própria instituição que visa assegurar o cumprimento das regras vigentes para ela e seus colaboradores, a fim de prevenir eventuais infrações normativas¹⁰. Quanto a internalização dessas regras, elas ocorrerão por meio da elaboração de um programa de integridade, cujas diretrizes mapearão a extensão do programa e definirão o método de execução dos trabalhos regulatórios de cumprimento normativo instituídos¹¹.

Embora a origem dos programas de *compliance* esteja vinculada as organizações privadas, é certo que a aplicação de mecanismos de autorregulação e autocontrole nos setores públicos têm ganhado força nos últimos anos, principalmente diante de incentivos legislativos para adoção de práticas de *compliance*¹². Há quem defenda, por outro lado, que a prática da autorregulação somente poderia pertencer aos entes privados, uma vez que a autoadministração dos entes públicos pertenceria ao Estado sob o manto das regras de direito administrativo e ao seu controle jurisdicional¹³.

Ocorre que, conforme ensina SARAIVA¹⁴, “isto não afasta a identificação clara de que há uma necessidade (ii) de implementação de medidas preventivas e de controle de riscos pelos entes coletivos públicos”. Assim, o uso de programas de *compliance* e de códigos de conduta serviria como forma de prevenir abusos e excessos comuns às atividades práticas desenvolvidas por estes entes¹⁵.

A autora segue explicando que diante de comuns escândalos envolvendo o setor público, “a gestão destes órgãos poderia ser desenvolvida e aprimorada com o uso dos mecanismos de cumprimento normativo, com o aprimoramento da gestão das atividades, sua fiscalização e atualização e o fomento de boas práticas éticas nas relações envolvendo a coisa pública”¹⁶.

¹⁰ Cf. KUHLEN, Lothar. “Cuestiones fundamentales de compliance y teoría del Derecho Penal”. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.) *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid, Marcial Pons. 2013, p. 51.

¹¹ COIMBRA, Marcelo de Aguiar e MANZI, Vanessa A. *Manual de Compliance – Preservando a Boa Governança e Integridade das Organizações*. São Paulo: Atlas, São Paulo 2010, p. 10.

¹² A título exemplificativo, na realidade do Estado do Paraná foi sancionada a Lei n.º 19.857/2019 que instituiu o Programa de Integridade e *Compliance* da Administração Pública Estadual”. Ademais, e adentrando na proposta que se pretende abordar neste ensaio, tem-se as resoluções n.º 308/2020 e n.º 309/2020 do Conselho Nacional de Justiça que tratam da gestão administrativa de tribunais e definem a organização de atividades de auditoria interna da Justiça e as Diretrizes Técnicas das Atividades de Auditoria Interna Governamental do Poder Judiciário (DIRAUD-Jud).

¹³ Nesse sentido: ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación – Génesis y Efectos*. Navarra: Arazandi, 2002, p. 104-113; DARNACUELLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público: la Autorregulación Regulada*. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 279-302.

¹⁴ SARAIVA, Renata Machado. *Criminal Compliance como instrumento de tutela ambiental: a propósito da responsabilidade penal das empresas*. São Paulo: LiberArs, 2018, p. 37.

¹⁵ BACIGALUPO, Silvina. *El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos*. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanc (coords). *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*. Navarra: Thomson Reuters, 2013, p. 109.

¹⁶ SARAIVA, Renata Machado. *Criminal Compliance como instrumento de tutela ambiental: a*

Assim, nos parece plenamente possível e, acima de tudo, extremamente necessário que a Administração Pública adote mecanismos de incentivo a adoção e implementação de programas de *compliance* destinado aos órgãos públicos. A partir dessa lógica é que adentramos no tema central deste trabalho, cujos olhares se voltam, especificamente, para a utilização do *compliance* no Poder Judiciário.

Primeiramente, é preciso esclarecer que grande parte das recomendações emitidas por entidades setoriais públicas que buscam referenciar medidas de integridade e de prevenção a fraudes e corrupção surgem de modo genérico e são direcionadas a órgãos e entidades da Administração Pública de forma geral. Por isso, buscaremos destacar as principais medidas que, para nós, possuem maior relevância no desenvolvimento de programas de *compliance* direcionados ao Poder Judiciário - notadamente nos tribunais de justiça -, sem prejuízo de eventuais outras regulações que possam ser adotadas dentro dos tribunais brasileiros, mas que nesta oportunidade deixarão de ser exploradas¹⁷.

Em segundo lugar, também é necessário destacar que a elaboração de um programa de integridade e a implementação de práticas de *compliance* deve variar entre tribunais e demais órgãos que compõe o Poder Judiciário, uma vez que os fatores de riscos e às regras aplicadas a servidores e colaboradores variam de acordo com as legislações estaduais e setoriais de cada região. Por isso, ainda que o presente trabalho busque delimitar as recomendações emitidas pelos órgãos reguladores da Administração Pública para os tribunais de justiça, não será possível renunciar a certa generalidade na análise de implementação de *compliance* e dos modelos de programas de integridade que serão sugeridos para os tribunais nos próximos capítulos.

2 ELABORAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

A efetividade que se busca para os programas de *compliance* está diretamente condicionada a adoção de instrumentos de gestão e direção capazes de prevenir, detectar e corrigir incumprimentos éticos-normativos praticados dentro de uma instituição¹⁸.

Assim, mesmo que a execução das atividades desenvolvidas pelos tribunais de justiça esteja regulamentada e condicionada ao cumprimento normativo das regras extraídas das leis, resoluções, recomendações e outras

propósito da responsabilidade penal das empresas. São Paulo: LiberArs, 2018, p. 37.

¹⁷ Como ocorre, a título exemplificativo, na Resolução n.º 347 de 13/10/2020 do CNJ, que dispõe especificamente sobre a Política de Governança das Contratações Públicas no Poder Judiciário e que, por si só, poderia ser alvo de regulação interna específica pelo Tribunal.

¹⁸ Cf. SARAIVA, Renata Machado. *Criminal Compliance como instrumento de tutela ambiental: a propósito da responsabilidade penal das empresas*. São Paulo: LiberArs, 2018, p. 61.

instruções emitidas pela Administração Pública, a autoadministração e as regras de *compliance* desenvolvidas internamente pelo tribunal possuem o objetivo principal de garantir a ética e de prevenir desvios de finalidade e condutas impróprias eventualmente praticadas por servidores e colaboradores.

As regras de *compliance* e a formulação de um programa de integridade servirão, portanto, para estabelecer diretrizes e orientar comportamentos condizentes com o exercício da função pública, além de representar um criterioso mecanismo de análise de riscos operacionais e gerenciamento de controle interno.

Nesse sentido, resta estabelecer de que forma o programa de *compliance* deverá ser elaborado e implementado na estrutura interna do tribunal de justiça a que se direciona. Aqui chegados, importa destacar, primeiramente, alguns aspectos que, para nós, são indispensáveis na elaboração de um programa de *compliance*.

O desenvolvimento de um programa de *compliance* envolve, inicialmente, um complexo processo de identificação de fragilidades e riscos no desempenho das funções da instituição¹⁹. Assim, dentro da estrutura de um tribunal de justiça, o procedimento empregado para identificação dos setores e atividades sensíveis a possíveis infrações não deve ser visto como um fim em si mesmo, mas devem ser fruto de um processo contínuo e permanente de monitoramento e comunicação de atividades irregulares. É importante, por isso, que sejam facilitados os canais de comunicação de irregularidades e que ao denunciante seja garantido o anonimato, quando requerido, a fim de que se evitem possíveis represálias.

Iniciado o procedimento de identificação dos riscos a que se está sujeito, a implementação do programa de *compliance* deverá passar por pelo menos cinco fases essenciais, quais sejam: (i) Análise e gestão dos riscos identificados; (ii) Desenvolvimento de um Código de Conduta interno; (iii) Treinamento e formação dos servidores e colaboradores; (iv) Aprimoramento contínuo dos sistemas de monitoração e comunicação de irregularidades (canal de denúncias); (v) Investigações internas e aplicação de sanções²⁰.

¹⁹ JÚNIOR, Filipa Marques; MEDEIROS, João. “A elaboração de programas de *compliance*”. In: SOUSA MENDES, Paulo de; PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Lisboa: Almedina, 2018, p. 136.

²⁰ Na realidade do Estado do Paraná, o art. 3º da Lei n.º 19.857/2019 estabelece onze etapas e fases do Programa, quais sejam: (i) identificação e classificação dos riscos; (ii) estruturação do Plano de Integridade; (iii) definição dos requisitos, como medidas de mitigação dos riscos identificados; (iv) elaboração de matriz de responsabilidade; (v) desenho dos processos e procedimentos de Controle Interno, geração de evidências e respectiva implementação desses processos e procedimentos; (vi) elaboração do Código de Ética e Conduta; (vii) comunicação e treinamento; (viii) estruturação e implementação do canal de Denúncias; (ix) realização de auditoria e monitoramento; (x) ajustes e retestes; (xi) aprimoramento e monitoramento do funcionamento do Programa.

(i) *Análise e gestão dos riscos identificados*

A atividade de gestão de riscos de uma organização é a mais ampla de todo o programa de implementação de *compliance*, uma vez que decorre de uma análise sistêmica dos riscos de maior relevância a que está exposta a organização.

Assim, a análise e gestão de riscos pressupõe um conhecimento detalhado dos procedimentos e atividades internas do tribunal, bem como da identificação dos setores e servidores mais suscetíveis a infração normativa.

Essa identificação é obtida a partir de práticas de *due diligence* que devem ser capazes de expor, previamente, a estruturação e divisão das atividades desenvolvidas no tribunal, bem como de prestadores de serviço externos. A título exemplificativo, ao emprego de *due diligence* importa:

- Expor a vulnerabilidade a que está suscetível cada setor do tribunal a partir do histórico de atuação dos servidores e colaboradores vinculados àquele departamento;
- Revisar as políticas de transparência já empregadas de modo a reduzir as chances de assimetria de informações;
- Identificar as políticas de proteção de dados e de segurança de informação junto aos departamentos de tecnologia e informação;
- Buscar histórico, currículo e reputação de parceiros e prestadores de serviços, obtidos através de pesquisas públicas, bem como revisar as declarações financeiras prestadas;
- Reavaliar contratos e práticas de supervisão nas contratações de prestadores de serviços e colaboradores; entre outras.

Com efeito, essa etapa envolve a descrição dos riscos, iniciando pela identificação do possível evento gerador, as causas e consequências mais abrangentes da infração. Somente com a correta identificação dos riscos é que as etapas seguintes poderão ser executadas de maneira eficaz.

Uma vez identificados, a avaliação dos riscos deve ser compreendida através de escalas de probabilidade de ocorrência de acordo com a natureza e o nível do risco, que poderá ser classificada, a título de sugestão, em categorias crescentes de menor ao maior grau de probabilidade de incidência, contados a partir do histórico de acontecimentos já obtidos através das práticas de *due diligence*.

A título exemplificativo, imaginemos como objeto de uma hipotética situação de avaliação de risco a análise de vulnerabilidade dos sistemas informatizados de segurança de informação e processos eletrônicos do tribunal. Eleito o objeto empírico de análise, seria criada então uma escala de probabilidade de os sistemas eletrônicos do tribunal serem alvos de ataques de hackers, por exemplo.

A escala deverá prever, em grau de probabilidade - de 0 a 10, por exemplo - se a possibilidade do evento ocorrer é remota ou extremamente possível. Para isso, a realização de *due diligence* na primeira etapa já terá exposto se o acontecimento é extraordinário e sem histórico de ocorrência, ou se o tribunal – ou outros tribunais – já foram alvos desse tipo de evento.

Assim, identificado o nível e grau de probabilidade de ocorrência do risco, deverá ser identificada a escala de impacto que a materialização do risco provocará. A escala também poderá ser fixada a partir de um grau crescente de impacto, que medirá os efeitos da materialização do risco.

A classificação dos níveis de impacto deverá levar em consideração, também, as categorias das normas que estão sujeitas a violação, partindo dos menores níveis de impacto, como, por exemplo, a violação às regras de boas práticas e de boa convivência, até níveis superiores e catastróficos de impacto, como a violação legal, constitucional ou de tratados e convenções internacionais.

Para cada categoria dos níveis de impacto decorrentes da materialização do risco deverão, também, ser previstas as consequências na entrega final dos produtos e serviços prestados pelo tribunal, além dos custos operacionais e tempo despendidos no tratamento dos riscos.

Finalmente, após a identificação das causas e consequências da materialização do risco é que poderão ser eleitas as melhores estratégias para tratamento de cada nível de risco. Essa etapa consiste, basicamente, no planejamento de ações que buscam modificar, ou até evitar, a probabilidade e o impacto gerado pela infração.

De acordo com as estratégias eleitas para tratamento dos níveis de risco é que o tribunal poderá estabelecer um “plano de ação” direcionado a cada gestor responsável pelos diversos setores do tribunal, com vistas à implementação e treinamento dos servidores com base nas medidas de controles propostas.

Assim, a identificação, avaliação e tratamento do risco no nosso exemplo hipotético ocorreria da seguinte maneira:

Gestão e controle de riscos	
Identificação do risco:	Ataque cibernético aos sistemas informatizados do Tribunal;
Causas:	<ul style="list-style-type: none"> ● Invasão hacker aos sistemas informatizados; ● Ataque por meio de <i>malware/ransomwares</i> ● Utilização de vírus <i>RansomExx</i>
Grau de Probabilidade de ocorrência (0 a 10):	<ul style="list-style-type: none"> ● 7 a 10 – Evento com elevado risco de ocorrência;

Consequências:	<ul style="list-style-type: none">● Sequestro e criptografia de dados;● Quebra de sigilo de informação;● Suspensão das atividades durante o ataque, etc.;
Grau de Impacto (0 a 10)	<ul style="list-style-type: none">● 8 a 10 – Evento com consequências catastróficas e danos possivelmente irreparáveis;
Setor envolvido:	<ul style="list-style-type: none">● Tecnologia e informação;
Tratamento	<ul style="list-style-type: none">● Preventivos:<ol style="list-style-type: none">1. Evitar a abertura de links e anexos em e-mails suspeitos;2. Não utilizar descarregadores de endereços eletrônicos suspeitos, desconhecidos ou indiretos.3. Não instalar software com instaladores de terceiros;4. Atualização de software com ferramentas e funções projetadas apenas pelos desenvolvedores oficiais e com antivírus ou <i>anti-spyware</i> confiável;5. Criar cópias de segurança de dados;● Repressivos:<ol style="list-style-type: none">1. Reportar ataque hacker às autoridades;2. Isolar dispositivo infectado, desligando da internet/intranet;3. Desligar dispositivos de armazenamento;4. Realizar <i>logoff</i> de contas com armazenamento em nuvem;5. Identificar a infecção <i>ransomware</i>;6. Buscar ferramentas de descriptação;7. Restaurar arquivos com ferramentas de recuperação de dados;

Fonte: Dados fictícios, apenas para fins ilustrativos

Vale ressaltar, ainda, que essa atividade de gestão de riscos deve ser executada de maneira constante, a partir do recorrente aperfeiçoamento dos projetos técnicos, treinamentos de servidores e monitoramento de novos eventos que alterem os critérios de risco analisados anteriormente.

Esses procedimentos também devem ser acompanhados de efetivas ferramentas de comunicação que permitam o fluxo constante de dados e informações entre as partes envolvidas nos processos de gestão de risco e que serão oportunamente abordadas no item “(iv)” deste capítulo.

(ii) Desenvolvimento de um Código de Conduta interno

A materialização das regras de *compliance* do tribunal desenvolvidas a partir do levantamento de riscos e, ainda, somadas às demais regulações normativas emitidas pela Administração Pública, criam um rico cenário de adequação e desenvolvimento de estruturas de controle interno.

Essas estruturas devem estar consolidadas dentro de um código escrito que estabelece diretrizes normativas para todos os funcionários e colaboradores do tribunal. Segundo os ensinamentos transmitidos por SARAIVA²¹, “trata-se, assim, de uma declaração expressa das políticas, dos valores, da ética e das diretrizes [...]” que, neste caso, nortearão às atividades desenvolvidas pelo tribunal.

Em termos gerais, as previsões feitas no código de conduta devem, inicialmente, expor os princípios éticos em que as atividades desenvolvidas no tribunal estarão baseadas, assim como deverá fornecer padrões de conduta aos servidores e demais agentes públicos do tribunal.

Após, deverão ser expostas as principais medidas preventivas elencadas a partir das legislações aplicadas ao tribunal e aos seus membros²², assim como aquelas medidas necessárias decorrentes do levantamento de riscos. A exposição dos procedimentos preventivos deve ocorrer de forma clara e acessível, importando reconhecer como imprescindíveis:

- As políticas de prevenção e combate à corrupção com base nas legislações de referência no tema, como por exemplo à Lei n.º 12.846/2013 e, no âmbito internacional, a *Foreign Corrupt Practices Act 1977 (FCPA)*²³ e *UK Bribery Act 2010*²⁴;
- As políticas de prevenção a fraudes, nepotismo (Decreto n.º 7.203/2010), lavagem de dinheiro;
- Políticas de vedação a presentes e brindes;
- A segurança da informação e sistemas eletrônicos do tribunal;
- A vedação de atividades político-partidárias nas dependências do tribunal;
- Situações de conflito de interesse entre o agente e o tribunal;

²¹ SARAIVA, Renata Machado. *Criminal Compliance como instrumento de tutela ambiental: a propósito da responsabilidade penal das empresas*. São Paulo: LiberArs, 2018, p. 85.

²² Vale ressaltar que, para fins de elaboração do Código de Conduta, é suficiente a remissão às legislações vigentes aos membros do Tribunal, para que sejam, em todos os casos, observadas às regras preexistentes, como é o caso do Código de Ética da Magistratura Nacional, aplicadas aos magistrados do Tribunal em questão.

²³ Lei federal dos Estados Unidos da América de combate à corrupção.

²⁴ Lei anticorrupção do Reino Unido que atribui aos tribunais britânicos a competência para julgamento de crimes relacionados à corrupção praticados por empresas com atuação no Reino Unido.

- Sigilo de informações perante terceiros, principalmente perante à imprensa, órgãos de comunicação e redes sociais;
- O respeito e zelo ao patrimônio do tribunal;

Desse modo, a elaboração do código deverá ser vista como uma mensagem da administração do tribunal aos servidores, colaboradores e à toda a sociedade. Por isso, é necessário que membros da alta administração, fiscalização, gestão, auditoria e contabilidade aprovem o Código de Conduta e se comprometam com o estrito cumprimento das diretrizes estabelecidas²⁵.

Ainda, é igualmente importante que o Código estabeleça medidas disciplinares e sancionatórias em caso de descumprimento das normas vigentes, de modo a atribuir maior credibilidade ao Código de Conduta que não deve ser concebido como mera manifestação simbólica dos valores e diretrizes do tribunal²⁶.

(iii) Treinamento e formação dos servidores e colaboradores

Mesmo com o desenvolvimento do Código de Conduta interno, é preciso ressaltar que qualquer prática de *compliance* está fadada ao fracasso se os setores responsáveis pela gestão e internalização das regras de integridade não estiverem dispostos a transmitir e sensibilizar os seus servidores e colaboradores acerca das consequências negativas provocadas pela violação normativa.

Assim, é preciso que todos os sujeitos envolvidos nas atividades desenvolvidas pelo tribunal estejam vinculados aos processos de formação e educação, de modo a refletir o compromisso coletivo em erradicar os riscos à integridade e a violação das regras de *compliance* vigentes.

O treinamento e a formação ético-legal dos servidores e colaboradores devem, ainda, ser atos contínuos e que incidem sobre procedimentos concretos baseados nos riscos identificados e no Código de Conduta formulado pelo tribunal.

A divisão dos processos de treinamento e educação dos servidores e colaboradores poderá partir de riscos genéricos a que cada setor está sujeito até riscos particulares vinculados ao exercício de cada cargo (ex. pagamentos de facilitação, gratificações e brindes, etc.).

(iv) Aprimoramento contínuo dos sistemas de monitoração e comunicação de irregularidades (canal de denúncias)

Para que os processos de monitoração e comunicação de irregularidades sejam desenvolvidos de forma eficaz, o que se recomenda é

²⁵ Cf. JÚNIOR, Filipa Marques; MEDEIROS, João. “A elaboração de programas de *compliance*”. In: SOUSA MENDES, Paulo de; PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Lisboa: Almedina, 2018, p. 140.

²⁶ Cf. SARAIVA, Renata Machado. *Criminal Compliance como instrumento de tutela ambiental: a propósito da responsabilidade penal das empresas*. São Paulo: LiberArs, 2018, p. 90.

que sejam criados, no âmbito do departamento interno de *compliance*, canais de comunicação que permitam aprimorar a metodologia de recebimento de denúncias internas, identificação, análise e monitoramento de infrações.

A criação desses mecanismos pode ocorrer, a título exemplificativo, a partir (i) do desenvolvimento de canal de denúncia interno vinculado ao setor de *compliance* e operado por profissionais treinados para receber e avaliar denúncias; (ii) do desenvolvimento de meios de comunicação confidenciais para servidores e colaboradores sobre denúncias de atividades suspeitas a que tenham tomado conhecimento; (iii) “caixa de sugestão” junto aos colaboradores do setor de *compliance* para recebimento das sugestões de servidores e colaboradores; (iv) elaboração de relatórios anuais contendo informações quantitativas acerca do número de denúncias, avaliação e tratamento dado a cada uma delas, entre outros.

(v) Investigações internas e aplicação de sanções

As atividades de monitoração e controle de denúncias servirão para identificar e avaliar situações que envolvam potenciais infrações normativas (ilícitos éticos, administrativos, civis e penais). Por isso, a partir da comunicação realizada através de canais de denúncias seguros e direcionados ao setor de *compliance* é que serão iniciados os processos de avaliação e investigações internas e/ou externas, a depender da gravidade da situação relatada²⁷.

Antes de serem iniciadas quaisquer investigações, é preciso que se tenham estabelecidos quais as finalidades pretendidas com o processo de investigação e também à expressa previsão normativa para tanto (ex. regulações acerca de procedimentos internos pela Corregedoria-Geral da Justiça). Isso porque as investigações internas desenvolvidas no âmbito das atividades de *compliance* do tribunal devem ter cunho meramente investigativo e não podem ensejar a aplicação de sanções disciplinares – que eventualmente serão aplicadas no âmbito de processos disciplinares, de improbidade ou até de processos criminais.

Isso porque as atividades de investigação empregadas pelo setor de *compliance* não possuem caráter jurisdicional e servem exclusivamente para o fim de levantar informações. Assim, a eventual colaboração e oitiva de servidores e colaboradores acerca dos fatos investigados deverá ser sempre voluntária, sem qualquer caráter coercitivo, diferente do que se verifica nos processos disciplinares, de improbidade, etc.

Nesse sentido, as investigações internas devem ser sigilosas, de caráter meramente investigativo “não punitivas” e devem observar, em todos

²⁷ Cf. JÚNIOR, Filipa Marques; MEDEIROS, João. “A elaboração de programas de *compliance*”. In: SOUSA MENDES, Paulo de; PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Lisboa: Almedina, 2018, p. 142.

os casos, o contraditório e ampla defesa, ainda que diante da voluntariedade de servidores e colaboradores em prestar informações na condição de testemunhas ou até mesmo investigados.

De acordo com normativas emitidas pelo Tribunal de Contas da União²⁸, atribui-se como sugestão a possibilidade de dois tipos de investigações desempenhadas administrativamente pelo tribunal, são elas (i) *sindicância investigativa* e (ii) *sindicância patrimonial*.

Na hipótese da *sindicância administrativa*²⁹, tem-se a existência de um “procedimento preliminar sumário”, cuja finalidade consiste na investigação de uma irregularidade disciplinar e que servirá de alicerce probatório para o processo administrativo disciplinar.

Em relação a *sindicância patrimonial*³⁰, serão apuradas eventuais infrações administrativas “potencialmente causadoras de enriquecimento ilícito do agente público”. Para a averiguação de eventuais incompatibilidades patrimoniais do agente público, poderão ser consultadas fontes externas capazes de atestar a variação e evolução patrimonial do agente (cartório de registros mobiliários, títulos e documentos, departamentos de trânsito, juntas comerciais, etc.) ou, ainda, poderá ser requerido o afastamento de sigilo bancário e fiscal do servidor perante a procuradoria competente para ajuizamento do processo de quebra de sigilo bancário e fiscal. Após o levantamento de tais indícios, a sindicância patrimonial também poderá servir de alicerce para instauração de processo disciplinar ou até para propositura de processo de improbidade administrativa.

Em suma, o propósito que se busca com uma investigação interna é o de coletar informações que poderão subsidiar qualquer ação subsequente, seja na esfera administrativa, civil ou até penal. Em termos internos, por outro lado,

²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial de combate à fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública/Tribunal de Contas da União-Brasília: TC, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2. ed., 2018, p. 78 e ss.

²⁹ “Manual de processo administrativo disciplinar – CGU. Não se encontra elencado expressamente na Lei nº 8112/90, cuja existência formal está prevista, além do disposto na doutrina e jurisprudência, no inciso II do art. 4º da Portaria CGU nº 335/2006.”. Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial de combate à fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública/Tribunal de Contas da União-Brasília: TC, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2. ed., 2018, p. 78.

³⁰ “Manual de processo administrativo disciplinar – CGU. Tipificada no inciso VII do art. 9º da Lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), possuindo previsão normativa no Decreto nº 5.483/2005, inciso IV do art. 132 e art. 143 da Lei nº 8112/90 e na Portaria CGU nº 335/2006.”. Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial de combate à fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública/Tribunal de Contas da União-Brasília: TC, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2. ed., 2018, p. 78.

o processo de investigação servirá também como forma de alcançar a cessação da infração normativa, além de reforçar a necessidade de cumprimento das diretrizes internas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo das concepções de *compliance* como instrumento de autorregulação, parece ser plenamente possível o emprego de estruturas normativas de integridade internas, para além daquelas emitidas pela Administração Pública, que nortearão às atividades desenvolvidas pelos tribunais de justiça.

Assim, a implementação de medidas preventivas e de controle de riscos pelos tribunais desenvolvidas no âmbito de programas de *compliance* e de códigos de conduta servirão como reforço para as regras de direito administrativo vigentes, de forma a prevenir abusos e excessos comuns às atividades práticas desenvolvidas no interior dos tribunais.

Partindo dessa premissa, foram sugeridas algumas estruturas essenciais para o desenvolvimento dos programas de *compliance* nos tribunais de justiça, partindo do levantamento, avaliação e gerenciamento dos riscos identificados, que permitirão o conhecimento das atividades e setores mais sensíveis a desvios de conduta.

Após a identificação e gestão contínua dos riscos operacionais levantados, deverá ser elaborado um Código de Conduta interno que estabelecerá padrões de conduta e políticas de *compliance* aplicadas aos servidores e colaboradores do tribunal.

Para que essas normas e padrões de condutas previstas no Código de Conduta sejam internalizadas, deverão ser realizadas oficinas de treinamento e formação de servidores e colaboradores, demonstrando o compromisso coletivo do tribunal na execução e cumprimento das regras de *compliance* vigentes.

Com o desenvolvimento reiterado das atividades de formação e educação, também deverão ser empregadas estruturas de monitoramento e comunicação contínuas, visando o constante aperfeiçoamento e adequação do programa a novos riscos operacionais que venham a surgir com desempenho das atividades desenvolvidas do tribunal.

Ao final, em havendo comunicação ou suspeita de desvios funcionais pelo setor de *compliance*, poderão ser empregadas atividades investigativas que terão por finalidade levantar informações sobre eventual infração normativa. Nesse sentido, o que se recomenda é que, embora eventual desvio funcional deva ser apurado e sancionado no âmbito dos processos competentes, a atividade de caráter meramente investigativo desempenhada pelo setor de *compliance* servirá como um forte aparato para levantamento de informações e alicerce probatório para eventual processo subsequente, seja ele na esfera administrativa, civil ou criminal.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança corporativa*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- BACIGALUPO, Silvina. “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanc (coords). *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*. Navarra: Thomson Reuters, 2013.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial de combate à fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública/Tribunal de Contas da União-Brasília: TC, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2. Ed., 2018.
- COIMBRA, Marcelo de Aguiar e MANZI, Vanessa A. *Manual de Compliance – Preservando a Boa Governança e Integridade das Organizações*. São Paulo: Atlas, São Paulo 2010.
- DARNACUELLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público: la Autorregulación Regulada*. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2005.
- ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación – Génesis y Efectos*. Navarra: Arazandi, 2002.
- GUARAGNI, Fábio André. “Princípio da confiança no Direito Penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades”. In: GUARAGNI, Fábio André e BUSATO, Paulo Cesar (coord.). DAVID, Décio Franco *et al.* (org.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2016.
- JÚNIOR, Filipa Marques; MEDEIROS, João. “A elaboração de programas de *compliance*”. In: SOUSA MENDES, Paulo de; PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Lisboa: Almedina, 2018.
- KUHLEN, Lothar. “Cuestiones fundamentales de compliance y teoría del Derecho Penal”. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.) *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid, Marcial Pons. 2013.
- SARAIVA, Renata Machado. *Criminal Compliance como instrumento de tutela ambiental: a propósito da responsabilidade penal das empresas*. São Paulo: LiberArs, 2018.

O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DE UM SISTEMA INTEGRAL DE DIREITO PENAL

Rodrigo Sánchez Rios³¹, Víctor Cezar Rodrigues da Silva Costa³²

INTRODUÇÃO

As relações entre dogmática penal, política criminal e criminologia, e, por sua vez, estas com o processo penal, nem sempre foram objeto de unanimidade por parte da doutrina. Contudo, é indispensável sua consideração em conjunto para uma visão integral do sistema penal, seus fundamentos, suas deficiências e eventuais propostas de reforma. A compreensão do esgotamento dos modelos tradicionais dos fins da pena, da burocratização do processo penal, da incapacidade de realização do direito material e da preservação das garantias constitucionais torna-se improdutivo sem uma visão síncrona do sistema, a fim de possibilitar a avaliação das consequências por ele almejadas.

Hodiernamente, a verificação empírica do atendimento das finalidades propostas pelo Direito penal se sobrepõe aos velhos discursos abstratos de fundamentação do *ius puniendi*, atingindo todas as vertentes normativas da ciência penal.³³ A análise das consequências permite a teorização sobre a utilidade e eficácia da norma penal, bem como a problematização sobre o paradoxo entre a crise do sistema penal e as subsequentes tentativas de intensificação dos meios punitivos.³⁴

Diante da opinião pública, esse déficit de funcionalidade estaria vinculado à morosidade e, como decorrência desta, exsurge uma presunção de impunidade

³¹ Professor da PUCPR. Advogado criminalista.

³² Doutorando em Direito pela PUCPR. Advogado criminalista.

³³ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 15; TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 95.

³⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974; ADÉRITO, Carlos. *Princípio da Oportunidade*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 29. Ainda sobre a crise do sistema penal e a construção de modelos processuais de consenso como alternativa ao modelo burocrático tradicional, vide OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 11 e ss. Entre nós, o Min. Fachin já estava atento a tais vicissitudes do flagelo produzido pelo sistema punitivo ao registrar: “O debate sobre os objetivos declarados do discurso jurídico oficial e os objetivos reais do discurso jurídico crítico interessa, de modo indissociável à compreensão de todos os astros jurídicos que compõem a constelação de nosso sistema, os quais, sem dúvida, necessitam ser apreendidos de forma plural, aberta e interdisciplinar, pois é precisamente por aí que as condutas proibidas descritas pelas definições dos crimes, setorizadas no Direito penal, projetam seus valores, opções e fins eleitos para desnudar a quem e a que serve o Direito. Nem mais nem menos.” Vide FACHIN, Luiz Edson. *O direito penal e as premissas ideológicas do poder punitivo*. In *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, Revam, 2010, p. 549-550.

pela não realização adequada do Direito penal.³⁵ Com isso, a ineficiência da administração da justiça penal redundará, de um lado, na falta de credibilidade do poder punitivo e, de outro, no incremento de sua seletividade, expondo, assim, as deficiências de seu caráter preventivo. Em última análise, vislumbra-se a instabilidade da própria ideia reitora do sistema penal moderno, segundo a qual apenas ao Estado cabe o controle absoluto da justiça e o monopólio da aplicação da violência legítima,³⁶ substituindo-se à vítima na persecução penal e na aplicação exclusiva das consequências jurídicas do delito. Quer parecer estar o dilema justamente em encontrar alternativas a este princípio conformador de toda a tradição liberal do Direito penal e compatibilizá-lo com os pressupostos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

A melhoria da eficácia do sistema de justiça criminal não pode, concomitantemente, descaracterizar os princípios regentes de um Processo penal democrático, nem importar na perda de garantias solidificadas com a proteção constitucional.³⁷ Surgem, nesse contexto, os desdobramentos da institucionalização do princípio da oportunidade³⁸, já presente em certa medida no sistema processual brasileiro, e no alargamento das hipóteses de justiça negociada. Ora, outro não é o objetivo senão convocar critérios político-criminais para a tentativa de solução dos problemas atinentes ao funcionamento da justiça criminal. Bastaria, em uma perspectiva preliminar, delinear neste tópico a importância das balizas construídas pela jurisprudência pátria em torno do instituto da colaboração premiada³⁹, ressaltando sua natureza negocial, englobando seus contornos tanto materiais como processuais.

É *communis opinio* não ser função precípua do sistema penal perseguir todo e qualquer desvio social, nem poderia sê-lo⁴⁰. Além de não haver condições

³⁵ ADÉRITO, Carlos. *Princípio da Oportunidade*, 11-12.

³⁶ WEBER, *Política como vocação*. In. Ciência e Política: Duas vocações. São Paulo: Cultrix, 2011, p. 67. Sobre o tema vide ainda BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*; por uma teoria geral da política. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p.86-93.

³⁷ ADÉRITO, Carlos. *Princípio da Oportunidade*, p. 13.

³⁸ Vide a respeito ANDRADE, Manuel da Costa. *Consenso e oportunidade*. In Jornadas de Direito processual penal. Coimbra: Almedina, 1988, p.319. e ss.

³⁹ Já apontou De-Lorenzi que a doutrina penal não pode reincidir no erro quando da regulamentação dos acordos de colaboração premiada, hipótese na qual pela rejeição categórica do instituto por grande parte da crítica especializada, seus contornos foram definidos de forma praticamente exclusiva pela prática jurisprudencial. Vide DE-LORENZI, Felipe. *Justiça negociada e fundamentos do Direito penal*: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 28.

⁴⁰ Recordando a lição de Hart - amparada na filosofia de Stuart Mill – que a ingerência do poder punitivo apenas é legitimada quando se destina a evitar um dano ou um prejuízo a um terceiro afastando-se a incidência da moral como critério fundamental do preceito primário. Vide HART, H.L.A. *Derecho Libertad y Moralidad*. Madrid: Dykinson, 2006. p..99-100.

materiais para tanto, correr-se-ia o risco de transformar o Estado de Direito em Estado de Polícia. A limitada capacidade operativa das agências penais de controle torna uma utopia a realização integral do programa de criminalização primária.⁴¹ Não é demais ressaltar a existência de diversos tipos penais conformados em outra quadra histórica que muito aguardaram sua retirada formal do diploma sancionatório. Sob outro viés, há também um efeito funil na operacionalização concreta entre os crimes cometidos e os efetivamente denunciados. Portanto, a ideia de eficácia da norma penal encontra um respaldo essencialmente quando ligada à perspectiva de redução quantitativa da criminalidade.⁴²

A dilatação da legislação penal material, fenômeno amplamente conhecido nas últimas duas décadas como “expansão do Direito penal”⁴³, impõe, em certa medida, soluções conjuntas do sistema de justiça criminal, a fim de obter uma aplicação racional da lei penal, com vistas a uma efetividade razoável. Essa extensa atividade criminalizadora, sem efetividade prática, apresenta o risco de tornar a legislação meramente simbólica. Ao mesmo tempo, uma propalada atividade persecutória, sem os limites da norma posta, macularia as garantias constitucionalmente asseguradas ao arguido. Sem margem a questionamentos, a atenção às consequências está, em grande medida, na intermediação entre os excessos da legislação e sua consequente e necessária limitação no âmbito prático, principalmente na esfera processual.

Nesta temática, os representantes do Poder Legislativo têm seus programas de política criminal assentados, antes de tudo, em interesses eleitorais, apelando à percepção geral de insegurança por parte da população. Isto é reforçado pela atividade dos meios de comunicação, ao clamar por mais punição como resposta imediata para resolução de problemas sociais complexos e de riscos oriundos do progresso econômico e tecnológico da sociedade contemporânea.⁴⁴ Trata-se de um dado axiomático, sintetizado por ALBRECHT: o Direito penal atualmente possui o caráter de arma política⁴⁵. Essa assertiva é corroborada no pensamento de Nils CHRISTIE, “*restaram*

⁴¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: EDIAR, 2002 pp. 7-8

⁴² Desde BECCARIA concebe-se a função do Direito penal como o do controle social do intolerável, por meio da garantia da segurança ao custo da mínima liberdade: “*tudo o mais é abuso e não justiça*”. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 42-43. ADÉRITO, *Princípio da Oportunidade*, p. 15

⁴³ Sobretudo SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁴⁴ A situação é observada por SILVA SÁNCHEZ como uma das causas para a expansão do Direito penal. Cf. *A expansão do Direito penal*, p. 40 e ss. Vide ainda ALBRECHT, Peter Alexis. *El derecho penal en la intervención de la política populista*. In “La Insostenible Situación del Derecho Penal. Granada: Comares, 1999, p. 471 e ss.

⁴⁵ ALBRECHT, Peter Alexis. *Op. Cit.* p.472.

poucas áreas capazes de proporcionar exposição nacionais aos políticos e seus partidos” senão a legislação penal.⁴⁶ Na esteira das conclusões deste autor, a legitimidade do poder em um Estado no qual a ideia dominante é a desregulamentação no âmbito econômico, passa a estar centrada, entre outras, na luta contra o crime.⁴⁷

Cumprе rememorar a exposição de motivos do Projeto Alternativo para o Código Penal Alemão de 1966. Nele se extrai que a pena não é um acontecimento metafísico, mas sim *“uma amarga necessidade no seio de uma comunidade de seres imperfeitos...”*⁴⁸. Nesse sentido, deve haver critérios e limites para não tornar regra um sofrimento desnecessário, restringindo-se a uma quantidade razoável de condutas passíveis de criminalização em razão da gravidade de lesão ou perigo a que se submeta o bem jurídico.⁴⁹ Não se ignora que o objeto da dogmática é a legislação enquanto dado pré-constituído. Entretanto, seu papel fundante reside, sobretudo, na restrição à discricionariedade do legislador⁵⁰. A dogmática apresenta, destarte, importante papel na contenção da política criminal.⁵¹ Todavia, para que a dogmática se faça reconhecida na persecução de um caso penal, essencial é o papel do processo penal na regulamentação do procedimento apto a provar os pressupostos de punibilidade.

O Direito penal só se pode realizar através do Processo.⁵² Estabelece-se aí, em linhas gerais, as intersecções primordiais entre dogmática, política criminal e processo penal.

⁴⁶ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: REVAN, 2017, p. 65. Nessa senda vide ALBRECHT, Peter-Alexis. *Op. Cit.* p. 478. Uma observação aparte merece o modelo de “resistencia critica” à expansão seletiva do sistema punitivo proposta por Zaffaroni com a supervalorização da sociologia do sistema penal. ZAFFARONI, Raul. *Hacia donde irá la ciencia jurídico-penal?* In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria et al (Org). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al professor Santiago Mir Puig*. Buenos Aires; Bdf, 2017, p. 249.

⁴⁷ CHRISTIE, *Uma razoável quantidade de crime*, p. 66. A respeito do uso político do Direito penal utilizado como “instrumento de comunicação” vide ALBRECHT, Peter-Alexis. *Op. Cit.* p.479.

⁴⁸ Vide ROXIN, Claus. *Franz Von Liszt e a concepção político-criminal do projeto alternativo*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Veja, 1986.p.49

⁴⁹ Entende Roxin que a justificação para a utilização do Direito Penal por parte do Estado encontra-se assentada em cada situação histórica concreta de cada grupo humano corporificando-se em diversas condições indispensáveis para a vida em sociedade, resumida na expressão “bem jurídico”. Vide ROXIN, Claus. *Sentido e limites da pena estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Veja, 1986.p 27. Vide tb. CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*, p. 159-160.

⁵⁰ SCHUNEMANN Bernd. *O principio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos*. In *Estudos de Direito penal, Direito processual penal e filosófica de Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 50.

⁵¹ KINDHÄUSER, Urs. *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 30.

⁵² DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*, p. 47.

Objetivando uma construção moderna da dogmática jurídico penal, WOLTER parte de sua decomposição em três grandes níveis a partir da estrutura da teoria do delito: a) a possibilidade de punição na forma de merecimento de pena; b) a existência de uma necessidade preventiva de sanção ou a necessidade de pena e; c) a existência do *ius puniendi* estatal a partir de interesses extrapenais⁵³. Antes desta formatação, entendia-se serem os tópicos atinentes às *condições de punibilidade*⁵⁴ o espaço de diálogo por excelência de interseção entre a dogmática e a política criminal. Tratar da natureza jurídica das condições objetivas de punibilidade e das chamadas causas pessoais de exclusão, ou de levantamento de pena após a configuração do injusto culpável, limitava o alcance dos espectros que a Política criminal podia atingir na seara da teoria do delito.

Um olhar retrospectivo rememora a lição de JIMENEZ DE ASÚA, a respeito das nomeadas escusas absolutórias, quando, nas suas palavras, entendia que esta categoria, em sentido figurado, representava um reduto onde estavam aglutinados diversos institutos receptivos a motivos transitórios e de conveniência política⁵⁵. Representou um salto de qualidade o tratamento dogmático penal a esses diversos institutos inseridos na categoria “*condições de punibilidade*”. A compreensão da inserção de critérios extrapenais, como os vínculos familiares nos crimes patrimoniais e o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia, entre outros, denotavam a limitação da punibilidade sempre para além do injusto culpável, indicando uma abertura ao hermetismo das categorias convencionais do fato punível. Essa orientação teórica estava dissociada de categorias processuais aptas a conduzir a uma solução mais racional e econômica do caso penal. Não é preciso chegar até a sentença penal para reconhecer a afetação da punibilidade.

Ainda sob uma concepção tradicional do delito, esta não albergaria uma ideia alargada de causas constitucionais de exclusão do injusto e da punibilidade. Partindo de uma base jurídica constitucional, à luz tanto de um equilíbrio da intervenção penal quanto da proteção dos direitos fundamentais, é possível conceber um suporte favorável à exclusão do próprio tipo e da antijuridicidade, trazendo como argumento principal a liberdade de ação do indivíduo, reconhecida normativamente como categoria fundante do Estado democrático de Direito, prévio a qualquer ponderação.

⁵³ WOLTER, Jürgen. *Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad*. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; MIR PUIG, Santiago (org.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: McGrawHill, 1999, p. 7.

⁵⁴ Na literatura penal brasileira, vide inicialmente FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.p. 215 e ss.

⁵⁵ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal*. La Ley y el delito. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1958, p. 432

SILVA SANCHEZ tem salientado o excesso de rigidez em relação a pretensão de sistematicidade da teoria do delito, constatando-se uma insuficiente abertura capaz de abarcar a incidência de novos grupos de casos problemáticos e, por conseguinte, sua incapacidade de propiciar respostas integrais à atividade judicial na imposição ou não de uma pena ⁵⁶.

Em estudo específico sobre as causas constitucionais de exclusão do tipo, do injusto e da punibilidade, WOLTER apontou, entre outros temas tratados pelo Tribunal Constitucional Alemão, o caso polêmico do porte de *cannabis* para consumo próprio em pequenas quantidades. O referencial constitucional para a declaração de atipicidade dessa conduta estaria constituído pelo “*conteúdo essencial da liberdade de atuação do autor*”, descrito no artigo 2, inciso I e no artigo 19, inciso II da Constituição Alemã. De acordo com o teor desses preceitos, o conteúdo essencial da liberdade é inviolável, não podendo sofrer restrição por meio de tipos penais⁵⁷. Não caberia, portanto, uma ponderação dos interesses relativos à proteção do direito fundamental e destes com uma eventual intervenção penal. Sob essa roupagem, referido comportamento seria socialmente adequado, implicando um risco mínimo de lesão ao interesse protegido. Nas suas palavras: “*A conduta do consumidor ocasional fica excluída do âmbito do merecimento de pena e conseqüentemente da possibilidade de punição. Referida conduta não seria juridicamente desaprovada nem teria danosidade social (...) o autor nem sequer entra no primeiro nível da estrutura do delito*”⁵⁸. A exclusão da tipicidade, nesta situação, – pois entendimento diverso teríamos na hipótese de venda dessa substância a menores⁵⁹ – estaria compreendida sob o manto de uma causa constitucional, sem adentar no verniz da categoria da punibilidade ou de qualquer causa suspensiva do processo.

Dando seqüência a sua ideia de sistema integral do Direito penal, WOLTER, em publicação subsequente, retomou a discussão sobre as causas constitucionais de exclusão do tipo do injusto, da suspensão do processo e das hipóteses de renúncia de pena, com o escopo de aglutinar em um único sistema os variados institutos atinentes tanto ao Direito penal substantivo como o processual⁶⁰. Neste

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito*. In *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. WOLTER, Jürgen; FRUEND, Georg (eds.). Madrid: Marcial Pons, 2004, p.20.

⁵⁷ WOLTER, Jürgen. *Las Causas constitucionales de exclusión del tipo del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad*. In *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: McGraw, 1999, p. 11.

⁵⁸ WOLTER, Jürgen. *Op. Cit.idem*.

⁵⁹ Observe-se que, no nosso modelo legal, há uma separação entre os tipos atinentes a posse para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006) e o tráfico de entorpecentes (artigo 33 de mencionado diploma legal).

⁶⁰ WOLTER, Jürgen. *Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de*

espaço, importa fazer referência a procedência de causas pessoais da exclusão da responsabilidade de natureza jurídico constitucional como, por exemplo, o tratamento dado à *desobediência civil*, situada, no seu entendimento, no segundo nível do delito, qual seja, a necessidade de pena⁶¹. Ao compararmos essa proposta com a solução encontrada a partir dos critérios fornecidos pelo sistema pátrio – a qual reveste a hipótese de desobediência civil sob o tecido das exculpantes supralegais⁶², cuja incidência prática ainda não encontra a devida ressonância nos tribunais nacionais – é perceptível a insistência em conferir uma resposta convencional direcionada frequentemente à categoria da punibilidade.

De forma elucidativa, ao descrever o terceiro nível do delito, uma vez comprovados os critérios do merecimento e necessidade de pena, WOLTER atribui ao último estágio a denominação de “sancionabilidade”, reunindo nesse agrupamento interesses extrapenais de política jurídica e outras necessidades constitucionais, tais como política processual e preventiva, no desenho das condições objetivas de punibilidade e das causas de exclusão de pena⁶³. Essas circunstâncias, presentes nesta derradeira categoria, não possuem nem uma eficácia excludente do tipo de injusto muito menos da culpabilidade. Todavia, dizem respeito às condições efetivas de exclusão da pena. Não podemos deixar de observar, apenas em uma análise antecipada, que, nesta categoria, a referência à critérios utilitários de natureza extrapenal fazem surgir um certo alinhamento com a reflexão dogmática outrora dispensada ao pressuposto exclusivo da punibilidade, no qual se evidenciava a receptividade a interesses próprios de política jurídica e criminal⁶⁴. E, por outro lado, esse percurso de um terceiro nível rememora uma discussão irresoluta sobre um conceito quadripartido de delito, a incluir a punibilidade entre suas categorias autônomas⁶⁵.

Revisitar a proposta de WOLTER, assim, remete a uma imperiosa necessidade de encontrar os meios eficazes para concretizar a efetiva limitação do *ius puniendi* por meio de uma categoria material do delito.

exclusión del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In. El sistema integral del Derecho penal. Delito determinación de la pena y proceso penal. WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Eds.). Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 31 e ss. No Brasil estabelecendo um diálogo a partir da proposta de WOLTER, vide DE LORENZI, Felipe. *Contributo da proposta de um sistema integral para a relação entre Direito Penal e Processo Penal.* In *Processo Penal Contemporâneo em Debate.* Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p.233.

⁶¹ WOLTER, Jürgen. *Op. Cit.*, p. 56.

⁶² Vide CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral.* Curitiba:IPCPC, 2014, p.335.

⁶³ WOLTER, Jürgen. *Op. Cit.* p.60 e ss.

⁶⁴ Anteriormente, a respeito da mesma temática, vide SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.13.ss

⁶⁵ Defendendo esta orientação, no Brasil, vide EISELE, Andreas. *Direito Penal: teoria do delito.* Salvador: Juspodium, 2018, p.639 e ss.

A partir desse prisma, é incontestável o papel da jurisprudência, sobretudo quando deve ser revelado uma causa constitucional excludente do tipo ou da responsabilidade. Principalmente diante de uma perspectiva local, na qual constamos uma política criminal desenfreada, o Poder Judiciário emerge como fiel da balança, com destaque a seu papel de controle⁶⁶, demandando, em um plano ideal, além disso, um constante diálogo com a dogmática para o desempenho de suas atividades.⁶⁷ No plano do *dever ser*, e atento ao sistema de freios e contrapesos próprios de democracias constitucionais, deve haver uma contenção da expansão quantitativa e qualitativa da norma penal. Isso se opera tanto a nível de controle abstrato de constitucionalidade de leis penais, pelos Tribunais Constitucionais,⁶⁸ quanto a nível do juiz singular quando de sua aplicação ao caso concreto.

Exemplificativo da assunção deste novo papel por parte do Judiciário – na imposição de limites ao poder punitivo estatal – encontra-se no Recurso Extraordinário n. 635.659/SP, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ainda sob apreciação do plenário do Supremo Tribunal Federal. Em sede de análise concreta da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, o voto do Ministro Edson Fachin, homenageado nesta obra coletiva, repercute diretamente na vertente proposta por WOLTER, do primeiro estágio do sistema integral do Direito penal, qual seja, o merecimento de pena. A toda evidência, resulta claro que a temática relativa ao porte da *cannabis* para uso próprio incursiona primeiramente na esfera constitucional da proteção da liberdade e da autonomia individual.

Os argumentos invocados para uma eventual punição ao consumo pessoal de *cannabis* podem ser sistematizados, conforme a lição de NINO, em três grupos: o primeiro, de natureza moral, denominado perfeccionista; um segundo, de matiz paternalista, baseado no desestímulo ao consumo e; o terceiro, destinado a uma suposta defesa da sociedade na proteção exemplar dos demais cidadãos⁶⁹. Com respaldo na crítica apresentada por NINO, o

⁶⁶ A degeneração da atividade jurisdicional, decorrente da quebra da imparcialidade do julgador, além daquelas já previstas nas agruras de um sistema inquisitivo, como a possibilidade do magistrado de influir na produção da prova, não contribuem, mas sim agravam a seletividade e arbitrariedade do sistema punitivo. A título de argumento, parte-se do pressuposto do respeito às regras constitucionais do juiz natural e da imparcialidade, além é claro do controle de legalidade da atividade persecutória inerente a função jurisdicional constitucionalmente orientada.

⁶⁷ Em um plano deontológico, o diálogo entre doutrina e jurisprudência é imprescindível para a limitação do poder punitivo expressado, sobretudo, na atividade legislativa. No entanto, no plano fático, esse diálogo ainda é incipiente ou até mesmo inexistente. Sobre a falta de comunicação entre doutrina e jurisprudência no Direito penal, vide PUPPE, Igeborg. *Ciência do Direito Penal e jurisprudência*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo, vol 58, 2006, p.113.

⁶⁸ Sobre o controle de constitucionalidade de norma penais, vide ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 82 e ss.

⁶⁹ Sobre a posição deste autor, de forma sintética, vide NINO, Carlos. *Los dilemas de la libertad*.

Ministro Fachin rebate cada um desses argumentos, pois a criminalização do porte de droga para consumo próprio representaria a *“imposição de um padrão moral individual”*, implicando em um paternalismo ineficaz⁷⁰ e, ao mesmo tempo, em uma falsa proteção da sociedade, em razão da existência de outras formas de intervenção a outros comportamentos lesivos nesta seara. Como bem ressalta o homenageado: *“(...) o processo de constitucionalização do direito penal, ainda embrionário no Brasil, passa diretamente pelo controle de constitucionalidade das hipóteses de criminalização primária (...)”*⁷¹. Ulteriormente, o Judiciário é chamado a intervir para controlar as hipóteses de interferência indevida do legislativo na esfera da privacidade, intimidade e liberdade de ação, coadunando-se com as reflexões tecidas adiante.

2 A CRESCENTE INTERSECÇÃO DO DIREITO PENAL COM A POLÍTICA CRIMINAL E SUA REPERCUSSÃO NA EXPERIÊNCIA JUDICIAL

Uma incursão teórica sobre os limites daqueles comportamentos aptos a serem objeto da norma penal sob nenhuma hipótese poderá descurar das finalidades pretendidas pela sanção, sobretudo ante o imperioso axioma da proteção subsidiária de bens jurídicos. É sabido recair sobre a dogmática jurídico-penal a incumbência de definir as características do comportamento proibido, servindo como meio para atribuição de responsabilidade pelo fato cometido. Mas essa missão não se encontra desvinculada de uma ideia de determinação, muito menos daquelas finalidades próprias do sistema processual. Nas palavras de FREUND, apenas com um sistema vinculado à ideia de persecução de fins é possível remediar um ecletismo metodológico dominante em muitos âmbitos do Direito penal⁷². Caso contrário, ao rejeitar o modelo integral do sistema penal, o debate em torno de uma pena necessária e justa estaria estagnado.

A fim de sistematizar o transcurso histórico de tal diálogo interdisciplinar, tão necessário ao Direito penal continental contemporâneo, mas nem sempre unânime em suas conclusões – considerando ainda haver defensores da teoria

In Ocho lecciones sobre ética y derecho. Buenos Aires. Siglo XXI, 2013, p. 145.

⁷⁰ Comentando a decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito da descriminalização da *Cannabis* SCHUNEMANN, também asseverou a impossibilidade de um paternalismo jurídico penal direto e a inidoneidade do Estado na intervenção de comportamentos atinentes a autonomia individual. Vide SCHUNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico penal: um trabalho de Sisifo? In Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.109 .

⁷¹ Vide o voto do Min. Fachin no RE 635659/SP, relatoria do Min. Gilmar Mendes. p.6.

⁷² FREUND, Georg. *Sobre la función legitimadora de la idea de fin ...*, p.95. Anteriormente vide ROXIN, Claus. *Franz Von Liszt e a concepção político criminal do projeto alternativo*. p. 61.

absoluta da pena, principalmente no Direito penal anglo-saxão⁷³ –, podem ser agrupados, com intuito meramente propedêutico, três grandes momentos de contato entre as citadas esferas teóricas: a) a completa autonomia, com a relação entre ciência principal e ciências auxiliares, própria do positivismo jurídico; b) a funcionalização do Direito penal para o cumprimento de fins político criminais e; c) a prevalência da política criminal ante as demais esferas, própria de uma perspectiva da expansão da norma punitiva.

(a) É conhecida a sentença de Franz VON LISZT, datada de 1893, segundo a qual “o Direito penal é a barreira infranqueável da política criminal”.⁷⁴ Legatário de modelo positivista legalista, VON LISZT tinha por objetivo demarcar o âmbito de atribuições da dogmática penal a partir de sua lógica interna. Concebendo a dogmática como o conjunto de requisitos de punibilidade, considerava a decisão legislativa como marco de surgimento da norma penal, independentemente de qualquer valoração político criminal adicional ou controle da justiça de decisões particulares. Os conceitos fundamentais da disciplina eram extraídos do Código penal, a partir de seu contexto imanente, sendo este considerado, na própria expressão do autor, como “*magna carta*” do delinquente.⁷⁵ No entanto, tal ideia não pode ser isolada de seu período histórico e da conjuntura social e política específica⁷⁶.

VON LISZT não estava completamente alheio à política criminal. Herdeiro do Estado Liberal, tinha por pressuposto fundamental a ideia de submissão do Estado à lei, sendo papel da política criminal não influenciar na decisão futura sobre os critérios de responsabilização, mas de balizar as formalidades necessárias para impedir arbitrariedade ou aplicações conjunturais do conceito de conduta ou da pena aplicável, sem a previsão prévia por parte do legislador.⁷⁷ Portanto, no entender deste autor, o princípio primordial do Direito penal era a legalidade, revestida apenas na sua dimensão formal. O objetivo do autor do

⁷³ Vide HIRSCH, Andrew Von. *Censurar y Castigar*. Madrid: Trotta, 1998, p. 23.

⁷⁴ Do original “*das Strafrecht ist die unübersteig Scranke der Kriminalpolitik*”. Cf. VON LISZT, Franz. *Strafrechtliche. Aufsätze und Vorträge*. Zwitter Band (1892 bis 1904). Berlin: Walter de Gruyer & Co, 1905, p. 80. Citado na obra de DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral, Coimbra Editora 2007, p. 20. Na lição de Roxin, apenas é possível compreender o enunciado de Von Liszt quando se tem como pressuposto que “o Direito é o dono e senhor absoluto do ‘se’, e a política criminal a soberana e exclusiva do ‘como’ da pena. Vide ROXIN, Franz Von Liszt e a concepção político criminal do projeto alternativo. p. 78-79

⁷⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *La política criminal y el sistema de Derecho penal*. In Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. Madrid, 1991, p.696 e ss.

⁷⁶ Vide INIGO, Elena. *Franz Von Liszt. (1851-1919)*, in *Juristas Universales*. Tomo III, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 608.

⁷⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada*. In: *Lusitana*, n. 4/5, 2007, p. 500 e ss.

programa de Marburgo⁷⁸ não era outro senão o de sentenciar a tarefa precípua da política criminal, conforme interpretado por MUÑOZ CONDE, em conformar um Direito penal altamente formalizado, impedindo qualquer reação visceral ou conjuntural na definição de uma conduta proibida ou da pena a ser imposta, que não fosse aquela expressamente prevista pelo legislador como decorrência da manifestação democrática da vontade geral.⁷⁹

No período histórico no qual o autor desenvolveu suas ideias prevalecia, no âmbito teórico, o império das ciências naturais, únicas consideradas como verdadeiras ciências, em seu sentido mais rigoroso⁸⁰. Daí sua forte influência positivista, mitigada pelas suas convicções liberais. Nesse contexto cultural, o autor cunhou a expressão “*ciência conjunta do Direito penal*” (*gesamte Strafrechtswissenschaft*).⁸¹ O Direito penal não se esgotaria na dogmática, mas estaria aberto a conviver com outras ciências, compartilhando conhecimentos heterógenos, de caráter criminológico e político criminal. Este compartilhamento, segundo o entendimento de INIGO, tornaria a dogmática penal uma disciplina eminentemente prática, sendo complementada por outras ciências, visando “*uma luta eficaz contra o delito*”⁸².

Ademais, tal pretensão não passou de um viés didático, submetendo hierarquicamente a uma Ciência principal às suas auxiliares, as quais se diferenciavam, sobretudo, pelo método de investigação empregado e pelos fins propostos.⁸³ Partindo de uma ideia de sistema classificatório-categorial, LISZT atribuía à política criminal o papel de estabelecer métodos racionais de combate à criminalidade, enquanto ao Direito penal competia uma função garantista de conferir a uniformidade na aplicação do Direito e à proteção da liberdade individual a partir de uma perspectiva eminentemente técnico-jurídica.⁸⁴

⁷⁸ VOZ LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho penal*. Valparaíso: EDEVAL, 1984, p. 36 e ss.

⁷⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit. idem*.

⁸⁰ Segundo Iñigo, Liszt pode ser considerado um dos maiores representantes do naturalismo jurídico, corrente doutrinária dominante da ciência jurídico penal nos últimos decênios do século XIX, vide INIGO, Elena. *Franz Von Liszt. (1851-1919)*, in: *Juristas Universales*. Tomo III, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 605.

⁸¹ Atualmente, há autores que se referem a expressão: “*ciência integral do Direito penal*” para se referir a uma leitura conjunta das Ciências Criminais. Cf. na Alemanha, WOLTER, Jürgen; FRUEND, Georg (eds.). *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. Na Itália, vide a coletânea organizada por MOCCIA, Sergio; CAVALIERE, Antônio (org.). *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni social*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

⁸² INIGO, Elena. *Op. Cit.* p. 609.

⁸³ JIMENEZ DE ASÚA, Luís. *Corsi e recorsi: la vuelta de Von Liszt*. In: VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho penal*. Valparaíso: EDEVAL, 1984, p. 36 e ss.

⁸⁴ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2-3.

Para LISZT, a dogmática consistia em um estudo lógico classificatório do delito decorrente de sua vinculação a norma positiva. A conclusão se assenta mais na ideia de política criminal do que na dogmática. O questionamento acerca de qual é o direito correto está atrelada a uma questão política cuja resposta compete ao legislador, e não ao Juiz, ou ao teórico do Direito penal. É compreensível, a partir desta perspectiva, que o labor científico do penalista estaria restrito na análise das causas do delito e dos efeitos da pena⁸⁵.

Com razão ROXIN assevera que um sistema fechado se afasta da solução satisfatória do caso penal, ao isolar a dogmática de decisões valorativas político-criminais e, com isso, da realidade social. Um problema pode ser resolvido com uma solução dogmaticamente correta, mas político-criminalmente errada.⁸⁶ Por tal motivo, se questiona: “*de que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto ainda que não integrável ao sistema?*”⁸⁷

Em sua conferência “*Política criminal e sistema jurídico-penal*”, de 1970, ROXIN, na esteira de JESCHECK, chama a atenção para o fato de que uma dogmática reduzida a formulações abstratas corre o risco de induzir ao magistrado a confiar em soluções decorrentes do automatismo dos conceitos jurídico-teóricos, sem levar em consideração, entretanto, as peculiaridades do caso concreto. “*O essencial é sempre a solução do problema*”, podendo, em alguns casos, recuarem, para um segundo plano, as exigências sistemáticas.⁸⁸ Problemas dogmático-conceituais podem ser corrigidos por meio de soluções político-criminais discrepantes, desde que não contrariem princípios constitucionais conformadores do ordenamento jurídico. A título de exemplo, na realidade pátria, pode-se citar o caso do ascetismo de certas decisões pretorianas que não aceitam a aplicação do princípio da insignificância, por não estar franqueado na legislação, mesmo sendo amplamente aceito que a interpretação *preter legem* para beneficiar o acusado é admitida em Direito penal.⁸⁹ Trata-se, em outros termos, da efetivação político-criminal do princípio da intervenção mínima.

⁸⁵ Em observação pontual, ZUÑIGA RODRIGUEZ, destaca: “*ya no se trata, portanto, de remover las causas pasadas que llevaron al delincuente a delinquir, normalmente sociales y personales sino de proteger a las posibles victimas de previsibles males futuros (delitos)*”. ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Si Von Liszt levantara la cabeza! In: Homenaje a Franz Von Liszt. Ciudad de Mexico: Ubijus, 2020. p 130.

⁸⁶ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 23.

⁸⁷ ROXIN, Claus. *Idem*, p. 7.

⁸⁸ ROXIN, Claus. *Ideml.* p. 8.

⁸⁹ Sobre o tema vide, anteriormente, COSTA, Victor; RIBEIRO, Leo. Decisões penais nos tribunais brasileiros: um estranho caso de desprezo pela dogmática. *Revista Bonijuris*, n. 646, set/2017, p. 8 e ss.

Sem qualquer exagero, por outro lado, não se pode aceitar como fato corriqueiro e normal situações fáticas que incursionem, *ab initio*, nos inquestionáveis limites da bagatela, e assistir de forma passiva a motivação da atuação dos órgãos da *persecutio* em favor da aplicação de uma pena não merecida, muito menos justa, pois esse comportamento representa uma lesividade irrisória ao bem jurídico. Não raramente nossa Corte Constitucional tem reconhecido e abertamente criticado a deturpação do sistema penal ao se ocupar por anos, com todo o custo econômico inerente ao funcionamento da máquina pública, em casos estarrecedores e ofensivos a racionalidade humana⁹⁰.

(b) Objetivando a superação da visão positivista de Von Liszt, ROXIN propõe um programa de valorações político-criminais no Direito penal, mormente na teoria do delito. A Ciência jurídico-penal também pode constituir um espaço no qual se desenvolvem soluções para determinados problemas sociais. O automatismo da mera subsunção de conceitos teóricos é incapaz levar em conta a ponderação de interesses envolvidos, como verificado nas causas de justificação, ou ainda nas hipóteses de desistência voluntária passíveis de alterar situações jurídicas relevantes.⁹¹ Vide, por exemplo, a solução dada para o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia na normativa brasileira.

Não há novidade na dogmática jurídico-penal cumprir uma função político-criminal. Como anteriormente retratado, a legalidade possui papel indispensável no sentido de permitir à Ciência jurídica sistematizar os conceitos primordiais pelos quais se pode considerar previsível e calculável a caracterização de um crime e a imposição de uma pena.⁹² Cuida-se de um instrumento imprescindível para manter a norma penal sob controle, não extrapolando os limites estabelecidos pelo legislador e, assim, garantindo a segurança jurídica indispensável a um Estado Constitucional de Direito.⁹³ Quanto menor o desenvolvimento dogmático de um sistema jurídico, mais accidental, improvisada e arbitrária se torna uma decisão, fazendo-a depender de fatores incontrolláveis e de difícil revisão.⁹⁴

⁹⁰ Vide recentemente o HC 205.232, Minas Gerais. Relator Ministro Gilmar Mendes, jul.25 de agosto de 2021. Ainda vide HC 200.764, São Paulo. Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgado em 22 de abril de 2021; HC 137.290, Minas Gerais. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 07 de 2017.

⁹¹ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, p. 15.

⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco. *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal*, p. 501.

⁹³ Nesse sentido GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?* Bogotá: Temis, 1983, p. 30. Mais recentemente: DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Reinvindicación de la (buena) dogmática*. In: Libro Homenaje al Prof. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 2020, p.129 e ss.

⁹⁴ GIMBERNAT, Enrique *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, p. 27.

Sem embargo, sua função não se esgota na legalidade. Reduzir a dogmática a um papel de exposição sistemática dos conceitos jurídicos resultantes da exegese da lei penal é isolar a Ciência jurídico-penal ao cumprimento de apenas uma função político-criminal. A pretensão de uma dogmática avaliativa e desligada dos princípios e pressupostos conformadores do Estado de Direito é praticamente inviável ou, quando verdadeiramente levada a sério, um tanto quanto ingênua. Como salienta ROXIN, a submissão do Direito à fins político-criminais não pode ser de todo contraditória. Antes disso, tais searas compõem unidade dialética: “*uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material*”.⁹⁵

A almejada ressocialização, por exemplo, exige o fortalecimento de métodos a permitir uma maior contemplação do indivíduo nas políticas públicas, e não a aplicação de penas indeterminadas ou a submissão a tratamentos forçados. Dificilmente pode se educar alguém para a vida social com a supressão de todas as suas liberdades. Por essa razão, a dogmática deve estar sempre aberta à realidade social.⁹⁶ Logo, desde uma orientação político-criminal da teoria dos fins da pena, demanda-se das categorias do fato punível a atenção às exigências preventivas do Direito penal, reformando-se ulteriormente o sistema penal.⁹⁷

Destarte, a dogmática deve cumprir um importante papel na realização dos princípios político-criminais conformadores do sistema constitucional penal, solidificando a ideia de legalidade, ofensividade, culpabilidade etc. A única política criminal admissível é aquela moldada à uma sociedade democrática e atenta ao respeito dos direitos humanos fundamentais.⁹⁸ Ao mesmo tempo, cabe não somente à dogmática cumprir sua função de garantia na limitação dos abusos no exercício do poder punitivo estatal, mas também desempenhar papéis concretos de operacionalizar a intervenção mínima e permitir aos seus pressupostos teóricos, antes estáticos, direcionem-se à realização dos fins da pena.

Em síntese, conforme recentemente anotou GARCÍA CONLLEDO, pouco importa ser a dogmática uma ciência pura ou uma técnica de argumentação jurídica. De qualquer modo, trata-se de uma técnica ordenada, com regras lógicas tais como a coerência e a não-contradição, submetida a uma constante revisão à luz dos princípios de política criminal buscando uma aplicação não arbitrária do Direito⁹⁹.

⁹⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, p. 20.

⁹⁶ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, p. 20-23.

⁹⁷ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, p. 31. Nessa orientação vide também DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Op. Cit.* p. 135

⁹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal*, p. 504.

⁹⁹ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel. *Op.Cit.* p. 133

Sob enfoque diverso, para HASSEMER, é importante delimitar os âmbitos de incidência das duas searas, sem perder de vista suas intersecções necessárias.¹⁰⁰ Seu objetivo era impedir intromissões ou abusos recíprocos de uma esfera na outra. A seu modo de ver, isso não estava bem perfilado na proposta de ROXIN. O juiz deve estar adstrito aquilo a ser inferido linguisticamente de uma proposta político-criminal concreta, sem extrapolar seu âmbito de aplicação para uma interpretação criativa, por exemplo. Em outras palavras: não se permite discricionariedade irrestrita ao julgador.¹⁰¹

(c) HASSEMER se preocupou com o descompasso existente entre o saber empírico e o saber normativo tão plasmado no estudo acadêmico do Direito penal. Conhece-se tanto sobre os instrumentos de aplicação da norma penal, mas tão pouco sobre seu objeto. Sua proposta de “orientação às consequências” pretende expressar que *“legislación y jurisprudencia están interesadas en las consecuencias fácticas de su actuación y que justifican (legítiman) sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquellos que se rechazan”*¹⁰². Para essa perspectiva, o legislador não estaria preocupado apenas na persecução do delito, mas, antes, vinculado à realidade, corporificando a contenção da delinquência em seu conjunto. A legitimação do sistema penal – com a justificação de seu funcionamento – dependeria da demonstração satisfatória dos efeitos produzidos por seus instrumentos de controle. Sem tal exigência a norma penal retrocederia a pura retribuição da culpabilidade.¹⁰³

O legislador penal se encontra especialmente tencionado ante à orientação às consequências. Em primeiro lugar, acerca de que condutas selecionará como relevantes ao Direito penal como punível e, em segundo, sobre quais tipos de consequências jurídicas estabelecerá para elas. Tal desiderato pressupõe, outrossim, o conhecimento empírico do objeto de valoração para estar atento aos resultados pretendidos.¹⁰⁴ Nesse sentido há, sob outros termos, também uma intersecção entre dogmática e política criminal. Contudo, a relação não é, no mais das vezes, isenta de conflitos. Um desequilíbrio entre a dogmática e a política criminal poderia comprometer de forma substancial os princípios regentes do sistema penal em um Estado Democrático.¹⁰⁵

¹⁰⁰ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*, p. 35

¹⁰¹ A respeito vide MUÑOZ CONDE, Francisco. *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal*, p. 507

¹⁰² HASSEMER, Winfried. *Op.cit*, p. 34-35

¹⁰³ HASSEMER, Winfried. *Idem*, p.35

¹⁰⁴ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*, p. 36.

¹⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal*, p. 507-508.

Estava HASSEMER preocupado sobre a situação, a qual deve ser de toda forma evitada, da prevalência da política criminal sobre o Direito penal. Esta realidade não é nova na existência das Ciências criminais. Basta seguir o rastro histórico para identificar no Estado nacional-socialista a primazia da política, bem como a tendência da norma de implementar os fins tidos como princípio de sua ideologia. O Direito penal foi dotado de instrumentos para perseguir a *ratio essendi* daquele regime totalitário: a pureza da raça ariana.¹⁰⁶ Assim foi justificada a possibilidade de eliminação dos considerados indignos de vida, operacionalizada por teses como a culpabilidade pelo modo de vida, cegueira jurídica ou a atitude hostil ao Direito. Como bem observou MUÑOZ CONDE, tudo isso ocorria enquanto a dogmática discutia placidamente questões aparentemente avaliativas como a adoção do sistema causalista ou finalista do fato punível.¹⁰⁷

Pelo viés do Estado de Direito, tal circunstância é novamente verificada no cenário da expansão da norma penal, no qual a emergência de resposta a novos riscos sociais e a bens jurídicos colocam o legislador frente a um dilema: saber até que ponto se está promovendo um acompanhamento razoável e legítimo da evolução social, e até que medida não se está diante de um desarrazoado processo de proliferação legislativa sem panoramas empíricos bem delineados.¹⁰⁸

Como assinala Orlando FACCINI NETO, “a atualidade, entretanto, parece ter conferido primazia à política criminal fixando-lhe posição de domínio e mesmo de transcendência em relação à dogmática”.¹⁰⁹ Isso é facilmente demonstrável com o alastramento da legislação punitiva em matéria de manipulação genética, meio ambiente, regulação econômica etc.; substancialmente situações a envolver riscos transindividuais e coletivos. Nesse contexto, demanda-se uma revisão dos pressupostos fundamentais do Direito penal clássico, fundado no princípio da culpabilidade.

Enquanto o tecnicismo jurídico erigiu a dogmática como principal representante da Ciência jurídico-penal no início do século XX, os novos influxos de cooperação entre as duas áreas produziram um caminho inverso. A proposta de leitura conjunta propiciou, atualmente, uma situação na qual a dogmática foi relegada ao segundo plano, prevalecendo sobre ela interesses político-criminais, fortemente influenciados por discursos ideológicos e pautas midiáticas, próprias do marco expansivo da norma jurídico-penal.¹¹⁰ A dogmática, por sua vez,

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.* 499.

¹⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Valencia: Tirant lo blanch, 2003*, p. 156 e ss.

¹⁰⁸ Vide sobretudo SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do Direito penal*, p. 34.

¹⁰⁹ FACCINI NETO, Orlando. *As razões do anacronismo da parte geral do Código Penal*. In. *Coleção 80 anos do Código Penal*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 82.

¹¹⁰ Sobre a politização populista do Direito penal vide: GARLAND, David. *A cultura do controle*.

passou a ser vista como metafísica impeditiva do progresso das políticas públicas direcionadas a prevenção e repressão ao delito.

Bases tradicionais da dogmática como a relação causal, o incremento do risco e a exigência de efetiva lesão a um bem jurídico são questionados e, ao mesmo tempo, suplantados pela norma posta. Daí exsurge o recurso demasiado aos tipos de perigo, em especial, o abstrato¹¹¹. Da mesma forma, o modelo de responsabilidade individual supostamente não daria mais conta de fenômenos complexos, exigindo-se a transferência de proteção a esferas alheias. A partir disso, o legislador recorreria cada vez mais a delitos de caráter eminentemente normativo, como os crimes imprudentes e os omissivos impróprios.¹¹² Não é por acaso que ALBRECHT, ao descrever o fenômeno da desformalização do Direito penal material, tenha nele incluído o alargamento por parte do legislador dos delitos de perigo e do recurso excessivo a deveres normativos¹¹³.

À luz deste cenário, caberia à dogmática verificar até que ponto deve ser recepcionado em suas propostas os graves riscos enfrentados pelas sociedades contemporâneas. O legislador e a jurisprudência tendem a suplantar a Ciência penal e vão fornecendo respostas, nem sempre devidas, a tais demandas sociais.¹¹⁴ Diante de sua inércia, fruto da dificuldade de acompanhar os arroubos legislativos, a dogmática é posta a serviço da política criminal, perdendo o seu caráter crítico e sendo chamada a legitimar, de forma irrefletida, a legislação de emergência.

O Direito penal é usado, deste modo, para resolver a angústia derivada da insegurança, perdendo a dogmática seu papel de racionalização da lei penal em função da urgência de resposta aos novos riscos sociais emergentes.¹¹⁵ Mesmo sendo o penalista sempre submetido à lei em seu labor hermenêutico, as bases dogmáticas deveriam servir como técnica indispensável à criminalização, ou seja, como limite ao legislador, à luz do caráter fragmentário do Direito penal e da necessidade de que um tipo esteja sempre vinculado a lesão a um bem jurídico, digno de tutela subsidiária com a ameaça de uma pena.

Quanto mais vagos os termos empregados na lei penal, mais incerto seu grau de aplicação e mais difícil a eleição de padrões de comportamento por

Rio de Janeiro: Revan., 2008, p. 330 e ss. No mesmo sentido CALLEGARI, André; WERMUTH, Maiquel. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 77-78.

¹¹¹ A respeito dos tipos de perigo vide as considerações críticas apresentadas pelo Ministro Fachin no seu voto no Recurso Extraordinário n.635659/SP, no qual salienta as deficiências dessa modalidade típica ante o princípio da ofensividade.

¹¹² SILVA SÁNCHEZ, A *expansão do Direito penal*, p. 38-39.

¹¹³ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Op. Cit.* p. 483

¹¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal*, p. 509.

¹¹⁵ Sobre o papel da teoria do delito na racionalização do Direito penal: “entre cada precepto penal particular y su aplicación a las circunstancias de hecho se introduce el sistema del hecho punible”, vide: NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal: una introducción*. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 284.

parte do cidadão. Quando a dogmática se coloca à disposição da política criminal, não mais para limitar e racionalizar os pressupostos para a imposição de uma pena, mas tão somente para legitimar a escolha discricionária do legislador, se está frente a uma degeneração das relações de complementariedade das duas searas do saber.¹¹⁶

Desta forma, se torna um trabalho de *Sísifo* lutar contra a hipertrofia da norma penal. A dogmática, na prática, é tolhida em seu papel crítico diante da pauta político-legislativa populista do incremento da criminalização como resposta aos anseios populares de combate à insegurança generalizada e aos novos riscos sociais.¹¹⁷ É interessante notar que, na jurisprudência comparada, o próprio Tribunal Constitucional alemão (*BVerfGE* 120, 224 Tz. 35) decidiu que seria atividade do legislador definir de forma vinculante o âmbito da conduta punível, sendo livre para decidir se um bem jurídico relevante é digno de tutela por meio do Direito penal.¹¹⁸

Imperativo é seguir com a defesa do papel da dogmática jurídico-penal como a definidora de critérios indispensáveis para tornar racional a aplicação de uma sanção. Consequentemente, assim, seu caráter limitativo do exercício do poder punitivo e, de forma idêntica, da arbitrariedade do poder político. À dogmática cabe a tarefa de controle intelectual das decisões judiciais e, com isso, constituiria, nas palavras de SCHÜNEMANN, um verdadeiro quarto poder no âmbito do Estado de Direito.¹¹⁹ Afinal, alguma resposta deve ter a antiga máxima atribuída a Juvenal: *quis custodiet ipsos custodiet?*¹²⁰

A experiência histórica é farta em demonstrar a impossibilidade de baixar a guarda e tornar a dogmática penal serviçal das novas tendências

¹¹⁶ No tocante ao bem jurídico como critério limitador da atividade legislativa, cf. ROXIN, Claus. *O bem jurídico como critério crítico ao legislador em xeque*. In. *Novos estudos de Direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 70 e ss. Acerca da necessidade de uma perspectiva crítica da dogmática penal, cf. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018, p. 27 e ss.

¹¹⁷ A Alemanha chegou a reconhecer a ausência de legitimidade democrática da dogmática jurídico penal para estabelecer critérios aptos a ensejar a inconstitucionalidade de uma norma penal. A decisão foi tomada no julgamento que discutia a legitimidade do delito de incesto e sobre a possibilidade da categoria dogmática da necessidade de lesão a um bem jurídico ser utilizada como critério de análise. Sobre o precedente vide GRECO, Luís Comentários ao estudo de Schünemann “O Direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do Direito penal em um Estado de Direito liberal. In. *IBCCRIM* 25 anos. Belo Horizonte, 2017, p. 209 e ss.; bem como SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal no Estado Democrático de Direito*. In. *Direito penal, racionalidade e dogmática*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 37 e ss.

¹¹⁸ Precedente sobre a constitucionalidade do delito de incesto citado por SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal no Estado Democrático de Direito*, p. 37-38

¹¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd *Direito penal no Estado Democrático de Direito*, p. 46.

¹²⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *Idem*. p.47

político-criminais. Tal reflexão é extremamente pertinente, principalmente quando, nos tempos hodiernos, vive-se uma possibilidade concreta de regressão a regimes autoritários, suscetíveis de expor a perigo as bases democráticas mais fundamentais da sociedade.¹²¹ Outrossim, é papel da dogmática, essencialmente, denunciar os perigos da arbitrariedade da punição desenfreada em um Estado Democrático.

3 A NECESSÁRIA INTERSECÇÃO ENTRE O PROCESSO PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL: CONTORNOS PARA UM SISTEMA CRIMINAL EFICIENTE.

Em que pese se defenda a necessidade de uma dogmática jurídico-penal crítica ao poder punitivo, nem sempre ela é capaz de deter o aparato legislativo e suas bases de apoio populistas. Diante da hipertrofia descontrolada da legislação penal, exsurge uma renovada perspectiva para a função desempenhada pelo processo penal nessa equação. Mecanismo indispensável para a realização do direito material, o processo penal deve constituir um verdadeiro instrumento de racionalização da acusação e, no espaço do conflito de irracionalidades próprios do aparato punitivo, demonstrar o que o Direito penal não pode ser.¹²²

O processo penal, principalmente no âmbito acadêmico, sempre representou, nos seus primórdios, um papel diminuto na Ciência penal.¹²³ Em que pese goze de autonomia científica própria, não sendo dependente do direito material para estabelecer suas próprias regras e seguir seu próprio método, compartilha com o Direito penal a finalidade de fornecer respostas aos desvios sociais e, assim, satisfazer os objetivos propostos pelo sistema. Sabe-se, desde há muito, que o Direito processual penal tem por função realizar o Direito penal material, constituindo uma verdadeira ponte entre este último e a realidade, indo desde a suspeita até a condenação, sempre quando constatada a existência dos pressupostos de punibilidade.¹²⁴

Na análise das categorias necessárias para se aplicar a sanção, o processo penal tem por finalidade concretizar, por meio da norma adjetiva, o princípio da

¹²¹ MUÑOZ CONDE, *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal*, p. 509.

¹²² Nesse sentido: PALMA, Maria Fernanda. O problema penal do Processo Penal. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito processual penal e Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 48.

¹²³ Lembra NAUCKE que “*quien pueda sacarle provecho a un pequeno matiz de una nueva teoria da pena obtiene mayor reconocimiento qu quien demuestra la inhumanidad o la inconveniencia de detalles procesales o pequeñeces de la organización judicial*” NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal: una introducción*. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 164.

¹²⁴ Cf. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 123.

necessidade de criminalização e de pena. É comumente aceito haver criminalizações diminutas impassíveis de inserção no objeto do processo penal, por esta se limitar a instância de resoluções de conflitos sociais graves (em simetria ao princípio material da *ultima ratio*). Condutas com baixa ou nenhuma censurabilidade, meras desobediências e desvios técnicos ou comportamentos minimamente nocivos contra a economia que, muitas vezes, sequer são conhecidos pelo cidadão, não merecem a contemplação do sistema de justiça criminal.¹²⁵

Nessa lógica, o processo penal serve tanto para cumprir um programa político-criminal, no sentido da efetivação do princípio da necessidade de tutela de bens jurídicos, quanto na prevenção especial, consubstanciada na reintegração do agente à sociedade. Ao ser classificado como instância racionalizadora de controle permite, de um lado, a distinção de casos aptos a ensejar o transcurso de um processo dilatado com todas as garantias a ele inerentes e, de outro, ao dar efetividade a uma célere resposta estatal na resolução do conflito penal, abrir espaço para mecanismos de diversificação da pena e maior participação dos sujeitos processuais na administração da justiça penal, ao reconhecer a possibilidade de soluções consensuais.¹²⁶

O processo penal não serve, deste modo, a corrigir completamente as deficiências da seleção penal ou a criminalizações construídas de forma arbitrária, como bem esclarece PALMA. Por meio de um conceito material de crime constitucionalmente orientado, a norma adjetiva pode permitir a distinção de casos segundo razoáveis critérios de justiça e à luz dos fins primordiais da pena, de forma a com isso dar efetividade e celeridade à consecução da justiça penal.¹²⁷

Poder-se-ia pensar, desta forma, em um processo penal de duas velocidades, distinguindo a criminalidade grave da pequena e da média.¹²⁸ O primeiro a importar na dilação probatória, assentado na premissa da audiência de instrução, e o segundo como aquele predisposto a sugerir formas diversas de resolução de conflito, como acordos e modelos consensuais¹²⁹ ou ritos procedimentais mais céleres. Na experiência comparativa, em atenção aos fins do Direito penal e objetivando a superação da teoria absoluta da pena,

¹²⁵ PALMA, Maria Fernanda. *O problema penal do Processo penal*, p. 48.

¹²⁶ ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*, p. 12.

¹²⁷ PALMA, Maria Fernanda. *O problema penal no Processo penal*, p. 51.

¹²⁸ ANTUNES, *Direito processual penal*, p. 13. Conforme atesta ANDRADE: “A verdade é que os dois eixos referidos – o vertical: conflito/consenso; o horizontal: pequena criminalidade/criminalidade grave – propendem a separar a fenomenologia criminal segundo linhas sensivelmente sobreponíveis. Concretamente, embora não esgote o espaço do consenso, é invariavelmente a pequena criminalidade que aparece referenciada como pacificamente vocacionada para soluções processuais de consenso”. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consenso e Oportunidade*, p.335.

¹²⁹ Vide OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo penal*, p. 89.

FREUND reivindica somente para os crimes graves um dilatado procedimento penal sem exceção, não se podendo resolvê-los de forma simplificada, visto a sua própria complexidade. Diversamente ocorre com delitos menos graves, cujo procedimento abreviado de composição pode ser muito mais eficiente para restauração da paz jurídica¹³⁰.

O problema parece estar, justamente, nesse liame existente entre a definição de pequena, média e grave criminalidade. Em última análise, cabe à discricionariedade do legislador determinar tais balizas com base na pena em abstrata dos delitos, como o faz, por exemplo, quando da fixação de competência nos juizados especiais criminais (art. 61 da Lei 9099/95). Da mesma forma que se está sujeita à arbitrariedade legislativa a criação de novo crimes, também o está, *prima facie*, sua caracterização como especialmente grave. Isso é facilmente demonstrável quando se verifica a ausência de critério ontológico para se considerar um crime hediondo, nos termos da Lei 8.072/90, bem como a forte pressão institucional e popular para se incluir o delito de corrupção no rol dos especialmente agravados.

Inegável, portanto, uma relação indissociável entre Direito penal, processo penal e política criminal. Aliás, entre as duas primeiras searas, FIGUEIREDO DIAS afirma existir uma verdadeira *complementariedade funcional*, sem a perda de autonomia das duas esferas, mas necessária para a consecução dos objetivos do ordenamento punitivo em um Estado Democrático de Direito.¹³¹

Quanto ao conteúdo das relações entre processo penal e política criminal, referido penalista português enaltece a necessidade de também a norma adjetiva estar atenta às consequências a serem produzidas. Se o procedimento penal fosse alheio à política criminal, seria incapaz de se adaptar aos novos rumos das relações comunitárias, da pessoa em relação ao ente estatal e dos diferentes contextos históricos e sócio-políticos.¹³² Negar tal relação significaria o mesmo que taxar o Código de Processo penal como anacrônico e com uma pretensão falsamente universal. No tocante a mesma crítica feita às relações entre dogmática e política criminal, deve haver, para FIGUEIREDO DIAS, um sistema de freios e contrapesos sujeito ao Direito constitucional, de maneira a funcionar como barreira a novos influxos desproporcionais e antidemocráticos.¹³³

Não se está a pugnar, ainda no magistério do autor português, uma subtração da independência material do magistrado na condução do caso

¹³⁰ FREUD, Georg. ...p. 113.

¹³¹ Nesse sentido DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, p. 28.

¹³² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma reforma global do processo penal português – da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais*. In. *Para uma nova justiça penal*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 195.

¹³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 195.

penal. Este deve estar sempre adstrito à lei e à Constituição, além é claro da prova dos autos, antes de tomar qualquer decisão direcionada à observação das consequências político-criminais da situação concreta pela qual decide.¹³⁴ Outrossim, é uma pauta que interessa, sobretudo, ao legislador quando da sua atividade conformadora do sistema, abrindo espaço para a adaptação e capilaridade da estrutura de funcionamento do processo.

O processo penal não pode estar dissociado das regulações próprias do Estado de Direito, entendido esse não só como submetido à lei, mas antes disso como intrinsecamente relacionado à proteção dos direitos fundamentais do cidadão.¹³⁵ O pretexto do funcionamento eficaz e desembaraçado da justiça criminal não pode legitimar a suspensão dos valores constitucionais próprios de um processo penal democrático.¹³⁶ Sob o argumento utilitarista de que se deva observar, basicamente, as consequências do procedimento, não se pode levar a cabo a destruição das garantias do acusado. No entanto, uma visão calcada na primazia da eficiência teria permitido, nos últimos anos, a flexibilização de algumas prerrogativas constitucionais, sob a justificativa do combate efetivo ao terrorismo¹³⁷, em nível internacional, ou a repressão a corrupção, como no caso do Brasil.

A sintonia entre direito e processo penal aponta, em última análise, a uma alteração dos critérios próprios deste último. Na ponderação de FERNANDES, a mudança de perspectiva do processo passa, de um caráter retrospectivo, “*limitado a identificação dos elementos constitutivos da infração, para um caráter prospectivo, voltado para a obtenção de finalidades de política criminal*”¹³⁸. A eficiência da prestação jurisdicional passa a ser critério de prevenção do crime, seja geral ou especial.¹³⁹

Poder-se-ia objetar, nesse sentido, a impossibilidade de um possível uso político criminal do processo penal, principalmente à luz do princípio constitucional da presunção de inocência. Tradicionalmente se sustenta que direito e processo penal deveriam desempenhar funções distintas, limitando-se o primeiro às funções preventivas e reparadoras da pena e o segundo às garantias de defesa e a disciplina da persecução punitiva estatal. Ao assumir encargos pré-punitivos de contenção de conflitos sociais gerados pelo crime, afrontar-se-ia a presunção de inocência. Isso é fácil e acertadamente

¹³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Idem*, p. 200.

¹³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2013; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 202.

¹³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Idem, Ibidem*.

¹³⁷ Despiciendo referir-se a conhecida teorização de JAKOBS sobre o chamado “*direito penal do inimigo*” e a forma como foi utilizada para a persecução penal em crimes relacionados ao terrorismo internacional. Sobre o tema vide JAKOBS. No mesmo sentido o esquema de três velocidades descrito por SILVA SÁNCHEZ em seu: *Expansão do Direito penal*.

¹³⁸ FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*, p. 70.

¹³⁹ FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*, p. 70.

demonstrável no uso e abuso do recurso das prisões processuais com finalidades preventivas, quando amparadas no fundamento da garantia da ordem pública, conceito amplo, abstrato e indefinível: incompatível com a certeza exigida da lei penal.¹⁴⁰

O direito a um julgamento justo, imparcial, observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, é assegurado constitucionalmente como premissa fundamental do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). No entanto, nem toda função preventiva do processo penal pode ser considerada danosa aos direitos fundamentais do acusado. Exemplo do até aqui exposto são as formas alternativas de prevenção e estabilização das relações sociais, impedindo a extensão desmesurada de reações vingativas das agências oficiais de controle.¹⁴¹ A título negativo, isto é, quando sirva para limitar a amplitude de incidência da norma penal, serve o processo penal de instrumento de garantia e proteção do acusado em face de eventuais futuros e danosos efeitos da condenação. A concretização processual do princípio da necessidade de criminalização é um caso paradigmático.

Também não se justifica o uso político criminal do processo penal apenas para um ganho prático de eficiência e celeridade na prestação jurisdicional e no desembaraço da sobrecarregada administração da justiça penal. Não se pode legitimar a incidência da norma penal em concreto pelo mero comprometimento com o grau de eficiência que se proponha a cumprir: para reduzir a taxa de criminalidade não basta simplesmente eliminar os criminosos.¹⁴² Como lembram CALLEGARI e WERMUTH, há duas formas de se enxergar a efetividade: a primeira como a busca do fim por qualquer meio, traduzido em outras palavras por *eficientismo*; a segunda a partir do contraste dos fins perseguidos com os objetivos cumpridos, e do controle da racionalidade do procedimento. Não se confunde assim efetividade com *eficientismo*.¹⁴³ Por mais nobre que seja a finalidade perseguida pela norma, o emprego de um meio ilegítimo também torna aquele injustificável.

Nesse influxo, salienta FERNANDES ser possível concluir que qualquer alternativa de natureza processual para tentar se resolver o problema inerente a ineficácia do sistema de justiça criminal somente poderá ser levada a cabo se observado o modelo constitucional de política criminal informativo do sistema, as consequências das decisões para a administração da justiça

¹⁴⁰ PALMA, Maria Fernanda. *O problema penal do Processo penal*, p. 42.

¹⁴¹ PALMA, Maria Fernanda. *O problema penal do Processo penal*, p. 42.

¹⁴² Em alusão à célebre metáfora da ilha de KANT. MORAES, Maurício Zanoide de. *Política criminal, Constituição e Processo penal: Razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan/dez 2006.p.404 e ss

¹⁴³ CALLEGARI; WERMUTH, *Sistema penal e política criminal*, p. 131.

criminal, bem como os limites estabelecidos pelo sistema constitucional de proteção do acusado contra a arbitrariedade estatal, como forma de controle do procedimento para se atingir ditas finalidades.¹⁴⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de exaurir os diversos temas elencados na presente reflexão, algumas conclusões podem ser extraídas. A primeira delas é atinente ao fato da autonomia científica dos diversos ramos da Ciência penal. O século passado testemunhou um largo debate em torno das diferentes conotações adquiridas por cada subsistema. Também se depreende um déficit de resposta satisfatórias ante as demandas oriundas da sociedade contemporânea e das inovações tecnológicas. Constatar esta realidade impõe enfoques interdisciplinares tendentes a ensejar soluções retiradas de um equilíbrio entre a exigência de uma pena necessária e justa compromissada com um processo penal funcionalmente orientado dando prioridade a formas menos conflitivas no trato do caso penal. Dotar o processo penal de maior racionalidade caminha no sentido de confluir suas finalidades exclusivamente para situações graves e efetivamente perturbadoras da paz jurídica.

Parece evidente ser um dos maiores desafios para o futuro da dogmática penal estender a sistematização de todas as categorias do fato punível a todos os pressupostos da imposição de uma pena. A abertura a categorias de natureza constitucional e processual, no cerne de um conceito material de delito parece ser o caminho mais razoável para contribuir de forma completa ao exercício da atividade judicial. A dogmática não pode se limitar a meros exercícios de metafísica, muito menos a propalar exemplos alheios à realidade, considerados por HASSEMER como “*delinquência de laboratório*”¹⁴⁵

Ancorado nesses alicerces, e a partir de um correto uso da dogmática, um sistema penal político-criminalmente orientado concede o natural espaço de atuação ao Poder Judiciário para a concretização de um Direito penal limitado. Essa assertiva encontra uma de suas pedras de toque no âmbito de controle de constitucionalidade das normas penais, como bem ficou registrado no voto do Ministro Fachin no Recurso Extraordinário 635.659/SP, quando reafirmou a centralidade do princípio da ofensividade e da proteção da autonomia individual, dínamos inarredáveis de um Estado Democrático de Direito.

¹⁴⁴ FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*, p. 71.

¹⁴⁵ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. p.20.

REFERÊNCIAS

- ADÉRITO, Carlos. *Princípio da Oportunidade*. Coimbra: Almedina, 2000.
- ALBRECHT, Peter Alexis. *El derecho penal en la intervención de la política populista*. In “La Insostenible Situación del Derecho Penal. Granada: Comares, 1999.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Consenso e oportunidade*. In Jornadas de Direito processual penal. Coimbra: Almedina, 1988,
- ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2020.
- ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 11.
- BECCARIA, Cesare. *Das delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- CALLEGARI, André; WERMUTH, Maiquel. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: REVAN, 2017.
- COSTA, Victor; RIBEIRO, Leo. *Decisões penais nos tribunais brasileiros: um estranho caso de desprezo pela dogmática*. *Revista Bonijuris*, n. 646, set/2017, p. 8 e ss.
- DE LORENZI, Felipe. *Contributo da proposta de um sistema integral para a relação entre Direito Penal e Processo Penal*. In *Processo Penal Contemporâneo em Debate*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- DE-LORENZI, Felipe. *Justiça negociada e fundamentos do Direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma reforma global do processo penal português – da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais*. In. *Para uma nova justiça penal*. Coimbra: Almedina, 1988.
- DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Reinvindicación de la (buena) dogmática*. In *Libro Homenaje al Prof. Diego-Manuel Luzón Peña*. Madrid: Reus, 2020
- FACCINI NETO, Orlando. *As razões do anacronismo da parte geral do Código Penal*. In. *Coleção 80 anos do Código Penal*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- FERNANDES, *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- GARLAND, David. *A cultura do controle*. Rio de Janeiro: Revan., 2008.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?* Bogotá: Temis, 1983, p. 30.
- GRECO, Luís Comentários ao estudo de Schönemann “*O Direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!* – sobre os limites invioláveis do Direito penal em um Estado de Direito liberal. In. *IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte, 2017, p. 209 e ss.;
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blach, 1989.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Barcelona: BOSCH, 1984.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luís. *Corsi e recursi: la vuelta de Von Liszt*. In. VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho penal*. Valparaíso: EDEVAL, 1984.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Principios de Derecho Penal*. La Ley y el delito. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1958.
- KINDHÄUSER, Urs. *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- MOCCIA, Sergio; CAVALIERE, Antônio (org.). *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni social*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Política criminal, Constituição e Processo penal: Razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan/dez 2006.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada*, *Lusíada*, n. 4/5, 2007.
- NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal: una introducción*. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- NINO, Carlos. *Los dilemas de la libertad*. In Ocho lecciones sobre ética y derecho. Buenos Aires. Siglo XXI, 2013
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2013.
- OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo penal*. São Paulo: Almedina, 2015.
- PALMA, Maria Fernanda. O problema penal do Processo Penal. In. PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito processual penal e Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 48.
- PUPPE, Ingeborg. *Ciência do Direito Penal e jurisprudência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 58, 2006.
- ROXIN, Claus. *Franz Von Liszt e a concepção político-criminal do projeto alternativo*. In. Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Veja, 1986.
- ROXIN, Claus. O bem jurídico como critério crítico ao legislador em xeque. In. *Novos estudos de Direito penal*. São Paulo: Marcial Pons. 2014
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In. Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Veja, 1986
- SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico penal: um trabalho de Sisifo? In Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal no Estado Democrático de Direito*. In. *Direito penal, racionalidade e dogmática*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 37 e ss.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *La política criminal y el sistema de Derecho penal*. In Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. Madrid, 1991.
- SCHÜNEMANN Bernd. *O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos*. In Estudos de Direito penal, Direito processual penal e filosófica de Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013
- SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- TAVARES, Juez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018.
- TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000.
- VOZ LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho penal*. Valparaíso: EDEVAL, 1984.
- WEBER, Max. *Política como vocação*. In. Ciência e Política: Duas vocações. São Paulo: Cultrix, 2011, p. 67.
- WOLTER, Jürgen; FRUEND, Georg (eds.). *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- WOLTER, Jürgen. Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad. In. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; MIR PUIG, Santiago (org.). Cuestiones actuales de la teoría del delito. Madrid: McGrawHill, 1999.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: EDIAR, 2002.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Si Von Liszt levantara la cabeza! In Homenaje a Franz Von Liszt. Ciudad de Mexico: Ubijus, 2020.

VIOLÊNCIA DE GÊNERO SOB UMA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS: RECONHECIMENTO E INCLUSÃO

José César Naves de Lima Júnior¹⁴⁶

INTRODUÇÃO

A história da humanidade demonstra que o patriarcado é resultado de uma triste e deplorável imposição social, dispensando-se a mulher um papel limitado à família e ao lar em uma relação íntima entre dominante e dominado. Os padrões de comportamento socialmente estabelecidos desde a infância são discriminatórios e desiguais a ponto de conferir a pessoa do sexo feminino uma posição de completa submissão à figura do homem, seja pai, irmão, amigo, marido ou namorado, pouco importa, o desnivelamento de gênero nas relações sociais é patente. Assim, valores como a restrição da virgindade, modelo ideal de família, casamento, sacralização da maternidade, prendas domésticas, dentre outros, contribuem significativamente para abusos e violência doméstica e familiar contra a mulher ao longo de sua existência.

Desde que o mundo é mundo humano, a mulher sempre foi discriminada, desprezada, coisificada, objetivizada, monetarizada. Ainda assim, a violência doméstica nunca mereceu a devida atenção, nem da sociedade, nem do legislador, e muito menos do Judiciário. A ideia sacralizada da família e a inviolabilidade do domicílio sempre serviram de justificativa para barrar qualquer tentativa de coibir o que acontecia entre quatro paredes. Como eram situações que ocorriam no interior do “lar, doce lar”, ninguém interferia (DIAS, 2012, p. 28).

De origem proveniente do direito romano, o patriarcado conferia certos direitos e deveres ao homem que lhe asseguravam o controle soberano de sua família (filhos e esposa), tornando-se uma espécie de tutor e protetor

¹⁴⁶ Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camaões” – UAL (Portugal). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Associação Goiana de Ensino – Faculdade Anhanguera de Ciências Humanas e em Ciências Penais pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e Região do Pantanal. Professor de Criminologia, Direito Processual Constitucional e Direito Processual Penal do UNICERRADO (Centro Universitário de Goiatuba-GO). Membro titular do grupo brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Integrante do Núcleo de Gênero do Centro de Apoio Operacional dos Direitos Humanos e Políticas Públicas do Ministério Público do Estado de Goiás (CAODHPP). Promotor de Justiça em Goiás; titular da 2ª Promotoria de Justiça de Itumbiara-GO. E-mails: jcesar.naves@live.com e jcesar.naves@mpgo.mp.br.

doméstico. Como tal relação não se restringiu ao seio familiar, alcançou outras esferas de poder, inclusive o próprio direito como se verá ao longo desse estudo, com nocivos desdobramentos sociais (AGUILAR, 2015, p. 29).

Assim, reações ao quadro dominador podem ser observadas nas três ondas dos movimentos feministas que marcaram a luta no mundo e no Brasil, digna de encômios, pela postura combativa e firme de se indignar com o fato de metade da população mundial ser milenarmente excluída nas sociedades ao longo dos tempos, tanto que aqui, no início do séc. XIX, surgiram reivindicações quanto à participação na vida pública e ao direito de voto, enquanto nos anos 70 houve embates pela valorização do trabalho feminino e a favor do prazer contra a violência sexual em nítida emancipação do corpo. Demais disso, na década de 90 procurou-se denunciar a invisibilidade da mulher negra, salientando que as opressões atingiam as mulheres de modos e níveis diferenciados.

1 ESCRITOS SAGRADOS E EXEGESE MAQUINEÍSTA

Perceba que o processo de discriminação e desigualdades se encontra enraizado no corpo social desde os primórdios e pode ser facilmente visto nos escritos sagrados e interpretações que fomentam a perpetuidade de lamentável ciclo vicioso, passando de geração em geração sem maiores questionamentos.

Em TIMÓTEO 2,11-15, está evidenciada a legitimação do silêncio e da submissão da mulher:

- 11 mulher aprenda em silêncio, com toda a submissão.
- 12 E não permito que a mulher ensine, nem exerça autoridade de homem: esteja, porém, em silêncio.
- 13 Porque, primeiro, foi formado Adão, depois, Eva.
- 14 E Adão não foi iludido, mas a mulher, sendo enganada, caiu em transgressão.
- 15 Todavia, será preservada através de sua missão de mãe, se ela permanecer em fé, e amor, e santificação com bom senso (1Tm 2,11-15)

Os versículos revelam uma clara recusa à mulher de exercer qualquer função de autoridade, de natureza ativa, junto a seu meio no intuito de evitar o comprometimento da superioridade masculina. Desse modo, a saída encontrada para impedir o exercício de poder pela mulher na comunidade foi retirar-lhe o uso da palavra através do silêncio e a subserviência que provocaram uma espécie de “septicemia generalizada” de violência no contexto doméstico e familiar.

A hierarquia de gênero remonta de ordem social pré-estabelecida que certamente influenciou e continuará influenciando exegeses dos textos sagrados com a manutenção de valores socioculturais em diversas partes do

mundo, por meio de um maniqueísmo baseado em princípios opostos, dualistas, entre o bem e o mal, cuja inobservância caracterizaria esse último.

A hierarquia de gênero consagrada pelas tradições cristãs não surge com o Cristianismo atual, mas remonta para muito além dos primeiros cristãos. É, por isso, necessário perceber que o próprio contexto sociocultural terá influenciado, e continuará decerto a influenciar, boa parte do discurso sociocultural cristão e das suas interpretações, o que diz respeito à mulher. Nesse panorama, se estará provavelmente perante uma situação de justificação teológica de uma ordem social anteriormente estabelecida. (FIDELIS, 2015, p. 167)

A estrutura de poder, organização e funcionamento da Igreja Católica disciplinada pelo direito canônico descortinam traços do predomínio de hierarquia eclesiástica na qual a mulher continua sendo excluída da participação na vida da comunidade, principalmente na construção de valores e identidade do corpo social.

Examinando a codificação aplicável à Igreja Católica Apostólica Romana promulgada por S.S. João Paulo II por meio da Constituição Apostólica *Sacrae Disciplinae Leges*, em 25 de janeiro de 1983, que passou a ter força obrigatória a partir do primeiro dia do Advento de 1983 (27 de novembro), constata-se a ausência de pessoas do sexo feminino no exercício e aplicação de seus cânones. Além disso, a interpretação autêntica das leis é feita pelo legislador e por quem ele autorize o que, definitivamente, não tem contemplado a presença de mulheres nessa importante e árdua tarefa. Por outro lado, convém asseverar que *no âmbito da família o direito canônico consagrou expressamente a isonomia dos pais quanto aos direitos e deveres na vida conjugal e educação da prole, demonstrando com isso um importante avanço sob uma perspectiva do direito nas relações domésticas.*

2 CÓDIGO CIVIL DE 1916 E RETROCESSOS

Devido à cultura que se formou paramentada em determinados dogmas, o homem passa à condição de proprietário de sua mulher e filhos, logo, as agressões praticadas no âmbito doméstico são na maioria das vezes invisíveis, em outras palavras, ignoradas pela sociedade, pois seriam justificadas pelo descumprimento ou falhas no papel de cada um dos integrantes da família patriarcal. Prova disso, pode ser vista no Código Civil Brasileiro de 1916 que vigorou até o início do ano de 2003, prevendo expressamente em seu art. 219, inc. IV, entre as várias hipóteses de erro essencial capazes de tornar anulável o matrimônio, *o defloramento da mulher, ignorado pelo marido.* Nota-se pelo teor do dispositivo, uma coisificação da mulher como se produto fosse adquirido pelo homem através do casamento, cuja experiência sexual anterior macularia sua pessoa e autorizava a rescisão do enlace

matrimonial. Malgrado à disposição, objeto de crítica, o aludido códex previa no capítulo VI, seção I, disposições gerais, o *pátrio* poder nos moldes dos arts. 379 e ss., onde restava evidenciada a hegemonia masculina no controle da família.

CC/1916, art. 380 [...] Parágrafo único: Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Felizmente a codificação de 1916 foi revogada pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Novo Código Civil Brasileiro) que entrou em vigor um ano depois de sua publicação, salientando a presença naquele estatuto de diversos outros dispositivos discriminatórios contra a mulher *não recepcionados pela Constituição Federal de 1988*. Hoje no Brasil tem-se o *poder familiar*, em tese, a ser exercido em igualdade de condições pelos pais (homens e mulheres), mas ainda distante do sentido ideal.

Entrementes, é preciso descobrir como o direito contemporâneo lida com a invisibilidade aventada, bem como a visão da mulher quando está sob os olhares da norma, mesmo porque sofre durante o trâmite processual uma série de novas agressões (*strepitus judicii*), mormente de natureza moral, na tentativa vil em se desqualificar e desacreditar sua versão dos fatos que teve como testemunha apenas ela (vítima), e seu agressor, pois esta espécie de violência é na maioria infundável de vezes praticada às escondidas, clandestinamente, dentro de residências ou em locais ermos, fazendo com que suas declarações tenham um valor decisivo na responsabilização do possível autor e desiderato do processo criminal. *Trata-se da chamada sobrevivitização ou vitimização secundária para a criminologia, que leva em conta as novas agressões à que a mulher sofrerá ao longo de todo o curso processual.*

3 LEI Nº 11. 340/2006 E DIREITO CONTEMPORÂNEO

O direito tem se revelado incapaz de compreender que as ameaças e agressões físicas, ou qualquer espécie de violência cometida contra a mulher em relação íntima de afeto, são mais letais do que as perpetradas fora do ambiente doméstico e familiar, até porque vários institutos despenalizadores como o *sursis* processual e as penas restritivas de direitos vedadas pela normativa federal nº 11.340/2006, fizeram com que essa última sofresse questionamentos judiciais, sobretudo, a respeito de sua constitucionalidade por eventual lesão ao *princípio constitucional da isonomia*. A defesa das vedações é feita principalmente por movimentos feministas com o propósito de evitar a banalização da violência de gênero no país e na justiça, rememorando, porém,

a celeuma binária de punição *versus* despenalização nas ciências penais que provoca uma espécie de acirramento de posições ideológicas.

A violência de gênero, infelizmente tão comum no seio familiar, dá sinais desde o início do relacionamento amoroso como o ciúme excessivo, controle do tempo, isolamento da família, apego rápido e responsabilização da mulher pelo conflito; silêncio, indiferenças, reclamações até chegar ao extremo de tapas, socos, pontapés, e punições de várias espécies não impedem que a própria vítima encontre justificativas para as agressões praticadas contra si, a exemplo de estresse, dificuldades financeiras, problemas de saúde, alcoolismo, além do sentimento de culpa que se apodera das mulheres por tais problemas (vitimização terciária), a ponto de pôr fim aos seus sonhos, desejos e esperanças de uma vida plena e feliz.

Um exemplo emblemático da tirania sofrida pelas mulheres encontra-se na vida dramática de *Maria da Penha Maia Fernandes* que era farmacêutica e casada com um professor universitário e economista. Em maio de 1983, em Fortaleza-CE, Brasil, foi vítima de tentativa de homicídio praticada por seu próprio marido, tendo ficado paraplégica. Dias depois, tentou matá-la novamente por meio de uma descarga elétrica enquanto tomava banho. Em meio a uma vida marcada por agressões e duas tentativas de homicídio que lhe deixaram aleijada, Maria da Penha decidiu denunciar os fatos as autoridades, no entanto, permaneceram inertes e não tomaram as providências necessárias para a responsabilização do agressor.

Escreveu um livro e uniu-se a um grupo de mulheres para protestar, enquanto o caso somente foi a júri no ano de 1991, quase uma década depois, tendo sido condenado a uma pena de oito anos de reclusão. Recorreu em liberdade, e conseguiu anular o julgamento. Em 1996 foi novamente julgado, e dessa vez condenado a dez anos e seis meses de prisão, tendo cumprido apenas dois anos em regime fechado, pois obteve a liberdade em 2002.

Devido à ampla repercussão do caso, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL juntamente com o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM ingressaram com uma denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, tendo sido acolhida. Embora tenham solicitado várias vezes ao governo brasileiro, nenhuma resposta foi dada, ensejando a condenação do Brasil em 2001 a pagar uma indenização à vítima no valor de vinte mil dólares, e o Estado brasileiro foi responsabilizado por sua omissão tendo sido feitas várias recomendações, dentre elas, reformas em nosso ordenamento jurídico a fim de imprimir maior celeridade aos processos envolvendo esta forma abjeta e covarde de violência.

Em cumprimento as convenções e tratados internacionais de que é signatário, o Brasil, por meio do Presidente da República, sancionou a Lei 11.340/2006 que entrou em vigor no dia 22 de setembro daquele mesmo ano.

Com o advento da aludida norma em 2006, surgiram diversos questionamentos a respeito de sua constitucionalidade em razão de possível ofensa ao *princípio da igualdade* que deveria nortear as relações entre homens e mulheres (Cf., art. 5º, inc. I.). Portanto, diversas arguições na via incidental ou difusa foram realizadas em ações penais propostas em desfavor de autores de possíveis agressões físicas ou morais contra mulheres, na tentativa frustrada de se afastar a aplicação da lei frente às infrações de gênero. Os tribunais pacificaram o entendimento no sentido da constitucionalidade da lei porque o *discrimen* está justificado na maior *vulnerabilidade* da vítima enquanto pessoa do sexo feminino, a semelhança do que já acontece no país com os idosos, crianças, adolescentes, e deficientes físicos. Logo, o que não se admite é a discriminação arbitrária, desarrazoada e leviana, que possa produzir rótulos ou estigmas junto à coletividade. Desse modo, pode-se afirmar que a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) observa o *princípio da isonomia ao tratar igualmente os iguais (homens e homens) e desigualmente os desiguais (homens e mulheres) na medida de suas desigualdades (vulnerabilidade e hipossuficiência)*.

É evidente que a lei em comento para a jurisprudência é constitucional, porém, é preciso verificar se possui compatibilidade com os tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário. E isso se deve a ampliação do nosso bloco de constitucionalidade por força do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal que exige como condição de validade das normas sua harmonia com a Constituição e também com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo brasileiro (teoria da dupla compatibilidade vertical material). De sorte, na hipótese de vir a contrariar qualquer um desses paradigmas jurídicos a lei será nula, írrita, ou seja, não produzirá efeitos válidos a ponto de incidir o que se convencionou chamar na doutrina de *efeito paralisante*. Aliás, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, também conhecida por Convenção de Belém do Pará, doravante ratificada pelo Brasil em 1995, expõe em seu art. 7º, alínea “c”, o compromisso de os Estados-partes incorporarem em seus respectivos ordenamentos uma legislação destinada a prevenir e punir toda e qualquer espécie de violência contra a mulher. Nota-se com isso que a Lei Maria da Penha é também convencional, pois sua introdução no ordenamento doméstico evidencia justamente o cumprimento de uma convenção, isto é, de importante compromisso internacional firmado pelo governo brasileiro.

De sorte, tratando-se de norma *constitucional e convencional*, portanto, *válida*, a Lei Maria da Penha pode ser considerada um microssistema, quer dizer, uma técnica utilizada para promover reformas no ordenamento de maneira cirúrgica, específica, sem fomentar a criação de antinomias, de

conflitos com outras normas em vigor no sistema jurídico nacional. Veja que a ilicitude autorizadora de sua aplicação pode ter natureza penal ou civil, portanto, encontrando-se a mulher em *situação de risco*, ainda que não seja vítima de crime, fará *jus* à tutela do Estado. Por esse motivo, as medidas protetivas de urgência poderão ser aplicadas em favor da mulher de modo a fazer cessar o perigo a que se vê acometida, seja este configurador de ilícito penal ou civil em cristalina e franca demonstração de que seu campo de incidência vai muito além da esfera criminal.

As *medidas protetivas de urgência* como a separação de corpos, e proibição de contato, obrigação alimentar, e outras, encontram-se enumeradas em rol exemplificativo previsto no art. 22 da comentada norma, razão pela qual o juiz poderá, além das medidas ali descritas, adotar outras que sejam mais convenientes para fazer cessar o risco.

Apesar de sua amplitude, isto não significa dizer que a Lei Maria da Penha se aplica a todos os conflitos envolvendo a mulher, pois o legislador delimitou seu espaço de incidência a *unidade doméstica, familiar e as relações íntimas de afeto, inclusive o namoro*. Portanto, é preciso a existência de *vínculo familiar ou afetivo* entre o agressor e a ofendida para que a lei possa ser aplicada, tendo como escopo proteger a mulher nas relações em que ela exerça um papel de *submissão*, seja essa psicológica, física ou econômica. De mais a mais, a Lei nº 11.340/2006 não faz ressalva ou exigência quanto ao sujeito ativo, que não precisa, necessariamente, ser do sexo masculino, visto que as próprias mulheres são responsáveis por reproduzir, muitas vezes inadvertidamente, práticas antigas de discriminação e de submissão baseadas no gênero. Embora esteja em vigor há mais de uma década, seu destinatário, a sociedade, demonstra na maioria das vezes um total desconhecimento de seus institutos, limites, e finalidades, enfim, de como poderá pacificar socialmente os conflitos de gênero.

No âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, a má informação do corpo social ou o desconhecimento poderão comprometer a eficácia da norma resultante de convenção internacional que procura a salvaguarda de direitos fundamentais diuturnamente lesados. Não são raros os casos de vítimas de agressões físicas que acreditam ter a faculdade, por vontade própria, de paralisar o andamento de inquérito ou processo criminal instaurados contra o agressor. Nesse particular, o Supremo Tribunal Federal ao apreciar a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4.424 decidiu que em crimes de lesões corporais praticados contra a mulher no contexto da Lei Maria da Penha tanto a investigação do fato quanto a propositura de ação penal contra o agressor não dependem de consentimento da ofendida. Além dessa hipótese existem outras, cujo desdobramento no plano jurídico revela-se extremamente nocivo na medida em que a norma passa a ser aplicada fora de seu contexto, em uma espécie de vulgarização que lhe retira a credibilidade, e eficácia social.

4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE ESPECÍFICA

Inicialmente, convém esclarecer que os termos *direitos humanos* e *direitos fundamentais* não são sinônimos, cuja distinção encontra-se na amplitude e alcance de seus respectivos postulados (valores morais e espirituais). Enquanto aqueles exprimem um sentido universal que perpassa as fronteiras, os últimos referem-se também aos direitos humanos, todavia, em sentido mais restrito, limitado, ou melhor, positivados em textos constitucionais. Pode-se concluir que os direitos humanos se situam no plano do direito internacional, ao contrário dos direitos fundamentais descritos em constituições de determinados Estados (direito interno).

Por outro lado, não é difícil perceber uma relação estreita entre os direitos humanos e o *jusnaturalismo*, pois aqueles são inerentes ao ser, tratando-se, na verdade, de direito congênito, quer dizer, ínsito a qualquer indivíduo. Logo, esse direito natural tem sua existência para além do direito posto e dos costumes de determinada sociedade, aviventando o reaparecimento de celeuma acerca da justiça de certas normas escritas. A dualidade entre a legitimidade das leis e a segurança jurídica traduz esse conflito, que se estende a esfera dos direitos humanos, a ser equacionado por juízos de ponderação ou sopesamento.

Na busca de possível junção entre os dois espectros ou modelos de direito (natural e positivo), ora constituídos por valores morais e espirituais a que o ser humano revela-se inerente, pode-se aduzir a possibilidade da criação ou surgimento de nova vertente do pós-positivismo jurídico, também denominado de neopositivismo, ou positivismo pós-futuro, a que denominamos de *humanismo jurídico* por seu conteúdo e finalidade; tema complexo a ser estudado e discutido em outra abordagem científica e seara da academia. No momento, é suficiente destacar que a expressão *direitos fundamentais* será utilizada neste trabalho quando se referir aos direitos positivados na Constituição Federal brasileira, ou constantes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, enquanto a expressão *direitos humanos* será empregada quando relacionar-se a tais direitos no plano internacional, estejam positivados ou não em textos constitucionais.

A dignidade humana é o princípio-matriz de todos os direitos fundamentais previstos na Constituição, e fundamento da República Federativa do Brasil (Cf., art. 1º, inc. III). Assim, o ordenamento tem como referência o ser humano, em outras palavras, o Estado não tem suas bases fincadas na propriedade, organizações religiosas, corporações ou classes, mas sim, na pessoa física, moral. *Desse modo, dois efeitos sobre o indivíduo decorrem de sua adoção, isto é, o direito de proteção individual por parte do Estado e de outros indivíduos, além do dever fundamental de tratamento equânime entre*

os semelhantes. Portanto, trata-se de norma fundante, de valor supremo, que deverá nortear todo o sistema jurídico, do qual decorrem os demais princípios fundamentais e a existência do próprio ordenamento.

De outro ponto de vista, em análise do texto constitucional, sem prejuízo de tratados e convenções internacionais, constata-se a preocupação com a tutela do *direito à diversidade* previsto em diversos dispositivos, a exemplo do art. 5º, *caput*, e seu inc. I (princípio da igualdade) como no art. 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, c.c o art. 19, inc. III, e art. 150, inc. II. Deveras, a presença *específica da diversidade* na carta política pode ser encontrada nos arts. 20, inciso XI e 22, inciso XIV quanto às terras ocupadas tradicionalmente pelos índios, além do art. 215, § 5º, da Constituição Federal que assegura o direito aos remanescentes das comunidades quilombolas (descendentes dos antigos quilombos). Com isso, existem manifestações específicas que asseguram a diversidade que se estende para as questões de gênero, raça, cultura, e religião de modo a constituir um pluralismo social (ARAÚJO, 2015, p. 20-21).

Sob essa nova perspectiva do direito, defende-se aqui a *tese da proteção dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis e hipossuficientes por meio de ações afirmativas, leis extravagantes e medidas destinadas a corrigir distorções históricas e desigualdades sociais, desde que jungidas à transitoriedade*; traço indispensável para se evitar a repetição de equívocos e perpetuação de ciclo vicioso.

O *princípio da dignidade específica*, que idealizamos nesse estudo, consiste nos direitos fundamentais de *reconhecimento e inclusão* de grupos minoritários, vítimas de discriminações de toda natureza, violência e atrocidades, como os afrodescendentes, homossexuais, deficientes físicos, refugiados de guerras, indígenas, mulheres, e outros, que inaugura uma *nova densidade jurídica da dignidade humana na teoria social*. Logo, tal princípio revela outra face do valor moral e espiritual inerente à pessoa, na medida em que possibilita à realização de interesses sociais das minorias por meio de sistema protetivo-garantista que compreende o acesso e prestações necessárias a consolidação de cidadania plena consubstanciada em direitos políticos, civis e sociais.

Para isso, certamente dependerá de dois pilares de sustentação: o *diálogo* e o *mínimo de dignidade existencial* de seus integrantes, a semelhança do que se verifica na dimensão singular da dignidade humana. E não é só, pode-se ainda destacar um *plus* decorrente dessa nova ótica de compreender a dignidade humana, e tal acréscimo diz respeito aos fatores - *inclusão* (acesso de pessoas necessitadas aos sistemas sociais de prestação) e *reconhecimento* (desejo de ser reconhecido por outras pessoas) que deverão permear as relações sociais e humanas das sociedades do porvir, alicerçadas, sobretudo,

no espaço do consenso disciplinado pelo *direito à diversidade*, marcado por uma *racionalidade estrutural dialógica*.

4.1 INCLUSÃO

Conquanto a tese preconizada de *dignidade específica* para proteger direitos e garantias fundamentais de minorias, a exemplo das mulheres, esteja assentada em dois elementos explicitados alhures (inclusão e reconhecimento), resta nesse trecho do ensaio estabelecer os conceitos de cada instituto para sua compreensão no sentido em que foram empregados no texto.

Em linhas gerais a inclusão consiste no acesso das pessoas ou grupos de pessoas a sistemas sociais de prestações de que sejam dependentes. Nota-se a presença de dois elementos importantes, *acesso e dependência*.

[...] parece-me mais frutífero definir inclusão como dependência e acesso aos sistemas, reconhecendo os seus limites na sociedade mundial, especialmente na modernidade periférica. Tal como tenho formulado, nesta há relações de subintegração (ou subinclusão) e sobreintegração (ou sobreinclusão), que implicam a insuficiente inclusão, seja respectivamente, por falta de acesso (de integração positiva) ou de dependência (de integração negativa), constituindo posições hierárquicas facticamente condicionadas (não classificações baseadas em princípio), a saber, o fato de ser integrado (ou incluído) nos sistemas funcionais “por baixo” ou “por cima”. Em ambas as direções (para “baixo” ou para “cima”) trata-se de limitação e unilateralidade na capacidade de imputação dos sistemas sociais em suas referências a pessoas. (NEVES, 2015, p. 6).

Logicamente, a disparidade acentuada nas relações entre as pessoas e grupos de pessoas tem dificultado, senão impedido, a inclusão plena das minorias por meio dos diversos sistemas sociais no âmbito territorial de cada Estado, fragilizando-se a esfera pública universalista e pluralista na construção de um espaço de heterolegitimação de um Estado Constitucional e Humanista de Direito.

4.2 RECONHECIMENTO

De proêmio, cumpre observar que entre o reconhecimento e a inclusão existe certa assimetria, logo, pode haver inclusão sem reconhecimento em relações concretas de interação. Nesse sentido, não é difícil constatar que uma pessoa mesmo incluída em determinado setor social de prestação possa também encontrar-se em situação de não reconhecimento, todavia, o contrário não é possível. Aquele integrante de uma rede de exclusão (desempregado),

não possui dinheiro, educação, direitos, acesso aos sistemas de previdência, saúde etc. Impossível, nessa hipótese, visualizar o reconhecimento da pessoa ou grupo de pessoas, a não ser em sentido pseudoassistencialista. A negação de reconhecimento está presente quando se verifica a exclusão social de certos grupos de pessoas, ou melhor, a generalização da falta de reconhecimento nas interações da vida em sociedade, que resultará na exclusão dos sistemas funcionais. (NEVES, 2015, p. 10-11).

O reconhecimento representa, acima de tudo, o desejo da pessoa humana, de seu grupo étnico ou cultural, em ser reconhecido pelos semelhantes de forma recíproca e universal, e pelo próprio Estado através de certos direitos e garantias.

Acima de tudo, ele deseja o desejo dos outros homens, isto é, ser reconhecido por estes. Almeja não somente ser reconhecido por outros homens, mas ser reconhecido enquanto homem, pois seu valor está estreitamente ligado ao valor que os outros seres humanos lhe atribuem. [...] Segundo Hegel, nas sociedades desiguais e aristocráticas, o reconhecimento era insuficiente tanto para os senhores quanto para os escravos. Pois os escravos, que haviam renunciado a arriscar sua vida, eram negados enquanto seres humanos, e o reconhecimento de que gozavam os senhores era imperfeito, na medida em que não eram reconhecidos por seus semelhantes, mas pelos escravos, cuja humanidade era, por definição, incompleta. Em contradição, inerente às sociedades hierárquicas, diferencia as sociedades democráticas, cuja ideologia igualitária substitui a relação do senhor e do escravo, do superior e do inferior, por um reconhecimento recíproco e universal em que cada cidadão reconhece a dignidade e a humanidade de todos os cidadãos. Por sua vez, essa dignidade é reconhecida pelo Estado graças ao reconhecimento de certos direitos. Portanto, perceber a importância desse desejo de reconhecimento permite explicar que o homem procura o reconhecimento de sua própria dignidade ou daquela de seu grupo cultural ou étnico, no qual ele investiu sua dignidade. (D'ADESKY, 2001, p. 23).

5 RACIONALIDADE ESTRUTURAL DIALÓGICA

Além da *inclusão e reconhecimento*, como pressupostos de uma dimensão específica da dignidade humana, faz-se imperioso estabelecer o diálogo nas interações sociais do mundo para que se possa alcançar o consenso em meio às diversidades.

Propõe-se a ideia de que a democracia se funda no entendimento entre as pessoas ou grupos de pessoas, e para isso é preciso fixar regras ou estabelecer métodos que disciplinem o debate e suas relações. É necessário

que cada ser esteja aberto para ouvir e entender o outro. Nesse ponto, o entendimento pode ser obtido através da razão, isto é, de algo comum em todos nós. Dessa forma, para existir a discussão revela-se imprescindível a igualdade entre os interlocutores e os argumentos utilizados devem ser admitidos pelas partes envolvidas.

Sob pontos de vista sociológicos, é recomendável começar pelo agir comunicativo: “A necessidade do agir coordenado gera na sociedade uma determinada demanda de comunicação; e essa demanda precisa ser atendida quando, para cumprir o propósito de satisfazer essa carência, é obrigatoriamente possível uma coordenação efetiva de ações”. A filosofia analítica e sua disciplina central, a teoria do significado, oferecem um ponto de junção muito promissor a uma teoria do agir comunicativo que venha destacar o entendimento linguístico como mecanismo da coordenação de ações. (HABERMAS, 2001, p. 477).

Nesse contexto aparece a *esfera pública representativa*, ou seja, um cenário formado por representantes de pessoas reunidas em espaço público, onde ocorrem as discussões com a autoridade em relação à esfera individual de seus representados. Logo, a racionalidade estrutural dialógica aplica-se na *esfera pública* que passa a englobar as necessidades da sociedade e do Estado, culminando na formação do que HABERMAS denominou de opinião pública (2014, p. 239).

Dessa maneira, em contraposição a racionalidade monológica que impera a superioridade no discurso e resulta na exclusão de pessoas dos processos de interação, procura-se estabelecer a racionalidade estrutural dialógica que propicie o entendimento entre todos nós e as minorias necessário à construção de uma sociedade mais justa, plural e fraterna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É essencial, diante dos argumentos expostos, fomentar um debate descritivo, construtivista, e analítico junto à sociedade acerca da norma por meio de um proselitismo saudável e esclarecedor, enfatizando principalmente seu caráter instrumental para a tutela de direitos fundamentais das mulheres, de modo a lhe conferir eficácia jurídica e social.

É-se levado a acreditar que este microssistema jurídico advindo de uma convenção internacional, bem como a normativa garantidora de simetria entre homens e mulheres vigentes no Brasil deve ser concretizado pelos órgãos de controle social (Poder Judiciário, Ministério Público, Polícias e outros) através de interpretação sistemática e teleológica de seus dispositivos, além de atuação proativa em favor dos interesses sociais e individuais indisponíveis

procurando, sobretudo, refrear a *proteção deficiente* imiscuída na formação histórico-cultural do povo brasileiro. Por conseguinte, agindo assim, pode-se proporcionar um despertar da consciência feminina para seu verdadeiro papel na comunidade, de agente de transformações sociais, dotado de autonomia, liberdade plena, dignidade e apto em assumir, também, funções de comando junto à coletividade deixando de ser um mero coadjuvante, cujo silêncio e submissão que atravessam os séculos de história da humanidade, devem ser definitivamente banidos através da construção de uma sociedade fraterna, em que a *dignidade específica* preconizada ao longo do texto e seus pilares de sustentação sejam efetivados no porvir.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AGUILAR, Rafael Salomão Safe Romano. *A Personalidade Jurídica da Igreja Católica no Brasil: Do Padroado ao Acordo Brasil – Santa Sé*. São Paulo: LTR, 2015.
- BIANCHINI, Alice. et al. *Direito à Diversidade*. Carolina Valença Ferraz, Glauber Salomão Leite, coordenadores. - São Paulo: Atlas, 2015.
- CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica (Lei Maria da Penha): Lei 11.340/2006. Comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- D'ADESKY, Jacques. *Pluralismo Étnico e Multiculturalismo. Racismos e Anti-Racismos no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.
- DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FIDELES, Erika Rejane. *Legitimação e Transformação da Submissão e do Silêncio Feminino no Novo Testamento*. Coordenadora Ivoni Richter Reimer. Por amor à vida. Crenças, resistências e conquistas na Bíblia e na atualidade. Goiânia: Editora da PUC Goiás, 2015, p. 167-182.
- FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Filosofia do Direito*. Coordenação André Ramos Tavares, José Carlos Francisco. - São Paulo: Método, 2016.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, 1: racionalidade da ação e racionalização*. Tradução Paulo Astor Soethe; revisão da tradução Flávio Beno Siebeneichler. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, 2: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- _ HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução Denilson Luís Werle. - I ed. - São Paulo: Editora Unesp, 2014.
- LOURENÇO, Luiz Gonzaga. *Direito Canônico em perguntas e respostas*. 2. ed. revista e atualizada. Santos: Loyola, 2010.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. Coleção Direito e Ciências Afins V. 4. Coord. Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- Novo código civil brasileiro/Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante*/obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais com a coordenação de Gisele de Melo Braga Tapai. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed., rev., atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.
- PRANDO, Camila Cardoso de Mello. *O que veem as mulheres quando o direito as olha? Reflexões sobre as possibilidades e os alcances de intervenção do direito nos casos de violência doméstica*. Revista de Estudos Criminais, São Paulo, v. 1, n. 60, p. 115-142, jan./mar. 2016.
- REIMER, Ivoni Richter. *Ananias e Safira nas origens do Cristianismo e suas interpretações. Rer e reconstruir Atos 5, 1-11*. São Leopoldo: Olkos, 2011.

CRÍTICA À PROPOSTA BRASILEIRA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO, LITERATURA E REALIDADE SOCIAL

Angela dos Prazeres¹⁴⁷

INTRODUÇÃO

Cuida-se o escrito de crítica à PEC 171/1993 a partir da intersecção entre direito, literatura e realidade social, com vistas a demonstrar que a interdisciplinaridade entre diversas áreas do saber pode fornecer melhores condições à análise de problemas sociais. Para tanto, de início assinala os possíveis dividendos que a literatura pode render ao jurista. Na sequência se ocupa das tratativas legais dadas aos menores em conflito com a lei, desde o Código Penal de 1830 até as pretensões da PEC 171/1993. Depois disso, recorre à narrativa de *Capitães da Areia* encarando-a como denúncia social, bem como aos dados socioeconômicos divulgados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a fim de apontar a correlação entre a falta de acesso à educação e cidadania e a prática de atos infracionais. Por fim, acena para o fato de que a PEC 171/1993 não se pauta no melhor interesse da criança e do adolescente.

1 INTERDISCIPLINARIDADE, NOVO PARADIGMA DO CONHECIMENTO A MODO DE INTRODUÇÃO

Niklas Luhmann¹⁴⁸ afirma que a sociedade é um sistema de comunicação omniabarcador (*Umfassend*), posto que abarca todos os grupamentos sociais: arte, ciência, tecnologia, direito, economia, política, religião, etc. Ao lidar com essas ideias em sua Teoria Geral dos Sistemas Sociais, o sociólogo alemão trata a sociedade como um sistema auto-organizador que observa a si mesmo e o seu ambiente. Nesse sentido, a comunicação é possível porque aprendemos com o outro. Desse modo, os sistemas observam, aprendem com os outros sistemas. O direito, por exemplo, aprende com a economia, com a filosofia, com a sociologia, et. al.

Daí que tem ganhado força o debate epistemológico em todos os campos do conhecimento, sob uma perspectiva interdisciplinar com vistas a maior compreensão e domínio dos problemas do homem e seu entorno.

¹⁴⁷ Credencias: Especialização MBA em Auditoria Integral (UFPR). Bacharelado em Ciências Contábeis (UTFPR). Bacharelado em Direito (FAE – Centro Universitário). Pesquisadora-adjunta do Núcleo de Pesquisa Sistema Criminal e Controle Social (UFPR). Membro da International Association for Court Administration (EUA). Professora Universitária (FAE – Centro Universitário). Assessora Jurídica (TJPR). Auditora Quality Management System (BSI). Articulista da Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas (APLJ).

¹⁴⁸ SILVA, Artur Stamford da. Lições sobre Luhmann. Petrópolis: Vozes, 2016, pp. 11-12; p. 68.

A interdisciplinaridade consiste numa atitude de colaboração dos pesquisadores frente ao desafio de uma prática coletiva, com o objetivo de se produzir conhecimento novo e crítico. Não é, portanto, uma ciência nem ciência das ciências, mas um paradigma metodológico que visa o encontro entre especialistas de diversas áreas do conhecimento, numa perspectiva de se buscar respostas para novos problemas por meio das trocas de dados, informações, resultados, metodologias¹⁴⁹.

À luz exposto, o presente trabalho tem como objetivo ensaiar uma interdisciplinaridade entre direito, literatura e estratos da realidade social brasileira, com o fito de analisar o tema dos menores em conflito com a lei e a Proposta de Emenda à Constituição n.º 171, de 1993, cujo objetivo é reduzir de 18 para 16 anos a idade mínima para a responsabilização criminal.

2 DIREITO E LITERATURA: EM QUE MEDIDA OBRAS DE FICÇÃO PODEM SER ÚTEIS PARA UM SISTEMA DO SABER COMO O DO DIREITO?

O que levaria o estudioso do direito a emaranhar-se em outra área do saber que não a sua, transgredindo, assim, o seu escopo de investigação? Talvez, os apontamentos de Humberto Maturana¹⁵⁰ possam lançar alguma luz sobre a tema: “A transgressão, gesto de alguém que em determinado momento abandona sua seara para tentar sucesso a partir dos campos vizinhos”.

No que se refere à incursão do jurista no campo da literatura, alguns estudiosos como Kathrin Holtermayr Rosenfield,¹⁵¹ apontam que este movimento não é, por certo, um “avalizar de clichês”, não se presta a exemplificar citação falsamente erudita. Trata-se, com efeito, de uma necessidade. Isso porque, o giro linguístico que desloca o operador das leis para o campo das obras ficcionais lhe permite desenvolver refinados instrumentos, aptos a propiciar, pelo afinamento da percepção, o alargamento da sensibilidade, da percepção da realidade humana e do senso de justiça.

Daí que o dedicar-se às obras literárias poderia constituir algum ganho para o jurista, eis que lhe permitiria olhar pela perspectiva de mundos alternativos àquele tradicional. Experimentar a complexidade da vida mediante a participação nas escolhas, decisões e submissões de personagens.

¹⁴⁹ JAPIASSU, Hilton. Interdisciplinaridade e patologia do saber. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda., 1976, p. 39.

¹⁵⁰ MATURANA, Humberto. La realidad: objetiva o construida; fundamentos biológicos de la realidad. Barcelona: Antropos, 1995, p. 25.

¹⁵¹ ROSENFELD, Kathrin Holtermayr. Os sentidos da literatura para o direito: o exemplo de Édipo Rei. In: COSTA, Judith Martins (Coord.). Narração e normatividade: ensaios de direito e literatura. Rio de Janeiro: GZ, 2013, pp. 35-51.

Nessa esteira, Raquel Barradas de Freitas aduz que a literatura exsurge como um veículo de criatividade no direito, porquanto possibilita ao operador do direito alargar os horizontes referenciais, afinar a percepção, melhor compreender a realidade, a sociedade, os indivíduos e seus comportamentos¹⁵².

Além disso, há a interpretação. Para Umberto Eco¹⁵³, “obras literárias nos convidam à liberdade de interpretação, pois propõem um discurso com muitos planos de leituras e nos colocam diante das ambiguidades da linguagem e da vida”.

Destarte, conquanto o direito e a literatura operem em áreas distintas, ambos se encontram em potencial convergência, posto que têm de lidar inevitavelmente com a interpretação, com a linguagem¹⁵⁴. Eis aqui a chave da questão. Falar em linguagem é arrazoar sobre como podemos compreender o mundo. Dito por Heidegger:¹⁵⁵ “A linguagem é, em primeiro lugar e em sentido próprio, verbalização do pensamento, na aceção de uma consideração e discussão teórica das coisas”. Sendo a literatura processo narrativo – formulação, significação e coisa significada –, muito interessa ao direito, dado que aquele que bem interpreta um romance certamente o mesmo fará com um contrato ou um corpo de leis.

3 PEC 171/1993: MERO RECRUDESCIMENTO DO SISTEMA PUNITIVO

O Código Penal de 1830 fixou, pela primeira vez, a imputabilidade penal aos quatorze anos. Entretanto, previa o estabelecimento de um sistema biopsicológico para a responsabilização de crianças de sete até aos quatorze anos. Referida legislação tinha uma patente preocupação. Recolher crianças órfãs, vulneráveis e expostas socialmente, situação que à época em razão da abolição da escravatura crescia exponencialmente¹⁵⁶.

Mais adiante, já no alvorecer do século XX, viu-se em marcha um movimento internacional no sentido de reivindicar os direitos das crianças e dos adolescentes, especialmente no que se refere à garantia de um sistema de responsabilização criminal apartado dos adultos. Sobreveio, então, uma política criminal que preconizava proteção às crianças e aos adolescentes pautada no binômio carência-delinquência¹⁵⁷.

¹⁵² FREITAS, Raquel Barradas de. Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 1990, pp. 22-23.

¹⁵³ ECO, Umberto. Sobre a literatura. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003, p. 12.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 217.

¹⁵⁵ HEIDEGGER, Martin. Ser e Verdade: 1. A questão fundamental da filosofia; 2. Da essência da verdade. 2. ed. Trad. de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 116.

¹⁵⁶ BORGES TERRA, Luiza; CRESPO, Marcelo. Direito Penal Juvenil: uma análise dos sistemas argentinos e espanhol. In: Menoridade Penal: crítica ao projeto de redução do patamar biológico de imputabilidade no sistema penal brasileiro. Org. Paulo César Busato. Florianópolis, 2016, p. 226.

¹⁵⁷ BORGES TERRA, Luiza; CRESPO, Marcelo. Op. cit., p. 226.

Em 1927, promulgou-se a Lei Penal de Menores do Brasil com evidente teor protecionista, de controle total das crianças e adolescentes e intervenção sobre os mais pobres numa dicotomia justiça-assistencialismo, que impôs a imputabilidade aos quatorze anos de idade, estabelecendo uma legislação específica aos jovens com idades entre quatorze e dezoito anos¹⁵⁸.

O aludido cenário restou alterado somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, antecipando-se à Convenção Internacional sobre Direitos da Infância, aderiu à doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, fato que tornou o Brasil o primeiro país a adequar sua legislação interna às disposições da supradita convenção¹⁵⁹.

A concretização da doutrina de proteção integral ocorreu com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069, de 1990 que culminou em um novo paradigma político-criminal onde a criança ou o adolescente deixou de ser visto como mero objeto de medidas e passou a ser elevado à condição de sujeito de direitos, cuja particularidade é estar ainda em condição de desenvolvimento. Assim, gizou-se um quadro de responsabilização criminal específico às condições do menor infrator.

A Lei n. 8.069, de 1990 institui a responsabilidade penal juvenil por comissão de um ato infracional, quando o autor possui entre doze e dezoito anos de idade. Constatado o ato infracional, instaura-se procedimento para apuração da responsabilização, e, comprovadas a materialidade e a autoria, o menor infrator estará sujeito à aplicação de medidas sócioeducativas, cuja finalidade pretende ser sancionatória e, ao mesmo tempo, pedagógica, respeitando-se todas as garantias asseguradas aos maiores de violam a lei penal.

Poderão ser impostas diferentes medidas ao menor infrator, entre elas: encaminhamento aos pais ou responsável legal; orientação; apoio e acompanhamentos temporários; tratamento médico, auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; advertência; obrigação de reparar o dano causado à vítima; prestação de serviço à comunidade; liberdade assistida (monitorada); inserção em regime de semiliberdade; internação¹⁶⁰.

Forçoso reconhecer que ao largo do tempo, a legislação penal brasileira destinada aos menores infratores avançou em termos de garantias e adequação às normas internacionais que preconizam a proteção integral da criança e do adolescente.

Ocorre que, em agosto de 2005, a Câmara dos Deputados aprovou, em segundo turno de votação, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 171/1993), encaminhando-a de imediato ao Senado da República, em cujo âmbito aguarda deliberação. A proposta trata do tema da menoridade penal,

¹⁵⁸ BORGES TERRA, Luiza; CRESPO, Marcelo. Op. cit., p. 227.

¹⁵⁹ BORGES TERRA, Luiza; CRESPO, Marcelo. Op. cit., p. 227.

¹⁶⁰ BRASIL. Lei n. 8.069, de 1990. Arts. 115 e 121. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

esgrimido na teoria geral do delito dentro do universo da culpabilidade ou reprovabilidade jurídico-penal¹⁶¹.

Considerando, o recorte específico da menoridade, a PEC 171/1993 enseja modificações no texto do art. 228 da Constituição Federal e, por conseguinte, no art. 27 do Código Penal que confere tratamento infraconstitucional à matéria.

A Magna Carta dispõe que: “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial¹⁶²”. E, assim, preconiza o art. 27 do Código Penal: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)¹⁶³”.

Vê-se aí o estabelecimento político de um limite razoável de tolerância que deu em razão da recomendação dada no Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas, de 1949, em Paris, e ratificado na Convenção da ONU, em 1989 sobre os Direitos da Criança¹⁶⁴.

Noutro giro, o texto aprovado pela Câmara de Deputados foi encaminhado para o Senado contendo nova redação para o texto constitucional.

Confira-se:

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis, em caso de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte”.

O novo texto estabelece, portanto, como penalmente inimputáveis menores de 18 anos, ressalvados adolescentes maiores de 16 anos que

¹⁶¹ GUARAGNI, Fábio André. Uma proposta de emenda constitucional e pelo menos dois pecados: a maioria penal antecipada por grupos de crimes. *In*: Menoridade Penal: crítica ao projeto de redução do patamar biológico de imputabilidade no sistema penal brasileiro. Org. Paulo César Busato. Florianópolis, 2016, p. 271.

¹⁶² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 de nov. 2019.

¹⁶³ BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 25 de nov. 2019.

¹⁶⁴ ASSIS TOLEDO, Francisco de. Princípios básicos de direito penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 321. “Os menores de 18 anos são penalmente irresponsáveis ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Na reforma de 1984, modificou-se a expressão “irresponsáveis” ou “inimputáveis”. Veja-se também GOMES, Marcelo. Menoridade penal: uma visão sistêmica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 15. “A normativa internacional, apesar de ressaltar a soberania de cada Estado-parte em estabelecer idade diversa, certamente pautou um parâmetro internacional pelo qual todas as pessoas com idade inferior a 18 anos devam ser tratadas de modo especial e, no seu conjunto, compilou toda a evolução para a proteção integral à criança e ao adolescente”.

cometam crimes hediondos. Nestes termos, a PEC 171/1993 mantém, mediante critério biológico, a maioria penal em 18 anos (mesmo modelo estatuído no Código Penal de 1940), exceto para um grupo específico de crimes catalogados na Lei n.º 8.072, de 1990 (crimes hediondos), somados ao homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.

A proposta institui ao que parece uma inovação mundial – redução seletiva da maioria penal, espécie de imputabilidade penal diferenciada, reduzida para um determinado grupo de delitos.

Em síntese, para a aludida seleção de ilícitos penais, a maioria penal será atingida aos 16 anos; para todos os demais crimes, aos 18.

4 CAPITÃES DA AREIA: LITERATURA COMO DENÚNCIA SOCIAL

Uma história crua e comovente que narra o dia a dia de meninos pobres que moram num trapiche abandonado e vivem de pequenos furtos e golpes, aterrorizando a cidade de Salvador, e que causou impacto desde o seu lançamento, em 1937, posto que naquela oportunidade a polícia do Estado Novo baixou na sede da José Olympio para recolher esse e outros títulos anteriores de Jorge Amado. Uma fogueira foi acesa numa praça da Cidade da Bahia, em frente à Escola de Aprendizes-Marinheiros, a poucos metros do Elevador Lacerda, para queimar títulos seus, de Zé Lins e de Graciliano Ramos. Dos 1800 incinerados no espetáculo da censura, mais de 90% eram de autoria do escritor Amado, metade do lote o seu *Capitães da Areia*¹⁶⁵.

O romance apresenta como enredo, a trajetória de um grupo de crianças abandonadas que vivem à margem da sociedade, sem família, sem assistência social, com efeito, sem amparo algum. Vivem elas, agrupadas em um local abandonado chamado Trapiche, uma espécie de galpão nas areias da praia de Salvador, Bahia. Trata-se de um grupo que foi se constituindo entre meninos de nove e dezesseis anos, uns abandonados pela família, outros órfãos. Na condição de excluídos, passam a sobreviver de pequenos furtos, vistos, portanto, como marginais e enfrentando todas as agruras do abandono – doença, fome, solidão, analfabetismo.

Em carta enviada a José Olympio, Jorge Amado assinalou: “Sei que mesmo que o romance seja fraco o senhor saberá amar e compreender essas crianças abandonadas a quem falta tudo e cuja vida na Bahia me espantou de tal maneira que abandonei dois planos de romance que tinha para fazer este.”¹⁶⁶

Sobre os abando das personagens amadianas, confirmam-se alguns excertos¹⁶⁷:

¹⁶⁵ AGUIAR, Joselia de. Jorge Amado: uma biografia. São Paulo: Todavia, 2018, p 125.

¹⁶⁶ AGUIAR, Joselia de. Jorge Amado: uma biografia. São Paulo: Todavia, 2018, p 123.

¹⁶⁷ AMADO, Jorge. Capitães da Areia. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, pp. 28-29.

“(…). E desde esta noite uma grande parte dos Capitães da Areia dormia no vela trapiche abandonado, em companhia dos ratos, sob a lua amarela. (...) meninos, moleques de todas as cores e de idades as mais variadas, desde os nove aos dezesseis anos, que à noite se estendiam pelo assoalho e por debaixo da ponte e dormiam, indiferentes ao vento (...), à chuva. (...) crianças abandonadas que viviam do furto. Nunca ninguém soube o número exato (...). Eram bem uns cem (...). Vestidos de farrapos, sujos, semiesfomeados”.

A construção da narrativa inicia-se com notícias jornalísticas que falam sobre essas crianças apontando-as como um problema de criminalidade na cidade. Há, por exemplo, cartas da polícia dizendo que o problema é do juizado de menores; do juizado dizendo que se a polícia não os prender ele nada pode fazer; de uma mãe que revela os horrores e abusos que acontecem no reformatório – lugar horrível; e também de um padre que confirma que lá [reformatório] não é um bom lugar.

Com tantas denúncias o diretor do reformatório resolve também escrever, desmentindo a todos e convidando os jornalistas a visitarem o local em dia e hora marcados. Pouco depois os jornalistas escrevem uma matéria elogiando o local, como um lugar que realmente reforma as crianças e as fazem sair de lá muito bem.

A partir daí a narração se ocupa de revelar a farsa montada.

Cada criança vive um drama diferente, cada uma sente falta de afeto e tenta à sua maneira encontrar algum conforto. Elas têm apelidos que revelam suas características e sonhos que querem realizar. Seus nomes dialogam com suas ações. Dentre as personagens, destacam-se: Pedro Bala (líder do grupo), Professor, João Grande, Gato, Volta Seca, Sem-Pernas, Pirulito, Boa Vida e a menina Dora.

Pedro Bala, chefe do grupo, um menino loiro e filho de um grevista morto no cais. “(...) o chefe dos Capitães da Areia: Pedro Bala (...). Hoje tem quinze anos. (...). Nunca soube de sua mãe, seu pai morrera de um balaço. Ele ficou sozinho¹⁶⁸”.

João José, o Professor, única criança que sabia ler e passava as noites lendo livros à luz de vela. Algumas vezes lia as histórias para os outros do grupo ou então criava as suas próprias narrativas a partir do que lera. “(...) **era o único que lia corretamente entre eles, no entanto, só estivera na escola ano e meio.** (...) contando aquelas histórias que lia e muitas que inventava, fazia a grande e misteriosa mágica de os transportar para mundos diverso, fazia com os olhos vivos dos Capitães da Areia brilhassem como só brilham as estrelas da noite da Bahia. (...). Professor criou os melhores planos de roubo. Ninguém

¹⁶⁸ AMADO, Jorge. Capitães da Areia. Op. Cit., p. 29.

sabia, no entanto, que um dia, anos passados, seria ele quem haveria de contar em quadros que assombrariam o país a história daquelas vidas e muitas outras histórias de homens lutadores e sofredores¹⁶⁹”.

Gato, assim conhecido por ser um dos mais bonitos do grupo. Sendo muito vaidoso, tentava andar arrumado na medida do possível e de acordo com sua realidade de menino de rua. Apaixonou-se por uma prostituta chamada Dalva.

Sem-Pernas, certa feita fora pego pela polícia, e por isso passou a ser um jovem amargo e que odiava a tudo. Por ser manco, às vezes era usado nos assaltos a casas. Batia nas portas das casas dizendo que era um órfão aleijado e pedia ajuda. Ganhando confiança dos moradores, descobria o que tinha de valor na residência e depois relatava aos Capitães da Areia. “O que ele queria era felicidade, era fugir de toda aquela miséria, de toda aquela desgraça que os cercava e os estrangulava. (...) queria alegria, uma mão que o acarinhasse, alguém que muito amor o fizesse esquecer o defeito físico e os muitos anos que vivera sozinho nas ruas da cidade, hostilizado por homens que passavam, empurrado pelos guardas, surrados pelos moleques maiores. Nunca tivera família¹⁷⁰”.

Volta Seca, se dizia afilhado de Lampião e sonhava integrar o bando deste. Pirulito, um menino de forte convicção religiosa e que irá abandonar o roubo. Boa Vida, jovem esperto e que se contenta com pouco. João Grande, que tinha o respeito dos demais do grupo por sua coragem e tamanho. Dora, cuja mãe morreu por causa da varíola, passou a integrar o grupo.

Capitães da Areia são crianças que furtam, roubam por falta de alternativa. Não têm pais, nem governo que os ajude. Juntos são uma família, e a liberdade é o bem maior que eles têm, além de um ao outro. Poucos são os personagens que os ajudam, tal como o bondoso Padre José Pedro, que era amigo dos meninos e procurava cuidar deles da forma que considerava mais correta, e a mãe-de-santo D. Aninha.

5 A HISTÓRIA DE CAPITÃES DA AREIA CONTINUA ATUAL? INFELIZMENTE, UMA RESPOSTA AFIRMATIVA

Em 2015, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) publicou uma nota técnica intitulada *O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal*, por meio da qual, buscou apresentar um recorte de quem são os adolescentes brasileiros em conflito com a lei cumprindo medidas socioeducativas de restrição de liberdade.

Restou evidenciado que, em 2013, 95% eram do sexo masculino e 60% deles tinham idade entre 16 e 18 anos. **Os dados indicam que mais de 60% dos**

¹⁶⁹ AMADO, Jorge. Capitães da Areia. Op. Cit., pp. 32-33. (Destques meus).

¹⁷⁰ AMADO, Jorge. Capitães da Areia Op. Cit., pp. 37-38.

adolescentes nesse ano eram negros, 51% não frequentavam a escola e 49% não trabalhavam quando cometeram o ato infracional. 66% deles viviam em famílias consideradas extremamente pobres. No mesmo período, cerca de 40% deles respondiam pela infração de roubo, 3,4% por furto e 23,5% por tráfico¹⁷¹.

Já os delitos graves, como homicídio, correspondiam a 8,75%; latrocínio “roubo seguido de morte” 1,9%; lesão corporal 0,9% e estupro 1,1%. Entre os estados brasileiros com maior número de adolescentes privados de liberdade, em 2012, estavam São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco e Ceará¹⁷².

São Paulo se apresentou como o estado com o maior número relativo de jovens que cumprem medida socioeducativa com restrição de liberdade. Em 2012, a cada mil adolescentes paulistas, três estavam presos. No Acre, a proporção era de 2,6 para cada mil jovens. O Espírito Santo apareceu em terceiro lugar na lista, com 2,3 adolescentes presos para cada mil. Em números absolutos, os estados com mais jovens presos eram São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco e Ceará¹⁷³.

As unidades de internação de adolescentes têm se mostrado superlotadas em 16 estados, mas é no Maranhão que a situação se apresenta mais crítica. Um relatório publicado em 2013 pela Comissão de Infância e Juventude do Conselho Nacional do Ministério Público mostrou índices de superlotação superiores a 300% no estado. O Nordeste revelou ser a região que concentra as unidades de internação de jovens mais lotadas. De 2012 a 2013, foi registrada a fuga de quase 1.600 adolescentes no país, o que corresponde a 8,5% dos jovens internados¹⁷⁴.

À luz do exposto, verossímil estabelecermos uma correlação entre a baixa escolaridade e prática de atos infracionais, posto que o que se depreende dos dados supramencionados, é que dos adolescentes submetidos às medidas socioeducativas de restrição de liberdade, 51% não frequentavam a escola. Outra característica evidenciada pelos dados coletados é cor da pele, haja vista que no período analisado 60% dos adolescentes cumprindo medida restritiva de liberdade eram negros.

Inegável que a baixa escolaridade e o preconceito dificultam o desenvolvimento do indivíduo, criando, por vezes, barreiras intransponíveis as

¹⁷¹ SILVA, Enid Rocha Andrade da; at. al. O adolescente em conflito com a lei e o debate sobre e redução a maioria penal: esclarecimentos necessários. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, junho de 2015, p. 26. (Destaques meus).

¹⁷² SILVA, Enid Rocha Andrade da; at. al. O adolescente em conflito com a lei e o debate sobre e redução a maioria penal: esclarecimentos necessários. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, junho de 2015, p. 26.

¹⁷³ IBGE 2013, *apud* Fundo das Nações Unidas para a Infância. ECA 25 anos: estatuto da criança e do adolescente. Avanços e desafios para a infância e adolescência no Brasil. DF: UNICEF, 2015, p. 16.

¹⁷⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Relatório da Resolução n.º 67/2011. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relat%C3%B3rio_Interna%C3%A7%C3%A3o.PDF. Acesso em: 30 de nov. 2019.

quais impedem o jovem de por fim ao ciclo de pobreza e de subdesenvolvimento intelectual e humano que o cerca. Ademais, é possível evidenciar a pobreza como fator imbricado com a criminalidade infantojuvenil, eis que a pesquisa do IEPA apontou que 66% dos mesmos jovens privados de liberdade viviam em famílias consideradas extremamente pobres.

Daí que é possível perceber que os Capitães da Areia com sua pobreza, analfabetismo, abandonados pelo Estado, portanto, desprovidos de qualquer cidadania, sobejam presentes na sociedade brasileira. Uma triste e lamentável realidade que conta com um agravante, nos dispomos do mesmo talento que tinha nosso escritor Amado, para tão lírica, poética e assombrosamente denunciarmos a condição desses jovens que integram uma classe marginalizada e rejeitada.

Se hoje cá estivesse, talvez o escritor baiano se inspirasse a escrever novas obras de denúncia social envolvendo os menores marginalizados. E, certamente, não haveria razão para promover a queima de seus títulos em praça pública, a exemplo do que ocorreu no Estado Novo, há oitenta anos, eis que o verdadeiro escândalo é que mesmo passadas tantas décadas as histórias dos Capitães da Areia continuam se desenrolando na vida real, aos olhos de todos.

6 REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO DECLARAÇÃO DE IMPOTÊNCIA E FRACASSO A MODO DE CONCLUSÃO

Incontestemente a genialidade e o brilhantismo de Jorge Amado. Intelectual das letras que transcendeu a criação ficcional e desvelou e denunciou a ignóbil realidade das crianças abandonadas da Bahia.

Capitães da Areia quiçá o seu romance mais influente. Clássico entre as narrativas sobre a infância abandonada assombrou e encantou várias gerações de leitores e, infelizmente, permanece tão atual quanto à época em que foi escrito.

A história dos meninos pobres de Salvador analisada em conjunto com os dados do IPEA, nos faz perceber que quando se fala da imputabilidade do menor de dezoito anos, há muito mais do que o quesito da idade biológica, aparentemente a única preocupação da PEC 171/1993, sendo necessário aquilatar também as diferenças provenientes da condição social, cor da pele, escolaridade, estrutura familiar, etc.

A construção do ideário do menor de dezoito anos como inimigo a ser combatido, tal como vociferavam em *Capitães da Areia* a polícia baiana, o chefe do reformatório e as beatas da igreja do Padre José Pedro, e, igualmente, uma parcela da nossa sociedade hodiernamente, não encontra espaço se observarmos a vulnerabilidade do grupo social ao qual pertence o menor brasileiro em conflito com a lei.

Essa questão nem sempre tem se mostrado presente no discurso penal do tempo que nos toca viver, que, aparentemente, busca tão somente

recrudescer o sistema punitivo. Nessa toada, a PEC 171/1993 se revela absolutamente carente de justificativa pautada no melhor interesse da criança e do adolescente.

Em sua exposição de motivos, o autor da proposta, Deputado Federal Benedito Domingos, ventila argumentos no sentido de que a PEC 171/1993 tem por finalidade dar ao adolescente consciência de sua participação social, da importância e da necessidade do cumprimento da lei, desde cedo, como forma de obter cidadania, começando pelo respeito à ordem jurídica. Que o que se pretende com a redução da idade penalmente imputável para os menores de dezesseis anos é dar-lhes direitos e conseqüentemente responsabilidade, e não puní-los ou mandá-los para cadeia. “O moço hoje entende perfeitamente o que faz e sabe o caminho que escolhe. Deve ser, portanto, responsabilizado por suas opções¹⁷⁵”.

Ocorre que os dados socioeconômicos do nosso país revelam a ignóbil realidade em vivem os menores infratores, apontando, assim, a deficiência de políticas públicas nesse campo, pelo que, falaciosos os argumentos que militam a favor da redução da maioria penal. Se concretizada tal redução, ao menor infrator não será conferido direito algum, senão aquele de ser segregado da sociedade e colocado à mercê de um sistema prisional cuja falência está mais que provada. Portanto, de modo algum se sustenta a exposição de motivos da PEC 171/1993.

A partir de tais dados, observa-se que os direitos que de fato interessam à criança e ao adolescente como educação, saúde, lazer em alguma medida são negados aos menores em conflito com a lei, provavelmente, antes mesmo de estes assim se tornarem. Parcela considerável deles se mostrou em situação familiar precária, detentora de baixa ou nenhuma escolaridade, vítima de preconceito, dentre outras condições sociais desfavoráveis. Daí supor que estes têm, por certo, a capacidade de “calcular o desfecho de suas atitudes” é, no mínimo, uma conclusão obtusa e insensível.

Muitos dos defensores da PEC 171/1993 argumentam que há brasileiros que, não obstante inseridos em um ambiente familiar e social precários, conseguem se desvencilhar de tal realidade. Trata-se, pois, da tão famigerada ideia de meritocracia. Pensamento falacioso que, com efeito, olvida as desigualdades sociais e o quanto estas podem ser determinantes no desenvolvimento técnico e humano do indivíduo.

A meritocracia, nos termos em que é empregada pelos meios de comunicação de massa, fundamenta-se na exceção do determinismo social, o

¹⁷⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC 171/1993. Acesso em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1309709&filename=Avulso+-PEC+171/1993. Acesso em: 12 dez. 2019.

que é deveras incongruente, posto que exatamente por se tratar de exceção comprova a regra. Ou seja, que existe uma relação direta entre a distribuição desigual de oportunidades e o *déficit* no desenvolvimento intelectual e moral dos menores em conflito com a lei.

Assim sendo, é de se admitir que se aceitamos a redução da maioria penal, assumimos nossa impotência e fracasso ao tratar da proteção integral da criança e do adolescente, admitimos que falhamos. Porém, esta não pode ser a postura dos criadores e executores das leis, tarefas que devem sempre levar em conta a Constituição Federal, lembrando-se que esta tem como medida de todas as coisas a dignidade humana. Tampouco poderá ser a postura do leitor de Jorge Amado.

Capitães da Areia é, sem dúvida, um romance encantador do ponto de vista da criação literária. A obra também é inquietante, desconcertante. Verdadeira carta de denúncia de uma situação social gritante, de extrema pobreza, sobretudo em relação aos jovens e às crianças de Salvador. Por meio da história de vida das crianças abandonadas que vivem no trapiche, Jorge Amado revela a grande desigualdade e discriminação social. Revela, ainda, a importância dos laços familiares, especialmente na vida das crianças e adolescentes, eis que a família representa um dos alicerces da formação do indivíduo, do seu desenvolvimento humano e social. Tanto é assim, que o nosso texto constitucional fez questão de consagrar, dentre os direitos fundamentais da criança e adolescentes, o convívio familiar.

O romance possibilita o olhar do leitor sobre uma temática de caráter social que lamentavelmente tem se mostrado sempre atual, representada pelo abandono, discriminação e marginalização de crianças e jovens que vivem sob condições socioeconômicas precárias.

Verifica-se, também, a opressão de representações sociais que, em vez de buscarem a reintegração deste grupo à sociedade, contribuem com o seu total alijamento, não lhes oferecendo oportunidades de educação e inserção na vida comunitária.

Destarte, é de se concluir que a busca de soluções para o problema da criminalidade infantojuvenil não passa pela seara do direito penal, mas que pelo desenvolvimento e implementação de políticas públicas eficientes.

A opção pela diminuição da imputabilidade penal ensejará um quadro, no qual, ao invés de ter oportunidade para desenvolver sua potencial sociabilidade e construir um projeto de vida afastado da criminalidade, o adolescente acabará completando seu processo de formação na promiscuidade da penitenciária de adultos, convivendo com a violência física, psíquica, sexual, tornando-se ainda mais revoltado e violento, quando não passando a integrar organizações criminosas.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Jorge. Capitães da Areia. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- AGUIAR, Joselia de. Jorge Amado: uma biografia. São Paulo: Todavia, 2018.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. Princípios básicos de direito penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CASTRO NEVES, José Roberto de. A invenção do direito: as lições de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC 171/1993. Acesso em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1309709&filename=Avulso+-PEC+171/1993. Acesso em: 12 dez. 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 de nov. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Relatório da Resolução nº. 67/2011. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relat%C3%B3rio_Interna%C3%A7%C3%A3o.PDF. Acesso em: 30 de nov. 2019.
- BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.
- BRASIL. Lei nº. 8.069, de 1990. Arts. 115 e 121. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.
- DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ECO, Umberto. Sobre a literatura. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.
- GOMES, Marcelo. Menoridade penal: uma visão sistêmica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- GUARAGNI, Fábio André. Uma proposta de emenda constitucional e pelo menos dois pecados: a maioria penal antecipada por grupos de crimes. *In*: Menoridade Penal: crítica ao projeto de redução do patamar biológico de imputabilidade no sistema penal brasileiro. Paulo César Busato [org.]. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- HEIDEGGER, Martin. Ser e Verdade: 1. A questão fundamental da filosofia; 2. Da essência da verdade. 2. ed. Trad. de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2012.
- HEIDEGGER, Martin. Carta sobre o humanismo. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2005.
- IBGE 2013 *apud* Fundo das Nações Unidas para a Infância. ECA 25 anos: estatuto da criança e do adolescente. Avanços e desafios para a infância e adolescência no Brasil. DF: UNICEF, 2015.
- JAPIASSU, Hilton. Interdisciplinaridade e patologia do saber. Rio: Imago Editora Ltda., 1976.
- MATURANA, Humberto. La realidad: objetiva o construida; fundamentos biológicos de la realidad. Barcelona: Antropos, 1995.
- ROSENFELD, Kathrin Holzermayr. Os sentidos da literatura para o direito: o exemplo de Édipo Rei. *In*: Narração e normatividade: ensaios de direito e literatura. Judith Martins Costa [coord.]. Rio de Janeiro: GZ, 2013.
- SILVA, Artur Stamford da. Lições sobre Luhmann. Petrópolis: Vozes, 2016.
- SILVA, Enid Rocha Andrade da; et. al. O adolescente em conflito com a lei e o debate sobre a redução a maioria penal: esclarecimentos necessários. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, junho de 2015.

O DIREITO À EDUCAÇÃO E A INEFICÁCIA DO HOMESCHOOLING NO BRASIL A PARTIR DOS CONTORNOS DA PANDEMIA COVID-19

Jaime Domingues Brito ¹⁷⁶, Victória Santos Marques ¹⁷⁷

*“A educação é um processo social, é desenvolvimento. Não é a preparação para a vida, é a própria vida.”
(John Dewey)*

INTRODUÇÃO

Com a pandemia do Coronavírus, ocorreram inúmeras transformações, tanto nas áreas de tecnologia, política, economia, saúde, como na área da educação. De fato, o direito fundamental e social à educação, previsto nos artigos 6º, 205, 206 e 208, todos da Constituição Federal, é de uma importância indiscutível, posto que é através da educação, principalmente, que o cidadão pode mudar a sua realidade e qualidade de vida.

Com efeito, depreende-se da Constituição Federal que é dever do Estado prover a todos, indistintamente, educação gratuita de qualidade, por meio de escolas públicas, sendo dever também da família garantir que referido direito seja direcionado a crianças e adolescentes, visando ao seu pleno desenvolvimento, preparo para o exercício da cidadania e qualificação

¹⁷⁶ Professor titular, desde 1987, dos cursos de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na qual milita na Graduação, Mestrado e Doutorado. Leciona também no Curso de Pós-graduação de Direito Civil e de Processual Civil do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC), de Londrina, PR. Além de dedicar-se ao estudo do Direito Civil, investiga, também, o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil. Tem sido objeto de seus estudos e reflexões, em linhas gerais, assuntos ligados aos seguintes temas: os defeitos dos negócios jurídicos; a prescrição e a decadência; a reparação do dano material e imaterial; o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. Tem também investigado assuntos ligados à Bioética e Biodireito, bem como métodos para a utilização de precedentes no sistema jurídico brasileiro. Coordena, junto à Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), o Grupo de Pesquisa intitulado “Direitos fundamentais e a sistematização precedentalista no Brasil”. É advogado militante. Jacarezinho/PR, Brasil. E-mail: jaimebrito@hotmail.com. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7335560938139316>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5461-8514>.

¹⁷⁷ Mestranda em Ciência Jurídica na linha de pesquisa Função Política do Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Advogada. Bolsista pela CAPES e pela Fundação Araucária. Participa do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (INTERVEPES). Realiza pesquisas na área do Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Direitos Humanos e Fundamentais, com ênfase, ainda, em questões voltadas à Educação. Santa Cruz do Rio Pardo/SP, Brasil. E-mail: victorias_marques@hotmail.com. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7362662747182287>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8420-8412>.

para o trabalho. No entanto, a despeito de ser designada ao Estado a obrigação de prover a garantia à educação, é permitido que os particulares busquem outros meios para a efetivação e proteção desse direito. Um exemplo disso é a promoção da educação por intermédio das escolas particulares, o que é expressamente permitido pelo art. 206, inciso III, da CF/88.

Além disso, observa-se, pela leitura do inciso II do art. 206 da Constituição Federal, que o ensino provido por instituições de ensino – sejam elas públicas ou privadas – não é a única forma de concretização da educação, existindo outros métodos pedagógicos aptos a garantir o direito. Entre eles, pode ser citado o *homeschooling*, tido como o ensino no âmbito exclusivamente doméstico, dispensando-se para tanto a instituição escolar, o que é permitido em vários países e proibido em outros.

No Brasil, entretanto, apesar de a Constituição Federal dispor sobre a ampla liberdade de aprender e ensinar, não há muito consenso sobre a possibilidade ou não do exercício da educação exclusivamente domiciliar, não havendo também legislação específica que discorra sobre a questão.

E a discussão sobre a permissibilidade ou não do *homeschooling* no país se tornou mais acalorada, pertinente e atual, com a pandemia Covid-19, uma vez que nos últimos meses o âmbito educacional sofreu mudanças drásticas: uma parcela de crianças e adolescentes está sendo ensinada em casa virtualmente, enquanto outra parcela não está tendo qualquer tipo de aula nesse período. Na verdade, o que se discute é se, com a pandemia, haverá ou não a viabilidade de se consolidar o *homeschooling* no Brasil como meio alternativo à concretização do direito à educação.

Ou seja, é o ensino exclusivamente doméstico método apto a efetivar uma educação de qualidade? Essa é a problemática que o presente artigo visa debater.

Com relação à abordagem do tema, o artigo foi dividido em três partes. A primeira delas dispõe sobre os aspectos constitucionais do direito social à educação, tratando sobre os principais dispositivos da Constituição Federal que buscam regulamentá-lo e efetivá-lo. Na segunda parte do artigo, é feita uma exposição sobre a prática do ensino exclusivamente doméstico como método alternativo de promoção do direito à educação no Brasil e no mundo, trazendo seu conceito e tratando sobre os seus prós e contras. Além disso, é feita uma análise sobre o que entendeu o Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional, no Recurso Extraordinário 888.815, julgado em setembro de 2018, que cuidou diretamente da questão.

Por sua vez, na terceira e última parte do presente artigo são descritos os projetos de lei que visam permitir e proibir a prática da educação domiciliar no Brasil, sendo apresentadas as perspectivas do *homeschooling*, sua eventual

consolidação e normatização no ordenamento jurídico brasileiro, a partir dos novos contornos advindos da pandemia Covid-19. Finalmente, chega-se à conclusão de que o *homeschooling*, apesar de ser um método alternativo de promoção do direito à educação, não possui meios de ser implementado atualmente, por não proporcionar, de forma igualitária e sem segregação, uma educação de qualidade em todo o território nacional.

O método científico utilizado para a elaboração do presente artigo foi o dedutivo, por intermédio de uma explanação documental, com levantamento de dados e análise de sua significância, a partir de pesquisas bibliográficas, leitura de obras doutrinárias, outros artigos científicos, revistas jurídicas, e demais textos e materiais, incluída a análise de precedentes dos Tribunais, bem como leis federais e internacionais que tratam sobre o assunto. A pesquisa, pois, enquadra-se nas áreas de Direito Constitucional, Direito Civil (Livro IV, Direito de Família) e Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei nº 8.069/90).

1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO

Como se sabe, a educação é um direito humano e um bem público, competindo ao Estado a responsabilidade de garantir esse direito a todas as pessoas. Trata-se de um direito que transcende o indivíduo, atingindo toda a sociedade, pois é por meio da educação que o cidadão se verifica como sendo integrante do mundo, possuindo direitos e deveres (PESSANHA, 2013, online). O direito à educação é exigível, inalienável, indispensável, universal, independente, indivisível e integral, por consistir em um direito do cidadão e um dever do Estado, reconhecido tanto pelas constituições de diversos países, quanto pelos pactos e convenções internacionais, não se tratando de mero serviço (ROY, 2006, p. 30).

Sob o prisma jurídico, há uma certa aproximação entre os conceitos de justiça e educação, uma vez que tratando a justiça sobre questões ligadas aos direitos de igualdade, liberdade e democracia, acaba sendo uma outra forma de se verificar a educação (ESTEVÃO, 2004, p. 08-09). É indiscutível a influência que referido direito ocasiona na concretização da justiça social, sendo norma constitucional especial, por poder transformar a realidade de toda uma comunidade, configurando-se em um direito público subjetivo (LIMA, 2003, p. 27).

Quanto à Constituição Federal vigente, de 1988, tal diploma legal consagrou a educação como sendo um direito social fundamental no seu art. 6º, de titularidade de toda a sociedade, sendo imprescindível para uma vida digna, justa e igualitária. Trata-se, em verdade, de um direito de segunda geração ou dimensão. Contudo, apesar de constituir um direito fundamental e social – e, assim, de

aplicabilidade imediata, nos termos do § 1º, do art. 5º, da CF/88, sendo também cláusula pétrea (art. 60, § 4º, CF/88) – as normas que tratam especificamente sobre a educação, previstas nos artigos 205 a 214 da Constituição Federal, são de eficácia limitada, produzindo efeitos desde que outras leis as regulamentem (sejam elas de organização ou programáticas), o que demonstra a ligação direta da educação com as liberdades garantidas pelo Estado Democrático de Direito e o próprio exercício da cidadania (PESSANHA, 2013, online).

Com efeito, o art. 205, da CF/88, estabelece que 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 art. 206, da CF/88, por sua vez, elenca quais os princípios devem ser aplicados para a concretização do ensino, enquanto o art. 208, da CF/88, dispõe sobre os deveres do Estado com relação à educação, salientando que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito constitui verdadeiro direito público subjetivo, sendo que o seu não oferecimento pelo Poder Público, ou mesmo a sua oferta irregular, importa em responsabilidade da autoridade competente.

O art. 209, da CF/88, dispõe sobre a possibilidade da concessão da atividade de ensino à iniciativa privada, desde que respeitadas algumas regras e condições, com o cumprimento das normas gerais da educação nacional e autorização e avaliação de qualidade periódicas pelo Poder Público. O art. 211, da CF/88, trata sobre os papéis de cada ente federativo quanto à educação, cabendo precipuamente à União o cuidado com a qualidade de ensino e o apoio direto aos demais entes em matéria de educação, apesar da distribuição de responsabilidades também entre os Estados e municípios (PESSANHA, 2013, online). O art. 214, da CF/88, por fim, dispõe sobre o plano nacional de educação, e quais os objetivos em que deve se pautar.

Frise-se, por oportuno, que além de o direito à educação vir especificamente tratado nos artigos 205 a 214, da CF/88, há também outros dispositivos, ao longo de toda a Carta Magna, que tratam sobre o tema. O art. 22, inciso XXIV, da CF/88, por exemplo, estabelece ser de competência privativa da União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional. O art. 23, inciso V, da CF/88, afirma ser de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios proporcionar os mecanismos de acesso à cultura, à educação e à ciência, o que demonstra que a busca por uma educação de qualidade deve ser difundida por todos os entes federados. O art. 24, inciso IX e o art. 35, caput e inciso III, ambos da CF/88, permitem a quebra do pacto federativo, com a intervenção de um ente sobre o outro, se houver problemas relacionados à efetivação do direito à educação, o que comprova a importância desse direito social (PESSANHA, 2013, online).

Diante de todo o exposto, verifica-se que o legislador inovou ao declarar a educação um direito público subjetivo que deve ser efetivado, tendo como finalidade a universalização do ensino, com a retirada do analfabetismo e demais problemas educacionais da realidade brasileira, o que denota o caráter assistencialista da Lei Maior (LIMA, 2003, p. 77-78).

Ademais, o legislador elencou uma série de mecanismos para a concretização do direito à educação, podendo ser citado, como exemplo, a possibilidade de impetração dos remédios constitucionais de mandado de segurança coletivo e mandado de injunção, bem como o ajuizamento de ação civil pública, como forma de se recorrer ao Poder Judiciário para a garantia e proteção dos direitos educacionais (OLIVEIRA, 2018, online).

Nesse sentido, é importante salientar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm reconhecendo a vigência, como garantia constitucional implícita, do princípio da vedação de retrocesso dos direitos sociais. Isso significa que os atos que colidem com o âmbito de proteção já efetivado dos direitos fundamentais e sociais, mesmo que estejam sob uma aparente legalidade, poderão ser sempre impugnados judicialmente, por inconstitucionalidade (SARLET, 2013, p. 1.160).

A proibição de retrocesso social guarda relação com o princípio da segurança jurídica [...] e, assim, com os princípios do Estado democrático e social de Direito e da proteção da confiança, na medida em que tutela a proteção da confiança do indivíduo e da sociedade na ordem jurídica, e de modo especial na ordem constitucional, enquanto resguardo de certa estabilidade e continuidade do Direito, notadamente quanto à preservação do núcleo essencial dos direitos sociais. Ao mesmo tempo, a proibição de medidas retrocessivas reconduz-se ao princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF), assim como densifica o princípio da dignidade da pessoa humana, coibindo a afetação dos níveis de proteção já concretizados das normas de direitos sociais, sobretudo no que concerne às garantias mínimas de existência digna (SARLET, 2013, p. 1.160).

De todo até o momento exposto, conclui-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe diversos dispositivos que dispõem sobre o direito social e fundamental à educação, regulamentado por inúmeras regras legais, a fim de efetivá-lo. Disso se verifica que o problema da concretização desse direito no país não é a falta de leis que regulamentem e garantam às crianças, adolescentes e até mesmo adultos, uma educação de qualidade, mas sim a falta de aplicabilidade de tais leis e a falta de fiscalização pelo Estado.

E diante da falha da atuação, pelo Poder Público, na concretização de um ensino de qualidade aos cidadãos, muito se indaga se não seria possível

o oferecimento da aprendizagem não apenas por intermédio das escolas, mas também pela família, exclusivamente – prática denominada de *homeschooling*.

2 HOMESCHOOLING NO BRASIL E NO MUNDO, SEUS PRÓS E CONTRAS E O POSICIONAMENTO DO STF NO RE 888.815/2018

O *homeschooling* ou ensino doméstico é um método de aprendizagem em que os pais ou responsáveis assumem para si o efetivo controle sobre o estudo de seus filhos e dependentes, o que se dá fora do ambiente escolar e dentro do próprio lar. Isso não impede que o ensino seja direcionado por professores particulares ou que parte das aulas sejam feitas fora da residência (MOREIRA, Alexandre, 2017, p. 46).

De fato, o *homeschooling* possui diversas formas de exercício, seja por meio de um estudo estruturado, com um cronograma de atividades a ser seguido, seja mediante o estudo livre, em que o aluno busca o conhecimento nas áreas de seu interesse, dirigindo sua própria educação (prática denominada de *unschooling*, que compõe uma das formas de educação domiciliar), ou ainda pela utilização de recursos educacionais locais, não havendo impedimento na combinação de todas essas formas (BARBOSA, 2013a, p. 17).

Trata-se, em verdade, de um tipo de ensino que vem sendo praticado cada vez mais a nível internacional, uma vez que é permitido em mais de 63 países, entre eles os Estados Unidos da América (onde se encontra a maior população praticante da educação domiciliar), Canadá, Reino Unido, Portugal, África do Sul, Índia, entre outros (VIEIRA, 2012, p. 12), não sendo exclusivo de países já desenvolvidos. Na América do Sul, apenas o Equador permite expressamente o exercício do ensino doméstico. Na Colômbia, apesar desse tipo de aprendizagem não ser regulamentada, é tolerada (BARBOZA; KNIHS, 2017, p. 421-422), o que também ocorre no Chile e no Paraguai (ANED, 2020, online). Por outro lado, há países que proíbem expressamente o ensino doméstico, podendo-se citar entre eles a Alemanha, Grécia, Suécia e Turquia (BARBOZA; KNIHS, 2017, p. 423).

No Brasil, apesar de o *homeschooling* não ser expressamente permitido ou proibido pelo ordenamento jurídico, é um método exercitado por cerca de 15.000 estudantes, de 04 (quatro) a 17 anos de idade, estando presente em todas as unidades da federação, crescendo a uma porcentagem de 55% ao ano, contando com cerca de 7.500 famílias brasileiras praticantes (ANED, 2020, online).

Entre os motivos daqueles que optam por praticar esse método de ensino, podem ser elencados os seguintes: motivos sociais (a socialização oferecida pelas escolas é tida como negativa pela corrente favorável ao *homeschooling*, sendo que é no ambiente doméstico em que os menores encontrarão autoconfiança), acadêmicos (o *homeschooling* proporciona uma

melhor aprendizagem, por ser individualizado e adaptado às necessidades de cada aluno, com priorização das disciplinas realmente necessárias), familiares (as escolas desvalorizam o papel da família, propagando valores que lhe são contrários), e religiosos (a maioria das instituições de ensino transmitem uma ideologia materialista e cientificista, em desacordo com a espiritualidade, não existindo educação neutra) (MOREIRA, Alexandre, 2017, p. 67-68).

De fato, a corrente favorável à implementação do *homeschooling* no Brasil elenca como benefícios e vantagens para a sua prática o crescimento humano das crianças e adolescentes e o fortalecimento da estrutura familiar, com maior flexibilidade de calendários e horários de estudos, e a inexistência de um controle pela escola, o que não impede que o método clássico de ensino seja também empregado. Além disso, os pais e responsáveis legais, no *homeschooling*, ficariam mais próximos da educação dos filhos, com conteúdo e materiais mais avançados e aprofundados do que aqueles utilizados nas escolas, permitindo a formação completa do aluno e um alto desempenho acadêmico (BASTOS, 2018, online), com uma grande economia financeira por parte das famílias quanto a impostos e taxas escolares, além da economia ao erário público (MOREIRA, Andréa, 2017, p. 29).

Some-se a isso o fato de a Constituição Federal conferir uma ampla liberdade de aprender e ensinar no seu art. 206, recebendo a família especial proteção do Estado (art. 226), de modo que a opção pela educação domiciliar se insere no seu âmbito de autonomia (SILVEIRA, 2018, online), o que é corroborado, inclusive, pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB, Lei nº 9.394/96), que ao regular a educação escolar, não proíbe nem limita a promoção da educação por outros meios, conforme art. 3º, incisos II, III e IV (NAZARETH JÚNIOR, 2014, p. 12).

No mesmo sentido são os documentos e tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, os quais são favoráveis à liberdade familiar no que se refere à escolha do tipo de educação a ser direcionada aos estudantes (BARBOSA, 2016, p. 157). É o que se verifica, por exemplo, no art. 26º, item 3, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não havendo qualquer norma que determine uma única forma de aprendizado a ser adotada pelo Estado (ONU, 1948, online).

Os adeptos da implementação da educação domiciliar, ainda, aduzem que esse tipo de ensino satisfaz o melhor interesse dos estudantes, ao evitar os problemas decorrentes da massificação educacional promovida pelas escolas (MOREIRA, Alexandre, 2017, p. 123-124), o que fere a dignidade, o respeito e a diversidade (MOREIRA, Alexandre, 2017, p. 79).

Todavia, um dos argumentos mais fortes empreendidos pelos adeptos da aprendizagem doméstica é o relacionado à precária qualidade do ensino

disponibilizado pelo Poder Público atualmente. O ensino domiciliar, assim, protegeria os estudantes de qualquer forma de exploração, discriminação, violência, humilhação, e tantas outras degradações existentes dentro das instituições de ensino, efetivando o quanto estabelecido pelo art. 227, da Constituição Federal (NAZARETH JÚNIOR, 2014, p. 16). Ao mesmo tempo, o *homeschooling* em nada prejudicaria a existência do sistema escolar, servindo como caminho alternativo para a busca dos preceitos constitucionais (BARBOSA, 2013b, p. 73).

Os adeptos do *homeschooling*, pois, defendem que o que é determinante e imprescindível é a concretização do direito à educação, e não o ensino por meio da escola (BARBOZA; KNIHS, 2017, p. 408), cabendo ao Poder Público, no caso da escolha pelo exercício do ensino doméstico, uma atividade unicamente fiscalizatória, prevenindo qualquer tipo de abuso (NAZARETH JÚNIOR, 2014, p. 12), e garantindo um nível adequado de qualidade, com padrões mínimos de conhecimento a serem alcançados. Apenas em casos excepcionais o Estado poderia determinar a matrícula do estudante na instituição de ensino, tais como o conhecimento inferior do aluno, em comparação com os demais sujeitos da mesma faixa etária, ou quando a criança ou adolescente exprimissem o desejo em estudar na escola (SILVEIRA, 2018, online).

Por outro lado, os principais argumentos daqueles que discordam da implementação do ensino doméstico no Brasil são no sentido de que o direito à educação é um direito indisponível e personalíssimo, não podendo ser promovido exclusivamente no ambiente familiar, devendo, em verdade, ser efetivado também e principalmente pelo Estado, por meio das instituições públicas de ensino, cabendo aos pais e familiares, como único meio alternativo, a matrícula de seus dependentes em escolas particulares.

Para eles, o direito à educação deve ser encarado como um bem público, a ser promovido em um ambiente público, ao estar inserido em um contexto democrático e possibilitar um grau de educação comum a toda a sociedade para a difusão da tolerância, compreensão e exposição às diferenças, aliviando tendências radicais e segregacionistas (BARBOSA, 2013b, p. 263). As normas garantidoras da educação são normas de ordem pública, dotadas de imperatividade e obrigatoriedade, trazendo em sua essência o dever de matrícula dos estudantes em ambientes escolares.

Some-se a isso o argumento de que muitos pais não possuem um nível de formação mínima para prover uma educação de qualidade diretamente a seus filhos no ambiente doméstico, possuindo recursos mais reduzidos nesse âmbito (BARBOSA, 2013b, p. 126), o que denota a imprescindibilidade de profissionais da área psicopedagógica aptos a direcionar os estudantes a um ensino efetivamente qualificado (AVELINO, 2018, online).

Desse modo, as escolas caracterizam um ambiente muito mais adequado para a promoção da educação e da equidade do que as famílias,

que ao serem responsáveis pelo ensino de forma exclusiva podem ser tendenciosas, transmitindo apenas aqueles valores e ensinamentos que almejam, restringindo o acesso a informações necessárias para o amplo desenvolvimento, o que em muito prejudica os alunos (AVELINO, 2018, online), e que é bastante preocupante em uma sociedade pluralista e democrática (BARBOSA, 2013b, p. 267).

Saliente-se, por oportuno, que um dos principais argumentos a favor da obrigatoriedade da escolarização, defendido pela corrente crítica ao *homeschooling*, reside no fato de que a escola é também um ambiente de socialização e exercício da cidadania e vida política, pois ali são trabalhadas as diferenças, aprendendo os jovens a lidar com as regras que lhe são dirigidas, adequando-se às normas de convivência e bem comum (NOVAES, 2017, p. 13). Isso não significa que no ambiente doméstico não haja socialização, mas sim que ali a socialização não é exercida por completo (NOVAES, 2017, p. 37).

A escola seria, pois, um ambiente insubstituível onde as crianças e adolescentes seriam expostos com frequência a pessoas diferentes, em contraposição àquele ambiente ao qual estão naturalmente acostumados, o núcleo familiar. Essa condição de exposição a outro ambiente seria imprescindível à vida em sociedade (MOREIRA, Andréa, 2017, p. 40-41).

De fato, a família não tem como prover as inúmeras formas de experiência que são necessárias para o pleno desenvolvimento do cidadão (CHRIST, 2015, p. 14), uma vez que é na escola em que os jovens aprendem a conviver com a diversidade e o pluralismo social, sendo-lhes oportunizado construir novos valores e vivenciar experiências diferentes daquelas comuns de seu ambiente domiciliar, modificando a sua realidade (NOVAES, 2017, p. 37-38).

A reafirmação do valor da instituição escolar dá-se não só como locus de transmissão de conhecimentos e de zelo pela aprendizagem dos estudantes. Ela é uma forma de socialização institucional voltada para a superação do egocentrismo pela aquisição do respeito mútuo e da reciprocidade. O amadurecimento da cidadania só se dá quando a pessoa se vê confrontada por situações nas quais o respeito de seus direitos se põe perante o respeito pelo direito dos outros (CURY, 2006, p. 685).

Frise-se, por oportuno, que a grande maioria das famílias brasileiras não possui condições de empregar o ensino doméstico, que acaba sendo uma opção educacional viável apenas às classes mais abastadas, não abrangendo as camadas menos favorecidas financeiramente da sociedade (BARBOSA, 2013b, p. 262-265), de modo que a adoção do aprendizado exclusivamente doméstico

não alcança a sociedade como um todo, nem cumpre as finalidades sociais do direito à educação: a democratização do ensino e a busca da isonomia.

Diante desse cenário bastante polêmico e de duas correntes muito polarizadas que debatem acerca da permissão ou não do exercício do *homeschooling* no Brasil, o Supremo Tribunal Federal decidiu tratar sobre a questão no Recurso Extraordinário 888.815, em setembro de 2018, que teve reconhecida a sua repercussão geral (NOVAES, 2017, p. 15), por envolver interesse que abrange diversas famílias (BARBOZA; KNIHS, 2017, p. 413). Tendo como relator o Ministro Roberto Barroso, o RE concluiu que a Constituição Federal não proíbe, de forma expressa e absoluta, o exercício do ensino básico exclusivamente doméstico.

Apesar disso, são proibidas eventuais espécies de aprendizagem que não observem o dever de solidariedade entre a família e o Estado como principais sujeitos responsáveis pela formação educacional, sendo incompatíveis ao ordenamento jurídico brasileiro – e, portanto, inconstitucionais – “as espécies de *unschooling* radical (desescolarização radical), *unschooling* moderado (desescolarização moderada) e *homeschooling* puro, em qualquer de suas variações” (RE 888.815, 2018, p. 03).

Concluiu o STF que a educação exclusivamente doméstica não caracteriza direito público subjetivo do estudante ou de seus familiares, não sendo, contudo, vedada a sua regulamentação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, desde que para tanto sejam observadas a compulsoriedade do ensino básico a jovens de 04 (quatro) a 17 anos de idade, e a base comum curricular, devendo, ainda, haver a supervisão, avaliação e fiscalização do ensino pelo Poder Público, bem como o respeito às previsões trazidas pela Constituição Federal com relação às finalidades da educação, impedindo-se a evasão escolar e garantindo a socialização da pessoa em franco desenvolvimento, por intermédio da convivência familiar e comunitária, nos termos do art. 227, da CF/88 (RE 888.815, 2018, p. 03-04).

De fato, os efeitos dos fundamentos determinantes do precedente do STF são bastante atuais e pertinentes, mesmo que já tenha se passado quase três anos de sua decisão, uma vez que até o momento, e mesmo com a situação de pandemia, não foi promulgada lei que discipline especificamente sobre a possibilidade do exercício da educação doméstica no país. Há, entretanto, alguns projetos de lei que pretendem regulamentar a questão.

3 OS PROJETOS DE LEI QUE VISAM À IMPLEMENTAÇÃO OU PROIBIÇÃO DO HOMESCHOOLING NO PAÍS E AS SUAS PERSPECTIVAS A PARTIR DA PANDEMIA DO COVID-19

Quanto aos projetos de leis atuais que têm como objetivo permitir o *homeschooling* no país, em razão do aumento do seu exercício na última

década, pode-se citar o projeto de lei nº 3.179, de 2012, elaborado pelo deputado federal Lincoln Portela (PR-MG). O que referido projeto de lei propõe é adicionar um terceiro parágrafo ao art. 23 da LDB, para que seja possível a prática do *homeschooling*, com fiscalização e avaliação periódica de qualidade por órgãos próprios, a partir das diretrizes gerais estabelecidas pela Administração Pública (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2014, p. 41).

Além disso, o PL nº 3.261/2015, de autoria do então deputado federal Eduardo Bolsonaro (PSC-SP), também tem como finalidade permitir o exercício do ensino domiciliar no país, com a formulação de exigências pelo Poder Público para que haja a capacitação dos estudantes futuramente submetidos ao método de aprendizagem (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015, p. 09). Atualmente, tal projeto de lei se encontra apensado ao PL nº 3.179/2012, para votação conjunta (com aprovação ou rejeição), de modo que o debate quanto à permissibilidade ou não da educação domiciliar no Brasil permanece muito atual.

Em 2019, foi elaborado o projeto de lei nº 2.401/2019, assinado pela Ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Damarens Regina Alves, e por Abraham Bragança de Vasconcellos Weintraub, Ministro da Educação à época, o qual foi encaminhado à Câmara dos Deputados. Referido projeto de lei também busca permitir o *homeschooling* no país, promovendo mudanças no ECA (Lei nº 8.069/90), e na LDB (Lei nº 9.394/96).

O que se pretende, com esse projeto, é conferir aos pais a oportunidade de proverem de forma exclusiva a educação de seus filhos, assegurando a igualdade de direitos entre os estudantes matriculados em instituições de ensino e aqueles optantes do regime domiciliar, com formalização junto ao Ministério da Educação e renovação anual por meio de plataforma *online*; inclusão do plano pedagógico individual de cada aluno submetido ao *homeschooling*; e manutenção, pelos familiares, de registro periódico das atividades desenvolvidas pela criança ou adolescente em casa, com a realização de avaliações pelo MEC. O projeto de lei, ainda, prevê hipóteses de perda da possibilidade do exercício do ensino doméstico em caso de eventual reprova do aluno ou ausência injustificada nas avaliações anuais (PODER EXECUTIVO, 2019, p. 01-04). Referido projeto de lei foi anexado e está tramitando em conjunto com os projetos de lei nº 3.179/2012 e 3.261/2015.

Em contrapartida a esses projetos, foi proposto o projeto de lei nº 3.159/2019, pela deputada federal Natália Bonavides (PT-RN), que tem como finalidade determinar que o *homeschooling* não substitua a frequência à escola, proibindo-se expressamente o seu exercício, por entender ser o direito à educação um direito subjetivo inalienável e uma responsabilidade tanto do Estado quanto da família, de forma solidária. Tal projeto de lei também foi apensado ao PL nº 3.179/2012, aguardando decisão conjunta (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019, p. 01-04).

E apesar de a implementação do *homeschooling* já ser uma questão bastante polêmica, o tema adquiriu novos contornos e discussões mais acaloradas com a pandemia do Covid-19, que vem causando muita insegurança jurídica em razão do seu prolongamento e colocação do Brasil no ranking das nações com mais casos e mortes oriundos do Coronavírus.

Para os adeptos e já praticantes do ensino doméstico, a pandemia traz a oportunidade de o Congresso Nacional finalmente debater a questão, uma vez que em razão da necessidade de isolamento social para que não haja a transmissão do vírus, as aulas presenciais nas escolas públicas e privadas foram suspensas. Nessas situações emergenciais, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB, Lei nº 9.394/1996), permite o ensino à distância, conforme o art. 32, § 4º (KRAUSE, 2020, online).

Nesse sentido, tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 680/2020, de autoria da deputada Maria do Rosário (PT/RS), que pretende alterar o art. 24 da LDB (Lei nº 9.694/1996), com a flexibilização das horas letivas nos casos de pandemia, doenças infectocontagiosas ou outras situações graves e emergenciais. Isso significa que, se aprovado o projeto, as escolas teriam que cumprir uma carga mínima obrigatória de dias letivos, a qual, todavia, não é indicada (CORREA, 2020, online).

Ainda na Câmara dos Deputados, a deputada federal Dorinha Rezende (DEM-TO), apresentou em 2020 uma emenda à Medida Provisória 934, que regulamenta o ensino doméstico durante o período de isolamento. O conteúdo da emenda dispõe que a aprendizagem domiciliar ficará sob a responsabilidade dos pais ou tutores dos estudantes, com a articulação, supervisão e avaliação periódica pelos órgãos próprios dos sistemas de ensino (ALVIM, 2020, online).

Para não atrasarem em demasia seu calendário acadêmico, e a fim de não o comprometer, muitas escolas – principalmente as particulares – têm enviado atividades complementares virtualmente para os alunos, para que eles as realizem em casa, disponibilizando vídeo aulas para que o período de isolamento seja considerado como período letivo, sem que haja a necessidade de reposição. As escolas públicas, contudo, permanecem sem uma regulamentação e posição do governo quanto à questão (CORREA, 2020, online).

E a situação gera muita incerteza por vários motivos, uma vez que as famílias que estão em casa nunca ficaram tanto tempo isoladas sem que seus filhos pudessem frequentar o ambiente escolar. Some-se a isso o fato de que os estudantes precisam de auxílio para a realização de suas atividades, com orientação pelos pais e familiares para explicação e realização das lições e o acesso aos materiais disponibilizados virtualmente (CORREA, 2020, online). Ademais, durante a pandemia, a família tem de assumir uma das funções essenciais da escola, que é a de ser espaço de socialização, devendo a

convivência com os colegas ser adaptada a outros meios que não o presencial (VALADARES, 2020, online).

No entanto, a questão da educação nesse momento de isolamento é mais difícil do que aparentemente demonstra. Nem todas as famílias brasileiras possuem condições de auxiliar as crianças e adolescentes nesse período de quarentena com relação à aprendizagem. Muitos pais e familiares, nesse período, trabalham normalmente – seja no regime de *home office* ou mesmo presencialmente. Nesses casos, quem fica responsável por auxiliar e fiscalizar as atividades educacionais dos estudantes em casa? Todos possuem as ferramentas e estratégias necessárias para que o conhecimento seja direcionado de modo efetivo e para que haja a concentração dos menores nas tarefas que realizam?

Ressalte-se, todavia, que o atual regime de aprendizagem em casa não pode ser confundido com o *homeschooling*: a situação atual é de exceção, distante da realidade na qual o legítimo ensino doméstico é vivenciado pelas famílias que o praticam, uma vez que o *homeschooling* denota um ambiente de liberdade e não de confinamento imposto pelo Estado, com a possibilidade de realização de atividades no mundo exterior (LIMA, 2020, online).

A situação é diferenciada, porque não há tutoria ou professor contratado, nem desejo de educar o aluno em casa – é uma contingência. Além disso, os conteúdos ministrados são encaminhados pela escola em que o aluno está matriculado, não havendo qualquer escolha familiar. A hipótese, por advir de uma emergência, é isenta de qualquer cunho ideológico, como a negação do sistema de ensino ou escolha religiosa (CORREA, 2020, online).

O grande problema, contudo, reside em outra questão: na exclusão digital. Nem todos os estudantes possuem acesso a computadores e à internet de qualidade. Sabe-se que o acesso à Internet é tido pela ONU como um direito universal desde 2011, cabendo aos Estados a garantia desse direito. Entretanto, a realidade brasileira, no que concerne ao uso da tecnologia na educação, ainda é precária (KRAUSE, 2020, online).

De fato, uma pesquisa realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), entre agosto e dezembro de 2018, e divulgada em 2019, indicou que 58% dos domicílios no Brasil não possuem acesso a computadores e 33% não dispõem de internet, sendo que entre as classes mais baixas o acesso é ainda mais limitado. Os dados também indicam que nas áreas rurais nem mesmo as escolas têm acesso à rede de computadores: 43% delas afirmavam que o problema é a falta de infraestrutura para o sinal chegar aos locais mais distantes (VALADARES, 2020, online).

De acordo com a UNICEF, 154 milhões de estudantes estão sem aulas na América Latina e no Caribe, podendo a situação piorar, com risco de abandono

escolar definitivo, principalmente pelas camadas mais pobres da sociedade, que em situações como essa ficam ainda mais marginalizadas e desamparadas (VALADARES, 2020, online).

De fato, a atual situação da educação é muito delicada, principalmente para os estudantes das escolas públicas (visto que as escolas particulares estão, aos poucos, adaptando-se aos novos contornos oriundos da pandemia), uma vez que até o momento não há iniciativas concretas do governo para implementar outra forma de educação que não a presencial, abarcando todos os estudantes de modo uniforme e equânime. Vive-se, assim, uma situação de insegurança jurídica. A nomeação de vários diferentes ministros da educação, em dois anos, agravou sobremaneira a situação e demonstra a grande instabilidade no âmbito do ensino.

Em verdade, o problema atual é o mesmo que atinge o *homeschooling*: o isolamento necessário em razão da pandemia gerou um maior distanciamento e desigualdades no que diz respeito à transmissão do aprendizado aos estudantes, conforme o ambiente e a classe social a que pertencem.

[...] a forma compulsória e abrupta do *homeschooling*, amplamente utilizada como única alternativa, até então, para contemplar os alunos que se encontravam distantes das salas de aula, pode não ser eficaz para alcançar 100% do alunado, em especial oriundos de escolas públicas, tendo em vista que no Brasil, segundo o IBGE (2016) 51% dos brasileiros ainda não estão incluídos no mundo digital, ou seja, mais da metade da população, isso implica dizer que, no atual momento, a adoção precipitada do sistema *homeschooling* estará excluindo do processo de aprendizagem uma grande parcela de alunos que vivem em situação de vulnerabilidade socioeconômica, agravando-se mais ainda os inúmeros problemas sociais existentes em nosso país [...] (KRAUSE, 2020, online).

Com efeito, a educação básica, tanto no que diz respeito ao *homeschooling*, quanto às aulas virtuais em razão da pandemia, não pode ser reduzida a um mero instrumento, de forma que se esqueça que a escola é o marco de socialização e sociabilidade dos estudantes, sob pena de ignorá-la como sendo um local de construção da cidadania e da própria linguagem pública. O melhor interesse das crianças e adolescentes é mais importante que a liberdade de adoção do método de ensino pelas famílias (STRECK, 2018, online).

Nas atuais circunstâncias, uma educação similar à prática do *homeschooling*, mas de maneira compulsória, vem sendo utilizada entre os alunos pertencentes a escolas privadas, o que reafirma que a prática da aprendizagem doméstica, pelo menos no presente momento, no Brasil,

funciona mais como um meio segregacionista do que garantidor do direito à educação. O mais importante, atualmente, é a promoção da educação a todos os estudantes indistintamente, deixando-se em segundo plano eventual implementação do *homeschooling*. Essa instabilidade no âmbito educacional deve ser objeto de debate, uma vez que é muito preocupante que medidas transitórias ganhem caráter de permanência por conta da pandemia.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, depreende-se que a eventual implementação do *homeschooling*, no Brasil, impõe uma análise multidisciplinar, sendo imprescindível a análise da evolução das políticas de educação, sem esquecer as características sociais, culturais e econômicas do país. O legislador brasileiro não pode se embasar no sucesso do ensino doméstico em outros países desenvolvidos e com hábitos culturais diferentes para permiti-lo no ordenamento jurídico. O Brasil possui peculiaridades e características que lhe são próprias, as quais devem ser observadas e respeitadas para que haja a concretização de uma educação de qualidade.

De fato, a obrigatoriedade da escolarização dos jovens em idade escolar decorrente do dever de seus pais ou responsáveis em realizar suas matrículas em instituições de ensino, sob pena de responsabilização, é um importante instrumento de proteção dos interesses de crianças e adolescentes, trazendo mais benefícios do que malefícios para a sociedade, ao permitir o enfrentamento de problemas socioeconômicos que os distanciavam das escolas. As instituições de ensino, além de garantirem conhecimento e permitirem a melhoria da qualidade de vida, retiram os menores das ruas, reduzindo os índices de desnutrição e do trabalho infantil. É na escola onde os jovens recebem noções de cidadania e onde se promove uma verdadeira socialização com respeito às diferenças.

Verifica-se, disso, que o ambiente escolar, especialmente com relação às pessoas com menor poder aquisitivo (excluídas e marginalizadas da sociedade), é imprescindível para o desenvolvimento de crianças e adolescentes, ao possibilitar o desenvolvimento humano e social, sendo peça fundamental no Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a permissibilidade da prática do *homeschooling* no país tem muito mais um enfoque político do que jurídico, por dizer respeito ao posicionamento político assumido com relação à concretização e efetivação do direito à educação. E são muitos os desafios para tanto, uma vez que são necessárias políticas públicas voltadas exclusivamente a esse âmbito, com a fiscalização e a criação de órgãos, pelo Poder Público, capazes de avaliar a

qualidade do ensino transmitido a nível domiciliar, com uma rede de controle e cadastro das famílias que optarem pelo referido método de aprendizado. Há, contudo, muitas dificuldades para a implementação do ensino doméstico, pelo menos no presente momento no país, haja vista que se nem mesmo a rede pública de educação possui êxito e infraestrutura adequados, não há como garantir que o exercício do *homeschooling* não tenha também essas falhas.

A reformulação do sistema educacional já existente, com a melhoria de sua qualidade, é imperiosa, para que só então se possa debater sobre eventual implementação da aprendizagem doméstica no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de manifesta exclusão e discriminação daqueles que já são excluídos: os pobres. É uma utopia imaginar que o *homeschooling* possa ser estender em igualdade de condições a todas as camadas da sociedade atualmente, uma vez que nem todos possuem condições financeiras ou infraestrutura mínima – como o acesso a materiais e à internet – para arcar com referido método educacional. As escolas públicas ficariam ainda mais defasadas se fosse permitido o seu exercício.

E essas questões se reafirmam na atual conjuntura do país, em razão da pandemia do Coronavírus: somente os estudantes de instituições de ensino particulares, ou aqueles que possuam acesso à internet em suas casas, são quem têm as mínimas condições de continuarem o aprendizado básico no período de isolamento, o que constitui a minoria dos jovens brasileiros. Isso comprova que, em se tratando do direito social à educação, muito ainda deve ser feito para que os objetivos, valores e princípios constitucionais voltados à educação sejam devidamente alcançados.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Mariana. *Regulamentação do homeschooling ganha novo fôlego em Brasília com isolamento por coronavírus*. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52333702>. Acesso em: 04 ago. 2020.
- ANED, Associação Nacional de Educação Domiciliar. *Educação domiciliar no Brasil: Dados sobre educação domiciliar no Brasil*. 2020. Disponível em: <https://www.aned.org.br/conheca/ed-no-brasil>. Acesso em: 31 jul. 2020.
- ANED, Associação Nacional de Educação Domiciliar. *Educação domiciliar no Mundo: Dados sobre educação domiciliar no Mundo*. 2020. Disponível em: <https://www.aned.org.br/conheca/ed-no-mundo>. Acesso em: 31 jul. 2020.
- AVELINO, Amanda. *Ensino domiciliar: os prós e os contras do homeschooling*. 2018. Disponível em: <https://blog.estantemagica.com.br/ensino-domiciliar-pros-e-contras/>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Ensino em casa no Brasil: Análise histórica de seus aspectos legais*. Tese de Doutorado. Faculdade de Educação de São Paulo. São Paulo: USP, 2013a. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-07082013-134418/pt-br.php>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?* 2013b. 350 f. Monografia (Especialização) - Curso de Estado, Sociedade e Educação, Programa de Pós-graduação da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2013/33002010001P6/TES.PDF>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Homeschooling no Brasil: Ampliação do direito à educação ou via de privatização?* Educ. Soc., Campinas, v. 37, nº. 134, p.153-168, Jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v37n134/1678-4626-es-37-134-00153.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KNIHS, Karla Kariny. *O direito à educação domiciliar e os novos desafios ao Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário 888.815/RS, Lacuna legislativa e direito comparado*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional: Constituição, Economia e Desenvolvimento, Curitiba, v. 9, n. 17, p.399-430, 2017. Jul./dez. 2017. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista18/direitoEstefania.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- BASTOS, Josair. *Homeschooling: 10 razões para a educação familiar: Quando os pais retiram seus filhos da escola para a prática do homeschooling, eles encontram um grande tesouro: o crescimento humano dos filhos e por consequência o fortalecimento da estrutura familiar como um todo*. 2018. Disponível em: <https://www.semprefamilia.com.br/agora/homeschooling-10-razoes-para-a-educacao-domiciliar/>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- CHRIST, Mara Vicelle Ruviaro. *O ensino domiciliar no Brasil: Estado, escola e família*. Monografia. Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://docplayer.com.br/20327103-Universidade-tuiuti-do-parana-mara-vicelle-ruviano-christ.html>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- CORREA, Giselle. *Educação em casa em tempos de COVID-19: famílias confinadas, precisando conviver o dia inteiro terão de contribuir com o ensino dos filhos*. 2020. Disponível em: <https://www.plural.jor.br/artigos/educacao-em-casa-em-tempos-de-Covid-19/>. Acesso em: 04 ago. 2020.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. *Educação escolar e educação no lar: espaços de uma polêmica*. Educação e Sociedade. Campinas, v. 27, p. 667-688, out. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v27n96/a03v2796.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- ESTEVÃO, José Carlos. *Educação, Justiça e Democracia: um estudo sobre a geografia da justiça em educação*. São Paulo: Cortez, 2004.
- FUNDAÇÃO ABRINQ. *Caderno Legislativo da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Nywgraf

Editora, 2014. 374 p. Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/abrinq/caderno_legislativo_abrinq_2014.pdf. Acesso em: 04 ago. 2020.

KRAUSE, Marcus Periks Barbosa. *Homeschooling em tempos de Covid-19: uma prática de inclusão ou exclusão?* Prática de “homeschooling”, por meio de métodos online, sendo indiscutível, a necessidade de adoção de medidas alternativas para minimizar os impactos da perda de aulas. 2020. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/atualidades/homeschooling-em-tempos-de-covid-19-uma-pratica-de-inclusao-ou-exclusao.htm>. Acesso em: 04 ago. 2020.

LIMA, Jonatas Dias. *Coronavírus: associação pede urgente regulamentação do homeschooling*. 2020. Disponível em: <https://www.semprefamilia.com.br/blogs/blog-da-vida/coronavirus-associacao-pede-urgente-regulamentacao-do-homeschooling/>. Acesso em: 04 ago. 2020.

LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARQUES, Victória Santos. *Homeschooling: a obrigatoriedade da escolarização frente à opção pelo ensino domiciliar como método alternativo de concretização e efetivação do direito social à educação*. 2019. 128 páginas. Monografia Científica em Direito. UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná. Campus de Jacarezinho. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Orientador: Professor Doutor Vladimir Brega Filho. Coorientador: Professor Mestre Francisco Antônio Nieri Mattosinho. Jacarezinho-PR. 2019. Disponível em: https://biblioteca.uenp.edu.br/html/file.php?folder=material&file=victoria_santos_marques.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *O direito à educação domiciliar*. 1. ed. Brasília: Monergismo, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/303551238_O_direito_a_educacao_domiciliar/link/57483a0708ae707fe21fb791/download. Acesso em: 03 ago. 2020.

MOREIRA, Andréa de Barros Fernandes. *Um estudo sobre a constitucionalidade do homeschooling no Brasil*. 2017. 30 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/182460>. Acesso em: 03 ago. 2020.

NAZARETH JÚNIOR, Walter Julio de. *A educação domiciliar (homeschooling) no ordenamento jurídico brasileiro*. 2014. 27 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/xmlui/handle/ufjf/4974>. Acesso em: 03 ago. 2020.

NOVAES, Simone. *Homeschooling no Brasil: Um estudo sobre as contribuições do Ensino Domiciliar no desenvolvimento das competências individuais e na formação educacional*. 2017. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado Profissional em Administração, Fundação Pedro Leopoldo, Pedro Leopoldo, 2017. Disponível em: https://fpl.edu.br/2018/media/pdfs/mestrado/dissertacoes_2017/dissertacao_simone_novaes_2017.pdf. Acesso em: 03 ago. 2020.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. *A Constituição de 1988 e o Direito à Educação*. 2018. Disponível em: <http://www.anped.org.br/news/constituicao-de-1988-e-o-direito-educacao-por-romualdo-portela-de-oliveira-feusp>. Acesso em: 30 jul. 2020.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-21-30.html>. Acesso em: 03 ago. 2020.

PESSANHA, Vanessa Vieira. *Um panorama do direito fundamental à educação na Constituição Federal de 1988*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3557, 28 mar. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24050>. Acesso em: 30 jul. 2020.

PODER EXECUTIVO. *Projeto de Lei nº 2.401, de 17 de abril de 2019*. Dispõe sobre o exercício do direito à educação domiciliar, altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e

- bases da educação nacional. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichaDetramitacao?idProposicao=2198615>. Acesso em: 04 ago. 2020.
- ROY, Pierre Toussaint. Um direito inalienável, universal e integral. In: CAMPANHA Nacional pelo Direito à Educação. *A educação na América Latina: direito em risco*. São Paulo: Cortez, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dos direitos sociais: art. 6º*. In: José Joaquim Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck, Léo Ferreira Leony. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2013, v. 01, p. 1144-1166.
- SILVEIRA, Fernando Coutinho. *Constitucionalidade do Ensino Domiciliar (Homeschooling)*. 2018. Disponível em: <https://fernandocoutinho12.jusbrasil.com.br/artigos/585689424/constitucionalidade-do-ensino-domiciliar-homeschooling>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- STRECK, Lenio Luiz. *Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-27/observatorio-constitucional-homeschooling-tres-perguntas-fundamentais-teoria-decisao>. Acesso em: 04 ago. 2020.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF nega recurso que pedia reconhecimento de direito a ensino domiciliar*. 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389496>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- VALADARES, Marcelo. *Coronavírus faz educação a distância esbarrar no desafio do acesso à internet e da in experiência dos alunos*. Sem aulas, estabelecimentos de ensino têm adotado a educação a distância (EAD), com uso de computadores e atividades complementares, para dar continuidade à aprendizagem das crianças. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/03/23/coronavirus-faz-educacao-a-distancia-esbarrar-no-desafio-do-acesso-a-internet-e-da-inexperencia-dos-alunos.ghtml>. Acesso em: 04 ago. 2020.
- VIEIRA, André de Holanda Padilha. *“Escola? Não obrigado”: Um retrato do homeschooling no Brasil*. Monografia. Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <https://rothbardbrasil.com/escola-nao-obrigado-um-retrato-da-homeschooling-no-brasil/>. Acesso em: 03 ago. 2020.

O PAPEL DO EDUCADOR E DO JURISTA NA EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE PENSAR

Samia Saad Gallotti Bonavides¹⁷⁸

INTRODUÇÃO

Uma vez quando estava fazendo um discurso em homenagem a uma pessoa, numa cerimônia de posse, utilizei o poema “Cidadezinha qualquer” de Carlos Drummond de Andrade (2013).

*Casas entre bananeiras
mulheres entre laranjeiras
pomar amor cantar.
Um homem vai devagar.
Um cachorro vai devagar.
Um burro vai devagar.
Devagar... as janelas olham.
Eta vida besta, meu Deus.*

O Professor Doutor Luiz Edson Fachin estava presente na ocasião, e ainda não era Ministro do Supremo Tribunal Federal, embora seu nome, já fosse cogitado para esta alta corte desde aproximadamente o ano de 2010. Ele então compartilhou daquele momento de poesia e o compreendeu desde logo, por um processo de interação imediata. Sei disso porque depois ele fez uma expressa manifestação a mim.

Estava, no mesmo auditório, uma amiga querida, que me confidenciou ter temido, que eu não conseguisse contextualizar o conteúdo do poema com a fala de homenagem, ou seja, parece ter lhe faltado a interação, algo que tínhamos normalmente, em outras circunstâncias, como amigas que compartilhavam coisas comuns. Mas naquela ocasião não lhe chegou a poesia, embora ela tenha dito logo depois que, sim, eu tinha conseguido passar a mensagem, pois ela acabou compreendendo e contextualizando o trecho de Drummond.

Interação, no entanto, é aquilo que chega antes da compreensão, contextualizada ou não. E eu tinha conjugado na minha fala, além do “Cidadezinha qualquer”, um verso de outro poema do mesmo Drummond, “A flor e a náusea”, e também concluindo de acordo com o poeta, para dizer como argumento da minha fala e do meu sentimento de então: “Que tristes são as coisas, consideradas sem ênfase” (ANDRADE, 2012).

¹⁷⁸ Procuradora de Justiça e Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento Institucional. Coordenadora do NUPIA – Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição do Ministério Público do Estado do Paraná, Doutora em Ciência Jurídica e Professora universitária.

É que a base da interpretação do primeiro poema é justamente um verso quase ao final dele: “Devagar... as janelas olham.” Um dos sentidos ou uma das interpretações possíveis, é a de que, todos os seres (casas, bananeiras, mulheres, laranjeiras, pomar, amor, o cantar, homem, cachorro, burro) são retratados pela lente de um ser sem vida que é “a janela”, como uma fotografia de seres ou coisas em estado vegetativo. Por isso a exclamação ao final: “Eta vida besta, meu Deus.”

Para não ser “besta” e ser “vida”, tem que ter ênfase, ou alguma espécie de êxtase. Nesse ponto eu conjugo esta ideia lembrando de Humberto Maturana¹⁷⁹ que, numa palestra¹⁸⁰ salientou haver coisas que estão implicadas na compreensão do “ser vivo em suas circunstâncias”. E, desta forma: “A história individual de cada ser vivo transcorre exatamente nestes termos de interações recorrentes, nas quais se conserva a organização e a congruência com o meio, ou não se conserva e o ser vivo morre.” (MATURANA, 1993. p. 29)

Trata-se, segundo ele, de um raciocínio que é válido para qualquer sistema, na medida em que este não prescinde de interações com sua circunstância, sendo que nestas situações “ou se conserva a organização do sistema em congruência com sua circunstância e existe uma história de transformações, ou o sistema desintegra” (MATURANA, 1993. p. 29). Em assim sendo, a existência daquilo que permanece em nós correspondendo a uma essência (que é interativa), apesar de tudo que dinamicamente muda no mundo, é chamado de deriva:

Um barco à deriva no sentido de que alguém que esteja dentro de barco não pode fazer nada para determinar o seu trajeto. Permanece na deriva porque conserva sua organização de barco, porque no momento em que se quebrar não será mais um barco. E conserva a congruência com sua circunstância porque conserva a relação de flutuar, porque no momento em que afundar não estará mais na deriva desintegra-se, desaparece. (MATURANA, 1993. p. 29).

De maneira que não é difícil compreender como evoluem nossas concepções epistemológicas, embora continuemos tendo um eixo fundamental, uma vez que:

¹⁷⁹ O neurobiólogo chileno, que morreu este ano (2021) no início do mês de maio, ele que propôs o pensamento como sistêmico e foi, ainda, um construtivista radical, além de ser um crítico do realismo matemático e criador da teoria da autopoiese e da biologia do conhecer, juntamente com Francisco Varela.

¹⁸⁰ Na Universidade Católica de Santiago do Chile, em 20 de julho de 1990, para professores do ensino básico, denominada “Uma nova concepção de aprendizagem”, que depois de transcrita foi publicada na Revista Dois Pontos da UFSCAR, p. 28/35 – outono/inverno 93, v. 2. n. 15.

Todos os seres vivos existem em uma história de modificações estruturais sob interações recorrentes com sua circunstância, em condições de conservação de sua organização – que os define como seres vivos, como pertencentes á classe de sistemas que somos – e em congruência com sua circunstância. Quando isso interrompe ocorre a morte (MATURANA, 1993. p. 30).

Nossa principal questão como pessoas no mundo, interagindo, fazendo práticas individualmente ou em instituições, e, de uma forma ou de outra, implicados no fenômeno do conhecimento, ensinando e aprendendo, não é explicar as circunstâncias da morte (não se trata do fenômeno biológico, e sim do seu aspecto social, ou seja, de quando não conseguimos ter mais interações construtivas e evolutivas em relação ao conhecimento), mas sim o que nos determina como seres viventes e não realidades inanimadas, ou seja, sem *anima* (sem alma), quer dizer, vivendo de forma vegetativa e sem buscar transformações que possam estimular bons sentimentos para interferir na realidade social, e, assim, sermos para a coletividade, pessoas melhores em ideias e pensamentos compartilhados. Isso é muito o papel desempenhado pelos educadores, bem como pelos juristas, sendo a essência da pedagogia que nos liberta, pois quem se propõe a educar, precisa ser interagente, necessitando atuar em prol de uma vida “com ênfase”.

É importante falar de *educação* pura, ou de *educação* e exercício da jurisdição, de *educação* atividades institucionais, quando se pensa em expor ideias que se conjuguem para homenagear uma pessoa tão distinguida, quanto é o Ministro Luiz Edson Fachin, aliás, um eterno educador esteja onde estiver. Ele, como cada um de nós, reflete nas suas ideias os seus diversos momentos epistemológicos.

Somos então, nesta perspectiva, a mesma pessoa em essência, mas conformados em nossas circunstâncias, sentindo e interpretando os fenômenos sociais de uma maneira diferente, embora buscando manter a organização e congruência de nosso eixo estrutural, eis que os “seres vivos são sistemas determinados estruturalmente e tudo o que se passa com eles a cada instante resulta de sua dinâmica estrutural”, sendo que a mudança que se opera é uma contingência “à história de interações pelo encontro com os objetos. E nessa história de mudança estrutural, contingente à sequência de interações o ser vivo e suas circunstâncias mudam juntos. Este é o ponto crucial: o ser vivo e suas circunstâncias mudam juntos (MATURANA, 1993. p. 30).

Maturana cuidou de exemplificar esta situação, para sua reflexão ser mais concreta:

Todos nós temos experiência disso. Todos sabemos o que se passa com os sapatos que vão transformando junto com os pés, ou o que se passa com as roupas que vão se transformando

junto com o corpo. Todos sabemos o que ocorre quando usamos um paletó ou um par de sapatos durante algum tempo. Mas se comprássemos dois pares de sapatos idênticos e guardássemos um deles e, depois de dois anos, decidíssemos que já usamos bastante um dos pares e que vamos experimentar o par que estava guardado, descobriríamos que já não nos serve tão bem quanto quando compramos. Mas os sapatos usados nos servem bem! O que se passou é que os pés mudaram juntos! Então esses pés já não são os mesmos que eram quando compramos os sapatos. E embora o par guardado fosse idêntico ao outro, já não nos serve bem. Pés e sapatos mudam juntos em uma história de alterações estruturais (MATURANA, 1993. p. 31).

E, para ele, é o que acontece também conosco, em nossa vida à deriva, em qualquer atividade à qual nos propomos a fazer, tudo depende das condições em que vamos deslizando ao realizar algum ato: esquiar, caminhar, correr (MATURANA, 1993. p. 31). Nosso papel como seres humanos entretanto é o de manter as interações, bem como nossa essência.

Por isso à pergunta sobre o que é o ato de educar, Maturana responde ser uma coisa muito simples, consistente em “configurar um espaço de convivência desejável para o outro, de forma que eu e o outro possamos fluir no conviver de uma certa maneira particular”. Isso tem que se dar, por meio de um convite, de modo que aquele que eventualmente seja o que aprende esteja disposto à esta convivência, e, “nessa convivência, ambos, educador e aprendiz, irão transformar-se de maneira congruente (MATURANA, 1993. p. 32).

1 A EPISTEMOLOGIA E O PODER: A CONSTRUÇÃO E A TRANSFORMAÇÃO DO CONHECIMENTO

A educação, o conhecimento e seus saltos estão diretamente relacionados à epistemologia, compreendida como o estudo metodológico do conhecimento¹⁸¹, ou seja, a forma como se conhece, como são dominados os pressupostos que configuram uma visão que cada um tem das coisas. Este é o

¹⁸¹ O conhecimento propicia então a construção de sentidos, sendo importantes os significados para o indivíduo ou para a coletividade, eis que as situações de ruptura deles provoca abalos, inseguranças, influenciando a opinião pública, desestabilizando certezas, e, portanto, não funcionam bem, razão da necessidade de sua construção e aprofundamento, por meio de reflexões filosóficas, por exemplo, ou por meio do conhecimento e das experiências científicas, quando são apresentadas as “provas” conclusivas sobre as teorias, e, para Michel Foucault (2005, p. 17) “o conhecimento, no fundo, não faz parte da natureza humana. É a luta, o combate, o resultado do combate e conseqüentemente o risco e o acaso que vão dar lugar ao conhecimento”.

âmbito das perguntas que devem ser feitas sobre o “ser”: o que é o homem, o que é o mundo, o que é conhecer.

Tais questões, além de filosóficas, são também científicas, como podem estar no âmbito de outros saberes e percepções, como por exemplo, no campo espiritual e metafísico. E, nessa linha de reflexão, cada pessoa tem uma concepção dos fenômenos do ponto de vista filosófico, ou seja, uma forma de interpretar os acontecimentos, os fatos, o que também é válido para a família, para as instituições e cada grupo social. Porque as epistemologias podem ser diferentes, em razão dos elementos herdados e intuitivos, além dos que resultam das experiências, comunicações e interações que acontecem nas experiências em sociedade.

Com base nisso, Gregory Bateson, antropólogo, estudioso da comunicação e importante precursor do pensamento sistêmico novo-paradigmático¹⁸², afirmou que: “Todo mundo tem uma epistemologia e quem diz que não tem, tem uma epistemologia muito ruim” (PAKMAN, 1988, p. 35 *apud* VASCONCELLOS, 2002).

Ocorre que, além disso, há dois modos pelos quais podem ser percebidos os assuntos que permeiam o estar no mundo e também o funcionamento da sociedade: um deles corresponde ao pensamento hegemônico, e de outro lado, há o bloco composto de outras formas de lidar com os assuntos que dizem respeito a estes temas, correspondendo aos que não estão alinhados com um entendimento unitário. E assim a vida social é compreendida ou por um entendimento padrão ocidental, ou está no âmbito de outras formas de assimilar os acontecimentos e ordená-los, segundo valores diferentes.

O peculiar aspecto de funcionamento¹⁸³ dos agrupamentos sociais é também resultado de estruturas específicas, que decorrem do exercício do poder. A base teórica ocidental eurocêntrica exerceu na modernidade, forte e decisiva influência sobre uma parte significativa do mundo. Nossa própria tradição tem suas referências nessa base teórica, que é responsável pelo padrão de desenvolvimento nos países europeus e americanos.

Há pois que se considerar a questão relacionada ao poder que atua na sociedade, além de aspectos relacionados à epistemologia, especialmente

¹⁸² Um paradigma é aquilo que delimita o que há para ser resolvido num determinado campo, e contém um padrão de racionalidade e consenso aceito até então pela comunidade científica. A evolução da ciência ocorre pela revolução, quando se substitui o paradigma, rompendo com o anterior.

¹⁸³ Georg Simmel e Max Weber são autores alemães que, numa perspectiva clássica foram responsáveis pelas primeiras elaborações sociológicas (na Alemanha), relativamente à questão das ações sociais. Para Simmel o que conhecemos como sociedade é o resultado de sínteses de ações sociais recíprocas (SIMMEL, 1986, p. 15), ou, ainda, que a sociedade é constituída por distintas formas de ação recíproca: *‘Un grupo de hombres no forma sociedad porque exista em cada uno de ellos por separado un contenido vital objetivamente determinado o que le mueva individualmente’* (SIMMEL, 1986, p. 17).

a compreensão da importância que tem a *distância epistemológica* em relação ao objeto a ser conhecido, e também os obstáculos cognitivos, os quais se manifestam como obstáculos que impedem o avanço da compreensão sobre questões relativas ao ser, ao mundo, ao conhecer, e tudo o que decorre disso para a organização social e para o exercício do poder, sabendo-se que não há nisso neutralidade, sendo tais ações políticas, traduzindo as determinações operadas pelas forças dominantes.

De acordo com Luiz Fernando Coelho, a ontologia da sociedade real e histórica é “o único fundamento seguro para a compreensão dos problemas humanos, a única hipótese válida para a reconstrução real e conceitual do homem e da própria sociedade”, de modo que, “o estudo das relações sociais, que envolve a dinâmica e as transformações dos grupos, prevalece sobre a consideração estática de critérios para os definir” (1987, p. 132-133).

Desse modo, os vínculos existentes tanto no plano individual quanto no grupal, são baseados nas relações de *poder*. Este, por sua vez

pele tratamento que lhe dá a ciência política, virou eufemismo para dissimular o fato da *dominação*: ela se caracteriza pela existência, na sociedade, dos que mandam e dos que obedecem; mais ainda, a dominação se transmuta em opressão e provoca a reação libertadora: essa dialética da opressão e do reagir à opressão é uma constante na história da humanidade e tem várias formas de manifestar-se; quando a reação atinge certo grau de conscientização, pode ser denominada libertação (COELHO, 1987, p. 133).

Nesse sentido, quando ele afirma que a “sociedade só pode ser autenticamente compreendida em função desse dualismo: *dominação versus libertação*”, já esclarece que a sociedade contemporânea “é muito mais complexa do que sua simples redução a esse dualismo” (COELHO 1987, p. 133), e tal complexidade já se apresenta como uma dificuldade inicial, havendo que se considerar as muitas dimensões que permeiam o ser humano, como objetividade e subjetividade na dimensão das questões relativas ao próprio indivíduo, a vida, o mundo, as estruturas sociais, entre o ser (sentido humano) e o ter (sentido material).

Pois, para Coelho, é difícil identificar os dominadores e os dominados, e dentro destes grupos dominantes e dominados, há subgrupos respectivamente dominantes e dominados, e estes se articulam com outros grupos micros sociais, sem que em cada grupo exista a consciência dessa posição social, podendo estar dominados a serviço dos dominantes, sem existir uma separação clara de oprimidos e opressores (a não ser em casos extremos, como nas ditaduras, no uso da força das armas, por exemplo). Estabelece-se, então, uma dialética que se apresenta como “o choque de duas tendências, a

opressora e a contra opressora, ou libertadora, mas que pode ser evidenciada, esta segunda, também como uma forma de opressão. Ou seja, os indivíduos ou grupos, em suas inter-relações, podem viver contraditoriamente a opressão e a contra opressão” (1987, p. 133).

E ainda há outro aspecto desta opressão instalada na consciência dos oprimidos, de forma cada vez mais presente e forte, que é o fato dela não ser um fenômeno delimitado pelas fronteiras geográficas de um país, mas se projeta no âmbito das relações internacionais, de tal sorte que hoje se fala com a maior naturalidade em povos e países opressores e oprimidos, sem que isso signifique necessariamente a dominação guerreira, como ocorreu no passado; hoje em dia os povos opressores têm formas mais sutis, e exercem sua dominação pela ciência, pela tecnologia, pela arte, pela destruição dos valores culturais dos oprimidos mas, principalmente, pelo controle de sua economia, eufemisticamente, os povos oprimidos são chamados de “em desenvolvimento”, ou ainda, “terceiro mundo” (COELHO, 1987, p. 133-134).

Para ser efetivada a lógica do domínio pelo poder é utilizado, então, o discurso ideológico, de modo a que divisões e diferenças sejam tidas como simples acontecimentos da vida, ou seja, uma diferenciação natural relativa às condições existenciais de cada um, a fim de não serem percebidas da forma correta, isto é, como fruto de uma situação plural e conflituosa decorrente de um conjunto de circunstâncias decorrentes do funcionamento social, com causas estruturais.

A visão que sublima a realidade social, a ignorando solenemente, torna-se uma verdadeira condição necessária para o exercício do poder unitário, sobre a totalidade do conjunto de pessoas, promovendo no espaço público a veiculação das percepções incorretas, pois tudo seria diferente, se não houvesse a deturpação ideológica.

Assim é que os conflitos estruturais, que são ínsitos à vida coletiva, como parte dela, precisando de soluções no plano coletivo e compartilhamento de responsabilidades, são ideologicamente escamoteados como se fossem apenas conflitos individuais, quer dizer, problemas afetos a esta ou aquela pessoa, inadaptada para a vida social. Há indivíduos ou grupos de indivíduos que são tidos como *disfuncionais*, ou, a representação do mal, antes já compreendidos como sendo fruto do pecado e da maldição, requerendo a tomada de medidas fortes, sanções, penas, segregação, ou seja, a existência de uma reprovação física (e moral) para ser possível o restabelecimento da *ordem* no corpo social.

Ocorre que, o discurso ideológico é normalmente feito de lacunas, mas não é que exista uma opressão apesar das lacunas, ou do que não está totalmente dito e nem alcançado, e sim porque ele se apresenta como algo que seria coerente, por causa das lacunas, ou seja, ao não abranger tudo, ao não dizer tudo, que ele se reafirma como ideológico, e nem pode ser preenchido com um conteúdo melhor, porque aí representaria uma outra ideologia.

Refletindo, com o auxílio sempre fundamental de Marilena Chauí, em assuntos relativos à cultura e ideologia, há questionamentos que podem ajudar no desenvolvimento de um raciocínio, na linha de continuar a fazer conexões necessárias para que se compreenda a força do conhecer/não conhecer corretamente o nosso estar no mundo.

Ela pergunta provocativamente, também focada nos aspectos paralisantes do pensamento hegemônico:

Afinal, não vivemos sob o signo de um mundo cuja eficácia decorre da forma que possui para universalizar, generalizar e homogeneizar tudo quanto fazemos e pensamos, reduzidos à condição de simples suportes de uma racionalidade idêntica que perpassa a vida econômica, social e política? (CHAUÍ, 1981, p. 45)

Há um cenário das decisões centralizadas e impostas, aquelas que partem da *autoridade*, e há um outro, que representa um conhecimento horizontal e construído coletivamente, cuja potencialidade para criar o sentido de comunidade é bem maior. E assim, não há como negar que a interlocução e a horizontalidade fornecem um resultado mais útil e proveitoso para a sociabilidade, na medida em que isso implica em construção de convivência, aproximação e compartilhamento das diferenças, com elementos para o reconhecimento das dificuldades em relação aos que estão em outras condições.

2 COMPREENDENDO A DISTÂNCIA EPISTEMOLÓGICA E OS OBSTÁCULOS COGNITIVOS

Para que esta interlocução não seja longa demais e que cheguemos a mais um ponto interessante da conjugação destas ideias, é preciso dizer que as distâncias epistemológicas cumprem um papel significativo quando se trata de conjecturar questões relativas ao avanço do conhecimento, às visões diferenciadas, a outras proposições, enfim.

O que seriam estas distâncias em relação ao objeto de nossas reflexões, é afinal é algo difícil de conceituar, tendo Paulo Freire preferido dizer o seguinte:

Se perguntado por um aluno sobre o que é “tomar distância epistemológica do objeto”, respondo-lhe que não sei, mas que posso vir a saber. Isso não me dá a autoridade de quem conhece, dá-me a alegria de, assumindo minha ignorância, não ter mentido. E não ter mentido abre, para mim, junto aos alunos, um crédito que devo preservar. Eticamente impossível teria sido dar uma resposta falsa, um palavreado qualquer (FREIRE, 1997, p. 96).

Segundo ele, existe a necessidade de se olhar criticamente para as ações que realizamos, ainda que ele falasse de procedimentos didáticos, ou seja, relativos ao ensino em escolas, visando aprimorar estas práticas, e a isso ele denominou de distanciamento epistemológico (FREIRE, 1997).

Eis, pois, um exercício interessante, quando falamos em distanciamento, o fato de que nos concedemos certos momentos de reflexão crítica, naquele caminho de redescoberta do conhecimento, de seu aperfeiçoamento, o que pode se dar em diversas ocasiões em nossa vida, incluindo as ligadas à nossa atuação profissional, que requer essa constante renovação das concepções científicas, teóricas e técnicas.

É neste campo do pensamento crítico, quando são efetivamente tensionadas nossas ações e as respectivas deduções repetitivas e automatizadas, a respeito de causas e efeitos das desordens no meio social, que é possível obter, a partir da observação constante das nossas experiências empíricas e dos novos ares reflexivos, algo que consiga dar conta da necessidade de produção de diferentes resultados. Isso se opera com alguma eficiência na presença de uma atitude de verdadeira imersão no processo, e a isso se pode chamar de “distanciamento epistemológico”, como mencionado e propagado por Paulo Freire.

Como realizar mais intensamente esta atividade reflexiva, depende muito das nossas escolhas, podendo acontecer por meio das mesmas perguntas que nos auxiliam no processo do *conhecer*, perquirindo sobre o que fazemos e a fundamentação teórica de sustentação. É que as propostas que sustentam hoje as instituições democráticas, estão fundadas nos propósitos de emancipação social e de inclusão. Além disso, estamos, por força do estágio civilizacional, animados e sintonizados globalmente, em torno de temas sociais importantíssimos, cujo tratamento interseccional e transversal se mostra dos mais urgentes: o racismo estrutural, o sexismo, e as consequentes desigualdade de gênero, raça e renda, que se confluem como o resultado de uma meticulosa e perversa forma de organizar a manutenção do *status quo*. Por isso a necessidade de que façamos questionamentos complementares: realmente concordamos com isso? Não há como fazer diferente?

Isso nos leva à questão dos obstáculos cognitivos, aqueles que impedem a evolução do pensamento, o que é algo muito importante neste momento, interferindo em decisões, porque justamente essa permanência num raciocínio circular, tendente à manutenção de práticas e ideias que se repetem, produzindo sempre o mesmo resultado, impedem o avanço na compreensão de temas cruciais para a humanidade.

Nessa perspectiva epistemológica, a ideia de que o conhecimento tem um forte caráter social e histórico foi objeto de constatação, com diferentes nuances, por autores como Karl Mannheim, Émile Durkheim e Wilhelm

Jerusalem. Isso depende também muito do sujeito, ou seja, onde ele está inserido, o seu ambiente de relações pessoais e profissionais. Pois, a depender deste *local*, poderá ele ter uma percepção diferente de um determinado fenômeno. Isso estará condicionado ao seu *locus* de interação, bem como à coletividade de pensamento, consideradas ainda as características que influenciam e interferem, em diferentes cenários.

Pretendo simplificar a abordagem dos obstáculos cognitivos, a partir de um exemplo dado por Álvaro Pires no artigo “Alguns obstáculos a uma mutação humanista do direito penal¹⁸⁴”, quando ele se refere à “garrafa de moscas” para tecer críticas em relação ao nosso entendimento sobre a matéria penal. É que para ele, além de servir para “certas experiências”, também “serviram para elucidar de alguma maneira como reagimos, do ponto de vista do conhecimento, em algumas circunstâncias” (1999, p.65).

Descreve então a garrafa, utilizado trecho de Watzlawick a respeito:

[essas garrafas] tinham uma larga abertura em forma de funil, dando a aparência de segurança às moscas que se aventuravam no gargalo sempre mais estreito do recipiente. Uma vez no bojo da garrafa, a única maneira de a mosca poder sair era servir-se do mesmo conduto estreito pelo qual entrara. Porém, vista de dentro, ele lhe parecia ainda mais estreito e perigoso do que o espaço no qual ela se encontrava prisioneira (1988, p. 269, apud PIRES, 1999, p.66).

O erro consistia em que a saída era procurada sempre no espaço que cuja conformação se apresentava aparentemente mais aberto, parecendo ser o mais seguro, localizado no fundo da garrafa, o que levava as moscas à morte, embora existisse uma saída que não estava interrompida. Portanto, a única solução era a que parecia ser a menos indicada e a mais perigosa, e, apesar disso, as soluções imaginadas, levavam sempre ao mesmo lugar, sem saída (PIRES, 1999, p. 66).

Estaríamos nós, também, como uma das heranças da modernidade, metidos, em matéria jurídica, numa “garrafa para moscas”, ou seja, numa armadilha, consistente em estar sempre convencidos daquilo que por nós é tido como conclusão inabalável, no que diz respeito às decisões que já foram tomadas no passado, de modo que esta noção de *obstáculo*, da forma como concebida por Álvaro Pires, “não remete então a dificuldades políticas dos governos, etc. – mas a sistemas de pensamento que têm por efeito expulsar o que suscita problema no modelo de justiça concebido na época moderna” (PIRES, 1999, p. 67).

A pretensão que ele teve não foi mais que questionar “certos princípios ou maneiras de pensar que são tidas por conhecimento e que causam um

¹⁸⁴ Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 1, nº1, jan./jun/1999, pp. 64 a 95.

certo embaraço” embora, não ousemos discutir abertamente. Por serem questões “importantes e perturbadoras” é que vale a pena falar delas, e não sistematicamente contorná-las, em razão da dificuldade que é a discussão aberta a respeito delas (PIRES, 1999, p. 68).

Estes problemas que se verificam, são o que um filósofo das ciências e químico francês, Gaston Bachelard, chamou de obstáculos epistemológicos (BACHELARD, 2006), enquanto Álvaro Pires chama de obstáculos, tão somente, ou obstáculos cognitivos.

Portanto, se Thomas Kuhn legou sua noção de paradigma e revolução científica, Edgar Morin, por sua vez, foi o responsável pela leitura da complexidade, Bachelard contribuiu mediante uma concepção de obstáculos epistemológicos, de forma que, a se compreender que, por meio de metodologia própria, em forma de diálogo com o pensamento de outros, é que vai sendo processado o progresso científico. Então esta noção referente aos chamados obstáculos epistemológicos, que também foram incorporados à experiência teórica de Michel Miaille, em sua *Introdução Crítica ao Direito* (1979), redundando da ideia de se atingir a melhor forma de superação daquilo que retém os avanços, possibilitando a evolução do conhecimento científico, em sede, também e principalmente, da ciência do direito.

Um problema cognitivo ocorre, conforme explicou Álvaro Pires, dando uma palestra no Brasil¹⁸⁵, quando “as ideias que um sistema judicial julga ainda apropriadas, boas e interessantes, começam a impedir a emergência e generalização e a estabilização de melhores ideias, de melhores estruturas e práticas sociais dentro do sistema mesmo” (PIRES, 2011, p. 29). Ele então exemplificou da seguinte forma, que torna tudo bem fácil de compreender:

(...) hoje as ideias consideradas sexistas e racistas não constituem mais um obstáculo epistemológico neste sentido. Nos anos 50, se a gente observasse as decisões da corte suprema americana, na primeira metade do século XX, sobretudo, onde ainda havia um racismo muito forte, as ideias racistas eram utilizadas amplamente nas decisões do judiciário para motivar. Hoje isso desapareceu, isso não significa que as ideias racistas e sexistas não possam persistir na prática de maneiras subterrâneas, mas significa que um sistema correria um risco enorme, se tentasse motivar publicamente uma ação com base nessas ideias (2011, p.29).

Por serem então uma forma de bloqueio cognitivo, as concepções que são valorizadas há um tempo, costumam demandar mais esforços para ser

¹⁸⁵ Proferida no VII CONEPA – Congresso Nacional de Alternativas Penais, integrante dos Anais do evento p. 24-35, 2011.

possível tomar, em relação a elas, consciência, e também de se concluir que são obstáculos para a evolução do pensamento (PIRES, 2011, p. 29).

O direito se apresenta como problema, muitas vezes, em outros tantos aspectos e ocasiões. Peter Sloterdijk nos faz lembrar de Luhmann, como o “grande fomentador da reflexão sistêmica”, sendo que este teria usado “uma espécie de metabiologia para analisar os sistemas sociais e, muitas vezes, referiu-se ao direito como um sistema de imunologia social” (MORIN, SLOTERDIJK, 2021, p. 27). De fato, e abrindo um parêntesis, lembro que esta comparação, remete ao fato de que nem sempre os sistemas imunológicos são perfeitos, posto que muitas pessoas o têm comprometido por uma doença ou disfunção que é autoimune, e se caracteriza pela destruição dos entes iguais: células, órgãos ou o próprio ser. Isso também acomete o direito, que, não por acaso, provoca malefícios sociais, mantendo, contribuindo ou exacerbando problemas estruturais.

Isso pode estar relacionado aos obstáculos e, ainda, ao fato de que tem faltado alguma sabedoria, talvez. Nas palavras de Peter Sloterdijk, tornou-se cada vez mais raro se conectar com a sabedoria, que foi excluída de nossa vida comum, sendo que o “século XX nos legou uma mensagem: não é suficiente mudar o mundo se não mudamos ao mesmo tempo o indivíduo” (MORIN, SLOTERDIJK, 2021, p. 33-34). Certo que, nos dias de hoje é preciso alguém que assuma esse intrincado problema ético, de responsável por levar adiante um projeto comum (MORIN, SLOTERDIJK, 2021, p. 35).

Dialogando, nesta novíssima obra *Tornar a terra habitável*, com Sloterdijk, Edgar Morin pondera no sentido de que embora precisemos muito, agora, de sabedoria, ela não pode ser uma sabedoria à moda antiga, com total controle da razão, “porque uma vida totalmente racional seria delirante” (MORIN, SLOTERDIJK, 2021, p.36), e “uma sabedoria moderna tem que manter um diálogo permanente entre a razão e a paixão” (p. 38). Finalmente ele chega no ponto do qual eu parti, no sentido de que “a sabedoria da vida não pode limitar-se `temperança, à moderação, à sobriedade”. Mas, principalmente Edgar Morin nos fala da necessidade que tem a vida humana de poesia e de êxtase, “seja ele comunitário, estético, lúdico e, com frequência, tudo isso junto” (MORIN, SLOTERDIJK, 2021, p. 39).

É nesta confluência de tantos modos de pensar que a gente precisa muito homenagear homens e mulheres que se dedicam a este esforço verdadeiramente descomunal e constante, para imprimir saltos do conhecimento, nas ciências, na filosofia, na psicologia, no direito, entre tantas áreas de conhecimento que são de interesse social e comunitário. Registro então aqui cumprimentos de toda uma comunidade que reconhece a grandeza intelectual de pessoas como o Ministro Luiz Edson Fachin, aquele eminente educador de sempre, aberto a produzir constantes interações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que menos precisamos hodiernamente é de fechos ou finalizações, nem mesmo de conclusões ou considerações finais, para encerrar as trilhas das ideias e dos pensamentos, posto que a nós incumbe, cada vez mais, as aberturas sistêmicas, principalmente de cunho cognitivo, as compreensões ampliadas e abrangentes, a constante reformulação das concepções epistemológicas, e precisamos promover interações com os outros.

Principalmente, ainda, temos parte na tarefa de exercitar a tolerância com relação aos sentidos e significados, que abraçando a diversidade nos conduzam a solos mais férteis em termos da produção de reinterpretações do mundo e dos fenômenos, para que, assim, talvez, depois de alertados pelas reflexões de Peter Sloterdijk, nos curemos da autodestruição, conseguindo formas de fazer cessarem os ataques da nossa autoimunidade, que o direito também encerra, para além do seu papel de imunizante social.

Retomo o Drummond lá do meu início, e o coloco na companhia de Morin, ambos fazendo o apelo à poesia e à necessidade da vida humana ser estimulada pela ênfase e pelo êxtase, porque não podemos ter uma vida vegetativa e nem um cotidiano estático, cada vez mais ensimesmado e involutivo, apenas observado por janelas à espreita, enquanto vamos indo, de forma despreocupada e cegamente...devagar.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Carlos Drummond. *A rosa do povo*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2012.
- ANDRADE, Carlos Drummond. *Alguma poesia*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2013.
- BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*. Trad. de Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Portugal, Edições 70, 2006.
- BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico: contribuições para a psicanálise do conhecimento*. Trad. Estrela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1994.
- CHAUÍ, Marilena de Sousa. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 2. ed. São Paulo: Ed. Moderna, 1981.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, Curitiba, UFPR, 1987.
- DURKHEIM, Emile. *Da divisão do trabalho social*. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- MATURANA, Humberto. Uma nova concepção de aprendizagem. *Revista Dois Pontos - UFSCAR*, p. 28/35, v. 2. n. 15, 1993.
- MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*. Rio de Janeiro: Editora Zahar. 1968.
- MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Lisboa: Moraes, 1979
- MORIN, Edgar; SLOTERDIJK. *Tornar a terra habitável*. Trad. de Edgard de Assis Carvalho e Fagner França, Natal, RN: EDUFRN, 2021
- PIRES, Álvaro. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, ano 1, nº 1, jan./jun. p. 64-95, 1999
- PIRES, Álvaro. Palestra proferida no VII CONEPA – Congresso Nacional de Alternativas Penais. Anais do evento, p. 24-35 2011.
- SIMMEL, Georg. *Sociología – Estudios sobre las formas de socialización*. Madrid: Alianza, 1986
- VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico, o novo paradigma da ciência*, 2. ed., Campinas, SP: Papirus, 2002.
- WATZLAWICK, Paul. La mouche et la bouteille à mouches, dans P. Watzlawick (éd.) *L'invention de la réalité*. Paris:Seuil, 1988.

DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA: UM DEBATE NECESSÁRIO

Beatriz Spindler de Oliveira Leite¹⁸⁶, Hellen Martins Quadros¹⁸⁷,
Larissa Zanardini Oliveira Moro¹⁸⁸

INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais, conforme defende a doutrina constitucional mais especializada¹⁸⁹, constituem o núcleo essencial das Constituições modernas, e em regra, são direitos que objetivam dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja por meio do reconhecimento de liberdades e garantias, seja por meio de prestações positivas da Administração Pública. Em outras palavras, verifica-se que os Direitos Fundamentais são garantidos pelo Estado¹⁹⁰ por meio de variados programas e ações governamentais que visam à efetivação das mais variadas liberdades e garantias fundamentais preceituadas em nossa ordem jurídica.

Estes programas de governo são as chamadas políticas públicas, e são constituídas e determinadas dentro do círculo de discricionariedade dos agentes políticos, sendo, portanto, atos próprios de governo, e tipicamente emanados pelos Poderes do Estado, em especial do Poder Executivo, no exercício de sua atividade administrativa¹⁹¹.

¹⁸⁶ Promotora de Justiça atuante na Promotoria de Justiça de Proteção à Educação de Curitiba e no Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça da Criança e do Adolescente e da Educação, pós-graduada em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná.

¹⁸⁷ Assessora Jurídica do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça da Criança e do Adolescente e da Educação, Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade IFederal do Paraná.

¹⁸⁸ Assessora do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça da Criança e do Adolescente e da Educação, Pós-graduada em Direito Público pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR.

¹⁸⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 82; PUCCINELLI JÚNIOR, André. A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20-31; FACHIN, Melina Girardi. Fundamentos dos Direitos Humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 17; PÉREZ LUÑO, António Enrique. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 2004. p. 45.

¹⁹⁰ Confira-se a lição de Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA, referente à relação entre Direitos Fundamentais e Estado: “é sabido e aceito que os direitos fundamentais atuam como limites positivos e negativos à atuação do Estado, e, por consequência, à atuação do legislador, ou seja, devem atuar de modo a não os contrariar, bem como têm o dever de promovê-los, restringindo e direcionando, dessa forma, a atuação dos representantes eleitos pelo povo”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e Democracia. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.). Direitos Humanos e Democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 277-293. p. 278.

¹⁹¹ TAMER, Sergio Victor. Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre: Sergio Antonio

Em outras palavras, quer-se dizer que a Constituição da República acaba por definir os direitos essenciais a serem garantidos por meio das ações estatais.

Assim, é obrigação do Poder Público a execução de políticas públicas para promover os objetivos de bem-estar e justiça sociais, especialmente assegurar os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, em especial, o direito à educação, e mais especificamente destacado neste ensaio, o direito à inclusão educacional das pessoas com deficiência e necessidades especiais.

A inclusão de pessoas com deficiência é um desafio encontrado diariamente em nossa realidade social, cuja superação demanda esforços de todos os integrantes da coletividade, desde as autoridades até os cidadãos comuns. Essa necessidade, vale dizer, perpassa diversos aspectos da sistemática que se pretende alterar, dentre os quais, destaca-se, aqui, o âmbito educacional.

Tamanha a importância que comporta a criação de soluções para essa problemática, que a própria Constituição Federal, prevê o atendimento educacional a pessoas com deficiência como Direito Fundamental a elas conferido, atribuindo-se ao Estado o dever de concretizar tal garantia.

Ocorre que, muito embora a luta para que as políticas públicas sejam mensuradas na perspectiva inclusiva, ainda persiste uma tendência de manutenção de escolas especiais – num viés de segregação – para educação de alunos com necessidades consideráveis de adaptações na proposta curricular.

Como se verá adiante, no Brasil, as concepções para a inclusão e para a efetiva mudança apresentam um descompasso, vez que se encontram espelhadas em diversas declarações internacionais, assim como na Carta Constitucional e legislações contemporâneas, mas nem sempre devidamente traduzidas em políticas eficientes, vez que nem todo aluno com deficiência se encontra devidamente incluído em uma escola regular.

No trabalho que ora vem ao conhecimento público, analisar-se-á mais cuidadosamente a questão da educação da pessoa com deficiência e sua inclusão no ambiente educacional.

1 EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A história da educação especial no Brasil percorreu, com recuos e avanços, a caridade humana, o confinamento, a integração e, atualmente, impera a concepção da inclusão dos estudantes com deficiência, preferencialmente, nas escolas regulares.

A vedação de segregação e de discriminação das pessoas com deficiência não é um movimento que ocorre há muito tempo. Foi a partir da década de 1960 que as instituições voltadas unicamente para o atendimento das pessoas com deficiência começaram a ser criticadas, seja em razão do interesse do

Fabris, 2005. p. 37-47.

sistema, pelo alto custo em manter a população institucionalizada que, por sua vez, se mantinha improdutiva na condição de segregação, pela reflexão sobre os direitos humanos, pelas críticas ao sistema de organização sociopolítico-econômica, o qual defendia a diminuição das responsabilidades sociais do Estado na busca da redução do ônus populacional, ou em razão dos estudos de parte da academia científica que considerava o modelo prejudicial¹⁹².

Em razão disso, até o início dos anos de 1980, vigorou o princípio da normalização/integração que prevê o afastamento da pessoa com deficiência das instituições segregadoras e a provisão de alternativas institucionais, denominadas organizações ou entidades de transição, que preparam as pessoas com deficiência para ter condições de vida o mais próximo possível das pessoas “normais”¹⁹³.

Contudo, no início da década de 1990, parte da academia, instituições e organizações da sociedade civil começaram a disseminar a insuficiência da normalização/integração no asseguramento da participação, igualdade de oportunidades e, também, no combate à discriminação, pois continuava sendo segregativa, focada em modificar o indivíduo com deficiência e não a sociedade em termos de modificação de espaços físicos e práticas sociais¹⁹⁴.

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 e, com mais ênfase, da década de 1990, após a Declaração de Salamanca, que passou a ser difundida a concepção da educação especial no viés inclusivo, onde o atendimento educacional das pessoas com deficiência deve ocorrer dentro da escola regular que, por sua vez, deve dispor de todos os apoios pedagógicos necessários para garantir o acesso, a permanência e o sucesso escolar desse alunado¹⁹⁵.

O ideal proposto, portanto, é a inclusão de forma radical, completa e sistemática, onde todos os alunos, com ou sem deficiência, devem frequentar a sala de aula do ensino regular, cabendo às classes e escolas especiais ser apenas um local de atendimento para complementar ou suplementar, e nunca substituir, o ensino¹⁹⁶, concepção fortemente estabelecida pela Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva de Educação Inclusiva de 2008

¹⁹² ARANHA, Maria Salete Fabio. Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência. In Revista do Ministério Público do Trabalho. Ano XI, nº 21, março, 2001, p. 160-173.

¹⁹³ ARANHA, Maria Salete Fabio. Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência. In Revista do Ministério Público do Trabalho. Ano XI, nº 21, março, 2001, p. 160-173.

¹⁹⁴ SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão. Construindo uma Sociedade para Todos. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

¹⁹⁵ JANNUZZI, Gilberta de Martino. A educação do deficiente no Brasil: dos primórdios ao início do século XXI. 3. ed. rev. Campinas, SP: Autores Associados, 2012 (coleção educação contemporânea), p. 159.

¹⁹⁶ MANTOAN, Maria Teresa Eglér. Inclusão escolar: O que é? Por quê? Como fazer?. São Paulo: Summus Editorial, 2015, 96p, p. 27,28,40.

do Ministério da Educação¹⁹⁷ e pelo Decreto nº 7611, de 17 de novembro de 2011, que dispõe sobre o atendimento educacional especializado.

Cumpra lembrar que o processo inclusivo das pessoas com deficiência no sistema educacional geral é marcado de forma inequívoca no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual a escola regular deve ser sempre, reforça-se, obrigatoriamente, inclusiva.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo os princípios fundamentais que norteiam a condução da nação, dentre os quais destacamos a cidadania, a dignidade da pessoa humana, uma sociedade livre, justa e solidária, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação e a prevalência dos direitos humanos. Para além disso, denota que o ensino deve ser ministrado em igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e que o atendimento educacional especializado deve ocorrer preferencialmente na rede regular de ensino. O aplicador da lei, quando da interpretação dos dispositivos infraconstitucionais, deve sempre se pautar nesses valores, inclusive na jurisprudência, quando levado ao Poder Judiciário.

No mesmo enfoque, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁹⁸, da qual o Brasil é signatário¹⁹⁹, em seu artigo 24, assegura um sistema educacional inclusivo em todos os níveis onde as pessoas não sejam excluídas sob a alegação de deficiência²⁰⁰, propondo, para isso, acesso ao ensino primário inclusivo de qualidade e gratuito, ao ensino secundário em igualdade de condições; adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais; apoio, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua educação e maximizar o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

¹⁹⁷ BRASIL. Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva. Brasília: Ministério da Educação/Secretaria de Educação Especial, 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

¹⁹⁸ BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Senado Federal, 10 jul 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm. Acesso em: 29 ago.2021.

¹⁹⁹ Equivalente à norma constitucional e, portanto, considerada cláusula pétreia, conforme instituiu a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

²⁰⁰ Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Artigo 2. “Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável; (...)

Ademais, destaca-se o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Federal nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que teve seu advento na Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, recepcionada pela Constituição com *status* de emenda constitucional, por força do art. 5º, § 3º. A referida normativa também assegura o aprimoramento do sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, a fim de garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a *inclusão plena* (grifo nosso), bem como veda a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza nas mensalidades, anuidades e matrículas pelas instituições educacionais privadas quando da admissão do alunado com deficiência.

No tocante às leis infraconstitucionais, vislumbra-se o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990 que, nos moldes da Constituinte, assegura à criança e ao adolescente com deficiência um atendimento educacional preferencialmente na rede regular de ensino; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei Federal n 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que prevê a garantia do atendimento educacional especializado gratuito aos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação preferencialmente na rede regular de ensino, bem como a Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprovou o Plano Nacional de Educação (PNE), vigente entre o período de 2014 a 2024, que, especialmente em sua Meta 4, estabelece:

Universalizar, para a população de 4 (quatro) a 17 (dezessete) anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados²⁰¹.

As principais estratégias apresentadas pela Meta 4, do referido Plano, revestem-se de extrema importância à medida que exemplificam parâmetros a serem seguidos pelos entes públicos, objetivando materializar a possibilidade de efetivo acesso dos alunos com deficiência na rede regular de ensino:

(...)

4.3) implantar salas de recursos multifuncionais e fomentar a formação continuada de professores e professoras para o

²⁰¹ BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm Acesso em: 30 ago. 2021.

atendimento educacional especializado nas escolas urbanas, do campo, indígenas e de comunidades quilombolas;

4.4) garantir atendimento educacional especializado em salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados, nas formas complementar e suplementar, a todos (as) alunos (as) com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, matriculados na rede pública de educação básica, conforme necessidade identificada por meio de avaliação, ouvidos a família e o aluno;

4.5) estimular a criação de centros multidisciplinares de apoio, pesquisa e assessoria, articulados com instituições acadêmicas e integrados por profissionais das áreas de saúde, assistência social, pedagogia e psicologia, para apoiar o trabalho dos (as) professores da educação básica com os (as) alunos (as) com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação;

4.6) manter e ampliar programas suplementares que promovam a acessibilidade nas instituições públicas, para garantir o acesso e a permanência dos (as) alunos (as) com deficiência por meio da adequação arquitetônica, da oferta de transporte acessível e da disponibilização de material didático próprio e de recursos de tecnologia assistiva, assegurando, ainda, no contexto escolar, em todas as etapas, níveis e modalidades de ensino, a identificação dos (as) alunos (as) com altas habilidades ou superdotação;
(...)

4.8) garantir a oferta de educação inclusiva, vedada a exclusão do ensino regular sob alegação de deficiência e promovida a articulação pedagógica entre o ensino regular e o atendimento educacional especializado;
(...)

4.10) fomentar pesquisas voltadas para o desenvolvimento de metodologias, materiais didáticos, equipamentos e recursos de tecnologia assistiva, com vistas à promoção do ensino e da aprendizagem, bem como das condições de acessibilidade dos (as) estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação;
(...)

4.16) incentivar a inclusão nos cursos de licenciatura e nos demais cursos de formação para profissionais da educação, inclusive em nível de pós-graduação, observado o disposto no caput do art. 207 da Constituição Federal, dos referenciais teóricos, das teorias de aprendizagem e dos processos de ensino-aprendizagem relacionados ao atendimento educacional de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.²⁰²

²⁰² BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação -

Todos os dispositivos legais garantem a inclusão educacional de alunos com deficiência, conferindo obrigatoriedade a todas as escolas participantes do sistema educacional brasileiro, sejam elas públicas ou privadas.

2 A POLÍTICA DA SEGREGAÇÃO NA CONTRAMÃO DA INCLUSÃO

Apesar das políticas públicas serem redimensionadas para o viés inclusivo, leis e atos normativos conservaram a manutenção das escolas especiais, mantidas quase sempre pelas instituições privadas-filantrópicas, para o atendimento educacional dos alunos que não consigam ser incluídos no sistema regular de ensino em razão de suas dificuldades.

Assim, permanece sob a responsabilidade das escolas especiais privadas filantrópicas a educação dos alunos com graves comprometimentos e necessidade de adaptações curriculares significativas, e da escola regular o acesso aos alunos com deficiência “quando possível”, “desde que aptos” e “se alcançarem o mesmo ritmo dos demais”²⁰³.

Nesse sentido, mais recentemente, foi sancionado o Decreto Presidencial nº 10.502, de 30 de setembro de 2020, que institui a nova Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida, cujo objetivo é implementar programas e ações para a garantia dos direitos à educação e ao atendimento educacional especializado aos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação. O inciso VI do artigo 2º do documento legal prevê escolas especializadas para o atendimento educacional dos alunos da educação especial “que não se beneficiam, em seu desenvolvimento, quando incluídos em escolas regulares inclusivas e que apresentam demanda por apoios múltiplos e contínuos”. Da previsão do atendimento em espaços segregados, consta, ainda, a prioridade da decisão da família sobre o melhor atendimento ao alunado, se em escolas especiais ou regulares, indo, portanto, na contramão das práticas educacionais inclusivas asseguradas no sistema educacional brasileiro, como se expõe abaixo:

Art. 3º São princípios da Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida:
(...)

VI – participação de equipe multidisciplinar no processo de decisão da família ou do educando quanto à alternativa educacional mais adequada;

PNE e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm Acesso em: 30 ago. 2021.

²⁰³ MANTOAN, Maria Teresa Eglér. Inclusão escolar: O que é? Por quê? Como fazer?. São Paulo: Summus Editorial, 2015, 96p, p. 49.

(...)

Art. 6º São diretrizes para a implementação da Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida:

I - oferecer atendimento educacional especializado e de qualidade, em classes e escolas regulares inclusivas, classes e escolas especializadas ou classes e escolas bilíngues de surdos a todos que demandarem esse tipo de serviço, para que lhes seja assegurada a inclusão social, cultural, acadêmica e profissional, de forma equitativa e com a possibilidade de aprendizado ao longo da vida;

(...)

IV - priorizar a participação do educando e de sua família no processo de decisão sobre os serviços e os recursos do atendimento educacional especializado, considerados o impedimento de longo prazo e as barreiras a serem eliminadas ou minimizadas para que ele tenha as melhores condições de participação na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

O Decreto propõe, portanto, que o atendimento educacional especializado ocorra unicamente em escolas especiais exclusivas sob a ingerência do poder familiar, enquanto a diretriz vigente na Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva de Educação Inclusiva de 2008 garante que essas “não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência”²⁰⁴.

Importa registrar que essa polaridade entre o consenso e dissenso do atendimento dos alunos com deficiência em escolas especiais ou regulares sempre existiu na política pública de educação especial brasileira, tendo em vista que os serviços destinados à pessoa com deficiência, ofertados pelas instituições privadas assistenciais, filantrópicas e religiosas, antecederam o próprio serviço estatal por meio das escolas públicas²⁰⁵. Com o passar dos anos, podemos verificar que, dependendo da estrutura governamental, as ações estatais apresentam-se ora mais ora menos inclusivas.

De toda sorte, atribuir às instituições especializadas de caráter privado a responsabilidade pelo atendimento educacional especializado diminui a atuação estatal na promoção da educação inclusiva nos sistemas regulares de ensino além de criar um sistema paralelo de educação, visto que essas escolas recebem verbas tanto do poder público quanto de entes privados, bem como

²⁰⁴ BRASIL. Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva. Brasília: Ministério da Educação/Secretaria de Educação Especial, 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021. p. 11.

²⁰⁵ SILVA, Vera Lúcia Ruiz Rodrigues da. Educação Especial no Paraná: a coexistência do atendimento público e privado nos anos de 1970 e 1980. 1. ed. Curitiba: Appris, 2017, p. 105.

não estão atreladas totalmente as regras educacionais gerais, como, por exemplo, acontece com a permissibilidade de festas sociais para arrecadação de verbas, o que é veementemente proibido para as escolas do ensino comum.

Neste especial ponto, destaca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6590-DF²⁰⁶, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB NACIONAL, em face do mencionado Decreto nº 10.502/2020, justamente devido ao fato de tal normativa desconstruir o ideal da inclusão preferencialmente na rede regular de ensino e, de certa forma, apoiar a superespecialização das instituições que prestam atendimento exclusivo em educação especial, de forma a trazer um retrocesso pela retomada das ações de segregação já superadas na legislação nacional, internacional e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

No pleito, o Supremo Tribunal Federal referendou, em dezembro de 2020, por maioria, a liminar anteriormente concedida pelo Ministro Dias Toffoli, suspendendo a referida normativa, com base nos preceitos constitucionais estabelecidos na Carta Magna, no que se refere ao acesso à educação para pessoas com deficiência. Veja-se:

O paradigma da educação inclusiva, portanto, é o resultado de um processo de conquistas sociais que afastaram a ideia de vivência segregada das pessoas com deficiência ou necessidades especiais para inseri-las no contexto da comunidade. Assim, apesar de coexistir com a implementação de escolas e classes especializadas, não comporta a transformação da exceção em regra, pois significaria uma involução na proteção de direitos desses indivíduos.

Assim, em uma interpretação sistemática dos princípios e dispositivos constitucionais aplicáveis à matéria, é de se ressaltar a absoluta prioridade a ser concedida à educação inclusiva, não cabendo ao Poder Público recorrer aos institutos das classes e escolas especializadas para furta-se às providências de inclusão educacional de todos os estudantes.

Nesse sentido, a Política Nacional de Educação Especial ora questionada parece ir de encontro ao paradigma descrito, ao deixar de enfatizar a absoluta prioridade da matrícula dos educandos com deficiência ou necessidades especiais no sistema educacional geral, ainda que demande adaptações por parte das escolas.

(...)

Salta aos olhos o fato de que o dispositivo trata as escolas regulares inclusivas como uma categoria específica dentro do universo da educação especial, como se houvesse a possibilidade

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6590-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345148745&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

de existirem escolas regulares não-inclusivas. Ocorre que a educação inclusiva não significa a implementação de uma nova instituição, mas a adaptação de todo o sistema de educação regular, no intuito de congregar alunos com e sem deficiência no âmbito de uma mesma proposta de ensino, na medida de suas especificidades²⁰⁷.

Não obstante, o entendimento fixado na decisão acima relatada não é novidade no Pretório Excelso, o qual, instado a se manifestar no âmbito de demandas relacionadas ao tema, já se posicionou anteriormente no sentido de que o atendimento pedagógico a ser ofertado por estabelecimentos de ensino deve ser aquele que mais promova a igualdade entre os alunos, e que menos os segregue, ocasiões em que a Suprema Corte deu um passo importante adiante - e na direção certa.

Sobre isto, destaca-se Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5357, proposta em 2015 pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEM), que buscava a declaração de inconstitucionalidade do §1º do artigo 28, da Lei Brasileira de Inclusão, o qual veda às instituições privadas de ensino a recusa de matrícula de pessoas com deficiência, bem como a cobrança de adicional de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas para o referido alunado. O Ministro Luiz Edson Fachin, em já conhecida decisão proferida no âmbito da mencionada ADI, datada de novembro de 2015, indeferiu monocraticamente a medida cautelar requerida, apontando que:

(...) Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que: a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência; b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem; c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas; d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação; e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.
(...)

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6590-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345148745&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago.2021.

À luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio. Ao contrário, é imperativo que se põe mediante regra explícita.

Mais do que isso, dispositivos de *status* constitucional estabelecem a meta de inclusão plena, ao mesmo tempo em que se veda a exclusão das pessoas com deficiência do sistema educacional geral sob o pretexto de sua deficiência. Se é certo que se prevê como dever do Estado facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade, bem como, de outro lado, a necessária disponibilização do ensino primário gratuito e compulsório, é igualmente certo inexistir qualquer limitação da educação das pessoas com deficiência a estabelecimentos públicos ou privados que prestem o serviço público educacional. A Lei nº 13.146/2015 estabelece a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção das pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas²⁰⁸.

O Supremo Tribunal Federal, entendendo que a medida liminar havia sido brilhantemente apreciada pelo Ministro Fachin, o qual demonstra em suas decisões que cumpre, com demasia, o requisito de notório saber jurídico para compor a Suprema Corte brasileira, já que sua análise não se limitou apenas à apreciação de existência de *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, mas sim, adentrou nas questões meritórias – tendência demonstrada pelo referido Ministro – e, diante da convergência de interesses, converteu a decisão monocrática da medida liminar como decisão definitiva, a qual se caracteriza como um marco histórico extremamente relevante na luta pela afirmação dos direitos da pessoa com deficiência.

As referidas legislações e decisões devem obrigatoriamente vincular todo o Poder Judiciário, o Poder Legislativo, os atos da Administração Pública e a própria sociedade, para adotarem a educação inclusiva em todos os níveis e sistemas de ensino, de modo a viabilizar a construção de uma sociedade mais justa e equânime.

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Conforme exposto, a Constituição Federal de 1988 estruturou um modelo de Estado Democrático de Direito, objetivando combater os problemas

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5357. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308194577&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago.2021.

sociais, concedendo-lhes melhores soluções que outros estágios de evolução do Estado e do constitucionalismo. A partir de uma análise metódica do texto constitucional, percebe-se que um grande número de dispositivos se filia ao chamado Estado de Bem-Estar Social:

Segundo essa ótica, a Constituição identificou como objetivos fundamentais da República, dentre outros, a construção de uma sociedade justa, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais. Tais objetivos foram incorporados, ainda uma vez, pelas regras constitucionais da economia (art. 170 e s.), que, por disposição textual, ficou jungida a valorização social do trabalho e a realização da justiça social. Além disso, a educação e a saúde deixaram de ser tratadas como programas de caráter indicativo, para integrar o rol de Direitos Fundamentais do cidadão.²⁰⁹

Neste contexto, o novo modelo estatal brasileiro tem como escopo a promoção dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, de maneira que todas as esferas do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, possuem o compromisso de concretizá-los.

Assim, o avanço dos direitos fundamentais, que alcançam as pessoas com deficiência, após árduo trabalho e luta da sociedade civil representativa, nos permite contemplar ações e políticas públicas não discriminatórias, como a reserva de vagas para pessoas com deficiência em concursos públicos, contratação obrigatória em empresas, atendimento prioritário por meio de serviços individualizados e acessibilidade, tendo em vista que todos devem conviver em sociedade de modo que as trocas, em diferentes meios, concedam aprendizados e benefícios mútuos.

A mesma tendência deve ocorrer no âmbito escolar. Os sistemas de ensino devem atuar em uma perspectiva de escola que acolha a todos, de forma plural, independentemente das características individuais dos alunos, estando apta a receber e atender a maior gama de necessidades pedagógicas que se apresentem. Nessa perspectiva, não é o aluno que se molda à escola, mas a escola que deve atender às diversidades do estudante, com a função de possibilitar aos alunos com deficiência o desenvolvimento dos objetivos da educação geral²¹⁰, de acordo com suas potencialidades.

Nas palavras de Aranha, a inclusão educacional:

[] prevê intervenções decisivas e afirmativas, em ambos os lados da equação: no processo de desenvolvimento do sujeito e no processo de reajuste da realidade social. Conquanto, então, preveja

²⁰⁹ ARAUJO, Luiz Roberto David. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 95.

²¹⁰ BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Parecer CNE/CEB nº 17/2001. Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB017_2001.pdf. Acesso em: 29 ago. 2021.

o trabalho direto com o sujeito, adota como objetivo primordial e de curto prazo, a intervenção junto às diferentes instâncias que contextualizam a vida desse sujeito na comunidade, no sentido de nelas promover os ajustes (físico, materiais, humanos, sociais, legais, etc) que se mostrem necessários para que a pessoa com deficiência possa imediatamente adquirir condições de acesso ao espaço comum da vida da sociedade.²¹¹

Sendo assim, as políticas educacionais devem se voltar a eliminar as barreiras à educação das pessoas com deficiência, atendendo a todos dentro do sistema regular de ensino e não, prevendo o atendimento em espaços segregados, de modo a contemplar uma socialização humanizada, com a participação de todas as relações humanas, simplesmente pelo fato do humano ser humano e não por ter essa ou aquela característica.

Importante mencionar que, em razão da falta ou do insatisfatório investimento do Estado nos estabelecimentos de ensino da rede regular de ensino, para promoção de adaptações com a finalidade maior de materializar a educação inclusiva, muitos pais alimentam o paradigma de que, perante “um ambiente educacional comum hostil, despreparado, podem optar por manter seus filhos com deficiência apenas em ambientes especializados dedicados a alunos com necessidades educacionais especiais”²¹²

Contudo, já há estudos que comprovam serem mais benéficas as trocas sociais oportunizadas pela inclusão. Rahme e Mrech (s/a), destacam que o aluno com deficiência tende a ter ganhos em relação à comunicação, concentração e comportamento, além de ser oportunizado ambientes mais colaborativos e mais efetivos nas adequações das necessidades pessoais. Já no tocante aos alunos que não apresentam nenhuma necessidade especial, verifica-se uma formação mais aberta à diversidade e respeitosa, representando “a possibilidade de transformar as relações no interior da comunidade e as perspectivas de futuro”²¹³.

Nessas orientações, a educação especial inclusiva é mais benéfica tanto para o aluno com deficiência quanto para o aluno sem deficiência, pois tem como ação educativa o convívio com a diferença e a aprendizagem como experiência relacional, construída no coletivo das salas de aula.²¹⁴

²¹¹ ARANHA, Maria Salete Fabio. Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência. In Revista do Ministério Público do Trabalho. Ano XI, nº 21, março, 2001, p. 171.

²¹² FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. O Direito dos Alunos com Deficiência à Educação Escolar. In: BOSA, Cleonice Alves et al. Inclusão: o direito de ser e participar. – Piracicaba, São Paulo: Biscalchin Editor, 2012. p. 82.

²¹³ RAHME, Mônica Maria Farid; MRECH, Leny Magalhães. A CONVIVÊNCIA ENTRE PARES NA ESCOLA INCLUSIVA E SEUS EFEITOS PARA A CONSTITUIÇÃO SUBJETIVA: O MOVIMENTO DAS CRIANÇAS DIANTE DA DIFERENÇA. [s.l.]; [s.d.]. p. 4 Disponível em: <http://32reuniao.anped.org.br/arquivos/trabalhos/GT20-5355--Int.pdf>. Acesso em: 28 2021.

²¹⁴ MANTOAN, Maria Teresa Eglér. Inclusão escolar: O que é? Por quê? Como fazer?. São Paulo:

A salutar convivência com as diferenças, no dia a dia, especialmente, no cotidiano escolar, foi reconhecida pelo Ministro FACHIN na ADI 5356, quando em sua decisão liminar bem fundamenta:

A atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência, quer mediante o seu braço Executivo ou Legislativo, pressupõe a maturação do entendimento de que se trata de ação positiva em uma dupla via. Essa atuação não apenas diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, refere-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma arena democrática plural. A pluralidade – de pessoas, de credos, ideologias, etc. – é elemento essencial da democracia e da vida democrática em sociedade²¹⁵.

E, continua:

Pluralidade e igualdade são duas facetas da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E, na atual quadra histórica, uma leitura focada somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta²¹⁶.

Estamos, assim, diante do desafio de garantir o direito à educação inclusiva ao alunado da educação especial, na perspectiva do efetivo acesso, permanência e sucesso escolar, em escolas regulares, partindo de suas particularidades e adaptação de todo o contexto escolar, a fim de cessar o contínuo processo de discriminação que estes sujeitos sofrem à medida que ainda existentes escolas “especiais”, estabelecimentos “próprios” e não públicos, existentes sob a justificativa de melhor atender às demandas do alunado portador de necessidades especiais.

Como bem expõe Cury, o Estado não pode perpetuar situações de desigualdades, sendo o seu dever criar condições para o desenvolvimento de todas as pessoas, com ou sem deficiência:

Summus Editorial, 2015, 96p, p. 35.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5357. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308194577&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5357. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308194577&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

A retração do Estado, forçosa em alguns casos, funcional noutros, não pode se efetivar em omissão diante de situações de desigualdade, disparidade, discriminação e privilégios. E nem pode exonerar-se do seu papel de garantia do direito à educação como inalienável à pessoa e à sociedade. É dele, sobretudo, que a sociedade continua esperando condições para a ultrapassagem de situações de excludência, vindas do passado e aliadas a outras nascidas dos tempos presentes. (...) Sabendo-se que a inclusão excludente é uma necessidade sob o capitalismo, sabendo-se que a resistência a essa forma precária de inclusão também se dá sob forma de inconformismo como negação dessa necessidade, não se pode ignorar os movimentos de busca e superação. Ela tanto pode ser uma forma de resistência a uma suposta condenação quanto a procura por outros horizontes, mais equânimes, mais emancipatórios.²¹⁷

Cabe ao ente público, portanto, investir na modalidade de educação especial com recursos financeiros, humanos e de gestão na própria rede pública e no sistema educacional regular, não mais se admitindo uma organização paralela à educação comum, como se vem fazendo na manutenção das escolas especializadas privadas filantrópicas. Essa conservação faz com que os investimentos do Poder Público no setor público diminuam, intensificando o incentivo à iniciativa privada por meio de auxílios técnicos, financeiros e incentivos fiscais²¹⁸, que, por sua vez, resulta na desresponsabilização estatal por trás da chamada “publicização”, com a conseqüente diminuição dos custos da atividade social pela precarização, privatização e focalização destes serviços²¹⁹.

Neste trilhar, obviamente, não basta permitir a matrícula do alunado com deficiência na rede regular de ensino e aceitar de forma leviana tal medida como garantidora do direito à educação inclusiva. É necessário que as escolas da rede regular de ensino, integrantes da rede pública e privada, estejam efetivamente aptas para receber os alunos com deficiências, seja em relação à infraestrutura arquitetônica, corpo docente capacitado, material didático próprio e tecnologias assistivas.

Cumpridas tais premissas, poderemos alcançar o que FACHIN estabelece como premissa para o respeito ao princípio da igualdade em seu aspecto material, quando afirma no julgamento da ADI 5357, que “a igualdade não

²¹⁷ CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação escolar, a exclusão e seus destinatários. Educação em Revista. Belo Horizonte. n. 48. p. 205-222. dez. 2008, p. 219. Disponível em: <https://www.scielo.br/jj/edur/a/PHhyxsVmtHVxX6Hjtn5ZkZp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 ago. 2021.

²¹⁸ MELETTI, Sílvia Márcia Ferreira. Políticas de educação inclusiva e a instituição especializada na educação da pessoa com deficiência mental. Ciências & Cognição; v. 13, p. 200, dez 2008. Disponível em: http://www.cienciasecognicao.org/pdf/v13_3/m318286.pdf. Acesso em: 29 ago. 2021.

²¹⁹ MONTAÑO, Carlos. Terceiro Setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 129.

se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.”²²⁰

Nessa linha, em recente manifestação datada de 25 de agosto do corrente ano, o Grupo Nacional de Direitos Humanos do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União²²¹ aprovou o Enunciado n.º 3/2021²²², estabelecendo que:

A exclusão de alunos e alunas do convívio e acesso à educação nas redes regulares de ensino, em qualquer de seus níveis ou etapas, representa violação da inclusão plena e, bem assim, dos princípios constitucionais da incondicionalidade e igualdade de acesso, pelo que:

A) a educação inclusiva se dá através da disponibilização de serviços, recursos de acessibilidade e estratégias voltadas à eliminação de barreiras para o pleno acesso no processo de escolarização de estudantes com deficiência na escola comum pela rede regular de ensino e não por meio da implementação de escolas e classes especiais para o atendimento da educação especial em contexto de aprendizagem separado dos demais alunos e alunas.

B) compete aos sistemas de ensino e às unidades escolares adotarem todas as medidas necessárias para a eliminação de barreiras que impeçam ou dificultem o acesso e permanência de estudantes com deficiência em classes regulares, destinadas a todos, assegurando-se atendimento educacional especializado que seja complementar ou suplementar à formação do aluno em ambientes que valorizem a dignidade e a diversidade humanas.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5357. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308194577&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago.2021.

²²¹ Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) é órgão do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ) que tem por finalidade promover, proteger e defender os direitos fundamentais dos cidadãos. Criado por meio de deliberação do CNPJ, conforme reunião ordinária realizada em 28.02.2005, o grupo é composto por representantes dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Com atuação em âmbito nacional, o grupo tem como objetivo a efetivação dos direitos humanos a partir da interlocução com a sociedade civil, da articulação entre os MPs, da promoção de convênios e de outros meios de atuação.

²²² Enunciado aprovado pelo CNPJ na Sessão Ordinária de 25 de agosto 2021, ocorrida em Brasília/DF, ainda pendente de publicação.

CONCLUSÕES

A essa altura da argumentação até então expendida é possível afirmar, como primeiras conclusões, os seguintes aspectos:

1. Quanto maior o investimento em educação pública, maior será o retorno para a sociedade e, em se tratando de modalidade educação especial, a ação governamental deve ser ainda mais contundente, posto que a escola se torna a maior estratégia para a efetivação dos direitos humanos.

2. Não se pode mais tolerar a inefetividade do direito à educação para os educandos com deficiência, diante do argumento da “reserva do possível” utilizado pelo Poder Público.

3. Em situações de prestações insuficientes, é necessário examinar se houve a correta destinação de recursos pelo Estado, previsto na norma para concretização do direito fundamental à educação inclusiva.

4. Verificado o emprego de recursos para outro fim, conforme afirmou o Ministro Carlos Velloso, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 463210, “sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário”.²²³

5. A sociedade como um todo deve estar preparada para uma firme resposta negativa a qualquer possibilidade de retrocesso em matéria de inclusão educacional, não sendo admissível a utilização de paradigmas discriminatórios, seja no âmbito do setor público, seja na iniciativa privada.

6. Não é possível aceitar-se, sob a roupagem de novos avanços, medidas que permitam voltar a segregar alunos em escolas que não sejam as da rede regular.

7. A escola regular deve estar preparada para atender todas as demandas estruturais, pedagógicas e sociais de seu alunado, materializando-se em espaço de efetivo e concreto aprendizado, socialização e convivência.

8. Tudo indica que a inclusão dos alunos com deficiências no ensino regular brasileiro ainda se encontra longe de uma situação ideal, devendo todo o esforço dos órgãos públicos, especialmente do Ministério Público - enquanto fiscal da lei - ser canalizado na garantia de um direito fundamental há muito previsto no texto constitucional de 1988.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 463210. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2332073>. Acesso em: 29 ago. 2021.

REFERÊNCIAS

- ARANHA, Maria Salete Fabio. Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência. In Revista do Ministério Público do Trabalho. Ano XI, nº 21, março, 2001.
- ARAÚJO, Luiz Roberto David. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e Democracia. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.). Direitos Humanos e Democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação escolar, a exclusão e seus destinatários. Educação em Revista. Belo Horizonte. n. 48. p. 205-222. dez. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/jj/edur/a/PHhyxsVmtHVxX6Hjtn5ZkZp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 ago. 2021
- FACHIN, Melina Girardi. Fundamentos dos Direitos Humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. O Direito dos Alunos com Deficiência à Educação Escolar. In: BOSA, Cleonice Alves et al. Inclusão: o direito de ser e participar. – Piracicaba, São Paulo: Biscalchin Editor, 2012.
- JANNUZZI, Gilberta de Martino. A educação do deficiente no Brasil: dos primórdios ao início do século XXI. 3. ed. rev. Campinas, SP: Autores Associados, 2012 (coleção educação contemporânea).
- MANTOAN, Maria Teresa Eglér. Inclusão escolar: O que é? Por quê? Como fazer?. São Paulo: Summus Editorial, 2015, 96p.
- MELETTI, Sílvia Márcia Ferreira. Políticas de educação inclusiva e a instituição especializada na educação da pessoa com deficiência mental. Ciências & Cognição; vol 13, p. 199-213, dez 2008. Disponível em: http://www.cienciasecognicao.org/pdf/v13_3/m318286.pdf. Acesso em 29 ago.2021.
- MONTAÑO, Carlos. Terceiro Setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- PÉREZ LUÑO, António Enrique. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 2004.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André. A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RAHME, Mônica Maria Farid; MRECH, Leny Magalhães. A CONVIVÊNCIA ENTRE PARES NA ESCOLA INCLUSIVA E SEUS EFEITOS PARA A CONSTITUIÇÃO SUBJETIVA: O MOVIMENTO DAS CRIANÇAS DIANTE DA DIFERENÇA. [s.l.]; [s.d.]. Disponível em: <http://32reuniao.anped.org.br/arquivos/trabalhos/GT20-5355--Int.pdf> Acesso em: 28 ago. 2021.
- SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão, Construindo uma Sociedade para Todos. Rio de Janeiro: WVA, 1997.
- TAMER, Sergio Victor. Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

A EDUCAÇÃO COMO FATOR DE PREVENÇÃO E AUTONOMIA PARA O DESENVOLVIMENTO DE PROJETOS DE VIDA EMANCIPATÓRIOS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UM ESTUDO À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Guilherme de Barros Perini²²⁴, Letícia Soraya Prestes Gonçalves de Paula²²⁵

A vida é loka

Esses dias tinha um moleque na quebrada com uma arma de quase quatrocentas páginas na mão.

Um mina cheirando prosa, uns acendendo poesia.

Um cara sem Nike no pé indo pro trampo com o zoio vermelho de tanto ler no ônibus.

Uns tiozinho e umas tiazinha no sarau enchendo a cara de poemas. Depois saíram vomitando versos na calçada.

O tráfico de informação não para, uns estão saindo algemados aos diplomas depois de experimentarem umas pilulas de sabedoria. As famílias, coniventes, estão em êxtase.

Esses vidas mansas estão esvaziando as cadeias e desempregando os Datenas.

A vida não é mesmo loka?

Sérgio Vaz, em Flores de Alvenaria

²²⁴ Graduado em Direito e em Comunicação Social pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Graduado pela Escola da Magistratura do Paraná. Mestre em Educação pela Universidade Federal do Paraná. Promotor de Justiça titular na 5ª Promotoria de Justiça de Campo Largo e Coordenador do Comitê do Ministério Público do Estado do Paraná de Enfrentamento às Drogas e do Projeto Estratégico SEMEAR – Enfrentamento ao Álcool, Crack e outras Drogas. Membro do Conselho Estadual de Políticas Públicas sobre Drogas representante do Ministério Público. Curitiba/PR, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/6105060173907229>. E-mail: gpperini@mp.br. Número ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0682-8637>.

²²⁵ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST. Pós-Graduada em “Ministério Público - Estado Democrático de Direito” pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura Federal – ESMAFE/PR. Assessora Jurídica lotada na Coordenação do Comitê do Ministério Público do Estado do Paraná de Enfrentamento às Drogas e do Projeto Estratégico SEMEAR – Enfrentamento ao Álcool, Crack e Outras Drogas. Curitiba/PR, Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6517089538179355>. E-mail: lsspgoncalves@mp.br. Número ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0640-931X>.

INTRODUÇÃO

A contribuição do Ministro Luiz Edson Fachin para os temas essenciais abordados no presente estudo é inestimável. Da singular compreensão dos direitos da criança e do adolescente, voltada à concretização do princípio do melhor interesse, passando pela vanguarda da concepção de família constitucionalizada, amalgamada às relações de afeto, solidariedade e cooperação – reconhecendo-se o primeiro, inclusive, como fundante das relações parentais –, à medida estruturante proposta no voto prolatado ao Recurso Extraordinário 635.659, que versa sobre a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal, objetivando a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas²²⁶, o Professor Titular da Universidade Federal do Paraná constrói um legado sob os alicerces seguros da dignidade da pessoa humana,

²²⁶ No voto proferido ao Recurso Extraordinário 635.659, o Ministro Luiz Edson Fachin considerou ser o tema do porte de drogas para consumo pessoal de caráter “hipercomplexo e transdisciplinar”. No âmbito do consumo de drogas, o catedrático da Universidade Federal do Paraná assevera, concordando com Carlos Santiago Nino, que se deve “proteger o cidadão dos males causados pelo consumo de drogas”, por meio de uma resposta informativa, com campanhas educativas e de prevenção, criação e execução de políticas públicas de atenção e cuidado com a saúde daqueles que fazem uso abusivo de drogas, além de estabelecer medidas que desalentem o consumo de drogas, mas nunca cancelar a reprovação penal pela conduta autodestrutiva do cidadão. Além disso, o Ministro atenta de forma expressa para o quadro inquietante de jovens apreendidos por ato infracional com maconha e outras drogas, reiterando que “toda droga, lícita ou ilícita, traz sequelas, e pode fazer mal, seja afetando o sistema de recompensa, seja gerando dependência física ou psíquica”. Na linha das diretrizes internacionais e nacionais sobre prevenção, Luiz Edson Fachin dá ênfase para a relevância da resposta da “informação, educação, atenção e cuidado da saúde dos usuários de drogas”, reputando como indispensável a atuação do Poder Público, da sociedade, das famílias em sua dimensão expandida, das entidades religiosas e de benemerência no incremento das redes de atenção e cuidado à saúde das pessoas que abusam de substâncias e que causam dependência, e especialmente no campo da prevenção e proteção de crianças e adolescentes. Não obstante, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, em consonância com a definição da Organização Mundial da Saúde que considera a dependência de drogas lícitas ou ilícitas uma doença, reporta-se ao usuário de drogas como um enfermo e não um criminoso, propondo em seu voto uma medida estruturante, que é a criação do Observatório Judicial sobre Drogas, para o devido acompanhamento do tema. O voto menciona: “... por derradeiro, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário, nos termos do inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como auscultar instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos, comunidades terapêuticas, representantes de órgãos governamentais, membros de comunidades tradicionais, entidades de todas as crenças, entre outros, e apresentar relato na forma de subsídio e sistematização. (RE 635.659). Ao determinar a criação de um órgão dentro do próprio Supremo Tribunal Federal - o Observatório Judicial sobre Drogas -, para permitir a discussão acerca da questão das drogas com entidades e a comunidade externa, o Ministro inaugura uma nova forma exercer a jurisdição através do instituto dos litígios complexos estruturais, definidos como uma “uma espécie de ativismo judicial para que a burocracia estatal não seja uma dificuldade à concretização dos direitos fundamentais” na concepção de Zaneti Jr. et. Al (2018).

da cidadania e da democracia, com a perspectiva única e a sensibilidade próprias de um civilista de ordem maior.

As incursões de brilhantismo jurídico único atribuídas ao autor homenageado precisaram ser selecionadas em um universo de produções acadêmicas e manifestações que tratam de forma profunda dos temas da infância e juventude, do papel da família e do afeto nas relações familiares e da relevância dos laços afetivos, que funcionam como um fator de proteção, ladeando outros elementos fundamentais, como a educação, para o desenvolvimento e a concretização de direitos das crianças e dos adolescentes.

O desafio do presente estudo consistiu em revelar a influência doutrinária e jurisprudencial do Ministro homenageado em temas cruciais para concretização dos direitos infantojuvenis, dentre os quais se enquadram o direito à educação, à saúde e à prevenção quanto ao uso de substâncias psicoativas lícitas e ilícitas.

Para tanto, o primeiro capítulo foi destinado à abordagem da infância e juventude à luz do princípio da prioridade absoluta, da doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança, compreendida a relevância da construção de laços de afeto como fatores de prevenção.

Em seguida, buscou-se conceituar como direitos fundamentais da criança e do adolescente a educação e a saúde, com o intuito de formar a base sobre a qual se procurou desenvolver o capítulo 4, no qual foram delineados alguns fatores de risco e de proteção relacionados ao consumo de substâncias psicoativas, enfatizando-se a centralidade da educação e da construção de projetos de vida por crianças e adolescentes.

Subsequentemente, no capítulo 5 foram trazidos dados epidemiológicos, orientações e diretrizes para a prevenção ao uso de drogas na infância e juventude, com destaque especial para a diminuição da percepção de risco associado ao consumo de *cannabis* por adolescentes, o que tem influenciado o aumento do consumo, de acordo com dados do Relatório Mundial sobre Drogas de 2021.

Não obstante, o penúltimo capítulo se prestou ao relato de experiências práticas protagonizadas pela Coordenação do Comitê do Ministério Público do Estado do Paraná de Enfrentamento às Drogas e do Projeto Semear por meio das propostas dos projetos de Rodas de Conversa sobre Drogas e do desenvolvimento de uma plataforma multicanal (aplicativo) que contribua para a prevenção às drogas, ofereça informações de utilidade pública e material de apoio sobre o tema, bem como promova a articulação de uma rede informal de apoio.

1 INFÂNCIA E JUVENTUDE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA, DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A Constituição Republicana de 1988 previu expressamente o princípio da prioridade absoluta (art. 227) em seu texto, aplicável sempre que se estiver

diante de situações que envolvam os direitos de crianças, adolescentes e também jovens, conforme regulamentou, mais recentemente, o Estatuto da Juventude (Lei n.º 12.852/2013), destinado a pessoas com idade entre 15 e 29 anos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.068/1990), por sua vez, materializa no plano infraconstitucional o comando da Constituição Federal, ao disciplinar de forma ampla os direitos e deveres *infantojuvenis*.

Embora a necessidade de proteção especial ao ser humano nas primeiras etapas de sua vida tenha sido internalizada no ordenamento jurídico brasileiro com considerável atraso quando comparada à comunidade internacional, a mudança iniciada pela Constituição Cidadã foi complementada pela doutrina da proteção integral, estampada no Estatuto.

Dessarte, o tratamento conferido originariamente pela Constituição de 1988 a crianças e adolescentes passou a considerá-los como titulares dos direitos fundamentais 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.²²⁷

Em harmonia com esse tratamento, o Estatuto da Criança e do Adolescente substituiu o antigo modelo da “situação irregular”, vigente no Código de Menores (Lei n.º 6.697/79), pelo da “proteção integral” (art. 1º do ECA), doutrina que pode ser compreendida como um “conjunto de mecanismos jurídicos voltados à tutela da criança e do adolescente”²²⁸.

Mister se faz ressaltar, igualmente, que a proteção à maternidade e à infância foi erigida à condição de direito fundamental social pelo art. 6º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Ingo Sarlet observa, a propósito, que a proteção da infância deve ser compreendida em sentido amplo, abarcando tanto crianças quanto adolescentes, “como se verifica a partir do disposto no art. 227, inserido no Capítulo VI da CF (Da Família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso), que dispõe no sentido dos deveres de proteção do Estado e da prioridade do atendimento aos direitos da criança.”²²⁹

²²⁷ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: Ed. Juspodium, 2017. p. 864-865.

²²⁸ BARROS, Guilherme Freire de Melo. Direito da Criança e do Adolescente. 7. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: Editora Juspodium, 2018. p. 23.

²²⁹ SARLET, Info Wolfgang. Curso de Direito Constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme

O dispositivo constitucional de referência prevê o seguinte:

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

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

[...]

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...] VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. (grifos nossos)

Conforme preleciona o Ministro Luiz Edson Fachin ao tratar do princípio do melhor interesse da criança, que deve imantizar a aplicação dos direitos infantojuvenis, o amor e os laços afetivos são elementos fundamentais na tradição anglo-saxã para concretização o melhor interesse, senão vejamos:

“o amor e os laços afetivos entre o pai ou titular da guarda e a criança; a habitualidade do pai ou titular da guarda de dar à criança amor e orientação; a habitualidade do pai ou titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica; qualquer padrão de vida estabelecido; a saúde do pai ou titular da guarda; o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos; a preferência da criança, se a criança tem idade suficiente para ter opinião; e a habilidade do pai de encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai”²³⁰.

Para o Professor, na família constitucionalizada eudemonista começam a dominar as relações de afeto e cooperação, tendo a mesma como razão de

Marinoni, Daniel Mitidiero. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 624.

²³⁰ FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 39.

existência o desenvolvimento pessoal do indivíduo, em busca da sua aspiração de felicidade²³¹. A construção de famílias com a configuração e aspiração proposta pelo eminente doutrinador funcionaria como um fator de proteção para a infância e a juventude.

As perspectivas da proteção integral e da prioridade absoluta puderam ser sentidas através da inserção do inciso VII no art. 227, que trata dos programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins, levada a efeito pela EC nº 65/2010.

Em que pese o constituinte derivado tenha empreendido esforços para constitucionalizar o atendimento especializado destinado ao público infante juvenil na seara da drogadição, apesar do transcurso de mais de uma década o alcance e a efetividade dos programas dessa natureza a nível federal e estadual (quando existentes) são questionáveis²³².

Entrementes, em recente publicação da Universidade de São Paulo e do Ministério da Saúde que descreve os percursos da adaptação cultural e os resultados da avaliação de três programas de prevenção sugeridos pelo Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime (UNODC) e adaptados pelo Ministério da Saúde (#Tamojunto, Elos – Construindo Coletivos e Famílias Fortes), os pesquisadores evidenciaram que a implantação de programas importados – *mesmo sendo a prevenção ao uso de substâncias psicoativas uma prioridade no país* -, só pode ser realizada depois de avaliações consistentes de eficácia e de efetividade serem concluídas e do apontamento de resultados preventivos positivos.

Os pesquisadores argumentam, nessa linha, que

“A iniciativa de adaptar e implementar programas de prevenção baseados em evidência no País, foi, sem dúvida, um passo fundamental; todavia a expansão e a adoção destes como política pública nacional, só pode ser realizada depois que avaliações consistentes de eficácia e de efetividade sejam concluídas e apontem resultados preventivos positivos. Considerando-se a demanda de programas de prevenção de uso de drogas no País, é esperado que as indicações de aperfeiçoamentos apontados aqui não levem a uma interrupção destas iniciativas.”²³³

²³¹ FACHIN, Luiz Edson. Paradoxos do direito da filiação na teoria e prática do novo código civil brasileiro: intermitências da vida. Revista brasileira de direito de família e sucessões. Porto alegre: Magister. Nº 06, Out-Nov, 2007.

²³² BRASIL. Ministério da Saúde. Prevenção ao uso de drogas: implantação e avaliação de programas no Brasil / Ministério da Saúde; Universidade Federal de São Paulo. Brasília: Ministério da Saúde, 2018.

²³³ BRASIL. Ministério da Saúde. Prevenção ao uso de drogas: implantação e avaliação de programas no Brasil / Ministério da Saúde; Universidade Federal de São Paulo. Brasília:

No que se refere especificamente ao programa #Tamojunto, concluiu-se, com base nas evidências advindas dos estudos realizados sobre sua aplicação, que a utilização ampla do programa como política pública precisa ser sopesada, tendo os autores ressaltado, nesse ponto, que *é relativamente comum que programas de prevenção eventualmente apresentem efeitos inócuos*. Nesses casos, as iniciativas precisam ser revisadas e aperfeiçoadas prontamente.

No entanto, quando se constata a presença do efeito iatrogênico, verificando-se, por exemplo, o *aumento em 30% das chances de experimentação do álcool entre os alunos que participaram da intervenção*, como ocorreu com o programa #Tamojunto, é imprescindível analisar os dados com cautela para viabilizar, se possível for, a rápida correção dos desvios.

Os pesquisadores responsáveis pela avaliação do programa sugeriram, nesta senda, que a sua aplicação no formato atual em escolas deve ser analisada com cuidado, opinando que a expansão do programa seja descontinuada até que uma revisão de seu material e método de aplicação seja feita e avaliada.

Para eles, a revisão minuciosa não só do conteúdo (processo de adaptação), mas também das estratégias de implementação nas escolas, é fundamental antes que um plano de expansão do programa como política pública seja indicado. É também primordial que tal iniciativa conte com uma avaliação padrão-ouro para a determinação do impacto das modificações do programa²³⁴.

Os panoramas da prioridade absoluta, da doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança carecem, por conseguinte, no âmbito de políticas públicas específicas sobre drogas, de concretização.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL ESPECIAL À SAÚDE ATRIBUÍDOS ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES

A Constituição Cidadã de 1988 preceitua, no art. 205, que a educação *é direito de todos e dever do Estado e da família*, bem como que ela 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*.

Para o constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet o precitado dispositivo assume uma dupla dimensão, pois define tanto um direito fundamental de titularidade universal quanto possui um cunho impositivo de deveres que se situa na esfera das normas de eficácia limitada, uma vez que estabelece fins

Ministério da Saúde, 2018. p. 263.

²³⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Prevenção ao uso de drogas: implantação e avaliação de programas no Brasil / Ministério da Saúde; Universidade Federal de São Paulo. Brasília: Ministério da Saúde, 2018. p. 258.

genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação, consistentes no “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”²³⁵.

A educação, por sua vez, pode ser conceituada como “o processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral da criança e do ser humano em geral, visando à sua melhor integração individual e social”²³⁶.

Andréa Rodrigues Amin preleciona, nesse sentido, que é por meio do processo educacional que cada pessoa começa a *forjar sua identidade*, absorvendo lições extraídas da convivência diária no ambiente escolar, do conhecimento material e dos valores morais e éticos compartilhados.

Para a autora, o direito à educação “é o direito fundamental que na sua essência permite a instrumentalização de todos os demais e que cada um se dê conta do seu papel social, do seu local de fala, do seu poder de questionar e de exigir, de ser tratado e respeitado como cidadão”²³⁷.

Não é outra a conclusão a que chega o “Guidance on community mental health services: Promoting person-centred and rights-based approaches” (Orientação sobre Serviços de Saúde Mental Comunitária: Promovendo Abordagens Centradas na Pessoa e Baseadas em Direitos, em tradução livre), lançado em 2021 pela Organização Mundial de Saúde.

As orientações do organismo internacional assentam que “a educação constitui um *alicerce essencial do desenvolvimento humano e econômico* e tem impactos mais amplos sobre a *saúde, o emprego, a pobreza e o capital social*”²³⁸, razão em virtude da qual tem ocupado a vanguarda dos documentos orientadores internacionais, como a meta de desenvolvimento sustentável 4 (*garantir uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos*)²³⁹.

²³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 606.

²³⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 2. ed. 36. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

²³⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. Dos Direitos Fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 112.

²³⁸ World Health Organization. Guidance and technical packages on community mental health services: promoting person-centred and rights-based approaches. Geneva: WHO, 2021. Disponível em: https://www.who.int/publications/i/item/9789240025707?search-re-sult=true&query=Guidance+on+community+mental+health+services:+Promoting+person-centred+and+rights-based+approaches&scope=&rpp=10&sort_by=score&order=desc. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 141.

²³⁹ United Nations, General Assembly. Sustainable Development Goal 4 (A/RES/70/1), 25 September 2015. New York: United Nations Department of Economic and Social Affairs, Sustainable Development. Disponível em: <https://sdgs.un.org/goals/goal4>. Acesso em: 30 ago. 2021.

No documento, amplamente fundamentado em diversas pesquisas referenciadas ao longo do texto, demonstra-se que muitos adultos com problemas de saúde mental e deficiências psicossociais *tiveram sua educação interrompida* durante a infância, adolescência ou início da idade adulta.

Os resultados de pesquisa compilados nas Orientações da OMS comprovam realidades fáticas evidenciadas no cotidiano de milhões de crianças e adolescentes brasileiros: a violação sequencial de direitos da infância e juventude, desde o nascimento (ausência de paternidade responsável), passando pela educação e saúde, culmina em mais exclusão, baixos índices de escolarização e, conseqüentemente, de renda, além de altos índices de violência.

Com efeito, de acordo com as Orientações precitadas a *lacuna educacional* traz implicações importantes na vida adulta para pessoas com problemas de saúde mental e deficiências psicossociais ao afetar suas perspectivas futuras de emprego, renda e padrão de vida. Além disso,

“A falta de oportunidades educacionais constitui uma barreira ascendente para sua plena inclusão e participação na comunidade e contribui para perpetuar um ciclo de exclusão econômica. Para além de fornecer acesso a serviços e apoio em saúde mental de boa qualidade, é essencial fornecer educação adequada e de qualidade, bem como oportunidades de aprendizagem ao longo da vida, para garantir que os indivíduos possam obter as qualificações ou conhecimentos necessários para ter um emprego ou um meio de vida que corresponda aos seus interesses, desejos e necessidades.”²⁴⁰

O guia internacional inclui, ainda, como elemento fundamental, a oferta de suporte em saúde e social apropriados, em conjunto com métodos de ensino variados e / ou razoáveis acomodações dentro do sistema de ensino regular, podendo ser incluídas aulas online, horários mais leves, assistência individual, apoio de pares ou assistência na navegação pelo sistema escolar.

Na perspectiva do direito à saúde, concebido por Martha de Toledo Machado como um “direito fundamental social de crianças e adolescentes”, a ligação existente entre adversidades na infância e o abuso de substâncias também foi reportada no último *Relatório Mundial sobre Drogas*, publicado em 26/06/2021, que trouxe para a análise um recorte de gênero: segundo a pesquisa de Lisa M. Najavits, Roger D. Weiss e Sarah R. Shaw, mulheres com transtornos por uso de substâncias têm *alta taxas de transtorno de estresse*

²⁴⁰ World Health Organization. Guidance and technical packages on community mental health services: promoting person-centred and rights-based approaches. Geneva: WHO, 2021. Disponível em: https://www.who.int/publications/i/item/9789240025707?search-result=true&query=Guidance+on+community+mental+health+services:+Promoting+person-centred+and+rights-based+approaches&scope=&rpp=10&sort_by=score&order=desc. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 142.

pós-traumático e também podem ter experimentado *adversidades na infância, como negligência física, abuso ou abuso sexual*²⁴¹.

O Relatório pontua, ademais, que a adversidade na infância parece ter um impacto diferente em homens e mulheres.

De acordo com pesquisa realizada por Elizabeth A. Evans, Christine E. Grella e Dawn M. Upchurch²⁴², os meninos que experimentaram adversidades na infância usam as drogas como meio de *desafio social*.

Por outro lado, as meninas que passaram por adversidades são mais propensas a internalizá-las como ansiedade, depressão e abstinência e a usar substâncias para se automedicar.

Além disso, o Relatório consigna que o abuso infantil, a negligência e a instabilidade são aspectos transgeracionais e conferem um alto risco para o início do uso de drogas e desenvolvimento de transtornos por uso de substâncias para os filhos de indivíduos que passaram por adversidades na infância e famílias que sofreram abuso e negligência²⁴³.

Segundo o documento, em geral a evolução e o impacto do uso de drogas na infância e juventude podem ser caracterizados por três elementos: (a) *fatores de risco* que determinam a fragilidade ou resiliência do indivíduo aos transtornos por uso de drogas; (b) o impacto social e na saúde do uso de drogas para o desenvolvimento individual; e (c) o impacto do uso de drogas pelos responsáveis sobre o indivíduo²⁴⁴.

No que tange especificamente ao uso de substâncias por adolescentes, o Relatório Mundial sobre Drogas de 2021 registra que o consumo de *cannabis* por esse público específico está relacionado a *deficiências de cognição* - mostrando efeitos retardados no controle inibitório (por exemplo, autocontrole) e memória, além de efeitos na recuperação da memória tardia e raciocínio perceptivo (capacidade de pensar e raciocinar usando imagens ou informações)²⁴⁵.

Outro dado relevante abordado no relatório diz respeito à associação entre a tendência decrescente de adolescentes que percebem a *cannabis* como prejudicial e o aumento do uso da substância.

²⁴¹ NAJAVITS, Lisa M.; WEISS, Roger D.; SHAW, Sarah R. The link between substance abuse and posttraumatic stress disorder in women. *American Journal on Addictions*, v. 6, n. 4, 1997. pp. 273–283. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/9398925/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

²⁴² EVANS, Elizabeth A.; GRELLA, Christine E; UPCHURCH, Dawn M. Gender differences in the effects of childhood adversity on alcohol, drug, and polysubstance-related disorders. *Soc Psychiatry Psychiatr Epidemiol*, v. 52, n. 7, julho de 2017, p. 901-912. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28258335/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

²⁴³ World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales no. E. 21.XI.8). Disponível em: file:///E:/Backup_Dell_27_03_2021/MPPR/Artigo%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20e%20Drogas%202021/WDR21_Booklet_2.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 26.

²⁴⁴ World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales no. E. 21.XI.8). Disponível em: file:///E:/Backup_Dell_27_03_2021/MPPR/Artigo%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20e%20Drogas%202021/WDR21_Booklet_2.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 29.

²⁴⁵ World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales no. E. 21.XI.8). Disponível em: https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_3.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 23.

Consoante o documento, há pesquisa considerável sobre os fatores de risco e proteção para o uso de substâncias, especialmente em relação à *cannabis*, que é a substância mais comumente usada por adolescentes.

Entre esses fatores, as normas descritivas percebidas, ou seja, o uso de drogas (tanto prevalência como frequência de uso entre amigos), bem como a aprovação e expectativas dos outros (resultados esperados do uso, incluindo a percepção de risco de dano) foram fortemente associados ao uso de *cannabis* por adolescentes²⁴⁶.

O debate sobre o uso medicinal de *cannabis* e medidas que permitem o uso não medicinal de *cannabis* nos Estados Unidos e em outros lugares, a propósito, levaram à *diminuição da percepção de risco da cannabis*, que passou a ser vista como menos prejudicial do que anteriormente. De acordo com as pesquisas:

“O quanto essa percepção reduzida de nocividade explica o aumento de longo prazo no uso de *cannabis* entre adolescentes é difícil de determinar. É claro, no entanto, que, *existe uma associação entre uma percepção inferior de risco e o maior uso de cannabis*, conforme observado nos Estados Unidos, Europa e América Latina e Caribe (...). A força dessa associação pode variar, mas, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, é caracterizada por um *declínio constante na percepção de risco da cannabis entre os adolescentes e um aumento de longo prazo na regular consumo de cannabis*, com algumas flutuações anuais irregulares”²⁴⁷.

A diminuição da percepção de risco associada à *cannabis* é acompanhada por um movimento contrário segundo o Relatório, que denuncia ter a *cannabis* ter se tornado mais potente nos Estados Unidos e Europa, havendo uma discordância clara entre o risco de dano percebido por adolescentes no uso de *cannabis* e o potencial risco que os produtos de maconha cada vez mais potentes poderiam representar para sua saúde²⁴⁸.

Nesse sentido, o $\Delta 9$ -THC na erva de *cannabis* apreendida *quadruplicou* nos Estados Unidos entre 1995 e 2018 e quase *dobrou* na Europa entre 2002 e 2018. Além disso, em algumas jurisdições no Canadá e nos Estados Unidos, outros produtos de *cannabis*, como concentrados e comestíveis, podem ter uma potência de 70% ou mais, tornando a substância mais forte e seus usuários mais sujeitos a consequências para a saúde.

Apesar dessa tendência, no mesmo período de tempo a porcentagem de adolescentes que consideram o uso regular de *cannabis* prejudicial tem

²⁴⁶ World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales no. E. 21.XI.8). Disponível em: https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_3.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 27.

²⁴⁷ World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales no. E. 21.XI.8). Disponível em: https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_3.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 27.

²⁴⁸ World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales no. E. 21.XI.8). Disponível em: https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_3.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 29.

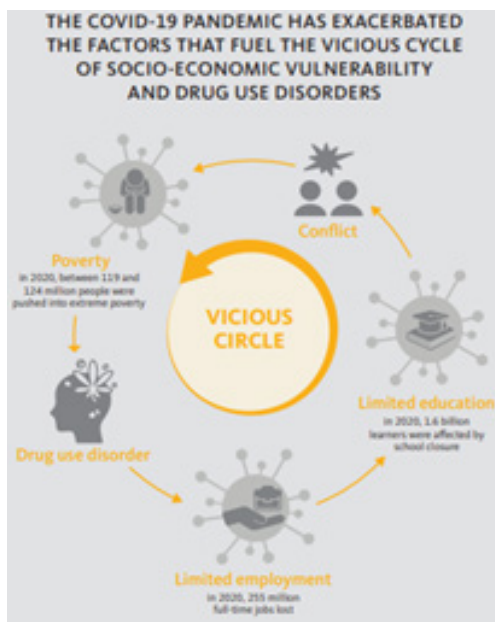
diminuído significativamente, constatação que deve ser amplamente difundida e debatida em sociedade, especialmente diante da *maior probabilidade de psicose e distúrbios entre os usuários* do que entre as pessoas que nunca usaram *cannabis*, sugerida pela literatura científica.

Estudos demonstram, nessa linha, que a probabilidade de tais distúrbios é quase *cinco vezes maior entre aqueles* que usaram diariamente *cannabis* com alto teor de Δ -9-THC (Δ -9-THC \geq 10%)²⁴⁹.

Na mesma toada, em uma análise de dados coletados nos Estados Unidos de quase 9.000 adolescentes que participaram de um estudo longitudinal, constatou-se que a *exposição a elevadas taxas de desemprego a nível regional durante a infância dos participantes foram associados a um risco aumentado para o uso de cannabis*.

Todos esses dados foram abordados no Relatório também sob a perspectiva da pandemia da COVID-19. Constatou-se, nesse aspecto, que a pandemia exacerbou os fatores que alimentam o ciclo vicioso da vulnerabilidade socio-econômica e dos transtornos decorrentes do uso de drogas.

Foram considerados, na análise, como fatores interrelacionados a educação limitada (em 2020 1,6 bilhões de estudantes foram afetados pelo fechamento das escolas), os conflitos, a pobreza (no mesmo período entre 119 e 124 milhões de pessoas foram empurradas para a extrema pobreza) e os transtornos por uso de drogas, conforme se depreende da figura abaixo:



Fonte: World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8). Disponível em: https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_1.pdf. Acesso em: 14 jul. 2021. p. 89.

²⁴⁹ World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales no. E. 21.XI.8). Disponível em: https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_3.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 30.

O Relatório Mundial evidencia, outrossim, que a crescente aceitação da *cannabis*, desnudada pela demonstração de diminuição do número de adolescentes que a percebem como um risco, poderia encorajar a expansão desse mercado, que já conta taxas aceleradas de aumento do consumo devido à COVID-19 e à sua acessibilidade, podendo, portanto, fornecer aos criminosos e operadores comerciais onde a droga foi legalizada uma oportunidade de expandir seus negócios.

O relatório infere, em conclusão, que grandes empresas multibilionárias detentoras de interesse privado na expansão do mercado de uso de *cannabis* estão se movendo para os mercados nas jurisdições onde a *cannabis* foi legalizada.

O tema da regulamentação do cultivo de *cannabis* é objeto, no Brasil, do Projeto de Lei n. 399/2015, de autoria do Deputado Fábio Mitidieri, que propôs, originalmente, a alteração do art. 2º da Lei nº 11.343/2006 para viabilizar a comercialização de medicamentos que contivessem extratos, substratos ou partes da planta *Cannabis sativa* em sua formulação, transmutado para uma proposta ampla de regulamentação do cultivo da *cannabis* para fins medicinais.

Embora não seja o propósito do presente estudo debruçar-se sobre as implicações do PL, fato é que a proposição legislativa tem movimentando o mercado financeiro interno, que, inclusive, já lançou fundo de Cannabis com aplicação mínima a partir de R\$ 100,00 (cem reais)²⁵⁰.

3 FATORES DE RISCO E DE PROTEÇÃO RELACIONADOS AO CONSUMO DE SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS: A CENTRALIDADE DA EDUCAÇÃO E DO DESENVOLVIMENTO DE PROJETOS DE VIDA POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O abuso de álcool e outras de drogas é uma das grandes questões da saúde pública na atualidade e a preocupação mundial com os prejuízos decorrentes do uso de drogas pelo público infante-juvenil é indiscutivelmente crescente. Entre os adolescentes, *o consumo de álcool e de outras drogas está classificado entre os principais responsáveis pelos anos de vida perdidos por incapacidade e morte precoce*, de acordo com a classificação por DALYs (Disability Adjusted Life Years)²⁵¹.

Não por outro motivo o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime (UNODC) *coloca a prevenção como uma das chaves para o controle internacional do uso de drogas* e tem atuado mundialmente para amparar os governos e as instituições no processo de qualificação de suas ações de prevenção.

²⁵⁰ Notícia disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/xp-lanca-fundo-de-maconha-com-aplicacao-minima-de-r-500/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

²⁵¹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Prevenção ao uso de drogas: implantação e avaliação de programas no Brasil* / Ministério da Saúde; Universidade Federal de São Paulo. Brasília: Ministério da Saúde, 2018. p. 5.

De outro vértice, os dados econômicos demonstram que é mais eficiente investir em prevenção do que na redução da oferta de drogas (alavancada por medidas repressivas), uma vez que os valores investidos retornam para a sociedade na forma de redução dos agravos à saúde e do custo social relacionado, tais como, por exemplo, os menores custos ao sistema de saúde e a diminuição dos custos referentes à previdência social, entre outros.²⁵²

Pesquisa americana de eficiência referendada pelo *National Institute on Drug Abuse* (NIDA) concluiu que para cada dólar investido na prevenção, 10 dólares são poupados em tratamento no futuro, comprovando que investir em prevenção é uma ação custo-efetiva²⁵³.

De acordo com o NIDA, os fenômenos do uso e do abuso de drogas são complexos e influenciados por um conjunto de fatores de risco e proteção em diversos domínios, os quais se interligam de forma recursiva, englobando desde aspectos macroestruturais, como questões socioeconômicas e culturais, passando por problemáticas históricas, como as desigualdades raciais e das condições de classe social; chegando a aspectos territoriais, como os contextos comunitários e a relação com o comércio e tráfico de drogas local; até a dimensão microsocial, ao abarcar o contexto familiar e a história de vida dos sujeitos, incluindo aí efeitos biológicos decorrentes de questões genéticas.²⁵⁴

Os fatores de risco e de proteção, portanto, desempenham um papel fundamental quando se trata do uso abusivo de substâncias psicoativas.

Os primeiros podem ser classificados como aqueles que aumentam a chance do uso abusivo de drogas, como, por exemplo, o início de um comportamento agressivo, a ausência de supervisão dos pais, baixo rendimento escolar, fácil acesso às drogas, vulnerabilidades sociais, pobreza, baixa autoestima, etc.

Já os fatores de proteção são aqueles que tendem a diminuir as chances do uso de drogas, como o controle de impulsos, o monitoramento dos pais, a competência acadêmica, o bom desempenho no relacionamento com os pares, o acesso ao lazer, à cultura e a oportunidades, a religiosidade, dentre outros²⁵⁵.

²⁵² BRASIL. Ministério da Saúde. Prevenção ao uso de drogas: implantação e avaliação de programas no Brasil / Ministério da Saúde; Universidade Federal de São Paulo. Brasília: Ministério da Saúde, 2018.p. 7

²⁵³ NIDA. Preventing Drug Use among Children and Adolescents. 2. ed. 2003. NIH Publication No. 04-4212(A). p. 6-17. Disponível em: https://www.drugabuse.gov/sites/default/files/preventingdruguse_2.pdf. Acesso em: 10 mai. 2020.

²⁵⁴ NIDA. Preventing Drug Use among Children and Adolescents. 2. ed. 2003. NIH Publication No. 04-4212(A). p. 6-17. Disponível em: https://www.drugabuse.gov/sites/default/files/preventingdruguse_2.pdf. Acesso em: 10 mai. 2020.

²⁵⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Prevenção ao uso de drogas: implantação e avaliação de programas no Brasil / Ministério da Saúde; Universidade Federal de São Paulo. Brasília:

Fatores de riscos podem produzir efeitos diferentes entre os indivíduos, dependendo do meio ambiente no qual estão inseridos, bem como influenciar no abuso de substâncias, pois quanto maior a exposição de crianças e adolescentes a riscos (como o da alta disponibilidade de drogas), maior a probabilidade de abuso, ao passo que a presença de fatores de proteção pode diminuir o impacto de alguns fatores de riscos.

Em face do exposto até o momento, não é difícil chegar à conclusão de que a infância e a juventude no Brasil estão muito mais circundadas por fatores de risco do que por fatores de proteção. Em um contexto de violação sistemática de direitos, a adoção da prevenção como princípio e a articulação de uma rede de atenção e proteção social podem promover mudanças significativas nesse cenário, impactando de modo especial e particular o uso – quer abusivo ou não – de drogas.

Daí exsurge a centralidade do investimento em educação e no desenvolvimento das chamadas *soft skills* ou habilidades interpessoais, que funcionam como fatores de proteção da infância e juventude em relação ao uso de drogas.

Conforme explica Daniel Goleman, psicólogo *expert* no assunto e autor do best-seller “Inteligência Emocional”, “habilidades como resiliência, empatia, colaboração e comunicação são todas competências baseadas na inteligência emocional e que distinguem profissionais incríveis da média”²⁵⁶.

Para além da distinção profissional, tais habilidades são essenciais para proteger o público infantojuvenil das ameaças e da tentação traduzidas no consumo de substâncias psicoativas para fugir da realidade, socializar e/ou entorpecer os sentidos.

A implementação de uma estratégia de atuação preventiva com foco no adolescente, redirecionando o olhar para o ser humano em detrimento da droga, nesse ponto, pode criar possibilidades de desenvolvimento do protagonismo e da superação de dificuldades de um modo mais eficaz e consistente, conforme acentua Araci Asinelli-Luz²⁵⁷.

De acordo com Maria Eleonora D. Lemos Rabêllo,

“Protagonismo é a atuação de adolescentes e jovens, através de uma participação construtiva. Envolvendo-se com as questões da própria adolescência/juventude, assim como, com as questões sociais do mundo, da comunidade... Pensando global (o planeta) e atuando localmente (em casa, na escola, na comunidade...) o

Ministério da Saúde, 2018. p. 58.

²⁵⁶ Disponível em: <https://www.napratica.org.br/como-desenvolver-soft-skills/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

²⁵⁷ ASINELLI-LUZ, Araci. Educação e prevenção ao abuso de drogas: limites e possibilidades. 2000. 166 f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

adolescente pode contribuir para assegurar os seus direitos, para a resolução de problemas da sua comunidade, da sua escola.”²⁵⁸

A escola, portanto, pode organizar suas práticas de maneira mais eficiente promovendo, como eixo central, ações que estimulem o protagonismo juvenil e, em especial, a construção de projetos de vida, assim definidos pela Base Nacional Comum Curricular de Educação/BNCC:

O projeto de vida é o que os estudantes almejam, projetam e redefinem para si ao longo de sua trajetória, uma construção que acompanha o desenvolvimento da(s) identidade(s), em contextos atravessados por uma cultura e por demandas sociais que se articulam, ora para promover, ora para constringer seus desejos.

4 DADOS EPIDEMIOLÓGICOS, ORIENTAÇÕES E DIRETRIZES PARA A PREVENÇÃO AO USO DE DROGAS NA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), saúde “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não apenas ausência de doenças”. Os dados epidemiológicos abaixo visitados devem ser lidos, por conseguinte, partindo dessa concepção mais ampla de saúde.

Nessa esteira, estatísticas da Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar - PENSE do ano de 2015²⁵⁹ demonstraram, em relação ao uso de álcool, que 55,5% dos escolares do 9º ano do ensino fundamental, quando perguntados se alguma vez na vida já haviam tomado uma dose de bebida alcoólica (correspondendo, por exemplo, a uma lata de cerveja, uma taça de vinho ou uma dose de cachaça ou uísque), responderam positivamente, sendo essa experimentação mais comum entre os alunos de escolas públicas (56,2%) do que entre os das escolas privadas (51,2%).

Curitiba é, nesse quesito, uma das capitais destaque para o indicador de *consumo atual* de bebidas alcoólicas entre estudantes, ostentando o percentual de 27,4%. Ao considerar somente os escolares que já experimentaram uma dose de bebida o consumo atual foi de aproximadamente 43,0%. As meninas, com 44,7%, apresentaram consumo superior aos meninos, com 40,9%.

Relativamente ao uso de drogas ilícitas, a PENSE 2015 revela que 9% dos escolares do 9º ano do ensino fundamental já usaram tais substâncias, sendo esse percentual de 9,5% entre os meninos e de 8,5% entre as meninas. Quando considerada a dependência administrativa da escola, os alunos

²⁵⁸ Disponível em: https://www.radiomargarida.org.br/wp-content/uploads/protagonismo_juvenil_eleonora_rabello.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021.

²⁵⁹ IBGE. Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar: 2015. Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

de escolas públicas (9,3%) referiram-se com mais frequência à experimentação de drogas ilícitas do que aqueles de escolas privadas (6,8%).

O uso intenso de Cannabis sativa (maconha), que é a substância ilícita mais consumida no país de acordo com o 3º Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas pela População Brasileira²⁶⁰ e a mais consumida entre os adolescentes no mundo, conforme já pontuado, tem sido frequentemente associado a uma série de problemas pela Organização Mundial da Saúde, incluindo comprometimento cognitivo, baixo desempenho escolar, deterioração e abandono, externalização de problemas tais como a tomada de riscos, agressão e delinquência e problemas de internalização, como depressão e ansiedade.

O *National Institute on Drug Abuse* (NIDA), referenciado por notáveis pesquisadores da área de políticas públicas sobre drogas no Brasil, em sua segunda edição do Guia para Prevenção do Uso de Drogas entre Crianças e Adolescentes, alude, nesse sentido, a uma série de princípios aplicáveis à prevenção²⁶¹.

O primeiro princípio mencionado refere-se justamente ao realce dos fatores de proteção e à reversão dos fatores de risco, senão vejamos:

Princípio 1. Programas de prevenção devem realçar fatores de proteção e reverter ou reduzir fatores de risco.

- O risco de se tornar um usuário de drogas envolve a relação entre o número e o tipo de fatores de risco (por exemplo, atitudes e comportamentos desviantes) e fatores de proteção (por exemplo, apoio dos pais);
- O impacto potencial de fatores específicos de risco e proteção muda com a idade. Fatores de risco na família, por exemplo, têm maior impacto em uma criança mais nova, enquanto a associação com colegas que abusam de drogas pode ser um fator de risco mais significativo para um adolescente;
- Embora fatores de risco e proteção possam afetar pessoas de todos os grupos, esses fatores podem ter um efeito diferente, dependendo da idade, sexo, etnia, cultura e ambiente de uma pessoa.

Elencam-se, ademais, os seguintes princípios:

Princípio 3. Os programas de prevenção devem abordar o tipo de problema de abuso de drogas na comunidade local, direcionar fatores de risco modificáveis e fortalecer os fatores de proteção identificados.

²⁶⁰ Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/34614>. Acesso em: 13 abri. 2020.

²⁶¹ NIDA. Preventing Drug Use among Children and Adolescents. 2. ed. 2003. NIH Publication No. 04-4212(A). p. 6-17. Disponível em: https://www.drugabuse.gov/sites/default/files/preventingdruguse_2.pd. Acesso em: 10 mai. 2020.

Princípio 5. Os programas de prevenção baseados na família devem melhorar os laços e os relacionamentos familiares e incluir habilidades parentais; prática no desenvolvimento, discussão e aplicação de políticas familiares sobre abuso de substâncias; e treinamento em educação e informação sobre drogas. O vínculo familiar é a base do relacionamento entre pais e filhos. O vínculo pode ser fortalecido através do treinamento de habilidades sobre apoio dos pais aos filhos e comunicação entre pais e filhos.

- O monitoramento e supervisão dos pais são críticos para a prevenção do abuso de drogas. Essas habilidades podem ser aprimoradas com o treinamento em definição de regras; técnicas para monitorar atividades; elogios por comportamento apropriado; e disciplina moderada e consistente que aplica regras familiares definidas;
- A educação e a informação sobre drogas para pais ou responsáveis reforçam o que as crianças estão aprendendo sobre os efeitos nocivos das drogas e abrem oportunidades para discussões familiares sobre o abuso de substâncias legais e ilegais.
- Intervenções breves, focadas na família, para a população em geral, podem mudar positivamente o comportamento específico dos pais, o que pode reduzir os riscos posteriores de abuso de drogas.

Princípio 6. Os programas de prevenção podem ser projetados para intervir desde a pré-escola para tratar dos fatores de risco para o abuso de drogas, como comportamento agressivo, más habilidades sociais e dificuldades acadêmicas.

Princípio 7. Os programas de prevenção para crianças do ensino fundamental devem ter como objetivo melhorar o aprendizado acadêmico e socioemocional para abordar os fatores de risco para o abuso de drogas, como agressão precoce, insucesso escolar e abandono escolar. A educação deve se concentrar nas seguintes habilidades:

- autocontrole;
- Consciência emocional;
- Comunicação;
- resolução de problemas sociais; e
- suporte acadêmico, principalmente em leitura.

Princípio 8. Os programas de prevenção para alunos do ensino fundamental e médio devem aumentar a competência acadêmica e social com as seguintes habilidades:

- hábitos de estudo e apoio acadêmico;
- Comunicação;
- relações entre pares;
- Auto-eficácia e assertividade;
- habilidades de resistência a drogas;
- reforço de atitudes antidrogas; e
- fortalecimento de compromissos pessoais contra o abuso de drogas.

Princípio 13. Os programas de prevenção devem ser de longo prazo com intervenções repetidas (isto é, programas de reforço) para reforçar os objetivos originais de prevenção. Pesquisas mostram que os benefícios dos programas de prevenção do ensino fundamental diminuem sem os programas de acompanhamento no ensino médio.

Princípio 16. Os programas de prevenção baseados em pesquisa podem ser rentáveis. Semelhante a pesquisas anteriores, pesquisas recentes mostram que, para cada dólar investido em prevenção, pode-se observar uma economia de até U\$ 10 em tratamento para abuso de álcool ou outras substâncias.

Além disso, a Organização Mundial da Saúde (OMS) e o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) publicaram, recentemente, a segunda edição das “Diretrizes Internacionais de Prevenção ao Uso de Drogas”²⁶², organizadas e recomendadas pelo último.

O documento, elaborado com a assistência de um grupo globalmente representativo de 143 grupos de pesquisadores formuladores de políticas públicas e representantes de organizações internacionais e não governamentais de 47 países, trata a *prevenção como uma ferramenta para a proteção do desenvolvimento saudável e seguro de crianças e adolescentes*, de modo que consigam desenvolver seus talentos e potenciais.

São descritas as intervenções e políticas consideradas eficazes em cada etapa da vida (pré-natal, infância, adolescência e vida adulta), fundamentadas em evidências científicas, que podem servir como base para um sistema nacional eficaz de prevenção ao uso de drogas.

Acentuam-se, nesse sentido, as características associadas à eficácia e/ou eficiência X ineficácia e/ou ineficiência de programas de prevenção voltados à infância estruturados com base em habilidades parentais, conforme a tabela a seguir:

²⁶² UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. International Standards on Drug Use Prevention. Viena: UNODC, 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/prevention/standards_180412.pdf. Acesso em: 1 abr. 2020.

<p>Características consideradas associadas à eficácia e / ou eficiência presentes em programas estruturados com base em habilidades parentais segundo os especialistas consultados:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Melhoria do vínculo familiar, ou seja, o vínculo entre pais e filhos; ✓ Apoio aos pais sobre como desempenhar um papel mais ativo na vida de seus filhos, por exemplo, monitorar suas atividades e amizades e participar do aprendizado e da educação; ✓ Apoio aos pais para fornecerem disciplina positiva e apropriada ao desenvolvimento; ✓ Apoio aos pais para serem um modelo para seus filhos; ✓ Organização de forma a tornar mais fácil e atraente a participação dos pais (por exemplo, horário fora do escritório, refeições, creche, transporte, pequeno prêmio pela conclusão das sessões, etc.); ✓ Inclusão tipicamente de uma série de sessões (geralmente em torno de 10 sessões, mais no caso de trabalho com pais de comunidades marginalizadas ou carentes ou no contexto de um programa de tratamento em que um ou ambos os pais sofrem de transtornos por uso de substâncias); ✓ Normalmente, incluem atividades para os pais, filhos e toda a família; ✓ Programas realizados por indivíduos treinados, em muitos casos sem nenhuma outra qualificação formal.* 	<p>Características consideradas associadas à falta de eficácia e / ou eficácia ou a efeitos adversos:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Minam a autoridade dos pais; ✓ Apenas fornecem informações sobre drogas aos pais para que eles possam conversar sobre isso com seus filhos; ✓ São realizadas por pessoal mal treinado. <p>* UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. <i>International Standards on Drug Use Prevention</i>. Viena: UNODC, 2018. p. 18. Tradução livre. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/prevention/standards_180412.pdf Acesso em: 1 abr. 2020.</p>
--	---

No que concerne aos programas fundamentados em habilidades sociais, também direcionados ao público infantil, o quadro que relaciona a eficácia das características é colacionado abaixo, com destaque para a interatividade das sessões, em contraposição a métodos frequentemente utilizados nas escolas brasileiras, como palestras, consideradas com baixa eficácia:

<p>Características consideradas associadas à eficácia e / ou eficiência com base na consulta a especialistas:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Aprimoram uma variedade de habilidades pessoais e sociais; ✓ Programas ministrados por professores ou facilitadores treinados; ✓ Programas ministrados através de uma série de sessões estruturadas, geralmente fornecendo sessões de reforço ao longo de vários anos; ✓ As sessões são principalmente interativas. 	<p>Características consideradas associadas à falta de eficácia e / ou eficiência ou a efeitos adversos com base na consulta a especialistas:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Utilização de métodos não interativos, como palestras, sendo elas o principal método de entrega; ✓ Fornecer informações sobre substâncias específicas, incluindo a excitação do medo; ✓ Que se concentrem apenas na construção da auto-estima e na educação emocional.³
---	--

Quando se trata do início da adolescência, as diretrizes internacionais sobre prevenção consideram o momento especial pelo qual os adolescentes estão passando, centrado no desejo de assumir papéis adultos e por mais independência - concomitante às mudanças cerebrais significativas que estão ocorrendo -, as quais, por sua vez, criam oportunidades potenciais para decisões mal pensadas ou envolvimento com comportamentos de prejudiciais, como comportamentos sexuais de risco e o consumo de álcool e outras drogas²⁶³.

O documento aponta que:

O uso de substâncias (ou outros comportamentos potencialmente prejudiciais) dos colegas, bem como a rejeição pelos pares, são influências importantes no comportamento, embora a influência dos pais ainda permaneça significativa. *Atitudes saudáveis e crenças normativas sociais relacionadas ao uso de substâncias psicoativas também são importantes fatores de proteção contra o uso de drogas. Boas habilidades sociais e saúde mental e emocional resilientes continuam sendo os principais fatores de proteção durante a adolescência.*²⁶⁴

São indicados, ainda, como programas com alta eficácia, aqueles que se relacionam à educação preventiva baseada em competência e influência social, que

²⁶³ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. International Standards on Drug Use Prevention. Viena: UNODC, 2018. p. 25. Tradução livre. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/prevention/standards_180412.pdf . Acesso em: 1 abr. 2020.

²⁶⁴ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. International Standards on Drug Use Prevention. Viena: UNODC, 2018. p. 25. Tradução livre. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/prevention/standards_180412.pdf . Acesso em: 1 abr. 2020.

se concentram na promoção de habilidades para combater pressões sociais para usar substâncias e para lidar com situações desafiadoras da vida de maneira saudável²⁶⁵.

Além disso, tais programas oferecem a oportunidade de discutir as questões relacionadas ao uso de drogas de maneira apropriada à idade do público-alvo, às diferentes normas sociais, atitudes e expectativas positivas e negativas associadas ao uso de substâncias, incluindo as consequências do uso:

Características consideradas associadas à eficácia e / ou eficiência com base na consulta a especialistas:	Características consideradas associadas à falta de eficácia e / ou eficiência ou a efeitos adversos com base na consulta a especialistas:
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Utilizam métodos interativos; ✓ São realizados através de uma série de sessões estruturadas (normalmente de 10 a 15) uma vez por semana, geralmente fornecendo sessões de reforço ao longo de vários anos; ✓ Fornecidos por facilitadores treinados; ✓ Oportunizam a prática e o aprendizado de uma ampla gama de habilidades pessoais e sociais, incluindo habilidades de enfrentamento, tomada de decisão e resistência, e particularmente em relação ao uso de substâncias; ✓ Impactam as percepções dos riscos associados ao uso de substâncias, enfatizando consequências imediatas; ✓ Dissipam conceitos errôneos sobre a natureza normativa e as expectativas relacionadas ao uso de substâncias. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Utilizam métodos não interativos, como palestras, como estratégia principal de entrega; ✓ Fornecem unicamente informações, principalmente relacionadas à excitação do medo; ✓ Realizados com base em sessões de diálogo não estruturadas; ✓ Concentram-se apenas na construção da autoestima e em educação emocional; ✓ Abordam apenas as decisões ou valores éticos / morais; ✓ Utilizam-se de ex-usuários de drogas para depoimentos.⁴

As Diretrizes Internacionais de Prevenção ao Uso de Drogas consignam, por fim, que um sistema nacional de prevenção às drogas eficaz oferta uma gama integrada de intervenções e políticas baseadas em evidências científicas, em vários contextos, visando idades e níveis de risco relevantes²⁶⁶.

²⁶⁵ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. International Standards on Drug Use Prevention. Viena: UNODC, 2018. p. 25-26. Tradução livre. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/prevention/standards_180412.pdf. Acesso em: 1 abr. 2020.

²⁶⁶ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. International Standards on Drug Use Prevention. Viena: UNODC, 2018. p. 50. Tradução livre. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/prevention/standards_180412.pdf. Acesso em: 1 abr. 2020.

Ressalta-se, nesse sentido, que em face da complexa interação de fatores que tornam crianças, jovens e adultos vulneráveis ao uso de substâncias e a outros comportamentos de risco, não é factível resolver tais vulnerabilidades implementando uma única intervenção de prevenção isolada e limitada em seu prazo e alcance.

Tendo como premissa o apoio ao desenvolvimento saudável e seguro dos indivíduos, um sistema eficaz de prevenção compreenderia, portanto, estratégias com uma mistura de componentes ambientais e de desenvolvimento, com um componente menor focado na informação. Para ofertar uma tal gama integrada de intervenções e políticas, o sistema requer fortes fundamentos estruturais que incluem:

- ✓ Uma política de apoio e estrutura legal;
- ✓ Evidência científica e pesquisa;
- ✓ Coordenação de múltiplos setores e níveis (nacional, subnacional e municipal / local) envolvidos;
- ✓ Treinamento de formuladores de políticas e profissionais; e,
- ✓ Compromisso para fornecer recursos adequados e sustentar o sistema a longo prazo²⁶⁷.

A atual Política Nacional sobre Drogas, aprovada pelo Decreto nº 9.761, de 11 de abril de 2019, que, por sua vez, revogou o Decreto nº 4.345/2002, alinhou-se a várias das diretrizes acima abordadas.

Merecem destaque, nesse aspecto, especialmente que no se refere à prevenção: o reconhecimento da necessidade de promoção e fomento dos fatores de proteção ao uso, ao uso indevido e à dependência de álcool e outras drogas; o reconhecimento do vínculo familiar, da espiritualidade, dos esportes, entre outros, como fatores de proteção ao uso, observada a laicidade do Estado; e o reconhecimento da necessidade de desenvolvimento de habilidades para a vida e de fazer cumprir as leis e as normas sobre drogas lícitas e ilícitas. Conforme prevê o Decreto:

“Pressupostos da Política Nacional sobre Drogas:[...]

2.14. Reconhecer a necessidade de **promoção e fomento dos fatores de proteção ao uso, ao uso indevido e à dependência do álcool e de outras drogas.**

2.15. Reconhecer o **vínculo familiar, a espiritualidade, os esportes, entre outros, como fatores de proteção ao uso, ao uso indevido e à dependência do tabaco, do álcool e de outras drogas, observada a laicidade do Estado.**

²⁶⁷ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. International Standards on Drug Use Prevention. Viena: UNODC, 2018. p. 50. Tradução livre. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/prevention/standards_180412.pdf. Acesso em: 1 abr. 2020.

2.16. Reconhecer a necessidade de **desenvolvimento de habilidades para a vida**, como forma de proteção ao uso, ao uso indevido e à dependência do álcool e outras drogas.

2.17. Reconhecer a necessidade de conscientização do indivíduo e da sociedade em relação aos fatores de risco, com ações efetivas de mitigação desses riscos, em nível individual e coletivo. [...]

2.19. Reconhecer que é necessário **tratar as causas e os fatores do uso, do uso indevido e da dependência** do álcool e de outras drogas, além de promover assistência aos afetados pelos problemas deles decorrentes.

2.20. Reconhecer a necessidade de tratar o **tabagismo, o uso de álcool e de outras drogas também como um problema concernente à infância, à adolescência e à juventude**, de modo a evitar o início do uso, além da assistência àqueles em uso dessas substâncias. [...]

2.24. Reconhecer a **necessidade de se fazer cumprir as leis e as normas sobre drogas lícitas e ilícitas**, desenvolver novas ações e regulamentações, especialmente aquelas relacionadas à proteção da vida, da saúde, da criança, do adolescente e do jovem, inclusive quanto à publicidade de drogas lícitas e à fiscalização da sua venda, publicidade e consumo.[...]

2.28. Reconhecer a necessidade de estudos, pesquisas e avaliações das ações, dos serviços, dos programas e das atividades no âmbito da Política Nacional sobre Drogas e da Política Nacional sobre o Álcool, nos âmbitos público e privado. [...]

2.34. Reconhecer o **uso das drogas lícitas como fator importante na indução da dependência**, e que por esse motivo, deve ser objeto de um adequado controle social, especialmente nos aspectos relacionados à propaganda, à comercialização e à acessibilidade de **populações vulneráveis, tais como crianças, adolescentes e jovens**. [...]

2.36. Buscar assegurar à Pnad o caráter de Política de Estado e garantir de forma contínua, recursos orçamentários, humanos, administrativos, científicos e de governança para o desenvolvimento de suas ações.”²⁶⁸

A Política Nacional disciplina, além disso, como orientação geral, que:

“4.1.1. A efetiva prevenção ao uso de tabaco e seus derivados, de álcool e de outras drogas **é fruto do comprometimento, da cooperação e da parceria** entre os diferentes segmentos da sociedade brasileira e dos órgãos da administração pública federal, estadual, distrital e municipal, fundamentada na **filosofia da responsabilidade compartilhada**, com a **construção de redes que**

²⁶⁸ BRASIL. Decreto nº 9.761, de 11 de abril de 2019. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Diário Oficial da União, Brasília, 11 abr. 2019, Seção 1, p. 7.

visem à melhoria das condições de vida e promoção geral da saúde da população, da promoção de habilidades sociais e para a vida, o fortalecimento de vínculos interpessoais, a promoção dos fatores de proteção ao uso do tabaco e de seus derivados, do álcool e de outras drogas e da conscientização e proteção dos fatores de risco. [...]

4.1.3. As ações preventivas devem ser pautadas em princípios éticos e de pluralidade cultural, orientadas para a **promoção de valores voltados à saúde física, mental e social, individual e coletiva, ao bem-estar, à integração socioeconômica, à formação e fortalecimento de vínculos familiares, sociais e interpessoais, à promoção de habilidades sociais e para a vida, da espiritualidade, à valorização das relações familiares e à promoção dos fatores de proteção** ao uso do tabaco e seus derivados, do álcool e de outras drogas, considerados os diferentes modelos, em uma visão holística do ser humano, com vistas à promoção e à manutenção da abstinência.

4.1.4. As ações preventivas devem ser planejadas e direcionadas ao desenvolvimento humano, ao incentivo da **educação para a vida saudável e à qualidade de vida**, ao fortalecimento dos mecanismos de proteção do indivíduo, ao **acesso aos bens culturais, à prática de esportes, ao lazer, ao desenvolvimento da espiritualidade**, à promoção e manutenção da abstinência, ao acesso ao conhecimento sobre drogas com embasamento científico, considerada a participação da família, da escola e da sociedade na multiplicação das ações.

Propõe, finalmente, a teor do que dispõe o **item 4.2.17**, a *inclusão*, na educação básica, média e superior, de *conteúdos relativos à prevenção do uso de drogas lícitas e ilícitas*, com ênfase na promoção da vida, da saúde, de habilidades sociais e para a vida, da formação e fortalecimento de vínculos e dos fatores de proteção e conscientização.

5 EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS: OS PROJETOS DAS RODAS DE CONVERSA SOBRE DROGAS NAS ESCOLAS E DO DESENVOLVIMENTO DE UMA PLATAFORMA MULTICANAL (APLICATIVO) QUE CONTRIBUA PARA A PREVENÇÃO ÀS DROGAS, OFEREÇA INFORMAÇÕES DE UTILIDADE PÚBLICA E MATERIAL DE APOIO SOBRE O TEMA, BEM COMO PROMOVA A ARTICULAÇÃO DE UMA REDE INFORMAL DE APOIO

Em 2019, a Secretaria de Estado da Educação e Esporte – SEED, a Secretaria de Estado da Saúde – SESA, a Secretaria de Estado da Justiça, Família e Trabalho – SEJUF e o Ministério Público do Estado do Paraná – MPPR, por meio do Projeto Estratégico SEMEAR — Enfrentamento ao Álcool, Crack e Outras Drogas, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos e do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Proteção à Criança, ao Adolescente e à Educação,

propuseram um projeto de prevenção às drogas nas escolas para obtenção de recursos do Fundo para a Infância e Adolescência - FIA.

A ideia do projeto, que foi aprovado pelo Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente – CEDCA em 2019, é, basicamente, desenvolver ações preventivas e contínuas de educação e de promoção da saúde, com vistas à prevenção do uso de álcool e outras drogas por adolescentes e jovens das escolas públicas, mediante o aprimoramento da capacitação e da formação dos profissionais envolvidos na parceria e do desenvolvimento de uma base científica e metodológica para o trabalho intersetorial entre os proponentes.

A iniciativa já vinha sendo realizada desde 2017, mas a intenção de alocar recursos para a estruturação de um programa continuado foi concebida a partir das diretrizes abordadas no capítulo anterior, em especial da orientação que diz respeito à necessidade de compromisso para o fornecimento de recursos adequados para um programa de prevenção a longo prazo.

A política de apoio e estrutura legal do projeto das Rodas de Conversa sobre Drogas sustentam-se tanto na supracitada Política Nacional sobre Drogas quanto na legislação estadual paranaense que, desde 2003, por meio da Lei nº 14.072/2003, contempla ações voltadas à prevenção, a serem protagonizadas no mês de junho, atualmente destinado na sua integralidade a atividades de incentivo à prevenção e ao tratamento do uso abusivo de drogas em todo o Paraná.

Não obstante, o projeto foi apresentado tendo como fundamento o próprio Plano Decenal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Estado do Paraná 2014-2023, que, ao adotar a concepção de intersetorialidade e trabalho conjunto, dispõe:

“A proposta é de que todas as instituições, executando suas funções de modo colaborativo, possam ser facilitadoras da garantia integral de direitos. Não é fixada uma hierarquia entre as instituições, mas, sim, cada uma executa a sua parte de um todo que se forma no conjunto, sendo que algumas ações imprescindíveis só podem ser executadas se os serviços trabalharem em parceria, em uma concepção de intersetorialidade”²⁶⁹.

O projeto envolveu, igualmente, a coordenação de múltiplos setores e níveis, na medida em que a proposta apresentada foi formulada em conjunto por todos os envolvidos e postula, no interregno de 4 (quatro) anos, a capacitação de formuladores de políticas públicas e de profissionais das Secretarias parceiras.

²⁶⁹ Plano Decenal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Estado do Paraná: 2014-2023. Comitê Interinstitucional para Elaboração, Implementação e Acompanhamento do Plano Decenal dos Direitos da Criança e do Adolescente. (Org.); Secretaria da Família e Desenvolvimento Social (Equipe técnica). Curitiba: SECS, 2013. p. 105 e 106. Disponível em: http://www.desenvolvimentosocial.pr.gov.br/arquivos/File/plano_decenal/PlanoDecenalDigital.pdf. Acesso em: 02 ago. 2019.

Outra iniciativa fundamentada nas diretrizes de prevenção supramencionadas e nas exigências de adaptação à era digital foi a proposta de desenvolvimento de uma plataforma multicanal (aplicativo) voltado à população paranaense que contribua para a prevenção às drogas, ofereça informações de utilidade pública e material de apoio qualificados sobre o tema, bem como promova a articulação de uma rede informal de apoio, em que os próprios cidadãos auxiliem os usuários de substâncias psicoativas, seus amigos e familiares no enfrentamento à drogadição.

A proposta foi contemplada, em 2018, dentre as proposições selecionadas no primeiro ciclo de avaliação e priorização de propostas encaminhadas para o Banco de Projetos do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – CFDD, conforme a lista publicizada na Resolução nº 33, de 4 de dezembro de 2018, do Ministério da Justiça, sendo escolhida dentre 3.648 (três mil seiscentos e quarenta e oito) propostas encaminhadas ao Banco de Projetos de 2019 e integrando a lista dos 60 (sessenta) projetos prioritários mencionados na Resolução nº 33/2018, no entanto, em fase ulterior, houve indeferimento pelo CFDD.

CONCLUSÃO

A infância e a juventude, no Brasil, ainda clamam pela concretização de direitos há muito consagrados no texto constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente. A efetivação de tais direitos, por sua vez, funciona como um importante fator de proteção contra o uso (experimentação) e o abuso de substâncias psicoativas lícitas e ilícitas, comprovadamente mais prejudiciais às pessoas em peculiar estágio de desenvolvimento.

Possibilitar que o texto do Estatuto passe de *mera folha de papel* para a concretude da vida exige, hoje, mais do que uma intervenção incisiva. Requer a luta intransigente de cada um – família, sociedade e Estado – para que os direitos já há muito proclamados no art. 227 sejam – *com prioridade absoluta* – assegurados.

Conforme se pretendeu demonstrar, mais do que alocar recursos para a capacitação dos agentes envolvidos, a estruturação e a organização de programas de prevenção, é imperioso inseri-los em uma política de Estado e não de governo, evitando a solução de continuidade das iniciativas quando da alternância de poder, uma vez que, conforme apontado, a eficácia de tais programas está condicionada ao acompanhamento longitudinal dos mesmos por vários anos.

Intervenções como as ora relatadas, por conseguinte, podem ser vislumbres para uma mudança positiva nesse cenário.

REFERÊNCIAS

- AMIN, Andréa Rodrigues. Dos Direitos Fundamentais. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 82-147.
- BRASIL. Decreto nº 9.761, de 11 de abril de 2019. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Diário Oficial da União, Brasília, 11 abr. 2019, Seção 1, p. 7.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 635659 / SP. Voto de Vista Ministro Edson Fachin. Data do voto: 10/09/2015. Data da Publicação: 10/09/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf> Acesso em: 15 ago. 2019.
- EVANS, Elizabeth A.; GRELLA, Christine E; UPCHURCH, Dawn M. Gender differences in the effects of childhood adversity on alcohol, drug, and polysubstance-related disorders. *Soc Psychiatry Psychiatr Epidemiol*, v. 52, n. 7, julho de 2017, p. 901-912. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28258335/>. Acesso em: 30 ago. 2021.
- FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. Paradoxos do direito da filiação na teoria e prática do novo código civil brasileiro: intermitências da vida. *Revista brasileira de direito de família e sucessões*. Porto Alegre: Magister. Nº 06, Out-Nov, 2007.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 2. ed. 36. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. São Paulo: Manole, 2003.
- NAJAVITS, Lisa M.; WEISS, Roger D.; SHAW, Sarah R. The link between substance abuse and posttraumatic stress disorder in women. *American Journal on Addictions*, v. 6, n. 4, 1997, p. 273–283. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/9398925/>. Acesso em: 30 ago. 2021.
- NIDA. Preventing Drug Use among Children and Adolescents. 2. ed. 2003. NIH Publication No. 04-4212(A). p. 6-17. Disponível em: https://www.drugabuse.gov/sites/default/files/preventingdruguse_2.pdf. Acesso em: 10 mai. 2020.
- NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: Ed. Juspodium, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. International Standards on Drug Use Prevention. Viena: UNODC, 2015. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/prevention/UNODC_2013_2015_international_standards_on_drug_use_prevention_E.pdf. Acesso em: 1 abr. 2020.
- VAZ, Sérgio. Flores de Alvenaria. São Paulo: Global Editora, 2016. *E-book* (131 p.)
- World Health Organization. Guidance and technical packages on community mental health services: promoting person-centred and rights-based approaches. Geneva: WHO, 2021. Disponível em: https://www.who.int/publications/i/item/9789240025707?search-result=true&query=Guidance+on+community+mental+health+services:+Promoting+person-centred+and+rights-based+approaches&scope=&rpp=10&sort_by=score&order=desc.

A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA COM O ENSINO SÓCIO-JURÍDICO EMANCIPADOR A PARTIR DA EDUCAÇÃO BÁSICA

Simone Tassinari Cardoso Fleischmann²⁷⁰, Milena Macalós Sasso²⁷¹,
Caroline Pomjé²⁷²

INTRODUÇÃO

Como o significado da palavra a define, “educação”^{273 274} é o instrumento a ser utilizado para que a pessoa alcance o seu pleno desenvolvimento, exerça efetivamente a sua cidadania e conviva social e civilmente com os demais. Em outros termos, tem-se que a educação, além de ser a via certa para a liberdade, é o meio pelo qual o sujeito alcança o seu autodesenvolvimento e sua autorrealização; é um fator adaptativo, a ser concebido e utilizado em conformidade à capacidade adquirida de comportamento inteligente dos seres humanos.

Segundo o artigo 205 da Constituição de 1988, a educação é um direito de todos, que visa ao pleno desenvolvimento do indivíduo, preparando-o para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, sendo um dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade.

À vista destes cenários (social e normativo-constitucional) e analisando as disposições que regulamentam, fundam e embasam a educação brasileira, observa-se a possibilidade de aplicar conteúdos tidos como sócio-jurídicos que, apesar de já estarem descritos nas competências gerais, não se encontram previstos

²⁷⁰ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora de Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mediadora. Advogada. E-mail: sitassinari@hotmail.com.

²⁷¹ Mestranda em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada em Porto Alegre/RS. E-mail: milena.sasso@gmail.com.

²⁷² Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada em Porto Alegre/RS. E-mail: caroline@scarpato.adv.br.

²⁷³ Educação (e-du-ca-ção). Substantivo feminino. (1) Ato ou processo de educar(-se). (2) Processo que visa ao desenvolvimento físico, intelectual e moral do ser humano, através da aplicação de métodos próprios, com o intuito de assegurar-lhe a instrução social e a formação da cidadania. (3) Conjunto de métodos próprios a fim de assegurar a instrução e a formação do indivíduo; ensino. (4) Conhecimento, aptidão e desenvolvimento em consequência desse processo; formação, preparo. (5) Nível ou tipo específico de ensino. (6) Desenvolvimento sistemático de uma faculdade. (7) Conhecimento e prática de boas maneiras no convívio social; civildade, polidez. (EDUCAÇÃO: *In* MICHAELIS DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Melhoramentos Ltda. 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em: 29 ago. 2021).

²⁷⁴ EDUCAÇÃO. S.f. (Lat. *educatio*) Formação do espírito de uma pessoa, visando ao seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, e cuja promoção é direito de todos e dever do Estado e da família. CF, arts. 205, 208, 214. Diretrizes e Bases = L 9.394, de 20.12.1996. Plano Nacional de Educação, L 13.005, de 25.06.2014. (EDUCAÇÃO: *In* DICIONÁRIO JURÍDICO: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 236).

objetivamente e diretamente na matriz curricular e que seriam de extrema relevância e importância para formação dialógica, crítica, engajada e democrática dos jovens, crianças e adolescentes, em sua formação educacional para a cidadania.

O presente artigo propõe, através da enunciação das características de uma educação que realmente pode ser empregada como ferramenta de emancipação e superação das desigualdades sociais, a implementação no currículo da educação básica, respeitando as diversas faixas etárias que este compreende, de conteúdos sócio-jurídicos - típicos das formações em ensino superior - mas imprescindíveis para a formação cidadã dos educandos, abordando: questões de gênero, questões de raça, noções básicas de cidadania, Direitos Humanos e inclusão e acessibilidade.

1 EDUCAÇÃO COMO FERRAMENTA DE EMANCIPAÇÃO E SUPERAÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

O presente estudo objetiva a reflexão e a discussão sobre a utilização da educação - e do ensino propriamente dito - como ferramenta de emancipação e superação das desigualdades sociais, como mecanismo de mobilidade social, através da implementação de conteúdos sócio-jurídicos já na educação básica. Para cumprir tal tarefa, elegeu-se quatro marcadores que possuem o propósito de conduzir a análise, que, sequencialmente, serão melhor explorados, sendo eles: (a) ação dialógica; (b) pensamento crítico; (c) pedagogia engajada; e (d) compromisso democrático.²⁷⁵

Os marcadores supra referidos foram escolhidos com base em conceitos apresentados e referenciados na construção teórica e epistemológica de autoras e autores fundamentais e amplamente (re)conhecidos e consagrados em suas respectivas áreas de atuação. À vista disso, tem-se: (a) como referência para pensamento crítico e pedagogia engajada, bell hooks²⁷⁶; (b) como diretriz da (teoria da) ação dialógica, há reflexões a partir de Paulo Freire; e (c) como orientação para o compromisso democrático, as considerações críticas de Anísio Teixeira (educação como direito) e bell hooks (democracia).

Diante da análise das concepções destes autores, o conjunto dos marcadores pode ser sintetizado a partir da noção de que a educação pode ser considerada uma ferramenta de construção de igualdade material entre e

²⁷⁵ Trata-se de referencial teórico básico construído por uma das autoras em outra pesquisa. Para saber mais, vide: SASSO, Milena Macalós. A educação como ferramenta imprescindível para superação da situação-limite: (des)igualdade de gênero no ensino jurídico e na advocacia. Dissertação de Mestrado. UFRGS, 2021

²⁷⁶ Gloria Jean Watkins é o nome registral de bell hooks. A escolha do seu nome em suas publicações é uma homenagem à sua bisavó materna, Bell Blair Hooks. As letras iniciais de seu nome em minúsculo é uma escolha da autora, a qual pretende, com esta ação, informar às suas leitoras e aos seus leitores que o enfoque deverá ser sempre o conteúdo da sua escrita e não a sua pessoa.

para todas as pessoas. Este texto entende como fundamental e imprescindível a presença das características e dos objetivos existentes nos e decorrentes dos marcadores teóricos elencados. Desta forma, analisar-se-á a presença, ou não, destes marcadores no processo educacional da educação básica, através das disposições dos instrumentos normativos educacionais, e o quão estes estão relacionados com a possibilidade - e a necessidade - de implementação de um ensino sócio-jurídico emancipador na educação básica.

1.1 AÇÃO DIALÓGICA

A educação como prática de liberdade pode ser reconhecida como ação e reflexão, tendo o diálogo como elemento essencial e fundante de seu caminho. A condição dialógica é uma exigência existencial que nasce de uma matriz crítica e gera criticidade através de um método ativo, dialogal, crítico e criticizador. Para haver um diálogo verdadeiro é preciso que haja em seus sujeitos um pensar consciente e crítico.^{277 278}

O diálogo - condição de dizer a palavra - é um direito de todos. O contrário disso caracteriza-se como instrumento à dominação. As pessoas são sujeitas do seu pensar; possuir o direito de discutir o pensar da sua própria visão do mundo e o diálogo com as massas populares é um requisito imprescindível radical de toda a revolução autêntica. Geralmente, para ocorrer a dominação, o dominador precisa negar essa práxis verdadeira ao povo, negando-se o seu direito de dizer a sua palavra, de pensar criticamente.²⁷⁹

Negar o diálogo, a intercomunicação, aos indivíduos no processo revolucionário é temer a liberdade, é temer o próprio povo ou não crer realmente nele. Todavia, ao descrer das pessoas, ou temê-las, a revolução perde a sua razão, a sua essência, o seu sentido de ser e de existir.²⁸⁰

Para haver a libertação do povo é preciso de uma teoria, uma ação, realmente dialógica, que seja elaborada com estes e não para estes; e pensar *com* significa não dominar, não oprimir. A ação verdadeiramente revolucionária problematiza o estado de oprimido e todos os mitos que servem às elites opressoras para exercer a opressão. No que concerne aos opressores, lhes cabe a elaboração de uma teoria em que a sua ação necessariamente ocorra sem o povo, sem deixar que estes pensem, é não pensar com ele, visto que

²⁷⁷ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 107 e 114.

²⁷⁸ FREIRE, Paulo. *Educação como prática de liberdade*. 47.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 141.

²⁷⁹ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 109, 166, 170 e 172.

²⁸⁰ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 173.

lhe é contrário; ao não poderem pensar conjuntamente aos oprimidos, não podem deixar que eles pensem.

Neste cenário, os oprimidos têm somente a ilusão de que atuam e continuam sendo manipulados. Desta forma, tem-se que é precisamente quando se proíbe o direito das pessoas de participarem como sujeitos da história, que elas se tornam dominadas, alienadas, domesticadas.²⁸¹

“[...] o que fazer opressor não pode ser humanista, enquanto o revolucionário necessariamente o é”²⁸². Para tanto, a ação dialógica precisa de (i) colaboração, (ii) união, (iii) organização e (iv) síntese cultural; ao oposto de uma ação antidialógica, que impescinde de conquista, divisão, manipulação e invasão cultural.

(i) O diálogo é sempre comunicação e funda a *colaboração*, tendo em vista que para que os oprimidos e dominados se libertem é preciso adesão e, conseqüentemente, colaboração para a libertação. Em prol de uma ação dialógica real, todas as pessoas precisam ser sujeitas a quem cabe transformar o mundo para a liberdade. Em lado oposto, a *conquista* as tornam coisas, objetos sob os quais incide a ação da conquista, visto que, para ser opressor é necessário ser também antidialógico de forma simultânea - não se é uma coisa e depois outra -, alienando cada vez mais.²⁸³

(ii) A *união* é indicada como indispensável à libertação e, para isso, o primeiro passo é a desmistificação da realidade na qual os oprimidos se encontram submersos, é primordial que haja a desideologização opressora e dominante. Preliminarmente, os oprimidos precisam ter consciência de sua classe oprimida e reconhecer o porquê e o como de sua aderência, de sua união, exercendo, assim, uma adesão à práxis verdadeiramente transformadora da realidade injusta em que estão inseridos.²⁸⁴

A unificação das massas oprimidas é ameaçadora à hegemonia dos opressores, por isso palavras como “união”, “organização” e “luta”, são signos qualificados como perigosos por estes últimos - e o realmente são, contudo, somente para os opressores, e não para os oprimidos. *Dividir* e manter divididas as minorias são condições indispensáveis à continuidade do exercício do poder dominador, pois ilhados os mantêm na condição de oprimidos, criando e aprofundando cisões entre os mesmos. É uma ação cíclica: quanto mais alienados, mais fácil e menor resistência se encontra para manter divididos; e quanto mais divididos, torna-se mais fácil de manter o *status quo* e a preservação do poder que se impõe.²⁸⁵

²⁸¹ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 168, 175, 177, 181 e 252.

²⁸² FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 179.

²⁸³ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 186-187, 226, 228-229.

²⁸⁴ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 236-238.

²⁸⁵ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020,

(iii) A *organização* é uma consequência, um desdobramento natural da unidade dos oprimidos. Ou seja, para que ocorra a organização, é preciso que antes haja a união. A organização acaba construindo um processo para dizer a palavra, é por meio dela que se instaura o aprendizado da pronúncia do mundo e, por ser um aprendizado verdadeiro, é dialógico. Como efeito, sem organização não há ação revolucionária, o esforço em prol da libertação deve ser uma tarefa comum a todos. Contudo, não se pode confundir a disciplina indispensável para a organização, com a mera condução e manipulação das massas. A *manipulação* é um dos instrumentos da conquista, impondo-se como ferramenta elementar para a manutenção da dominação.²⁸⁶

(iv) A *ação cultural* pode estar à serviço da dominação ou da libertação, processando-se na e sobre a estrutura social, constituindo-se na dialeticidade permanência-mudança. Para estar em prol da libertação, a ação cultural precisa saber as contradições antagônicas e superar qualquer aspecto induzido, é necessário conhecer o povo, ser anticolonial, de(s)colonial. Saber da cultura alienada e adotar uma ação transformadora, resultará em uma cultura que se desaliena, na medida que toda revolução autêntica tem de ser também revolução cultural.²⁸⁷

Em oposição, a *invasão cultural* é indiscutivelmente alienante, uma violência, uma condução à inautenticidade do ser dos invadidos. Impõe a visão de mundo do opressor enquanto freia a criatividade e inibe a expansão daquela dos oprimidos, invadindo-a e esvaindo a sua originalidade, evitando ou obstaculizando a transformação radical da realidade. “Quanto mais mimetizados fiquem os invadidos, melhor para a estabilidade dos invasores”^{288 289}.

1.2 PENSAMENTO CRÍTICO

O cerne do pensamento crítico é o anseio por saber, por compreender o funcionamento da vida; descobrir quem, o quê, quando, onde e o como das coisas e então, como utilizar o conhecimento em prol de ser capaz de determinar o que é mais importante. É ter capacidade criadora, ter consciência de si mesmo, ter um pensamento independente, antidogmático, antissuperficial. É autodeterminar-se, é desmitologizar a realidade opressora, é romper com

p. 190-191 e 196.

²⁸⁶ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 199, 240 e 242-243.

²⁸⁷ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 245-247 e 249.

²⁸⁸ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 206.

²⁸⁹ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 205-206 e 246.

as situações de opressão e autoritarismo. É pensar sobre pensar, é um pensar consciente.^{290 291 292 293}

Pensar criticamente é o oposto de pensar ingênuo, de sujeição, de conformidade, de obediência, de acomodação e de domesticação - tanto às pessoas como aos sistemas sociais, econômicos, e educacionais -; é a forma de abordar ideias que possuem por objetivo entender as verdades centrais, subjacentes e não simplesmente a verdade superficial. É por meio do pensamento crítico, tendo compromisso central com a realidade, que se recupera a subjetividade/restaura a intersubjetividade e que se ultrapassam as fronteiras coloniais de raça, classe social, gênero e circunstância; que se questiona a vida, a realidade, a ordem social estabelecida e tida como definitiva, permanente e imutável, o sistema, os valores vigentes, o pensamento acabado, as certezas, a realidade homogênea e estática.^{294 295 296 297}

Por intermédio do pensamento crítico, o educando se insere lucidamente na realidade, abandona o lugar de passividade e domina o processo educacional no ímpeto de transformá-lo, tornando-se sujeito - e não mais mero objeto - e pensador - e não mais o pensado - deste. O pensamento crítico é um caminho de conscientização e problematização (do cotidiano opressor e de à quem e ao que serve o saber que se está produzindo) que integra o processo de libertação (ação libertadora, através da reflexão e da ação); tendo então a educação como uma prática de liberdade e o aprendizado como uma ação revolucionária.^{298 299 300} “[...] a educação é capacitante, ela aumenta nossa capacidade de ser livres”.³⁰¹

²⁹⁰ hooks, bell. Ensinando pensamento crítico: sabedoria prática. São Paulo: Elefante, 2020, p. 31-34.

²⁹¹ STRECK, Danilo R.; Euclides Redin; Jaime José Zitkoski (Orgs.). Dicionário Paulo Freire. 2.ed., rev., amp., 1.reimp, Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 178, 268 e 376.

²⁹² FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 141.

²⁹³ FREIRE, Paulo. Educação como prática de liberdade. 47.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 59.

²⁹⁴ hooks, bell. Ensinando pensamento crítico: sabedoria prática. São Paulo: Elefante, 2020, p. 32 e 34.

²⁹⁵ STRECK, Danilo R.; Euclides Redin; Jaime José Zitkoski (Orgs.). Dicionário Paulo Freire. 2.ed., rev., amp., 1.reimp, Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p.17, 129, 135 e 178.

²⁹⁶ FREIRE, Paulo. Educação como prática de liberdade. 47.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 59 e 80.

²⁹⁷ FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 56.

²⁹⁸ hooks, bell. Ensinando a transgredir: educação como prática de liberdade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 10.

²⁹⁹ STRECK, Danilo R.; Euclides Redin; Jaime José Zitkoski (Orgs.). Dicionário Paulo Freire. 2.ed., rev., amp., 1.reimp, Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 129 e 268.

³⁰⁰ FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 32, 34, 74-75, 83 e 94.

³⁰¹ hooks, bell. Ensinando a transgredir: educação como prática de liberdade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 13.

1.3 PEDAGOGIA ENGAJADA

Se, por um lado, tem-se o pensamento crítico, de outro, tem-se a pedagogia engajada; perfectibilizando assim, a relação contraposta de esforços entre educando e educador, respectivamente, em prol de alcançar uma educação realmente libertadora e revolucionária, onde o aprendizado genuíno acontece. O pensar do educador somente se torna autêntico na autenticidade do pensar dos educandos, mediatizados pela realidade e na intercomunicação. Isso porque a pedagogia engajada, por intermédio da interação dialógica e horizontal professor-aluno, diz quanto a capacitação dos estudantes para pensar criticamente; a uma educação crítica e criticizadora.^{302 303 304}

A pedagogia engajada é uma estratégia de ensino que tem por objetivo recuperar a vontade dos estudantes de pensar - criticamente - e o desejo de alcançar a total autorrealização e autodesenvolvimento, empoderando-os para um pensamento independente e engajando-os para além da superficialidade, tendo os professores como líderes e facilitadores que devem descobrir o que os estudantes sabem e o que precisam saber. É por meio da pedagogia engajada que os professores fazem os alunos agentes de sua própria recuperação, pondo-os em uma postura conscientemente crítica de seus problemas.^{305 306}

Pode-se descrever e significar a pedagogia engajada como uma pedagogia humanizadora, transformadora, revolucionária, de resistência, profundamente anticolonial; um formato de ensino que permita transgressões, um movimento contra as fronteiras e para além delas, que possibilita repensar a educação e o processo educacional. Um movimento que proporciona a tomada de consciência e a compreensão de uma situação de opressão; que faça da opressão e de suas causas objeto de reflexão para os educandos/oprimidos, resultando no seu engajamento necessário à luta por libertação (pensamento crítico). Uma pedagogia forjada com os alunos e não para eles.^{307 308 309}

³⁰² hooks, bell. *Ensinando pensamento crítico: sabedoria prática*. São Paulo: Elefante, 2020, p. 33, 47 e 49.

³⁰³ FREIRE, Paulo. *Educação como prática de liberdade*. 47.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 113 e 116.

³⁰⁴ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 89.

³⁰⁵ hooks, bell. *Ensinando pensamento crítico: sabedoria prática*. São Paulo: Elefante, 2020, p. 33, 47, 49-51.

³⁰⁶ FREIRE, Paulo. *Educação como prática de liberdade*. 47.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 79 e 127.

³⁰⁷ hooks, bell. *Ensinando pensamento crítico: sabedoria prática*. São Paulo: Elefante, 2020, p. 51.

³⁰⁸ hooks, bell. *Ensinando a transgredir: educação como prática de liberdade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 11, 24 e 52.

³⁰⁹ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 32, 43 e 77.

Para aplicar a pedagogia engajada se mostra imprescindível a construção de uma comunidade de aprendizagem, um espaço de compartilhamento, de participação mútua e de movimento de ideias, um ambiente acolhedor que permita e estimule a expressão das vozes e ações, onde professores e alunos se conheçam uns aos outros, compreendendo o nível de consciência e inteligência emocional dentro da sala de aula, fazendo do aprendizado uma experiência de inclusão; demonstrando-se ser possível ministrar aula sem reforçar os sistemas de dominação existentes.^{310 311}

A educação como prática de liberdade é um jeito de ensinar (pedagogia engajada) que qualquer um pode aprender (pensamento crítico).³¹²

Quando nós, como educadores, deixamos que nossa pedagogia seja radicalmente transformada pelo reconhecimento da multiculturalidade do mundo, podemos dar aos alunos a educação que eles desejam e merecem. Podemos ensinar de um jeito que transforma a consciência, criando um clima de livre expressão que é a essência de uma educação em artes liberais verdadeiramente libertadora.³¹³

Aprender a oferecer educação como prática transformativa é uma questão que os docentes devem carregar para o cotidiano de seus ofícios. Repetir técnicas, ensinar a manejar ferramentas são apenas dois dos vetores assumidos com o magistério. Sair deles, e comprometer-se a propiciar compromisso de consciência, de cidadania e respeito que tragam efetividade e emancipação é o verdadeiro desafio.

1.4 COMPROMISSO DEMOCRÁTICO

A educação é a condição fundamental à qual todas as liberdades previstas em uma sociedade democrática estão subordinadas. É o sustentáculo de uma sociedade igualitária e justa. É a circunstância pela qual a sociedade democrática subsiste. É um processo sistemático e progressivo de formação do indivíduo e de realização da forma democrática. É um direito humano, uma garantia para a participação cidadã e para a formação de todos em prol de sua contribuição à sociedade, um agente de afirmação histórica dos direitos

³¹⁰ hooks, bell. Ensinando pensamento crítico: sabedoria prática. São Paulo: Elefante, 2020, p. 47-49.

³¹¹ hooks, bell. Ensinando a transgredir: educação como prática de liberdade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 31 e 51.

³¹² hooks, bell. Ensinando a transgredir: educação como prática de liberdade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 25.

³¹³ hooks, bell. Ensinando a transgredir: educação como prática de liberdade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 63.

humanos. É uma ferramenta de mobilidade social, de superação das injustiças sociais, - tarefa essencial da democracia.^{314 315 316}

A educação democrática é alicerçada no pressuposto de que, em igualdade de condições, todos devem deter a oportunidade de ter voz e participação, de se educar até o limite de suas possibilidades, até os níveis mais altos; de que todo mundo tem habilidade para usar o poder da mente e integrar pensamento e prática; de que ninguém é tão desprovido de inteligência que não tenha contribuição a fazer às instituições e à sociedade que pertence; de que o incapacite à participação na experiência social - participação que é essencial à dignidade humana. Essas condições são preliminares, *sine qua non*, da forma democrática de sociedade.^{317 318 319}

Por sua vez, a democracia prospera em sociedade onde a educação é valorizada; onde a habilidade de pensar criticamente é a chancela de uma cidadania responsável, onde os direitos fundamentais - tais como o da liberdade de expressão e à livre manifestação - são aceitos e incentivados; onde há diálogo, participação, responsabilidade política e social. Desta forma, a utilização da educação como meio de fortalecer o pensamento parcial, seja ele patriarcal (racista, classista) enfraquece a democracia, a torna uma farsa; isto pois utiliza esta como instrumento para atender exclusivamente ou majoritariamente as demandas, prioridades e vantagens da porção minoritária privilegiada da sociedade; e qualquer sociedade governada por essa forma de política - imperialista, capitalista e supremacista branca - tem a maioria das suas relações sociais estruturadas hierarquicamente no modelo de dominação.^{320 321 322 323 324}

³¹⁴ TEIXEIRA, Anísio Spíndola. Educação é um direito. 4.ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009, p. 33, 36, 49, 66 e 99.

³¹⁵ STRECK, Danilo R.; Euclides Redin; Jaime José Zitkoski (Orgs.). Dicionário Paulo Freire. 2.ed., rev., amp., 1.reimp, Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 78 e 236.

³¹⁶ hooks, bell. Ensinando pensamento crítico: sabedoria prática. São Paulo: Elefante, 2020, p. 197.

³¹⁷ TEIXEIRA, Anísio Spíndola. Educação é um direito. 4.ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009, p. 29-30, 33, 39 e 61.

³¹⁸ hooks, bell. Ensinando pensamento crítico: sabedoria prática. São Paulo: Elefante, 2020, p. 280.

³¹⁹ FREIRE, Paulo. Educação como prática de liberdade. 47.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 76.

³²⁰ TEIXEIRA, Anísio Spíndola. Educação é um direito. 4.ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009, p. 68.

³²¹ hooks, bell. Ensinando pensamento crítico: sabedoria prática. São Paulo: Elefante, 2020, p. 145 e 178.

³²² hooks, bell. Ensinando a transgredir: educação como prática de liberdade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 45.

³²³ FREIRE, Paulo. Educação como prática de liberdade. 47.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 75-76 e 107.

³²⁴ FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 113.

A educação deve ser democrática, ou seja, deve promover inclusão e diversidade; deve ser anticolonial/de(s)colonial; deve questionar e ameaçar o *status quo* existente e os apoiadores dos preconceitos patriarcais, capitalistas, imperialistas e supremacistas brancos; deve ser mutável, flexível, inquieta, consciente; deve conter forte dose de transitividade de consciência no comportamento das pessoas. A educação baseada na criticidade de consciência - pensamento crítico e pedagogia engajada - é indispensável à democratização.^{325 326}

2 O ENSINO SÓCIO-JURÍDICO PRESENTE NO CURRÍCULO DA EDUCAÇÃO BÁSICA

A partir dos marcadores analisados no tópico anterior, cabe investigar o modo de organização da Base Nacional Comum Curricular para que, a partir de então, seja possível traçar um panorama acerca dos conteúdos cuja abordagem na educação básica deveria se tornar presente.

Publicada em 20 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.394, conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBN), estabelece a necessidade de que a Base Nacional Comum Curricular (BNCC) norteie os currículos dos sistemas e redes de ensino das Unidades Federativas, além das “propostas pedagógicas de todas as escolas públicas e privadas de Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio, em todo o Brasil”³²⁷. A análise das normativas que embasam a Base Nacional Comum Curricular indica que as disposições constitucionais sobre o direito fundamental à educação dão suporte ao documento, especialmente a partir do cotejo entre o disposto no artigo 205 e do artigo 210, da Constituição de 1988.

O artigo 9º, inciso IV, da Lei nº 9.394/1996, estabelece a competência da União para “estabelecer, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, competências e diretrizes para a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, que nortearão os currículos e seus conteúdos mínimos, de modo a assegurar formação básica comum”. O escopo de observância das peculiaridades regionais, estaduais e locais na definição dos objetivos de aprendizagem e desenvolvimento dos estudantes foi destacado no Parecer CNE/CEB nº 7/2010, que promulgou novas Diretrizes Curriculares Nacionais; além disso, constou expressamente no Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014), que estabeleceu como um estratégia para o alcance da

³²⁵ hooks, bell. Ensinando pensamento crítico: sabedoria prática. São Paulo: Elefante, 2020, p. 165.

³²⁶ FREIRE, Paulo. Educação como prática de liberdade. 47.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 108, 119 e 124-125.

³²⁷ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

Meta 7 (de fomentar a qualidade da educação básica em todas as etapas e modalidades, com melhoria do fluxo escolar e da aprendizagem de modo a atingir determinadas médias nacionais para o IDEB), “estabelecer e implantar, mediante pactuação interfederativa, diretrizes pedagógicas para a educação básica e a base nacional comum dos currículos, com direitos e objetivos de aprendizagem e desenvolvimento dos (as) alunos (as) para cada ano do ensino fundamental e médio, respeitada a diversidade regional, estadual e local”.

A partir dos trechos acima indicados é possível desde logo visualizar o objetivo de respeito às diversidades locais, promovendo, a partir de tais características, a igualdade e a equidade em termos educacionais. Nesse sentido, a implementação da Base Nacional Comum Curricular perpassa pela construção de currículos pelos sistemas e redes de ensino, e elaboração de propostas pedagógicas, pelas escolas, que considerem “as necessidades, as possibilidades e os interesses dos estudantes, assim como suas identidades linguísticas, étnicas e culturais”³²⁸.

Outro aspecto destacado na Base Nacional como relevante para fins de sua implementação vincula-se às conhecidas e significativas desigualdades “entre os grupos de estudantes definidos por raça, sexo e condição socioeconômica de suas famílias”³²⁹, a demandar que o “planejamento anual das instituições escolares e as rotinas e os eventos do cotidiano escolar devem levar em consideração a necessidade de superação dessas desigualdades”³³⁰, o compromisso de “reverter a situação de exclusão histórica que marginaliza grupos – como os povos indígenas originários e as populações das comunidades remanescentes de quilombos e demais afrodescendentes – e as pessoas que não puderam estudar ou completar sua escolaridade na idade própria”³³¹.

A Base Nacional Comum Curricular prossegue com a indicação das competências gerais da educação básica, sendo possível identificar - em várias delas - a presença de objetivos que podem ser atingidos por meio da inclusão paulatina, desde os primeiros anos da educação básica, de abordagens contendo temáticas sócio-jurídicas. A título de exemplo, a primeira

³²⁸ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 15.

³²⁹ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 15.

³³⁰ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 15.

³³¹ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 16.

competência geral estabelecida pela BNCC vincula-se com a valorização e utilização dos “conhecimentos historicamente construídos sobre o mundo físico, social, cultural e digital para entender e explicar a realidade, continuar aprendendo e colaborar para a construção de uma sociedade justa, democrática e inclusiva”³³², sendo interessante considerar, para fins de abordagem com crianças e adolescentes, as disposições oriundas do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) visando ao reconhecimento cotidiano de barreiras impostas à acessibilidade e, ainda, à gradual conscientização sobre o papel de cada sujeito para fins de promoção da igualdade material.

Prosegue a Base Nacional, na sétima competência prevista em suas diretrizes, com o objetivo de que os estudantes desenvolvam a argumentação “com base em fatos, dados e informações confiáveis, para formular, negociar e defender ideias, pontos de vista e decisões comuns que respeitem e promovam os direitos humanos, a consciência socioambiental e o consumo responsável em âmbito local, regional e global, com posicionamento ético em relação ao cuidado de si mesmo, dos outros e do planeta”³³³. Temáticas vinculadas à responsabilidade em torno das *fake news*, direito à informação, direito ambiental e direitos humanos igualmente podem ter abordagens pensadas e desenvolvidas em sala de aula, promovendo a concretização de tal competência com um olhar técnico-jurídico desde a educação básica.

A análise das disposições contidas na BNCC demonstra que os marcadores indicados no tópico anterior (ação dialógica, pensamento crítico, pedagogia engaja e compromisso democrático) se encontram amplamente integrados e até mesmo descritos nas “competências gerais da educação básica”³³⁴. Entretanto, há carência de conteúdos sócio-jurídicos a serem aplicados nesta mesma etapa, principalmente aqueles referentes aos direitos fundamentais e aos valores consagrados na Constituição de 1988 - visto que é a partir da Carta Magna que irradiam os direitos que inspiram a criação das leis esparsas, como as aquelas normativas voltadas à estruturação da educação brasileira³³⁵.

Não se deve perder de vista que a tutela dos direitos fundamentais deve ser um imperativo do Estado³³⁶, sendo viável e possível (e até mesmo

³³² MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518-versaofinal_site.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 09.

³³³ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518-versaofinal_site.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 09.

³³⁴ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518-versaofinal_site.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 09-10.

³³⁵ FACHIN, Luiz Edson. Questões do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 06.

³³⁶ FACHIN, Luiz Edson. A tutela compromissória da constituição na Corte Suprema. In:

imprescindível) a inserção destes de forma antecipada (ao ensino superior jurídico) e democrática na educação e no ensino tido como básico, mínimo, a todos os cidadãos e a todas as cidadãs, objetivando a transformação social através de um processo dialético, aberto, plural e permeável a novos saberes³³⁷. A Constituição de 1988 traz, consigo, uma promessa discursiva que possibilita a prática emancipadora, carente somente, da comunhão entre a teoria e a práxis para que se efetive, em completude, a ação dialógica³³⁸.

3 MECANISMOS DA APLICAÇÃO E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO CONTEÚDO SÓCIO-JURÍDICO PARA A EDUCAÇÃO EFETIVAMENTE EMANCIPADORA

Objetivando a aplicação de uma educação efetivamente emancipadora, observando os marcadores outrora referidos e descritos, bem como atentando para as disposições normativas que orientam e embasam o ensino na educação básica - principalmente os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente -, expõe-se a possibilidade e a viabilidade de, ainda na educação básica, em suas diversas etapas (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio), seja introduzido o ensino de diversos conteúdos de cunho sócio-jurídico que auxiliam na formação cidadã dos indivíduos de forma dialógica, crítica e democrática.

Para além dos conteúdos já indicados, ainda que de maneira breve, anteriormente, destaca-se a indispensabilidade de que questões que dizem respeito à cidadania, ou seja, discussões sobre gênero, questões raciais, noções básicas de direitos humanos, além das noções atinentes à inclusão e acessibilidade de pessoas com deficiência sejam incluídas nas abordagens na educação básica, a partir de enfoques compatíveis com as competências a serem desenvolvidas em cada período. Nesse sentido, a apresentação aos estudantes de questões vinculadas a estas temáticas viabilizará maior conscientização das crianças e dos adolescentes sobre seus direitos e deveres tanto nas esferas individual quanto coletiva/social.

À vista deste cenário, elenca-se pelo menos cinco áreas de conteúdos que poderiam - e deveriam - fazer parte da grade curricular de ensino dos jovens educandos, sendo eles: (a) questões de gênero; (b) questões raciais; (c) noções básicas de cidadania; (d) Direitos Humanos; e (e) inclusão e acessibilidade;

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; e EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 13-14. p. 13..

³³⁷ FACHIN, Luiz Edson. Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 41 e ss. p. 44.

³³⁸ FACHIN, Luiz Edson. Questões do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 09.

indicando, para cada unidade temática, os objetos de conhecimentos e as habilidades a serem desenvolvidas pelos educandos.

Tabela 01 - Áreas do conhecimento sócio-jurídico

UNIDADES TEMÁTICAS	OBJETO DE CONHECIMENTO	HABILIDADES
(a) Questões de gênero	Conceituação de gênero	Identificar e distinguir o que é gênero, sexo, sexualidade e orientação sexual.
	Desigualdade social em razão de gênero	Compreender, histórica e socialmente, o que é e como opera a desigualdade social em razão do gênero feminino.
	Relações e hierarquia de poderes	Entender e identificar a existência permanente e constante de hierarquia de em todas as relações sociais existentes entre pessoas, principalmente aquelas que operam através do gênero.
	Tipos de violência de gênero	Reconhecer e distinguir sobre os diversos tipos de violências de gênero presentes em nossa sociedade, como: estrutural, institucional, política, educacional, profissional, religiosa, esportiva, entre outras.
	Formas de violência de gênero	Reconhecer e distinguir sobre as formas de violência de gênero, como: física, psicológica, sexual, moral, patrimonial, entre outras.
	Interseccionalidades	Compreender que gênero é apenas um dos diversos recortes sociais que transpassam e marcam os indivíduos; e que deve ser analisado conjuntamente a outros, como raça, classe, orientação sexual, nacionalidade, idade, religião, formação familiar, profissão, entre outros.
	Masculinidade tóxica	Identificar e perceber que os estereótipos masculinos não afetam e violentam somente às mulheres, mas também aos homens e meninos.
	Dispositivos normativos de combate à desigualdade e à violência de gênero	Conhecer os instrumentos brasileiros que operam e auxiliam no combate à violência de gênero e as desigualdades de gênero, como: tratados internacionais, Constituição, leis, entre outros.

(b) Questões raciais	Conceituação de raça e etnia	Identificar e distinguir o que é colonialidade, colonização, descolonialidade, descolonização, raça, etnia.
	Desigualdade social em razão de raça/etnia	Compreender, histórica e socialmente, o que é e como opera a desigualdade social em razão da raça/etnia.
	Reflexos atuais do período brasileiro da escravidão	Pesquisar e analisar os diversos reflexos sociais derivados da classificação social de raça/etnia.
	Reparação histórica	Conhecer e propor mecanismos de superação das desigualdades sociais derivadas da raça/etnia.
(c) Noções básicas de cidadania	Conceituação de cidadão/cidadã	Identificar as características dos indivíduos que o determinam ou não um/uma cidadão/cidadã
	A juventude como fonte de Direitos	Investigar e descobrir a história dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes; e compreender que estes são sujeitos de Direitos.
	Democracia	Compreender o que é democracia e o quão esta é importante para a preservação dos Direitos de todas e todos, principalmente das minorias políticas.
	Sufrágio	Investigar e analisar a conquista do sufrágio universal no Brasil. Compreender a estrutura política brasileira nos seus diversos âmbitos.
	Direitos fundamentais	Identificar quais são os Direitos tidos como fundamentais, dispostos na Constituição brasileira.
(d) Direitos Humanos	Histórico	Pesquisar e analisar o processo histórico de formação e desenvolvimento dos Direitos Humanos.
	O que é/são?	Descrever o que é/são os Direitos Humanos.
	Qual/quais é/são?	Identificar qual/quais é/são o/s Direito/s Humano/s.
	Positivização dos Direitos Humanos	Identificar quais são os instrumentos normativos em que os Direitos Humanos se encontram positivados.

(e) Inclusão e acessibilidade	Conceituação de pessoa com deficiência	Identificar e distinguir o que é deficiência e o que caracteriza ser uma pessoa com deficiência.
	Desigualdade social em razão da deficiência	Compreender, histórica e socialmente, o que é e como opera a desigualdade social em razão da deficiência.
	Histórico social e normativo	Pesquisar e analisar o processo histórico social e normativo das pessoas com deficiências.
	Formas de inclusão e acessibilidade	Explorar e analisar as formas de inclusão e acessibilidade de pessoas com deficiência.
	Pessoas não deficientes	Compreender criticamente qual é o papel das pessoas não deficientes perante as pessoas com deficiência.

Fonte: elaboração de autoria

CONCLUSÃO

As diretrizes e bases educacionais em prol da educação têm como proposta a construção de uma educação efetivamente emancipadora. Em face do histórico vivido neste país, a concepção de cidadania, de direitos e responsabilidades alcança apenas uma parcela da população. Com objetivo de indagar como o processo de educação poderia contribuir no sentido da emancipação efetiva, com o crescimento social e individual, a proposta de reflexão se deu a partir de estudiosos da realidade social e educacional, investigando se haveria conteúdos - considerados tipicamente jurídicos - que de alguma forma poderiam contribuir para o processo de tomada de consciência e emancipação, já a partir do ensino básico.

Neste sentido, a reflexão do artigo pautou-se por marcadores conceituais significativos da realidade brasileira. À luz das propostas epistemológicas de bell hooks, com sua concepção de (a) pensamento crítico e pedagogia engajada; Paulo Freire, com sua proposta de (b) (teoria da) ação dialógica e de Anísio Teixeira, a partir da noção de educação (c) como orientação para o compromisso democrático (educação como direito), são construídas reflexões para identificar o que está previsto na legislação sobre ensino e o que contribuiria para o processo.

Da análise dos marcadores indicados, entendeu-se para que a educação seja compreendida como uma ferramenta de emancipação dos sujeitos envolvidos, é essencial que estes tenham possibilidades de mobilidade social e de superação das desigualdades sociais. E isso não é tarefa fácil. Em termos de educação, seria necessário que contemplasse uma prática a partir de ações que não fossem somente “transmitivas” de conhecimento técnico,

mas que contivessem em si ação dialógica, capaz de integrar o estudante na construção do próprio conhecimento.

Em segundo lugar, impossível seria propor qualquer prática emancipatória com sujeitos meramente repetidores de noções. Aqui, destaca-se a tarefa do desenvolvimento do pensamento crítico. Em terceiro lugar, pode-se ainda destacar a importância de uma pedagogia engajada e com efetivo compromisso democrático.

Tendo por base a estrutura destes fazeres educacionais diferenciados, encontrou-se uma série de conteúdos - tidos tipicamente como conteúdos jurídicos - essenciais ao desenvolvimento de conceitos básicos de cidadania. São eles: (a) questões de gênero; (b) questões raciais; (c) noções básicas de cidadania; (d) Direitos Humanos; e (e) inclusão e acessibilidade; indicando, para cada unidade temática, os objetos de conhecimentos e as habilidades a serem desenvolvidas pelos educandos.

Entretanto, sabe-se que a noção conteudista não está preparada para o desenvolvimento que se espera nesta etapa do desenvolvimento infantil ou adolescente. Ao contrário, a partir da identificação de fazeres diferenciados e saberes essenciais, são fundamentais os desenvolvimentos das habilidades específicas, que podem ser listadas a seguir.

Quanto à conceituação de gênero, é importante que se desenvolva a capacidade de identificar e distinguir o que é gênero, sexo, sexualidade e orientação sexual, que se identifique a existência de desigualdades sociais em razão de gênero e que se compreenda, histórica e socialmente, o que é e como opera a desigualdade social em razão do gênero feminino. No que tange às relações e hierarquia de poderes, é essencial que se tenha a habilidade de entender e identificar a existência permanente e constante de hierarquia de em todas as relações sociais existentes entre pessoas, principalmente aquelas que operam através do gênero. Já no que pertine aos tipos de violência de gênero, importa que se desenvolva a habilidade de reconhecer e distinguir os diversos tipos de violências de gênero presentes em nossa sociedade, como: estrutural, institucional, política, educacional, profissional, religiosa, esportiva, entre outras. E, no que tange às formas de violência de gênero, é preciso que se reconheça e distinga as suas diferentes formas, como: física, psicológica, sexual, moral, patrimonial, entre outras.

Quanto às interseccionalidades, faz-se essencial que se desenvolva a habilidade de compreender que gênero é apenas um dos diversos recortes sociais que transpassam e marcam os indivíduos; e que deve ser analisado conjuntamente a outros, como raça, classe, orientação sexual, nacionalidade, idade, religião, formação familiar e profissão. E ainda se podem destacar questões como a formação da masculinidade tóxica, a partir das condições

de identificação e percepção de que os estereótipos masculinos não afetam e violentam somente as mulheres, mas também aos homens e meninos.

Especificamente, com relação aos dispositivos normativos de combate à desigualdade e à violência de gênero, é imperioso que seja desenvolvida a habilidade de conhecer os instrumentos presentes no ordenamento jurídico pátrio que operam e auxiliam no combate à violência de gênero e as desigualdades de gênero: tratados internacionais, Constituição, leis, entre outros.

No tópico das questões raciais há quatro elementos importantes: a conceituação de raça e etnia, juntamente com a habilidade de identificar e distinguir o que é colonialidade, colonização, descolonialidade, descolonização, raça, etnia. A desigualdade social em razão de raça/etnia, que necessita do desenvolvimento da habilidade de compreender, histórica e socialmente, o que é e como opera a desigualdade social em razão da raça/etnia. A questão atinente aos reflexos atuais do período brasileiro da escravidão, com a proposta de conhecimento e pesquisa com análise dos diversos reflexos sociais derivados da classificação social de raça/etnia. E, com relação à reparação histórica, tem-se como essencial o desenvolvimento da habilidade de conhecer e propor mecanismos de superação das desigualdades sociais derivadas da raça/etnia.

Na ambiência dos Direitos Humanos, destacam-se como essenciais à compreensão da dimensão histórica destes, a partir da pesquisa e análise do processo histórico de formação e desenvolvimento dos Direitos Humanos. No que tange à noção acerca de “o que é/são?” é importante que se desenvolvam as habilidades de descrever “o que é/são os Direitos Humanos”, bem como identifique “qual/quais é/são?” e ainda, sobre a positivação dos mesmos, destaca-se a habilidade de identificar quais são os instrumentos normativos em que os Direitos Humanos se encontram positivados e conhecer os instrumentos de denúncia e proteção contra sua violação.

Já no tema da inclusão e acessibilidade, tem-se como essencial a conceituação de pessoa com deficiência, e neste tópico, importante identificar e distinguir o que é deficiência e o que caracteriza ser uma pessoa com deficiência. No aspecto das questões atinentes à desigualdade social em razão da deficiência, é importante que sejam desenvolvidas habilidades que levem a compreender, histórica e socialmente, o que é e como opera a desigualdade social em razão da deficiência, identificando o seu histórico social e normativo, a partir da pesquisa e análise do processo histórico social e normativo das pessoas com deficiências. E ainda, sobre as formas de inclusão e acessibilidade, cabe ao ensino fundamental e médio desenvolver habilidades de explorar e analisar as formas de inclusão e acessibilidade de pessoas com deficiência e mais que isso, é preciso que se compreenda, criticamente, qual é o papel das pessoas não deficientes perante as pessoas com deficiência, a fim de garantir a efetividade de seus direitos e deveres sociais.

Portanto, para a aplicação e cumprimento das diretrizes e bases educacionais, na construção de uma educação realmente emancipadora, este artigo propõe a inclusão, na prática, de conteúdos tidos como sócio-jurídicos no ensino básico brasileiro e que isso seja realizado com o compromisso de desenvolvimento do pensamento crítico e da pedagogia engajada; com ação efetivamente dialógica percebendo-se a educação comprometida com o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.
- BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.
- BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências.
- BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).
- DICIONÁRIO JURÍDICO: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MICHAELIS DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Melhoramentos Ltda. 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>.
- FACHIN, Luiz Edson. Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. Questões do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. A tutela compromissória da constituição na Corte Suprema. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; e EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 13-14.
- FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 73.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020.
- FREIRE, Paulo. Educação como prática de liberdade. 47.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020.
- hooks, bell. Ensinando a transgredir: educação como prática de liberdade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.
- hooks, bell. Ensinando pensamento crítico: sabedoria prática. São Paulo: Elefante, 2020.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/>.
- STRECK, Danilo R.; Euclides Redin; Jaime José Zitzkoski (Orgs.). Dicionário Paulo Freire. 2.ed., rev., amp., 1.reimp, Belo Horizonte: Autêntica, 2010.
- TEIXEIRA, Anísio Spíndola. Educação é um direito. 4.ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

DISPONIBILIDADE, ACESSIBILIDADE, ACEITABILIDADE E ADAPTABILIDADE: O DIREITO À EDUCAÇÃO NA SUA DIMENSÃO DA QUALIDADE DE ENSINO³³⁹

Priscila Teixeira Colombo³⁴⁰, João Luiz de Carvalho Botega³⁴¹

INTRODUÇÃO

O direito à educação, ao visar ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, desempenha um papel fundamental na vida dos indivíduos, consistindo em instrumento hábil a promover a transformação e a inclusão social.

Por essa razão, a educação obrigatória, além de ser tida como um pilar da dignidade da pessoa humana – um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da CRFB) –, é compreendida como manifestação do mínimo existencial, ou seja, o mínimo necessário para garantir uma vida digna.

Ocorre que a educação não se limita apenas à disponibilização de vaga escolar, muito embora seja esse o primeiro caminho para acesso ao ensino obrigatório. Trata-se de um conceito mais amplo, que passa pelo princípio da qualidade do ensino, o qual está ligado à convergência de diversos fatores, como a universalização da educação; o acesso e a permanência na escola; a previsão de padrões mínimos de qualidade, ensino, orientação e conteúdos pedagógicos; o respeito pela diversidade e a inclusão social; e o pluralismo de ideias.

Assim, para que se tenha uma educação de qualidade, deve haver investimento público, a fim de que o artigo 205 da Constituição da República deixe de ser uma letra morta e passe a ser, efetivamente, instrumento de transformação social.

Este artigo, portanto, traz uma breve análise do princípio da dignidade da pessoa humana, incluindo-se o mínimo existencial, para adentrar o direito

³³⁹ Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* na Carreira do Ministério Público em janeiro/2021.

³⁴⁰ Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus – FDDJ. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em convênio com a Associação Catarinense do Ministério Público – ACMCP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5281-7720>. E-mail: pripscolombo@gmail.com.br

³⁴¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Direito Penal (ICPC). Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Promotor de Justiça, Coordenador do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude do Ministério Público de Santa Catarina. Coordenador da Comissão Permanente da Infância e Juventude (COPEIJ), do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPGE). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4798650686539170> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5147-2118>. E-mail: joaobotega@gmail.com [Orientador]

fundamental à educação e, por consequência, a sua concretização. Feita essa análise, passa-se, então, a tratar da abrangência do direito à educação sob o prisma da qualidade do ensino.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), influenciada pela ordem internacional pós segunda guerra mundial³⁴², introduziu, pela primeira vez, de maneira expressa, a dignidade da pessoa humana no texto constitucional de 1988, desenvolvendo o seu conteúdo ao longo dos demais dispositivos³⁴³.

Foi em seu artigo inaugural que a Constituição erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, ao lado da cidadania, da soberania, do pluralismo jurídico e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º da CRFB).

Diante da posição ocupada no texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF), órgão guardião da Constituição (art. 102 da CRFB), decidiu que o princípio da dignidade da pessoa humana representa significativo valor interpretativo, ou seja, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país³⁴⁴.

Para Karine da Silva Cordeiro, tal princípio vai além, agindo como verdadeiro amalgama dos direitos e garantias fundamentais:

Como princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana confere unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional; atua como elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais, embora de modo e intensidade variáveis, já que nem todos os direitos fundamentais positivados na Constituição podem ser reconduzidos de modo direto e igual ao princípio da dignidade da pessoa humana; opera simultaneamente como fator de restrição de direitos fundamentais e como elemento de proteção destes contra medidas restritivas; e, ainda, exerce uma função instrumental integradora e hermenêutica de todo o ordenamento jurídico,

³⁴² Assevera Karine da Silva Cordeiro que “as Constituições do segundo pós-guerra, de meros documentos regulatórios da estrutura e funcionamento do Estado, abriram-se aos princípios e valores”, sendo a constitucionalização da dignidade a tendência das Constituições ocidentais (*in* CORDEIRO, 2012, p. 78).

³⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 131.

³⁴⁴ Disponível no ARE 639337 AgR/SP, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011.

e não apenas dos direitos fundamentais e das demais normais constitucionais³⁴⁵.

Justamente por se tratar de um valor interpretativo, que inspira todo o ordenamento constitucional, foi que a Constituição estabeleceu, como objetivos da República Federativa brasileira, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CRFB).

Tem-se, assim, que a eleição da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil possui papel essencial na construção de uma sociedade apta ao convívio social, porquanto o instituto não se limita apenas à ordem jurídica, englobando também a ordem política, social, econômica e cultural³⁴⁶.

Ademais, a consagração constitucional da dignidade e das condições materiais que compõem o seu conteúdo teve (e tem) o propósito de formar um limite à atuação, ou à omissão, dos poderes constituídos, em garantia das minorias e de todo e qualquer indivíduo³⁴⁷.

Nesse contexto, fica claro que o conceito de dignidade da pessoa humana não pode ser restrito, mas multidimensional, aberto e inclusivo, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável 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 vida³⁴⁸.

³⁴⁵ CORDEIRO, Karine da Silva. Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 91-92.

³⁴⁶ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998, p. 92.

³⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 242.

³⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição

Como se vê, o princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente relacionado à realização dos direitos fundamentais, haja vista que o cumprimento destes consagra a garantia e o respeito daquele.

Todavia, tal princípio não se limita a uma obrigação de fazer (direito positivo), englobando também uma obrigação de não fazer (direito negativo), possuindo, pois, natureza dúplice. Ou seja, “da dignidade da pessoa humana decorrem, simultaneamente, obrigações de respeito e consideração (isto é, de sua não violação), mas também um dever de promoção e proteção”³⁴⁹.

O princípio da dignidade da pessoa humana é, pois, aberto. Porém, “há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio.”³⁵⁰. Trata-se do mínimo existencial.

Assim, para além desse núcleo, o enunciado mantém a natureza de princípio e, como tal, seus fins podem ser atingidos por diversos meios, dependendo das opções constitucionalmente legítimas do Legislativo e Executivo.

Note-se que um Estado democrático e pluralista é conveniente que seja assim, já que há diversas concepções da dignidade que poderão ser implementadas de acordo com a vontade popular manifestada a cada eleição. Nenhuma delas, todavia, poderá deixar de estar comprometida com essas condições elementares necessárias à existência humana (*mínimo existencial*), sob pena de violação de sua dignidade que, além de fundamento e fim da ordem jurídica, é pressuposto de igualdade real de todos os homens e da própria democracia, como já se destacou.³⁵¹

Muito embora não haja consenso sobre quais direitos compõem o mínimo existencial, há diretrizes para se chegar a algumas conclusões. Com efeito, tanto Ana Paula de Barcellos³⁵² como Karine da Silva Cordeiro³⁵³ defendem que o mínimo existencial não se confunde com sobrevivência física (mínimo vital), devendo assegurar recursos materiais necessários para que o indivíduo

de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 73.

³⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 118.

³⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 243.

³⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 244.

³⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 247-248.

³⁵³ CORDEIRO, Karine da Silva. Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 118-120.

“leve 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”³⁵⁴, ou seja, deve permitir o pleno desenvolvimento da personalidade, consistente nos direitos e liberdades fundamentais³⁵⁵. Inclui, pois, uma experiência espiritual e intelectual³⁵⁶.

Diante disso, como componentes do núcleo material da dignidade da pessoa humana, à luz da Constituição da República de 1988, Ana Paula de Barcellos identifica quatro elementos, quais sejam: a educação básica (ou fundamental), a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça³⁵⁷. A esses quatro pontos, pois, reconhece-se eficácia jurídica positiva e, dessa forma, “o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário”.³⁵⁸ Isso porque, “sem o mínimo existencial, uma considerável parcela da população seria tolhida da sua potencial capacidade de eleger e dirigir a própria vida”³⁵⁹.

Dentro desse contexto, passar-se-á a analisar o direito à educação, objeto central deste artigo.

2.2 DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inspirada no princípio da dignidade da pessoa humana, estabeleceu a educação como um direito social (artigo 6º). Como tal, evidencia um direito de segunda dimensão (ou geração), que busca a concretização da chamada justiça material, “por meio de uma liberdade e igualdade não meramente formais, bem como pela extensão da proteção da liberdade pessoal em relação ao exercício do poder social e econômico.”³⁶⁰.

³⁵⁴ CORDEIRO, Karine da Silva. Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 118.

³⁵⁵ CORDEIRO, Karine da Silva. Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 120.

³⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 247.

³⁵⁷ Todavia, há entendimentos diversos. Por exemplo, Ricardo Lobo Torres entende que compõem o mínimo existencial (num viés positivo/material) o direito à seguridade social, o direito à educação, o direito à moradia e o direito à assistência social (2009, p. 244); ao passo que Karine da Silva Cordeiro defende que o mínimo existencial deve contemplar aspectos dos direitos à saúde, à educação, à moradia, à assistência aos desamparados e à previdência social, à alimentação, ao vestuário e ao acesso à justiça. Diz a autora, ainda, que podem ser acrescentados, para alguns, serviços existenciais básicos, renda mínima e aspectos nucleares do direito ao trabalho (2012, p. 129).

³⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 302.

³⁵⁹ CORDEIRO, Karine da Silva. Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 109.

³⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade

Em seguida, optou a Constituição por delinear os contornos desse direito, estabelecendo as regras que envolvem a concretização da educação entre os artigos 205 e 214.

O artigo 205 da Carta Cidadã, inaugurando a seção que versa sobre educação, estabeleceu o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho como finalidades do direito à educação.

A família, nessa lógica, detém papel fundamental, atuando como corresponsável pelo seu exercício, “assumindo a obrigação de se colocar à disposição do processo educativo prestado diretamente pelo Estado ou por ele fiscalizado, ao menos nas hipóteses em que a educação formal se faz obrigatória, para indivíduos entre 4 e 17 anos de idade”³⁶¹.

Da mesma forma, o Estado, ao lado da família, está incumbido de efetivar o direito à educação mediante a disponibilização de:

Art. 208. [...]

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, setembro/outubro/novembro, 2007, p. 7.

³⁶¹ ALVES, Angela Limongi Alvarenga. O direito à educação de qualidade e o princípio da dignidade humana. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação da Universidade de São Paulo (USP), 2018. p. 116.

Registre-se, nessa perspectiva, que o ensino ministrado nas escolas não deve apenas obedecer formalmente à Constituição, mas também observar os diversos princípios relacionados pelo legislador constituinte, dentre os quais se encontra o padrão de qualidade nas matérias ofertadas (artigo 206, inciso VII, da CRFB/88).

Com isso, a educação, enquanto direito fundamental, visa à formação completa do indivíduo, incluindo-se nesse conceito o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho, a fim de que possa atingir a própria autonomia e emancipação³⁶².

E mais. Além das finalidades ditadas pelo artigo 205 da Constituição da República, deve a educação “instrumentar a satisfação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”³⁶³, isto é, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, erradique a pobreza e a marginalização, reduza as desigualdades sociais e regionais, bem como promova o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, consoante artigo 3º da CRFB/88.

Assim, a educação representa um instrumento de transformação e inclusão social e, conseqüentemente, pressuposto para o exercício dos demais direitos fundamentais, porquanto é por meio dela que o indivíduo “se torna capaz de refletir criticamente e de entender a si mesmo, ao próximo e ao mundo, tornando-se sujeito consciente do seu ser e estar no mundo, integrando-se ao grupo social do qual faz parte”³⁶⁴.

Foi com base nesse pensamento e nos objetivos perseguidos pela educação que a Constituição Cidadã previu expressamente que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (artigo 208, § 1º, da CRFB/88), determinando, em virtude disso, a responsabilização da autoridade competente em caso de seu não oferecimento pelo Poder Público ou de sua oferta irregular (artigo 208, § 2º, da CRFB/88).

Uma vez considerada a norma constitucional como direito público subjetivo, possuí-la-a eficácia plena e aplicabilidade imediata, de sorte que não se faz necessária à sua integração pela legislação infraconstitucional. Nesse sentido, leciona Emerson Garcia:

³⁶² CORDEIRO, Karine da Silva. Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 197.

³⁶³ ARANÃO, Adriano. Direito à educação: A educação como direito fundamental na Constituição de 1988. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 9, p. 243-260, fev. 2013, p. 256.

³⁶⁴ ARANÃO, Adriano. Direito à educação: A educação como direito fundamental na Constituição de 1988. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 9, p. 243-260, fev. 2013, p. 248.

As normas constitucionais que dispõem sobre a educação fundamental, na medida em que asseguram a imediata fruição desse direito, já que, consoante o art. 208, § 1º, foi ele tratado como direito subjetivo público, têm eficácia plena e aplicabilidade imediata, prescindindo de integração pela legislação infraconstitucional. Não bastasse isso, essa conclusão é reforçada por integrarem o rol mínimo de direitos imprescindíveis a uma existência digna, o que afasta qualquer tentativa de postergar a sua efetivação³⁶⁵.

É, diante dessas características, que se chega à conclusão de que a educação básica obrigatória, por ser inerente e essencial à personalidade humana, além de ter evidente importância para a concretização de outros direitos necessários a uma existência digna, é uma das formas de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e, também, do mínimo existencial.

2.3 CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Uma vez identificada como núcleo material da dignidade da pessoa humana, a educação obrigatória, até por incluir, como regra, o direito das crianças e dos adolescentes, possui concretização prioritária segundo a ordem constitucional vigente.

Com tal atitude, buscou a Constituição da República afastar “a possibilidade de que sua oferta seja postergada ou negada” pelo Poder Público³⁶⁶.

Sob esse prisma, o Ministro Celso de Mello, ao proferir decisão na Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, complementa o raciocínio, aludindo que:

[] A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. [...] (STF, ADPF 45 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004)

Fica evidente, pois, que o direito à educação, para ser concretizado, exige do Estado uma prestação positiva, com a finalidade de propiciar melhores

³⁶⁵ GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2009, p. 10.

³⁶⁶ GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2009, p. 13.

condições de vida ao indivíduo e de diminuir as desigualdades sociais. Para tanto, deve o Poder Público editar normas adequadas ao exercício desse direito, bem como criar condições reais para sua efetivação, com a disponibilização de estruturas, instituições e recursos humanos³⁶⁷.

Caso não o faça, poderá ser utilizado o poder de coerção estatal para assegurar a efetiva implantação desses direitos, dentre os quais se inclui a educação básica obrigatória³⁶⁸.

Contudo, “Não se trata de transformar os juízes em *ordenadores de despesas*, como por vezes se alega, e sim do legítimo exercício da jurisdição constitucional”³⁶⁹. Isso porque o princípio da separação dos poderes, embora seja de fundamental importância para a organização do Estado Moderno, não é um fim em si mesmo. Surgiu ele para contrapor a forma abusiva e arbitrária de concentração de poder, “de modo que, em se tratando do poder político, era imperioso dividir seu exercício para que as liberdades e os direitos dos indivíduos fossem preservados”³⁷⁰.

Por isso, inexistente uma separação absoluta de poderes. Na verdade, segundo Karine da Silva Cordeiro, as funções dos Poderes contam com a possibilidade de controles recíprocos:

O estabelecimento de funções básicas predominantes a cada um dos Poderes do Estado juntamente com a previsão de algumas interferências mútuas denota a consagração de um esquema de controles recíprocos, dentro do jogo de freios e contrapesos (*checks and balances*). No lugar da separação, as palavras de ordem são harmonia, colaboração e interação³⁷¹.

Do mesmo modo, a concretização desses direitos, componentes do núcleo material da dignidade da pessoa humana, não esbarra no princípio majoritário, ou seja, no poder de decisão da coletividade sobre o que quer que a afete (vontade da maioria). Muito embora o princípio majoritário configure um corolário da igualdade, já que a opinião de cada indivíduo apresenta igual

³⁶⁷ TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet, v. 1, 2009, p. 11-12.

³⁶⁸ GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2009, p. 11.

³⁶⁹ CORDEIRO, Karine da Silva. Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 172.

³⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 261-262.

³⁷¹ CORDEIRO, Karine da Silva. Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 146.

valor, não possui ele valor absoluto, sob pena de a maioria, utilizando-se dessa prerrogativa, “voltar-se contra a igualdade que lhe deu origem para violar os direitos dos membros da minoria” ou, mesmo, alterar a própria regra majoritária.

Essa preocupação como limite da atuação das majorias está presente na própria lógica da formulação das constituições escritas em geral, e especialmente das rígidas. Como já se mencionou, após a Segunda Guerra Mundial desenvolveu-se com maior clareza a ideia de que se deve inserir nas Constituições o consenso mínimo da sociedade, que haverá de ser respeitado independentemente das tendências da maioria temporária que porventura esteja ocupando o poder. Além dos direitos fundamentais, também devem estar fora de deliberação do legislador a própria regra de deliberação majoritária, sob pena de o sistema destruir-se. (...) É indispensável, portanto, que as majorias encontrem limites, limites estes que deverão ser fixados pela Constituição³⁷².

Assim, “nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível restringir sua incidência em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar da garantia de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana”³⁷³.

Por isso, o Ministério Público, em sendo instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127 da Constituição da República), poderá, de forma extrajudicial ou judicial, exigir a garantia dos direitos fundamentais que compuserem o núcleo da dignidade da pessoa humana, tal qual o direito à educação obrigatória (artigo 129, inciso II, da CRFB/88).

Em sendo judicializada a questão, poderá o Poder Judiciário, então, concretizar, por meio de suas decisões, tais direitos, por decorrerem, expressamente, de mandamento constitucional, sem qualquer ofensa ao princípio da separação de poderes e/ou majoritário.

2.4 ABRANGÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: A QUALIDADE DO ENSINO

Diretamente atrelado ao direito à educação obrigatória encontra-se o princípio do padrão de qualidade do ensino, o qual foi previsto expressamente pela Constituição da República em seu artigo 206, inciso VII.

³⁷² BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 268-269.

³⁷³ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 269-270.

Em sendo princípio, Salomão Barros Ximenes, baseado nos estudos de Robert Alexy, defende que deve ser analisado como um mandamento de otimização, ou seja, deve ser realizado na maior medida possível, consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas existentes³⁷⁴:

[] não se pode reduzir o âmbito de proteção do princípio constitucional (que é parte do direito humano à educação) unicamente ao direito que se materializa em regras jurídicas objetivas. Essas regras são, na realidade, manifestações (empíricas) do direito definitivo – no sentido que a teoria dos princípios atribui a essa categoria -, portanto, são passíveis de avaliação, de monitoramento e de controle de constitucionalidade³⁷⁵.

Três são as principais vantagens dessa perspectiva de analisar o princípio da qualidade de ensino como mandamento de otimização. A primeira é a amplitude dos bens, interesses, pretensões e posições jurídicas que, legitimamente, podem ser incluídos em seu conteúdo. A segunda é a abertura dos órgãos de produção jurídica à interdisciplinariedade (democracia participativa do campo educacional). A terceira, por fim, é a compatibilidade entre essa perspectiva e os esforços que vem sendo empreendidos para estabelecer um marco normativo ampliado sobre o direito à educação³⁷⁶.

A opção pela adoção de uma perspectiva maximizadora do princípio da qualidade de ensino, que tem por base o art. 2º, “1”, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁷⁷ (PIDESC), ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 591/1992, busca evitar a limitação do seu conteúdo jurídico a aspectos considerados mínimos ou a apenas algumas dimensões, escolhidas por razões de pragmatismo técnico ou governamental, por interesse de atores privados ou apoiadas no mero senso comum³⁷⁸.

³⁷⁴ XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. Educação & Sociedade, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014, p. 1036.

³⁷⁵ XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. Educação & Sociedade, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014, p. 1037.

³⁷⁶ XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. Educação & Sociedade, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014, p. 1038.

³⁷⁷ 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

³⁷⁸ XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais.

Além disso, a interpretação do princípio de padrão de qualidade como norma maximizadora decorre da própria Constituição da República brasileira, diante das amplas finalidades previstas no art. 205, quais sejam: pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho³⁷⁹.

A qualidade, pois, “é expressão da dimensão interna (material) do ensino, ou seja, das condições de oferta, da gestão e dos processos educativos responsáveis por assegurar que tais fins ou resultados relevantes sejam alcançados”. Sem isso, ainda que seja universalizada a disponibilidade e o acesso ao ensino, incluindo-se, aqui, a permanência na escola (dimensão externa - formal), o direito à educação terá fracassado enquanto bem público universal e direito fundamental³⁸⁰.

Nesse contexto, uma das iniciativas de maior repercussão no campo da educação, visando à sua efetividade, partiu de Katerina Tomasevsky, ex-relatora especial para o direito à educação, no âmbito da extinta Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (hoje Conselho de Direitos Humanos). A autora, visando a definir parâmetros objetivos para o acompanhamento dos progressos na implementação do direito à educação, “elaborou o *4-A Scheme*, tabela na qual se encontram enumeradas as obrigações básicas dos Estados, sob quatro critérios: *availability, accessibility, acceptability, adaptability*”³⁸¹.

O critério da *availability* ou da disponibilidade “visa à universalização da educação obrigatória e à generalização da educação não obrigatória”³⁸². Conforme explica Nina Beatriz Rocco Ranieri, indica duas ordens de obrigações: uma de natureza civil e política, que exige a garantia das liberdades públicas, aqui incluindo-se a liberdade de expressão, de aprender, de ensinar e de divulgar o pensamento, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas e a liberdade de criação de instituições privadas de ensino; e outra de natureza econômica e social, que requer que o próprio Estado crie e financie instituições de ensino ou estabeleça mecanismos que combinem iniciativa pública e privada, a fim de disponibilizar a educação a todos. Neste nível, incluem-se as obrigações

Educação & Sociedade, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014, p. 1038-1039.

³⁷⁹ XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. Educação & Sociedade, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014, p. 1039.

³⁸⁰ XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. Educação & Sociedade, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014, p. 1039-1040.

³⁸¹ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Educação obrigatória e gratuita no Brasil: um longo caminho, avanços e perspectivas. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação da Universidade de São Paulo (USP), 2018. p. 38-39.

³⁸² XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. Educação & Sociedade, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014, p. 1040.

relativas à normatização da educação, além do recrutamento, treinamento, financiamento dos profissionais da educação³⁸³.

Nesse contexto, imperioso registrar que estudos e pesquisas da Unesco (2002), Inep (2004) e Nóvoa (1999) constataram que “as escolas eficazes ou escolas de boas qualidades possuem um quadro de profissionais qualificados e compromissados com a aprendizagem dos alunos”. De acordo com esses estudos,

há uma relação direta entre a adequada e a boa formação dos profissionais e o melhor desempenho dos alunos; ou seja, a qualificação docente é vista como uma importante variável no processo de efetivação do desempenho dos estudantes e, conseqüentemente, na garantia de uma educação de qualidade³⁸⁴.

Assim, a universalização e a generalização da educação passam pela contratação e investimento nos profissionais da educação.

O critério da *accessibility* ou acessibilidade, por sua vez, “busca maximizar a igualdade de condições para acesso e permanência em todos os níveis e etapas escolares”³⁸⁵.

Sob esse prisma, Ingo Wolfgang Sarlet defende que deve haver o reconhecimento de um direito subjetivo individual a uma vaga em estabelecimento oficial, no âmbito do ensino obrigatório e gratuito³⁸⁶, o que foi encampado pelos Tribunais Superiores.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o Poder Público possui a obrigatoriedade de matricular criança em creche localizada próxima à sua residência, por entender que a educação configura um dos instrumentos para se garantir uma existência digna. A propósito, destaca-se trecho da ementa proferida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410.715/SP, de lavra do Ministro Celso de Mello:

[...] - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para

³⁸³ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Educação obrigatória e gratuita no Brasil: um longo caminho, avanços e perspectivas. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação da Universidade de São Paulo (USP), 2018. p. 39.

³⁸⁴ DOURADO, Luiz Fernandes (coord.); OLIVEIRA, João Ferreira de; SANTOS, Catarina de Almeida. A qualidade da educação: conceitos e definições. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), 2007, p. 22.

³⁸⁵ XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. Educação & Sociedade, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014, p. 1040.

³⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 335.

efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionabilidade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [...] (RE 410715 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006)

Ana Paula de Barcellos, pautada na eficácia positiva ou simétrica que se reconhece ao direito à educação básica, vai além e sugere que, não havendo vagas imediatas para todos, seria dever do Estado custear, como alternativa, a educação do interessado em uma instituição de ensino privado de padrão e custo semelhantes ao da educação pública até que a Administração consiga prestar o serviço³⁸⁷.

³⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da

No entender da autora, cuida-se de solução sinalizada pela própria Constituição da República, em seu art. 213, § 1º, que diz:

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: [...]

§ 1º - Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

Nesse contexto, explica Ana Paula de Barcellos que, em regra, a Administração está obrigada a oferecer, por meios próprios, o ensino básico obrigatório gratuito. Somente excepcionalmente, nos casos de falta de vagas e cursos regulares da rede pública, é que poderá o Poder Público, mediante autorização legislativa, custear o ensino fundamental e médio em instituições privadas:

destinar os recursos – que deveriam, a rigor, ser aplicados na expansão da rede pública de ensino – no custeio do ensino fundamental e médio em instituições privadas, para que esses indivíduos não sejam prejudicados pela deficiência do serviço prestado pelo Poder Público. Continua a Administração obrigada, todavia, a expandir sua rede, para que seja capaz de atender a toda a população³⁸⁸.

Porém, a oferta de vaga, embora de extrema importância, não é suficiente, por si só, para a garantia da educação de qualidade sob o prisma da *accessibility* ou acessibilidade. “A satisfação e o engajamento ativo do aluno no processo de aprendizagem é fator de fundamental importância na permanência e no desempenho escolar”³⁸⁹.

Nesse contexto, a escola de boa qualidade é valorada, muitas vezes, pelo fato de os alunos gostarem da escola, dos colegas e dos professores e de se empenharem no processo de aprendizagem.

Assim, os pais escolhem as escolas porque, em geral, têm indícios e informações que sugerem tratar-se de boas

dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 309-310.

³⁸⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 310-311.

³⁸⁹ DOURADO, Luiz Fernandes (coord.); OLIVEIRA, João Ferreira de; SANTOS, Catarina de Almeida. A qualidade da educação: conceitos e definições. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), 2007, p. 23.

instituições; os alunos permanecem na escola, porque, em geral, gostam dela, já que são boas as relações entre eles e os professores, pais, direção e demais servidores da escola; o ambiente escolar é agradável, educativo, eficiente e eficaz, o que leva os alunos a estudarem com mais afinco. Trata-se também de boas escolas porque os alunos têm aulas cotidianamente, já que os professores praticamente não faltam, e são aprovados nos processos seletivos para o ingresso no ensino superior e/ou conseguem ingressar no mercado de trabalho³⁹⁰.

Já o critério do *acceptability* ou admissibilidade ou aceitabilidade “busca maximizar a relevância, a adequação e a qualidade do ensino”³⁹¹. Engloba, assim, padrões mínimos de qualidade de ensino, orientação e conteúdos pedagógicos e também respeito pela diversidade, pelas línguas nativas e pela forma de instrução. Tomasevski incluiu neste campo a proibição de punições corporais³⁹².

Por fim, *adaptability* ou adequação ou adaptabilidade “tem como objetivo maximizar as liberdades no ensino e o pluralismo de concepções pedagógicas, sua flexibilidade e capacidade de responder às necessidades e expectativas das sociedades e comunidades”, garantindo sua diversidade³⁹³. Trata, assim, “das obrigações relacionadas às necessidades especiais dos indivíduos, isto é, das crianças com deficiências, da educação de jovens e adultos, dos adolescentes que trabalham, dos que estão privados de liberdade, dos refugiados”. Inclui, ainda, as iniciativas públicas de ensino a distância. A finalidade, pois, é tornar o escopo do direito acessível a seus titulares e sujeitos passivos³⁹⁴.

A qualidade do ensino, assim, diz respeito a cada um desses critérios sobre o direito à educação em seu sentido amplo. Por isso, partindo da premissa

³⁹⁰ DOURADO, Luiz Fernandes (coord.); OLIVEIRA, João Ferreira de; SANTOS, Catarina de Almeida. A qualidade da educação: conceitos e definições. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), 2007, p. 23-24.

³⁹¹ XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. Educação & Sociedade, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014, p. 1040.

³⁹² RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Educação obrigatória e gratuita no Brasil: um longo caminho, avanços e perspectivas. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação da Universidade de São Paulo (USP), 2018. p. 38.

³⁹³ XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. Educação & Sociedade, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014, p. 1040.

³⁹⁴ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Educação obrigatória e gratuita no Brasil: um longo caminho, avanços e perspectivas. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação da Universidade de São Paulo (USP), 2018. p. 38.

de que o direito à qualidade de ensino é um mandamento de máxima realização, o Estado deve atuar para assegurar progressivamente máxima qualidade do ensino, em condições de máxima igualdade, liberdade, pluralismo, gestão democrática e valorização docente – os demais princípios do art. 206 da Constituição – consideradas as limitações fáticas e jurídicas existentes, e tendo como propósito o alcance dos objetivos amplos da educação como um direito humano³⁹⁵.

Diante disso, Salomão Barros Ximenes propõe que o marco conceitual para a descrição do conteúdo jurídico do direito à qualidade do ensino no Brasil deve abranger, pelo menos, sete dimensões normativas: estudantes, ambiente escolar, condições de infraestrutura e insumos, conteúdos, processos educacionais relevantes, resultados e financiamento público³⁹⁶.

Na dimensão dos estudantes, o autor inclui a saúde, nutrição e promoção de hábitos de vida, o desenvolvimento da primeira infância, a frequência às unidades escolares, o tempo disponível para a escolarização e relação com o mundo produtivo e o suporte educacional familiar³⁹⁷.

Já a dimensão do ambiente escolar engloba a segurança e disciplina escolar e a prevenção e combate a maus-tratos, exploração, intolerância ou discriminação³⁹⁸. (XIMENES, 2014, p. 1046)

Nas condições de infraestrutura e insumos básicos, tem-se a infraestrutura escolar, a acessibilidade física, os materiais de ensino e aprendizagem e os recursos humanos.

Por sua vez, na dimensão do conteúdo, Salomão Barros Ximenes abarca os padrões básicos curriculares, o conteúdo regional e local e o conteúdo escolar, comunitário e adaptado.

Já na dimensão dos processos educacionais relevantes, Salomão engloba o tempo de aprendizagem, o número de alunos por sala e por professor, a organização pedagógica e métodos de ensino, a avaliação interna e *feedback* aos estudantes, professores e responsáveis, os processos educacionais inclusivos e com respeito à diversidade, a participação democrática e a autonomia escolar.

³⁹⁵ XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. Educação & Sociedade, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014, p. 1043.

³⁹⁶ XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. Educação & Sociedade, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014, p. 1046.

³⁹⁷ XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. Educação & Sociedade, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014, p. 1046.

³⁹⁸ XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. Educação & Sociedade, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014, p. 1046.

Por outro lado, incluem-se, na parte dos resultados, o letramento e conhecimentos matemáticos, o desempenho mensurável em processo nacional de avaliação, a avaliação de desenvolvimento na educação infantil, a avaliação formativa e avaliação para progressão e certificação, os objetivos amplos da educação: cidadania, valores e direitos na e através da educação, os resultados relativos à inserção profissional e aos benefícios econômicos da educação para o indivíduo e a sociedade, e os resultados em habilidades criativas e emocionais.

Por fim, na dimensão do financiamento público, inclui-se o custo aluno-qualidade, os padrões básicos nacionais e os incentivos³⁹⁹.

Como se vê, em qualquer das dimensões normativas propostas, há necessidade de investimento adequado, para obter uma educação de qualidade.

Nesse prisma, a Constituição de 1988, baseada na fundamentalidade e essencialidade do direito à educação, determinou expressamente, no artigo 212, a aplicação anual mínima de 18% (dezoito por cento) pela União e de 25% (vinte e cinco por cento) pelos Estados, Distrito Federal e Municípios da receita resultante de impostos, compreendida, nesse cálculo, a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

A definição de quais despesas podem ou não ser consideradas como manutenção e desenvolvimento de ensino consta nos artigos 70 e 71 da Lei n. 9.394/96, que trata das Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

De acordo com o artigo 70 da referida lei, considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a: a) remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação; b) aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; c) uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino; d) levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino; e) realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino; f) concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas; g) amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender a esses serviços; e h) aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

Por outro lado, não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com: a) pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de

³⁹⁹ XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014, p. 1046-1047.

ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão; b) subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural; c) formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos; d) programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social; e) obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar; e f) pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino (artigo 71 da Lei n. 9.394/96).

Considerando a dificuldade em cumprir a aplicação anual mínima estabelecida no artigo 212 da Constituição da República, alguns Estados e Municípios, a exemplo do Estado de São Paulo, passaram a incluir, no cômputo dos gastos com educação, as despesas com previdência e inativos.

O Supremo Tribunal Federal, levado a enfrentar a questão, decidiu, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5719/SP, que o cômputo de despesas com encargos previdenciários de servidores inativos ou do déficit de seu regime próprio de previdência como manutenção e desenvolvimento de ensino importa em violação a destinação mínima de recursos exigida pelo art. 212 da CRFB, já que não se enquadram em qualquer das hipóteses do artigo 70 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Assim, deverão ser consideradas como investimento em educação apenas aquelas despesas que visarem à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis.

Dito isso, dispõe a Constituição da República que parte desses recursos de vinculação obrigatória (artigo 212 da CRFB/88) será destinada ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, previsto, atualmente, no artigo 212-A da Constituição da República, cuja função primordial é a manutenção e o desenvolvimento do ensino na educação básica, bem como a remuneração condigna dos profissionais da educação.

Nessa senda, destaca Emerson Garcia que, “com exceção da União, cada ente federativo contará com seu próprio Fundeb” (2009, p. 15), o qual será formado por 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do *caput* do art. 155⁴⁰⁰; o inciso II do *caput* do art. 157⁴⁰¹,

⁴⁰⁰ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III - propriedade de veículos automotores. [...]

⁴⁰¹ Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal: [...] II - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I. Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou

os incisos II, III e IV do *caput* do art. 158⁴⁰² e as alíneas “a” e “b” do inciso I e o inciso II do *caput* do art. 159⁴⁰³ da Constituição da República (artigo 212-A, inciso II, da CRFB/88).

Além dessas fontes, o Fundeb será complementado com recursos da União, equivalentes, no mínimo, num primeiro momento, a 12% (doze por cento), alcançando, em seis anos, o investimento de, no mínimo, 23% (vinte e três por cento) do total das arrecadações acima especificadas (artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Assim, o Fundeb, que é atualmente permanente (Emenda Constitucional n. 108/2020), corresponde a um fundo em cada Estado e no Distrito Federal que é composto pela transferência de receitas de impostos municipais, estaduais e federais, além de complementações diretas da União.

A distribuição dessa receita, todavia, está vinculada ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial matriculados na rede de ensino da área de atuação prioritária do respectivo ente federativo (artigo 212-A, inciso III, da CRFB/88), consoante artigo 211 da Constituição da República: os Municípios devem atuar prioritariamente no ensino infantil e no ensino fundamental, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal a atuação prioritária nos ensinos fundamental e médio.

Por se tratar de uma despesa vinculada, a gestão desse dinheiro ficará a cargo do órgão responsável pela educação (art. 69, § 5º, da Lei n. 9.394/96), “ou seja, Secretaria ou órgão congênere que, dentro do Estado ou do Município, cuida das políticas públicas de educação – pasta que fica a cargo das Secretarias de Educação”⁴⁰⁴.

base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição; [...]

⁴⁰² Art. 158. Pertencem aos Municípios: [...] II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III;

III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios; IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. [...]

⁴⁰³ Art. 159. A União entregará: I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; [...] II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados. [...]

⁴⁰⁴ ESTADO DE SANTA CATARINA, Ministério Público. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. Pesquisa n. 0036, de 25 de abril de 2019, p. 4.

A intenção do legislador de vincular esses recursos à respectiva pasta da educação é, conforme aponta o Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude do Ministério Público do Estado de Santa Catarina,

[...] a de afastar eventuais desvios e de se ter o controle do cumprimento, por parte do Poder Executivo, daquilo que ficou determinado no *caput* do art. 212 da Constituição Federal, no caso, a aplicação de percentual mínimo – de 18% para a União, e 25% para Estados e Municípios – das receitas resultantes de impostos e transferências constitucionais, na manutenção e desenvolvimento do ensino. [...] ⁴⁰⁵.

A aplicação do percentual mínimo na educação é de tal grau de importância que o seu descumprimento poderá acarretar a intervenção da União nos Estados e destes nos Municípios, conforme artigo 34, VII, “e” e artigo 35, III, ambos da Carta Cidadã.

Não fosse toda a diretriz constitucional acerca do investimento em educação, o artigo 4º da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estabeleceu como dever do poder público, ao lado da família e da sociedade, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação de diversos direitos das crianças e adolescentes, dentre eles a educação, o que compreende a destinação privilegiada de recursos públicos para essa área.

Nesse contexto, pensando no financiamento do ensino público, a Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014, aprovou o Plano Nacional da Educação (PNE), com vigência por dez anos. Trata-se de uma política pública articuladora das diversas políticas educacionais que traz a qualidade da educação como diretriz ⁴⁰⁶⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ ESTADO DE SANTA CATARINA, Ministério Público. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. Pesquisa n. 0036, de 25 de abril de 2019, p. 4.

⁴⁰⁶ São diretrizes do PNE, conforme previsão do art. 2º da Lei n. 13.005/2014: erradicação do analfabetismo; universalização do atendimento escolar; superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação; melhoria da qualidade da educação; formação para o trabalho e para a cidadania, com ênfase nos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade; promoção do princípio da gestão democrática da educação pública; promoção humanística, científica, cultural e tecnológica do País; estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto - PIB, que assegure atendimento às necessidades de expansão, com padrão de qualidade e equidade; valorização dos (as) profissionais da educação; promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental.

⁴⁰⁷ ALVES, Angela Limongi Alvarenga. O direito à educação de qualidade e o princípio da dignidade humana. In: RANIERI, Nina Beatryz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação da Universidade de São Paulo (USP), 2018, p. 117.

Foi a partir da Emenda Constitucional n. 59/2009 que o Plano Nacional da Educação passou a ser considerado o articulador do Sistema Nacional de Educação, com previsão do percentual do Produto Interno Bruto (PIB) para o seu financiamento. Assim, os planos estaduais, distrital e municipais devem ser elaborados com base no PNE e, ao serem aprovados em lei, devem prever recursos orçamentários para a sua execução⁴⁰⁸.

O PNE estrutura suas metas em quatro grandes grupos: a) metas estruturantes para a garantia do direito à educação básica com qualidade, a fim de promover a garantia do acesso, à universalização do ensino obrigatório e à ampliação das oportunidades educacionais; b) as metas relacionadas especificamente à redução das desigualdades e à valorização da diversidade, que são imprescindíveis para a equidade e, por consequência, para a qualidade; c) metas relativas à valorização dos profissionais da educação, as quais são consideradas estratégicas para que as metas anteriores sejam atingidas; e d) metas referentes ao ensino superior⁴⁰⁹.

É consenso que, para a concretização de qualquer meta, faz-se necessário investir na educação. Assim, a Meta 20 do PNE prevê a ampliação do investimento público em educação pública, de forma a atingir, no mínimo, o patamar de 7% (sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB do País no 5º (quinto) ano de vigência da lei e, no mínimo, o equivalente a 10% (dez por cento) do PIB ao final do decênio.

Fica evidente, assim, que o intuito do legislador constituinte e, posteriormente, do legislador ordinário é o de destinar, prioritariamente, verbas para as áreas que mais promovem uma transformação social, dentre elas a garantia do direito à educação obrigatória, componente do núcleo material da dignidade da pessoa humana. Somente depois, em havendo saldo remanescente, deveria o Poder Público atuar com discricionariedade quanto ao investimento nas demais áreas.

Por ora, ainda há muito a se fazer para concretizar a vontade do legislador. Isso porque os dados demonstram que, apesar da evolução no tocante à universalização do ensino, em especial o ensino infantil⁴¹⁰, ainda há sérios problemas nos indicadores de qualidade e aprendizagem.

⁴⁰⁸ ALVES, Angela Limongi Alvarenga. O direito à educação de qualidade e o princípio da dignidade humana. In: RANIERI, Nina Beatryz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação da Universidade de São Paulo (USP), 2018, p. 118-119.

⁴⁰⁹ ALVES, Angela Limongi Alvarenga. O direito à educação de qualidade e o princípio da dignidade humana. In: RANIERI, Nina Beatryz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação da Universidade de São Paulo (USP), 2018, p. 121.

⁴¹⁰ De acordo com José Marcelino de Rezende Pinto e Bianca Cristina Correa, na faixa de 0 a 3 anos, o Brasil saiu de um patamar de 7,4% da taxa de atendimento, em 1996, para 34% em 2017, um aumento expressivo de 4,6 vezes (2020, p. 5-6). Já no caso das crianças de 4 e 5 anos, a situação das taxas de atendimento é bem melhor. Em que pese não ter sido cumprida a EC 59/2009, segundo a qual, até 2016, todas as crianças de 4 e 5 anos deveriam estar matriculadas, a taxa de atendimento mais do que dobrou de 1996 a 2017, chegando a 93% neste último ano (2020, p. 7-8).

Com efeito, o Brasil, entre 2007 e 2019, atingiu as metas estabelecida pelo Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) quanto aos anos iniciais do ensino fundamental. Contudo, em relação aos anos finais do ensino fundamental e ao ensino médio, o índice apenas foi atingido entre os anos de 2007 e 2011. Desde então, os resultados brasileiros ficaram aquém da projeção⁴¹¹.

Já no Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa), tradução de *Programme for International Student Assessment*, que avalia o desempenho dos estudantes na faixa etária dos 15 anos, idade em que se pressupõe o término da escolaridade básica obrigatória na maioria dos países, o Brasil, apesar de ter melhorado desde os anos 2000, ainda não apresenta bons resultados.

Conforme análise de Gregório Grisa⁴¹², o Brasil ficou em último lugar em 2003 e, no ano 2015, entre 72 países, ocupou a 59ª posição em leitura; 65ª, em matemática; e 63ª, em ciências. Observa o autor que, quando comparados os resultados do PISA no decorrer dos anos, o Brasil parte de um patamar ruim na primeira avaliação (ano 2000) e chega a resultados melhores em 2009. Nos últimos anos, contudo, identificou-se uma estagnação nos índices atingidos.

Assim, deve haver mais e melhor investimento na área da educação obrigatória para avanço nesses números.

Diante de toda a normativa determinando o investimento mínimo e prioritário em educação obrigatória é que se mostra indevida a arguição, pelo Poder Público, de inexistência ou indisponibilidade de recursos públicos para a concretização desse direito (cláusula da reserva do possível). Isso porque o legislador constituinte estabeleceu, de forma expressa, “as regras sobre as competências na esfera do ensino, a origem e destinação das verbas, bem como as prioridades e metas da política de ensino”⁴¹³, o que foi posteriormente complementado pela Lei n. 13.005/2014.

Assim, a cláusula da reserva do possível não pode ser legitimamente reconhecida pelo Poder Judiciário quando se está diante do direito à educação obrigatória, especialmente das crianças e adolescentes, já que o legislador, frente à magnitude desse direito, já estabeleceu uma verba mínima a ser aplicada na concretização da educação, inclusive com a destinação de recursos para um fundo específico (atual Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB).

Mais do que a aplicação da verba mínima constitucional, o financiamento da educação deve ser visto como prioridade pelo Poder Público

⁴¹¹ As planilhas comparativas dos dados compilados dos resultados do IDEB estão disponíveis no site: <http://ideb.inep.gov.br/resultado/resultado/resultadoBrasil.seam?cid=5154156>.

⁴¹² GRISA, Gregório Durló. A educação pública brasileira é um fracasso? Porto Alegre/RS, 19 dez. 2020, p. 6.

⁴¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 336.

de todas as esferas, haja vista que, por se tratar de um direito componente do mínimo existencial (e, pois, integrante dos direitos que compõem a dignidade da pessoa humana), promove verdadeira transformação social, possibilitando o pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho, a fim de lhe proporcionar autonomia.

CONCLUSÃO

Como visto, o Brasil, seguindo a tradição internacional pós 2ª Guerra Mundial, inseriu a dignidade da pessoa humana, pela primeira vez, na Constituição de 1988. Na oportunidade, incluiu-a o legislador constituinte como fundamento da República Federativa do Brasil e, bem assim, como valor estruturante do Estado. Por essa razão, detém esse instituto papel essencial na construção de uma sociedade apta ao convívio social, já que sua aplicação não se limita à ordem jurídica, abarcando também a ordem social, política, cultural e econômica.

O objetivo do legislador, portanto, foi o de garantir uma vida digna a todos, independentemente de sua classe social, idade, crença e/ou sexo, razão pela qual a dignidade da pessoa humana, além de norma principiológica, atua como regra e valor fundamental.

Apesar de sua importância, a dignidade da pessoa humana não foi definida pelo legislador constituinte. Nada obstante, em sendo intrínseca a todo ser humano, não é possível perdê-la, mas apenas desrespeitá-la. Por isso, a fim de se garantir uma vida digna, faz-se necessário criar condições existenciais mínimas, ainda que por meio de prestações positivas.

Assim, o mínimo existencial pode ser compreendido como a concessão de prestações materiais mínimas pelo Estado, a fim de que o ser humano, considerado em seu aspecto físico, espiritual e intelectual, além de satisfazer suas necessidades mais básicas, possa alcançar a própria autonomia para atuar em igualdade de condições com terceiros, bem como participar do processo democrático e da vida política do Estado.

Ainda que não haja um consenso sobre o conteúdo do mínimo existencial, convergem os autores pesquisados no sentido de que a educação obrigatória está englobada nesse conceito, uma vez que esse direito visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, a seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho (art. 205 da CRFB/88).

Por essa razão, tem-se que o direito à educação compreende não apenas à disponibilização de vagas, mas também todo o aparato necessário ao desenvolvimento completo do indivíduo (instrução técnica e ética).

Fica claro, assim, que a educação engloba a oferta de um ensino de qualidade, uma vez que o intuito desse direito é fazer com que a pessoa alcance a própria autonomia. Por estar ligada à formação pessoal do indivíduo,

a qualidade de ensino relaciona-se à universalização da educação; ao processo de acesso e permanência na escola; aos padrões mínimos de qualidade de ensino, orientação e conteúdos pedagógicos; ao respeito pela diversidade e inclusão social; à liberdade e ao pluralismo de ideias.

Nesse contexto, a Constituição da República prevê como direito público subjetivo do indivíduo o ensino obrigatório, que inclui a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio, uma vez que configuram a parcela indispensável para assegurar a qualquer pessoa a obtenção da própria autonomia.

Como direito público subjetivo, o direito à educação obrigatória não se encontra no campo da discricionariedade administrativa, mas sim da obrigatoriedade. Por essa razão, em caso de omissão estatal, detém o Ministério Público legitimidade para cobrar a realização de prestações positivas, seja de forma extrajudicial ou judicial, o que deverá ser considerado pelo Poder Judiciário, neste último caso, sem qualquer interferência do princípio da separação dos poderes e/ou majoritário.

Na prática, contudo, é muito comum a alegação de inexistência de recursos financeiros e/ou ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular (cláusula da reserva do possível). Tal arguição, todavia, não tem o condão de afastar a prestação positiva pelo Estado, na medida em que a própria Constituição da República estabelece as finalidades essenciais aos quais estão obrigadas as autoridades públicas. Tais finalidades constituem prioridade estatal, porquanto estão ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana (núcleo material). Logo, deve o Estado destinar os recursos existentes primeiramente aos direitos componentes do mínimo existencial, nos quais se inclui a educação obrigatória, como prevê, inclusive, o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, para somente depois, em havendo saldo remanescente, atuar com discricionariedade quanto ao investimento.

Aliás, os números demonstram que, apesar dos avanços, há muito trabalho a ser feito na área da educação, pois os resultados estão muito aquém dos índices tidos como ideais, que são necessários para realização de uma transformação social profunda.

No que pertine à educação obrigatória, especificamente, há de se atentar para o fato de que o legislador constituinte destinou recursos públicos mínimos para investimento na área. O descumprimento desse mandamento constitucional poderá ensejar a intervenção federal ou estatal, nos termos do art. 34, VII, “e” e art. 35, III, ambos da CRFB/88.

Assim, tem-se que a educação de qualidade, por ser fundamental à completa formação do indivíduo, não pode ficar à mercê da vontade do Estado. Deve ela ser buscada pela família, pela sociedade e pelos entes públicos, inclusive com o auxílio do Sistema de Justiça, a fim de que o mandamento constitucional não se transforme em letra morta.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Angela Limongi Alvarenga. O direito à educação de qualidade e o princípio da dignidade humana. In: RANIERI, Nina Beatryz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação da Universidade de São Paulo (USP), 2018. p. 112-143. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000262765>. Acesso em: 24 out. 2020.
- ARANÃO, Adriano. Direito à educação: A educação como direito fundamental na Constituição de 1988. *Argumenta Journal Law, Jacarezinho* - PR, n. 9, p. 243-260, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/121/121>. Acesso em: 23 out. 2020.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 dez. 2020.
- BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 14 dez. 2020.
- BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 24 jan. 2021.
- BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 24 jan. 2021.
- BRASIL. Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em: 14 dez. 2020.
- CORDEIRO, Karine da Silva. Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- DOURADO, Luiz Fernandes (coord.); OLIVEIRA, João Ferreira de; SANTOS, Catarina de Almeida. A qualidade da educação: conceitos e definições. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), 2007. ISSN 1414-0604. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/documents/186968/485287/A+qualidade+da+educa%C3%A7%C3%A3o+conceitos+e+defini%C3%A7%C3%B5es/>. Acesso em: 19 set. 2020.
- GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2009. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/18463/o-direito-a-educacao-e-suas-perspectivas-de-efetividade>. Acesso em: 14 dez. 2020.
- GRISA, Gregório Durló. A educação pública brasileira é um fracasso? Porto Alegre/RS, 19 dez. 2020. Disponível em: <https://gregoriogrisa.com.br/a-educacao-publica-brasileira-e-um-fracasso/>. Acesso em: 24 jan. 2021.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (Brasil). Índice de Desenvolvimento de Educação Básica (IDEB) - Resultados e Metas. Brasília, 15 set. 2020. Disponível em: <http://ideb.inep.gov.br/resultado/resultado/resultadoBrasil.seam?cid=5154156>. Acesso em: 24 jan. 2021.
- PINTO, José Marcelino de Rezende; CORREA, Bianca Cristina. Educação infantil e a política de

fundos: como tem caminhado essa etapa educacional, em especial com a aprovação do Fundeb? *FINEDUCA - Revista de Financiamento da Educação*, v. 10, out. 2020. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/fineduca/article/view/104023/58640>. Acesso em: 24 jan. 2021.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Educação obrigatória e gratuita no Brasil: um longo caminho, avanços e perspectivas. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga. *Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar*. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação da Universidade de São Paulo (USP), 2018. p. 13-46. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000262765>. Acesso em: 14 dez. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=233>. Acesso em: 13 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47169>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em: 14 dez. 2020.

TAVARES, André Ramos. *Direito fundamental à educação*. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet*, v. 1, 2009. Disponível em: http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Andre_Ramos_Tavares_direito_fund.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, dez. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302014000401027&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 dez. 2020.

ANÁLISE DO PAPEL DA EDUCAÇÃO NO COMBATE À CRIMINALIDADE

Janaína Alves de Araújo⁴¹⁴, Bento José Lima Neto⁴¹⁵

INTRODUÇÃO

A problemática da criminalidade é tema de diversos estudos em distintos campos do saber, pois representa significativa perda para sociedade e grande obstáculo para o crescimento e desenvolvimento econômico. Destarte, o crime e a violência consistem num fardo social em várias dimensões. Seus altos índices geram impactos diretos na qualidade de vida e bem estar, generalizando o sentimento de insegurança e, conseqüentemente, contribuindo para a mudança de comportamento do cidadão. Além do mais, a criminalidade acarreta custos aos cofres públicos e privados. O Estado é onerado com grandes custos relacionados aos trâmites judiciais e sistemas penitenciários.

No contexto da literatura, historicamente há diversas abordagens que visam analisar e propor alternativas de combate à criminalidade. As alternativas englobam estratégias de prevenção, dissuasão, incapacitação, retribuição e reabilitação. Uma das vertentes que tem ganhado destaque nos últimos anos aponta para o papel da educação no combate ao crime, tanto na forma de prevenção, quanto na reabilitação. Assim sendo, como a educação pode contribuir para a redução dos índices de criminalidade? Com vista a trazer respostas para o questionamento, o presente estudo se propõe a refletir sobre a educação como meio de enfrentamento, prevenção e redução da criminalidade, discutindo sobre as ações educacionais pertinentes para formação e conscientização do indivíduo.

A discussão do tema Educação versus Criminalidade é bastante contemporânea e necessária, justificada pelo crescimento das contraversões e a necessidade de reafirmar o poder transformador da educação, bem como reivindicar para esta maior incentivo e atenção do poder público.

Para atender ao objetivo proposto, esse estudo caracteriza-se por ser de natureza qualitativa, buscando compreender os impactos da educação

⁴¹⁴ Bacharel em Direito pela Unime; Licenciada em Pedagogia pela Universidade Estadual de Santa Cruz; Mestranda em Direitos Fundamentais e Alteridade pela Universidade Católica de Salvador; Especialista: Docência Ensino Superior; Direito e Práticas Jurídicas Cível, Trabalhista e Previdenciária; Direito de Família e Sucessões. MBA Finanças, Auditoria e Controladoria. Pedagoga, Advogada e Secretária da Educação do Município de Itabuna. E-mail: janaina.araujo@ucsal.edu.br

⁴¹⁵ Bacharel em Direito pela Faculdade de Tecnologia e Ciências; Mestre em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação pela Universidade Estadual de Santa Cruz; Especialista em Direito Material e Processual do trabalho. Secretário de Gestão e Tecnologia do Município de Ilhéus. E-mail: bentolima07@gmail.com

na incidência de criminalidade. Para obter os resultados esperados concernentes à problematização apresentada, será utilizado o método de pesquisa descritiva explicativa. A metodologia de pesquisa utilizada será a revisão bibliográfica.

Ao final do trabalho, o leitor poderá identificar que o bem estar social tão almejado só poderá ser alcançado por meio do exercício pleno da cidadania e respeito aos direitos fundamentais que dignificam o ser humano. No rol desses direitos encontra-se o acesso à educação de qualidade.

1 CRIMINALIDADE E VIOLÊNCIA

O ato criminoso pode ser compreendido como uma ação ou omissão reconhecida como ilegal, antijurídica e culpável. Contudo, vale ressaltar que nem todo ato criminoso é considerado como violento. A violência, por sua vez, é definida como um comportamento que tem por intuito causar dano, seja ele físico ou moral, assumindo diferentes formas e englobando distintas dimensões de forma ampla.

O Brasil se encontra entre os primeiros na lista de países mais violentos da América Latina. De acordo com dados coletados pelo Instituto Igarapé e publicados no diário americano Washington Poste, o Brasil representa uma das regiões mais violentas do globo. No ano de 2019 foram registradas cerca de 70.2 mil mortes violentas, dados equivalentes à 12% dos registros mundiais.

O aumento da violência também está atrelado ao crescimento das cidades. Garland⁴¹⁶ afirma que as mudanças sociais, econômicas e históricas ocorridas na segunda metade do século XX, marcando a era da pós-modernidade nas democracias industriais ocidentais a partir da década de 60, transformou as relações sociais e políticas. Havia um sentimento de questionamento que desafiava a legitimidade das instituições, acarretando em conflitos de classe e problemas com o crime, insegurança e medo.

A partir da década de 1970 nota-se um crescimento exponencial nos índices de violência, onde o ano de 2017 foi o que apresentou maior número de homicídio, alcançando a marca de 65.602 mil mortes. Contudo, com a criação do Ministério de Segurança Pública, a partir do ano 2018 é possível observar que esses números começaram a cair. A partir desse período foi iniciado o processo de planejamento e recolhimento de dados com o intuito de formar uma rede de cooperação entre os órgãos municipais, estaduais e federais. A integração dos dados de segurança em um único sistema de informações possibilitou a cooperação entre os entes federados.

Apesar dos fatores históricos atrelados ao índice de violência, o medo do crime é e intensamente vivido na vida moderna. De acordo com o 12^a Anuário

⁴¹⁶ GARLAND, David. A cultura do controle: crime e ordem na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2014

de Segurança Pública, 76% da população do Brasil sofre com o medo de morrer assassinada. A propagação do medo coletivo é motivada pela espetacularização da mídia em torno do tema e pelos crescentes relatos da violência intensamente difundida em várias metrópoles do país. Esse contexto deu origem às denominadas “fobópolis”, termo utilizado para denominar grandes cidades onde o medo da violência é generalizado, modificando os hábitos dos indivíduos, suas interações sociais e até mesmo o deslocamento de lazer. Em muitos casos, o medo da violência é matizado e atinge de forma mais abrangente determinada classe social, raça, gênero, grupo e regiões de moradia.

De acordo com Clarice Sohngen, no que diz respeito ao crime no Brasil, alguns elementos são centrais na constituição da violência e criminalidade no âmbito das representações sociais, a saber: “a segregação sócio-espacial, a constituição de sociabilidades diferentes em espaços segregados, e a produção de discursos sobre o crime – não raro violentos – em resposta à sua tomada como “mal-estar” coletivo”⁴¹⁷.

Diariamente são noticiados pelos veículos de comunicação casos atroz de violência, trazendo insegurança à população. Com base na abordagem *Labeling Approach* ou Teoria do Etiquetamento, o crime resulta da construção social que envolve assimetrias de poder. Essa teoria criminológica defende que a compreensão do que é crime e criminoso é construída por meio de definição legal e ações de controle social acerca do comportamento do indivíduo. Ao analisar a teoria do etiquetamento ou rotulação, Becker⁴¹⁸ apresenta o “desvio” como elemento que perpassa as motivações individuais ou características de um grupo em particular, mas que representa um processo no qual existem outros atores sociais envolvidos que precisam ser investigados. Dentre esses atores estão os formuladores de regras e os designados por seu cumprimento. Desta forma, o crime se apresenta como elemento multifatorial, uma vez que engloba agentes e circunstâncias distintas e específicas.

Na visão de Schabbach, a atividade criminal ocorre de forma “desagregada” e é influenciada por aspectos plurais de variadas naturezas. Além do mais, a frequência de ocorrências de crime no espaço urbano é manifestada heterogeneamente. A autora revela que o espraiamento da violência é resultado do privilégio dado às classes mais abastadas na distribuição social da paz, enquanto que os bairros mais populares são cercados pelo “cordão sanitário repressivo”⁴¹⁹.

⁴¹⁷ SOHNGEN, Clarice. Crime e violência no Brasil: representações socioculturais na pós-modernidade. Revista Interthesis. V.16. n. 1. 2019. P. 39

⁴¹⁸ BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. The Journal of Political Economy. Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968

⁴¹⁹ SCHABBACH, Letícia Maria. Tendências e preditores da criminalidade violenta no Rio Grande

A segregação sócio-espacial, com a determinação de locais mais privilegiados e constituição de vizinhanças estigmatizadas, isola localidades e estabelece hierarquia entre os espaços metropolitanos. As localidades mais recriminadas são marcadas pela precariedade da atenção governamental no que diz respeito à oferta de serviços de qualidade, tais como lazer, trabalho, acessibilidade, cultura e educação. Entretanto, Marcelo Souza apresenta que a ausência desses serviços é acompanhada pela forte presença armada do Estado, com intensos patrulhamentos policiais, emprego de Forças Armadas na região e presença de Unidades de Polícia Pacificadora⁴²⁰.

De acordo com dados do 12^a Anuário de Segurança Pública publicados no ano de 2018, as taxas de mortes violentas intencionais no Brasil representam mais que o triplo reconhecido como endêmico pela Organização Panamericana de Saúde. São as periferias urbanas as áreas mais vulneráveis à violência. Além do fator localização, outras variáveis impactam na probabilidade de se tornar uma vítima de violência no Brasil. De acordo com o Anuário de Segurança Pública, no que se refere aos homicídios, 92% das vítimas são do sexo masculino, 54% são jovens e 73% negros⁴²¹.

A criminalidade representa um grave problema social que afeta a qualidade de vida e bem estar dos cidadãos, gerando grandes custos econômicos e perdas irreparáveis, principalmente a de vidas humanas. Segundo dados do Sistema Único de Saúde a maior parcela das vítimas de violência encontra-se em idade economicamente ativa. No ano de 2010, cerca de 59% dos homicídios que ocorreram no Brasil foram com pessoas entre 20 e 39 anos⁴²².

Analisado pelo prisma econômico, a criminalidade acarreta em custos substanciais na perda de capital humano e da capacidade produtiva de pessoas que poderiam estar contribuindo para o crescimento do PIB nacional. Alexandre Carvalho, em estudo sobre os custos das mortes por causas externas, aponta que as perdas estimadas anuais devido aos homicídios no Brasil giram em torno de R\$ 9,1 bilhões⁴²³. No mesmo sentido, Cerqueira e Soares, ao analisar os custos previdenciários do homicídio no Brasil, estimaram que os gastos relativos aos homicídios sobre o bem-estar chegam a 2,3 do fluxo anual do PIB brasileiro⁴²⁴.

do Sul. 2007. 333f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. P. 38

⁴²⁰ SOUZA, Marcelo Lopes de. Militarização da questão urbana. *Lutas Sociais*, São Paulo, v. 29, p. 117-129, jul./dez. 2012

⁴²¹ SOHNGEN, Clarice. Crime e violência no Brasil: representações socioculturais na pós-modernidade. *Revista Interthesis*. V.16. n. 1. 2019. 36-56

⁴²² SOHNGEN, Clarice. Crime e violência no Brasil: representações socioculturais na pós-modernidade. *Revista Interthesis*. V.16. n. 1. 2019. 36-56

⁴²³ CARVALHO, A. X.; CERQUEIRA, D. R. C.; RODRIGUES, R. I.; LOBÃO, W. J. A. Custos das mortes por causas externas no Brasil. Brasília: Ipea, 2007. p. 1-42.

⁴²⁴ CERQUEIRA, D; SOARES, R. The welfare cost of homicides in Brazil: accounting for

Tais resultados refletem a realidade social e acarretam em reivindicações por ações políticas mais eficazes no combate e resolução do problema.

2 EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

É recente o conceito de direitos fundamentais, entretanto, suas primeiras manifestações documentais datam do fim do século XVIII, no ensejo das revoluções políticas, especificamente a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789. Tais documentos traziam em seus textos ideais políticos de filósofos iluministas como Voltaire, Montesquieu e Benjamin Franklin. Ainda que não pese muito sobre as doutrinas latino-americana e brasileira, a Declaração dos Direitos Fundamentais foi um dos temas mais polêmicos da década de 1990 discutido no âmbito do direito público inglês. Registros de periódicos como *Public Law* e *Oxford Journal of Legal Studies* confirmam a exacerbada busca pelo tema.

Em sua análise, George Marmelstein⁴²⁵ enfatiza que os direitos fundamentais são normas jurídicas não apenas de forte conteúdo ético, como também, voltados para a proteção da dignidade humana, sendo esta, a base axiológica desses direitos. Devido ao seu percurso histórico, os direitos fundamentais não permitem uma definição em termos absolutos, abrindo margem, portanto, para a formação das mais variadas teorias.

É importante frisar que os direitos fundamentais apresentam duas dimensões, sendo uma delas material e a outra formal. Jorge Miranda conceitua-os como os direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, “individuais ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material - donde direitos fundamentais em sentido formal e direito fundamentais em sentido material”⁴²⁶.

Antes mesmo de serem denominados como direitos fundamentais, seu início deriva da continuidade de longa tradição anglo-saxônica de restrições políticas e institucionais dos poderes do monarca. Desta forma, as declarações tinham por objetivo efetivar liberdades essencialmente individuais, tais como: livre pensamento, manifestações, livre exercício de atividade profissional, política e civil⁴²⁷.

Esse prestígio cultural e jurídico moderno atribuído aos direitos fundamentais deve-se, sobretudo, às conquistas da classe burguesa europeia do século XVIII

heterogeneity in the willingness to pay for mortality reductions. *Health Economics*, v. 25, p. 259-276, 2016.

⁴²⁵ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008

⁴²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1998. P. 7

⁴²⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

que lutaram para garantir os direitos sociais do homem operário, direcionando os direitos para as liberdades civis e políticas do homem proprietário⁴²⁸.

No plano filosófico, a história dos direitos fundamentais perpassa pelos conhecidos direitos humanos, como direitos de liberdade. Além disso, é possível verificar a evolução das concepções jusnaturalistas para a concepção positivista, culminando no neoconstitucionalismo, também conhecido como pós-positivismo⁴²⁹.

O surgimento dos novos direitos no plano jurídico se dá devido às modificações na sociedade. Analisado o curso da história, documentos e declarações acerca dos direitos fundamentais é possível observar uma transição dos direitos clássicos fundamentais de liberdade e poder que reclamavam a mínima atuação do Estado na vida do cidadão para os direitos sociais, que exigem uma atuação positiva do Estado.

Destarte, como bem ressalta Edson Fachin⁴³⁰, as manifestações de defesa aos direitos fundamentais têm como objetivo proteger a dignidade da pessoa, incluindo todas as esferas sociais e civis.

Os direitos fundamentais se apresentam de duas maneiras: como direitos subjetivos e objetivos. Na perspectiva subjetiva, o sujeito pode exigir uma ação ou até mesmo uma abstenção do Estado ou de outro indivíduo em relação a uma situação particular. Por outro lado, no âmbito objetivo, os direitos fundamentais atuam como componentes da ordem jurídica da coletividade, apontando o cumprimento e os limites das ações do Estado. De acordo com esse entendimento, a educação classifica-se como um direito fundamental subjetivo⁴³¹.

Dizer que a educação é um direito fundamental subjetivo, significa afirmar que todos os indivíduos que se debruçam ao Estado para o exercício do direito fundamental à educação devem ter pleno acesso às instituições de ensino. Por conseguinte, o poder público deve oferecer a quantidade necessária de escolas que atendam a população, bem como prestar um serviço de qualidade⁴³².

Os direitos fundamentais têm como objetivo resguardar a dignidade humana que, de acordo com Edson Fachin⁴³³, constitui-se imperativo ético

⁴²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 2, 2007

⁴²⁹ VIEIRA, D. B. Teoria dos direitos fundamentais: evolução históricopositiva, regras e princípios. Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ- Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015.

⁴³⁰ FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: Elementos Críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁴³¹ MARTINS, R. B. Dimensão objetiva e dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. 2014.

⁴³² SANTANA, H. F. O direito público subjetivo à educação face à teoria geral dos direitos fundamentais sociais: uma reflexão necessária para a garantia da efetividade do direito educacional. Revista do CEPEJ, Salvador, v. 21, p. 275-311, jul-dez 2019

⁴³³ FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: Elementos Críticos à luz do Novo Código Civil

existencial, bem como um princípio defendido constitucionalmente, revelando-se como fundamento da República, que por sua força normativa perpassa toda a racionalidade do ordenamento jurídico. No mesmo tom, Ingo Sarlet⁴³⁴ ressalta que a dignidade humana se caracteriza como qualidade intrínseca e indissociável de todo o ser humano. O que lhe permite reivindicar direitos e ser merecedor de respeito e atenção do Estado e comunidade.

Para Santana, uma vez que a escola é direito público subjetivo de todo cidadão, mostra-se necessário entender o papel do Estado no quesito promoção do direito à educação, mas também o papel que a família tem na formação do indivíduo e na obrigação de estimular a educação formal. O acesso à educação permite a formação de uma sociedade mais justa e igualitária e é papel de todos trabalharem em cooperação para que este direito de fato se concretize⁴³⁵.

De acordo com Boaventura, o Estado deve se comprometer a oferecer a educação e caso não ocorra poderá sofrer sanções de autoridades competentes:

A educação, porém, só poderá ser considerada como um direito de todos, se houver escolas para todos. Se há um direito público subjetivo à educação, isso quer dizer que o indivíduo tem a faculdade de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional pelos poderes públicos. O seu não-oferecimento importa na responsabilidade da autoridade competente, acionando-se o mandado de injunção. A Constituição poderá fazer muito pela educação no sentido de sua promoção, colocando em prática os meios jurídicos para efetivá-la como um direito público subjetivo. Esse direito à educação, disciplinado na Constituição, tem o seu referencial maior no Art. XXVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴³⁶.

Vale ressaltar, como afirma Boaventura, o fato de existir escolas públicas não indica que o direito à educação esteja sendo plenamente observado. O autor enfatiza que por vezes os legisladores criam slogans como "a educação é direito de todos", seja por ingenuidade ou indiferença, mas isso não garante o acesso à educação para todos. Na existência do direito público subjetivo, o Estado tem a obrigação de prestar o serviço educacional de qualidade com escolas suficientes e professores qualificados.

Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

⁴³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In A Constituição Concretizada. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2000.

⁴³⁵ SANTANA, H. F. O direito público subjetivo à educação face à teoria geral dos direitos fundamentais sociais: uma reflexão necessária para a garantia da efetividade do direito educacional. Revista do CEPEJ, Salvador, v. 21, p. 275-311, jul-dez 2019

⁴³⁶ BOAVENTURA, E. M. Direito à educação. São Paulo: Atlas. 2019.

Nesta linha de pensamento, Vieira afirma que os direitos sociais como a educação de qualidade dependem de prestações positivas pelos Estados, caso isto não seja cumprido pode-se encarar o direito passível de ser tutelado judicialmente. Destarte, o desejo de se efetivar este direito como fundamental não pode se restringir às simples normativas teóricas. Pelo contrário, deve ser uma norma de caráter principiológico, com força normativa e que não se pode limitar a apenas alguns casos, de modo a assegurar os valores garantidos pela Constituição Federal⁴³⁷.

Conforme exposto, cabe ao Estado efetivar o acesso à educação e não qualquer tipo de educação, mas uma educação de qualidade. O entendimento desta qualidade na educação levantou debates nos últimos anos, o que permitiu chegar à conclusão de que esta não se trata de algo estático, mas que se transforma ao longo dos períodos da história e na sociedade que se encontra inserida.

Para Vieira, apesar do caráter dinâmico da qualidade da educação, alguns pontos sempre permeiam as discussões, como a democratização do ensino, a influência da escola na sociedade e a qualidade social. Esses fatores indicarão se de fato a educação tem cumprido seu papel e se o Estado tem oferecido o necessário. Em vista disso, o direito fundamental subjetivo à educação só é plenamente alcançando uma vez que a educação oferecida pelo Estado é de qualidade e de acesso a todos.

3 EDUCAÇÃO NO COMBATE À CRIMINALIDADE

Na literatura econômica há trabalhos que buscam explicar os índices de criminalidade por meio da relação entre a probabilidade do indivíduo cometer um crime e as expectativas de custos e benefícios do ato ilegal. Gary Becker⁴³⁸, ao desenvolver o modelo tradicional do crime, revelou que em sua maioria os indivíduos cometem delitos por motivações econômicas, pois buscam por retornos financeiros.

Sob esse prisma, a educação apresenta diversos meios que afetam a decisão do indivíduo em cometer atividades ilícitas. Dentre eles está a afirmativa de que a escolaridade reflete no aumento de oportunidades de emprego e salário, aumentando assim o custo de cometer um crime. Pois uma vez encarcerado, o indivíduo não pode usufruir das oportunidades do mercado de trabalho, as quais, devido a sua escolaridade, está capacitado para realizar.

A educação pode ainda alterar as taxas individuais de aversão ao risco. Nesse sentido, Becker e Mulligan⁴³⁹ apresentam que os anos dedicados

⁴³⁷ VIEIRA, D. B. Teoria dos direitos fundamentais: evolução históricopositiva, regras e princípios. Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ- Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015.

⁴³⁸ BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. The Journal of Political Economy. Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968

⁴³⁹ BECKER, G. S.; MULLIGAN, C. B. The endogenous determination of time preference. Quarterly

ao estudo podem aumentar a paciência do indivíduo. Na mesma linha de raciocínio, Kaussouf e Becker revelaram que os níveis escolares afetam diretamente no custo psíquico em desobedecer às leis. Nas palavras dos autores: “indivíduos mais pacientes e mais avessos ao risco provavelmente irão considerar as punições do crime mais custosas”⁴⁴⁰.

Além do mais, as chances de cometer um novo crime estão relacionadas à quantidade de crimes cometidos no passado. Assim como nas atividades laborais legais, a prática do crime gera acúmulo de experiência com o passar do tempo. A teoria do *learning-by-doing* aplicada gera maior produtividade, até mesmo nas atividades criminais. Frequentar a escola, segundo Resende⁴⁴¹, representa uma maneira eficaz de combate ao crime, uma vez que mantém crianças e adolescentes ocupadas e fora das ruas, diminuindo a possibilidade de ingressarem precocemente nas atividades ilícitas. Assim sendo, a alta frequência escolar possui reflexos de longo prazo nas taxas de atividade criminal.

Loucher, em estudo acerca dos efeitos da educação no crime, concluiu que a influência dos pares impacta fortemente no ingresso na atividade criminosa. Se o ambiente escolar promove bons exemplos de conduta, interagir nesse espaço impacta na decisão de cometer atos ilícitos. Os autores demonstraram que o aumento de 1% no índice de concluintes masculinos do ensino médio na faixa etária de 20 a 60 anos gera uma redução de custo governamental com o crime de 1.4 bilhões de dólares nos Estados Unidos⁴⁴².

Os estudos supracitados apresentam que a frequência escolar é um fator de impacto no ingresso no crime. Contudo, faz-se importante destacar que de acordo com diversos estudos, a escolaridade afeta, por outro lado, de maneira positiva nos retornos marginais do crime, visto que contribui para o aumento da eficiência e planejamento dos atos⁴⁴³.

Resende afirma que existe relação de elasticidade positiva entre analfabetismo e taxas de homicídio. O autor apontou que quanto maior a taxa de analfabetismo, maior o número de crimes em determinada região⁴⁴⁴.

Journal of Economics, Oxford, v. 112, n. 3, p. 729-758, Aug.1997

⁴⁴⁰ KASSOUF, A. L.; BECKER, K. L. Uma análise do efeito dos gastos públicos em educação sobre a criminalidade no Brasil. Revista Economia e Sociedade. V. 26. N. 1. Campinas.p. 215-242. 2017

⁴⁴¹ RESENDE, J. P.; VIEGAS, M. Crime social, Castigo social: desigualdade de renda e taxas de criminalidade nos grandes municípios brasileiros. Estudos Econômicos, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 173-195, jan./mar. 2011

⁴⁴² LOCHNER, L. Education policy and crime. In COOK, P.; LUDWIG, J.; MCCRARY, J. (Ed.). Controlling crime: strategies and tradeoffs. Chicago: University of Chicago Press, 2011

⁴⁴³ BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. The Journal of Political Economy. Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968

⁴⁴⁴ RESENDE, J. P.; VIEGAS, M. Crime social, Castigo social: desigualdade de renda e taxas de criminalidade nos grandes municípios brasileiros. Estudos Econômicos, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 173-195, jan./mar. 2011

Por outro lado, Santos⁴⁴⁵, em estudo sobre dinâmica temporal do crime, apresentou que as medidas de escolaridade média e o número de crimes possuem relação de elasticidade negativa. No mesmo sentido, Resende⁴⁴⁶ observou que para adolescentes entre 15 e 17 anos que frequentam unidades escolares, as taxas de participação em crimes são menores do que para o mesmo grupo etário que abandonaram os estudos. O autor aponta que há relação negativa entre a taxa de matrículas e crimes não pecuniários.

Utilizando informações de encarcerados do Presídio da Papuda em Brasília, Carneiro et al.⁴⁴⁷ observaram que os atos de homicídios ocorreram em sua maioria por indivíduos que possuíam baixa taxa de escolaridade. No que diz respeito à jovens e adolescentes, Chioda et al.⁴⁴⁸ revelaram que com a expansão do programa Bolsa Família associada à frequência escolar contribuiu para diminuição das situações de vulnerabilidade socioeconômica e queda nas taxas de homicídios na cidade de São Paulo.

Tanto a literatura empírica quanto na teórica há inúmeras evidências de que a educação é uma ferramenta eficaz de combate ao crime. Desta forma, o investimento em educação por parte do poder público apresenta impactos de curto e longo prazo na redução da criminalidade. Entretanto, deve ser analisada qual a forma de investimento que se mostra mais eficaz. Cunha⁴⁴⁹ revela que a educação para o indivíduo representa um processo de acúmulo de capital humano que engloba investimento e tempo ao longo da vida. Nos períodos iniciais, o investimento contribui para o desenvolvimento de habilidades que propiciam e potencializam o acúmulo de capital humanos nas fases subseqüentes, promovendo assim, melhores oportunidades no mercado de trabalho e menos propensão a cometer crimes.

Devido ao fator tempo, a diminuição da criminalidade por meio do investimento em educação pode não ser observada imediatamente, pois se faz necessário um período de frequência nos cursos de formação. Enquanto investem tempo com educação as pessoas buscam aumentar sua produtividade e colher os frutos em forma de melhores salários. No que diz respeito às

⁴⁴⁵ SANTOS, M. J. Dinâmica temporal da criminalidade: mais evidências sobre o efeito inércia nas taxas de crimes letais nos estados brasileiros. *Economia*, Brasília, Anpec, v. 10, n. 1, p. 170-194, 2009.

⁴⁴⁶ RESENDE, J. P.; VIEGAS, M. Crime social, Castigo social: desigualdade de renda e taxas de criminalidade nos grandes municípios brasileiros. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 173-195, jan./mar. 2011

⁴⁴⁷ CARNEIRO, F. G.; LOREIRO, P. R. A.; SACHSIDA, A. Crime and social interactions: a developing country case study. *The Journal of Socio-Economics*, Amsterdã, v. 34, p. 311-318, 2005.

⁴⁴⁸ CHIODA, L.; MELLO, J. M. P.; SOARES, R. Spillovers from conditional cash transfer programs: *Bolsa Família* and crime in urban Brazil. *Economics of Education Review*, v. 54, p. 306-320, 2015

⁴⁴⁹ CUNHA, F.; HECKMAN, J.; LOCHNER, L.; MASTEROV, D. Interpreting the evidence on life cycle skill formation. *Handbook of the Economics of Education*, v. 1, p. 697-812, 2006.

crianças e adolescentes, a frequência escolar aumenta os níveis de percepção de moralidade, cidadania e obediência às leis. Portanto, o ambiente escolar mostra-se como um mecanismo de controle comportamental, direcionamento de conduta e prevenção de práticas ilícitas⁴⁵⁰.

Savian⁴⁵¹, em análise da eficiência dos gastos públicos com educação no ensino fundamental, constatou que os municípios que apresentaram melhores desempenhos econômicos são os mais eficientes em termos educacionais.

Acerca da relação entre educação e segurança pública no Brasil, Duenhas⁴⁵² analisou 5.506 municípios por meio do Painel Dinâmico de dados entre os anos de 2000 a 2005 e observou que o aumento da educação tem o poder de inibir os crimes com grau de violência. Os municípios que destinam mais recursos à educação registram menores índices de homicídio do que os municípios que investiram em segurança.

CONCLUSÕES

Infelizmente, não há uma fórmula que garanta a fim da criminalidade e da violência. O crime como fenômeno social é inerente a toda e qualquer sociedade, mudando de forma com o passar do tempo. Contudo, tendo em vista os seus altos índices, a população clama por soluções que garantam o bem estar social e a redução do medo e insegurança.

Devido à gravidade das suas consequências, o crime deve ser constantemente gerido e estimado. Os atores sociais possuem papel de destaque no controle da disseminação criminal contemporânea, de forma a estabelecer cuidados rotineiros e políticas criminais que moldem a formação cultural.

A presente análise buscou contribuir com a literatura já existente ao analisar os impactos da educação no combate ao crime. O estudo do tema não se propôs a exaurir todos os questionamentos relativos à criminalidade. Contudo, uniu-se ao coro dos que reiteram veementemente que a educação tem papel de destaque na prevenção e combate ao crime. A atuação do poder público torna-se, portanto, imprescindível no apoio e fomento da educação de qualidade e democrática.

⁴⁵⁰ LOCHNER, L. Education policy and crime. In COOK, P.; LUDWIG, J.; MCCRARY, J. (Ed.). *Controlling crime: strategies and tradeoffs*. Chicago: University of Chicago Press, 2011

⁴⁵¹ SAVIAN, M. P. G., & Bezerra, F. M. Análise de eficiência dos gastos públicos com educação no ensino fundamental no estado do Paraná. *Economia & Região*. 2013

⁴⁵² Duenhas, Gonçalves & Gelinski (2014). Educação, segurança pública e violência nos municípios brasileiros: uma análise de painel dinâmico de dados. *Publ. UEPG Ci. Soc. Apl.*, 22 (2): 179-191.

REFERÊNCIAS

- BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. *The Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968
- BOAVENTURA, E. M. *Direito à educação*. 2019.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BECKER, G. S.; MULLIGAN, C. B. The endogenous determination of time preference. *Quarterly Journal of Economics*, Oxford, v. 112, n. 3, p. 729-758, Aug.1997
- CARVALHO, A. X.; CERQUEIRA, D. R. C.; RODRIGUES, R. I.; LOBÃO, W. J. A. Custos das mortes por causas externas no Brasil. Brasília: Ipea, 2007. p. 1-42.
- CUNHA, F.; HECKMAN, J.; LOCHNER, L.; MASTEROV, D. Interpreting the evidence on life cycle skill formation. *Handbook of the Economics of Education*, v. 1, p. 697-812, 2006.
- CHIODA, L.; MELLO, J. M. P.; SOARES, R. Spillovers from conditional cash transfer programs: *Bolsa Família* and crime in urban Brazil. *Economics of Education Review*, v. 54, p. 306-320, 2015
- CARNEIRO, F. G.; LOREIRO, P. R. A.; SACHSIDA, A. Crime and social interactions: a developing country case study. *The Journal of Socio-Economics*, Amsterdã, v. 34, p. 311-318, 2005.
- CERQUEIRA, D.; SOARES, R. The welfare cost of homicides in Brazil: accounting for heterogeneity in the willingness to pay for mortality reductions. *Health Economics*, v. 25, p. 259-276, 2016.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho*. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, 2007
- Duenhas, Gonçalves & Gelinsk. *Educação, segurança pública e violência nos municípios brasileiros: uma análise de painel dinâmico de dados*. Publ. UEPG Ci. Soc. Apl. 179-191.2014
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos Críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2014
- KASSOUF, A. L.; BECKER, K. L. Uma análise do efeito dos gastos públicos em educação sobre a criminalidade no Brasil. *Revista Economia e Sociedade*. V. 26. N. 1. Campinas.p. 215-242. 2017.
- LOCHNER, L. Education policy and crime. In COOK, P.; LUDWIG, J.; MCCRARY, J. (Ed.). *Controlling crime: strategies and tradeoffs*. Chicago: University of Chicago Press, 2011
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008
- MARTINS, R. B. Dimensão objetiva e dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40873/dimensao-objetiva-e-dimensao-subjetiva-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 15 jul. 2021.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1998
- RESENDE, J. P.; VIEGAS, M. Crime social, Castigo social: desigualdade de renda e taxas de criminalidade nos grandes municípios brasileiros. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 173-195, jan./mar. 2011
- SANTOS, M. J. Dinâmica temporal da criminalidade: mais evidências sobre o efeito inércia nas taxas de crimes letais nos estados brasileiros. *Economia*, Brasília, Anpec, v. 10, n. 1, p. 170-194, 2009.
- SCHABBACH, Letícia Maria. *Tendências e preditores da criminalidade violenta no Rio Grande do Sul*. 2007. 333f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.
- Savian, M. P. G., & Bezerra, F. M. Análise de eficiência dos gastos públicos com educação no ensino fundamental no estado do Paraná. *Economia & Região*; p. 26-47. 2013
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em*

torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In *A Constituição Concretizada*. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2000.

SOUZA, Marcelo Lopes de. Militarização da questão urbana. *Lutas Sociais*, São Paulo, v. 29, p. 117-129, jul./dez. 2012

SOHNGEN, Clarice. Crime e violência no Brasil: representações socioculturais na pós-modernidade. *Revista Interthesis*. V.16. n. 1. 2019. 36-56

SANTANA, H. F. O direito público subjetivo à educação face à teoria geral dos direitos fundamentais sociais: uma reflexão necessária para a garantia da efetividade do direito educacional. *Revista do CEPEJ*, Salvador, v. 21, p. 275-311, jul-dez 2019.

UNESCO. Los países de América Latina y El Caribe adoptan la declaración de Conchamba sobre educación 2001. Disponível em: Acesso em: 17 jul. 2021.

VIEIRA, D. B. Teoria dos direitos fundamentais: evolução históricopositiva, regras e princípios. *Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ*- Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015.

A PRODUÇÃO DE PROVA ANTECIPADA E A GARANTIA DO DIREITO DA EDUCAÇÃO DO CAMPO NO ENSINO FUNDAMENTAL: RELATOS DE UM ESTUDO DE CASO

Glorete Barbosa Lenzi⁴⁵³, Danielle Cristina Felizari⁴⁵⁴,
Franciele Maria Fogassa Tonial Tavares⁴⁵⁵

INTRODUÇÃO

A educação se configura como um direito universal ao indivíduo, ela é assegurada e prevista por lei, sendo um dever dos entes federados (União, Estado e Municípios), bem como família e sociedade a fazerem cumprir. O presente estudo visa dissertar sobre a produção de prova antecipada e a garantia de direito à educação do campo no ensino fundamental.

A presente pesquisa foi desenvolvida tendo por base referenciais teóricos advindos de artigos, revistas, livros, resoluções que atuaram como norteadores para a estruturação deste trabalho. Além da pesquisa bibliográfica foi desenvolvido um estudo de caso a partir da produção de prova pericial envolvendo avaliações psicopedagógicas confeccionado pelo Núcleo de Apoio Especializado -NAE, especificamente pela psicóloga de confiança do Juízo realizadas junto a Escola Rural Municipal Tomé de Souza, localizada no município de Toledo-PR.

O estudo teve como direcionamento as demandas que culminou no processo civil público, instaurado pelo Ministério Público em face no município de Toledo-PR, cujo as diligências se encontravam na investigação pericial acerca do funcionamento da escola rural, corpo de servidores e principalmente sobre os processos de aprendizagens atuais dos alunos matriculados nas turmas bisseriadas.

Vale destacar, que essa produção de prova apresentada no trabalho é antecipada e vigente ao CPC/2015, deixou de ser cautelares específica para ser processo autônomo, cujo espeque não visa somente assegurar o direito à produção da prova, mas, especialmente, satisfazer o direito da parte quanto à produção de determinada prova, tendo, portanto, caráter satisfativo.

⁴⁵³ Psicóloga Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR- Graduada em Psicologia pela Universidade Estadual de Maringá - UEM- Psicopedagoga, Especialista em Prática Docente: trabalho e cidadania e Especialista em Qualidade em Recursos Humanos. Lattes <http://lattes.cnpq.br/0091153394232303> - ORCID:0000-0002-4700-5250. CRP 08/04999. E-mail: gble@tjpr.jus.br

⁴⁵⁴ Acadêmica do 8º período de Psicologia da Pontifícia Universidade Católica do Paraná Campus Toledo e estagiária de Psicologia no TJPR- Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: danielle.felizari@tjpr.jus.br.

⁴⁵⁵ Acadêmica do 8º período de Psicologia da Pontifícia Universidade Católica do Paraná Campus Toledo e estagiária de Psicologia no TJPR- Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: franciele.tavares@tjpr.jus.br.

Portanto, o intuito é que essa produção auxilie no juízo de certeza quanto ao direito pleiteado, muitas vezes evitando o ajuizamento de processos com características temerárias ou imprudentes.

Sendo assim, nos tópicos subsequentes pretende-se apresentar uma contextualização sobre a educação abarcando algumas reflexões históricas bem como fundamentações jurídicas sobre a temática. Na sequência será exposto algumas percepções teóricas acerca da perspectiva Vygotskyana, contemplando as noções da psicologia histórico-cultural. Posteriormente, pretende-se contemplar sobre a educação do campo, propondo alguns objetivos da prática e reflexões. Por fim, será elucidado sobre o estudo de caso com a escola, expondo alguns dados pertinentes coletados a partir da avaliação pericial realizada.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA ACERCA DA EDUCAÇÃO

A educação é um fator que está presente na vida dos indivíduos durante décadas, ao longo da existência humana cada cultura desenvolveu sua própria forma de ensinar; seja nas comunidades tribais, indígenas, de camponeses, sociedades modernas, da comunidade rural à urbana, na família, escola, religião, onde há a possibilidade do ensinar e do aprender ela se fez presente. Esta prática tem como objetivo a formação psicossocial dos indivíduos, a nível psíquico estimular o processo de produção de crenças e ideias, de qualificações e especialidades que envolvem as trocas de símbolos, no nível social orienta formas de conduta para a vida em sociedade, em conjunto, constroem tipos de sociedades (BRANDÃO, 2007).

A educação se configura como uma prática universal a todo cidadão, ela é assegurada pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º como direito fundamental de ordem social, sendo dever dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) garantir esse direito. Além da constituição federal, na história social ocorreram diversos outros movimentos, conforme Duarte (2007, p. 7) elucida:

o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil, no livre gozo de sua soberania, a 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Legislativo n. 592, a 6 de dezembro de 1992; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), o Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/2001)

Em consonância a isso, a educação também está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente como prática indispensável na vida dos menores. Vale

destacar que além de ser uma responsabilidade dos entes federados garantir a estes o acesso à educação, também é dever das famílias e comunidades assegurar este direito. Assim como consta no artigo. 4º do ECA Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu 4º artigo que:

é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Destarte as fundamentações que sustentam a educação como prática imprescindível de responsabilidade social, ela é um meio de inserção do indivíduo no mundo, tendo como missão a construção psicossocial, para que estes desenvolvam suas potencialidades dentro de valores morais e sociais. Aliado a isso o ECA prevê em seu artigo. 53 que a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - direito de ser respeitado por seus educadores; III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; IV - direito de organização e participação em entidades estudantis; V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Diante o exposto identifica-se que todo menor possui plenos direitos enquanto aluno de uma instituição escolar conforme os incisos acima, devendo ser respeitado, tendo oportunidades de participar das atividades estudantis, de acessar a escola pública e preferencialmente próximo a sua moradia. A autora Clarice Duarte (2007) em seu artigo complementa:

a educação, como direito fundamental de caráter social: a) ocupa posição de destaque no ordenamento jurídico, servindo mesmo como razão de ser de toda a ordem jurídica, juntamente com os demais direitos fundamentais; b) tem aplicabilidade imediata, embora sua realização integral só possa se dar de forma progressiva; c) não pode ser suprimida do ordenamento jurídico por meio de emenda constitucional; d) pertence a todos, mas deve priorizar categorias de pessoas que se encontram numa mesma posição de carência ou vulnerabilidade; e) tem como sujeito passivo o Estado; f) realiza-se por meio de políticas públicas ou programas de ação governamental; g) vincula a todos os poderes

públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), que devem adotar medidas – legislativas, técnicas e financeiras – até o máximo dos recursos disponíveis, para a satisfação daquilo que foi eleito como prioritário (núcleo mínimo obrigatório), reconhecendo o direito à educação como um verdadeiro direito (DUARTE, 2007, p. 21).

Portanto, a educação como se caracteriza como ação necessária na vida de toda pessoa, independente de classes sociais, culturas e religiões, ela é de responsabilidade governamental, familiar e social sem distinção, todos devem trabalhar de forma conjunta para que sua aplicação e fortalecimento seja efetivada.

1.1 CONCEPÇÃO SOBRE EDUCAÇÃO PELA PERSPECTIVA VIGOTSKIANA

Após breve descrição sobre o que é educação, pretende-se dissertar sobre Lev Vygotsky e sua concepção de homem. Sua vertente vem da Psicologia Histórico-Cultural, em seus estudos se dedicou em compreender o desenvolvimento humano envolvendo aspectos de ordem biológica e social. Vygotsky também se interessou no estudo das chamadas funções psicológicas superiores, para ele o indivíduo é um ser necessariamente social e sua formação se dá pela interação com o outro. As relações sociais advindas da cultura é uma influência predominante em sua obra, pois, ele defende que por meio dela o sujeito aprende historicamente a como se comportar no meio em que vive e servem de base para construção de seus processos mentais, tendo a possibilidade de desenvolver todas as potencialidades de sua natureza humana e psicológica (OLIVEIRA, 1992).

Na perspectiva da Psicologia Histórico-Cultural a construção e vivência cultural estão entrelaçadas, assim ocorre com o processo da educação que se configura como prática indispensável na constituição do sujeito. Na concepção de Vygotski, a educação atua como base para o desenvolvimento psíquico, ainda que ela esteja acessível no desenvolvimento de todo ser humano, suas fundamentações históricas são variáveis (MARTINS; RABATINI, 2011). As autoras ainda citam em seu artigo:

quando observamos o curso do desenvolvimento da criança durante a idade escolar e no curso de sua instrução, vemos que na realidade qualquer matéria exige da criança mais do que esta pode dar neste momento, isto é, que esta realiza na escola uma atividade que lhe obriga a superar-se. Isto se refere sempre à instrução escolar sadia. Começa-se a ensinar a criança a escrever quando, todavia, não possui todas as funções que asseguram a linguagem escrita. Precisamente por isso, o ensino da linguagem escrita provoca e implica o desenvolvimento dessas funções (VYGOTSKY, 1993 apud MARTINS; RABATINI, 2011, p. 10).

Destarte a isso, a escola é um campo que irá possibilitar à criança desenvolver suas potencialidades psíquicas, a forma que os conteúdos são historicamente construídos e propagados a elas são imprescindíveis. Cabe-se ressaltar que apesar do meio social, então, ser fator de grande valia em sua teoria, ele também propôs que a formação psicológica do sujeito também depende de bases biológicas, importantes para a aquisição do conhecimento. Acerca disso Oliveira (1992, p. 24) expõe:

as concepções de Vygotsky sobre o funcionamento do cérebro humano fundamentam-se em sua ideia de que as funções psicológicas superiores são construídas ao longo da história social do homem. Na sua relação com o mundo, mediada pelos instrumentos e símbolos desenvolvidos culturalmente, o ser humano cria as formas de ação que o distinguem de outros animais.

Como percebe-se, os processos psicológicos superiores só podem ser desenvolvidos por meio das relações que o sujeito possui com o mundo e com as pessoas que o compõe. Sendo assim, segundo Room Harré (2007), para ele considera que as fontes dos processos cognitivos superiores como lembranças, raciocínio, classificação, ordem etc. eram sociais, não psíquicas. O autor ainda cita em seu livro sobre a compreensão de desenvolvimento proposta por Vygotsky expondo que:

toda função no desenvolvimento cultural da criança surge duas vezes: a primeira, em um nível social e, depois, em nível individual; primeiro entre as pessoas (interpsicológico) e, depois, dentro da criança (intrapicológico). Isso se aplica igualmente na atenção voluntária, na memória lógica e na formação de conceitos. Todas as grandes funções se originam do real relacionamento entre as pessoas (VYGOTSKY, 1978, apud, HARRÉ, 2007, p.27).

Vygotsky enfatiza que o desenvolvimento histórico-cultural favorece a aquisição dos processos mentais superiores, a mediação do outro transforma as relações em aprendizados e favorece às formações de processos como pensamento, fala, atenção, memória, conceitos e emoção, ou seja, este conjunto de processos passam a compor a personalidade do indivíduo (SOUZA; ANDRADA, 2013). Evidencia-se que na obra de Vygotsky “o cérebro humano possui ampla capacidade de neuroplasticidade, no sentido de que este pode servir a novas funções, criadas na história do homem, sem que sejam necessárias transformações morfológicas no órgão físico” (OLIVEIRA,1992, p. 16). Sendo assim, durante toda sua vida o indivíduo é capaz de aprender novas habilidades, isso graças ao processo de neuroplasticidade.

A linguagem humana, por exemplo, a cada nova experiência o sujeito é exposto a novas informações, o que vai lhe proporcionando ampliação de seu repertório verbal. Outra grande importância sobre a linguagem é que ela é um recurso proeminente para o estabelecimento das relações entre as pessoas, ela possibilita a propagação de conteúdo, por meio dela o indivíduo aprende a nomear os elementos existentes dentro do mundo. “As palavras, portanto, são como signos mediadores na relação do homem com o mundo são, em si, generalizações: cada palavra refere-se a uma classe de objetos, consistindo num signo, numa forma de representação dessa categoria de objetos, desse conceito” (OLIVEIRA, 1992, p. 28). Diante disso, os conceitos se configuram como construções culturalmente criadas e interiorizadas pelo homem no processo de seu desenvolvimento e a linguagem é o meio principal para o desenvolvimento das funções cognitivas superiores dos indivíduos.

O autor discorre que a escola possui papel significativamente relevante na vida dos indivíduos, pois possibilita o processo de aquisição do conhecimento, os planos de alfabetização contemplam diversos conceitos dentro de cada disciplina básica e a transmissão dos conteúdos por parte dos profissionais da educação resulta nos alunos a formação dos processos psicológicos. “O processo de ensino-aprendizagem que ocorre na escola propicia o acesso dos membros imaturos da cultura letrada ao conhecimento construído e acumulado pela ciência e a procedimentos metacognitivos, centrais próprio modo de articulação dos conceitos científicos” (OLIVEIRA, 2007, p.33).

Portanto, com base na breve exposição sobre a concepção de educação e a perspectiva histórico-cultural de Vygotsky acerca da formação do sujeito, é possível compreender que a educação existe para que o desenvolvimento intelectual do homem seja possível, assim ele adquire os resultados positivos deste processo e pode também transformar a sociedade em que está inserido. Nas concepções deste autor acerca do desenvolvimento, foi possível compreender que o fator biológico e mental estão atrelados, sendo elementos essenciais para fundamentar os objetivos do presente estudo na sequência.

2 CONCEPÇÕES TEÓRICAS ACERCA DA ESCOLA DO CAMPO: OBJETIVOS E REFLEXÕES

Falar sobre a educação no campo, é também falar sobre as desigualdades que existiram e existem em relação à educação que começou desde o contexto brasileiro em 1500, logo no início do século XX. Uma época que não considerava relevante que mulheres, população indígena, negra e família de agricultores precisassem aprender sequer o nível básico de alfabetização. Infelizmente a consequência desse marco histórico aparece atualmente, onde esse grupo de

peças citadas ainda possuem um acesso diferente a oportunidades do que a elite do Brasil.

A escola no campo então, vem para tentar apaziguar as diferenças sociais grandes que ainda assolam a população mais vulnerável socialmente, a fim de fornecer o acesso à educação de qualidade para todos, direito legal que está presente na Constituição de 1988 no artigo 205º:

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 (BRASIL, 1988)

Além disso, um marco importante que aconteceu em 1990 na Conferência Mundial de Educação para Todos que teve como principal objetivo estabelecer acordos mundiais para garantir a todas as pessoas os conhecimentos básicos necessários a uma vida digna. Portanto, tal evento serviu para reafirmar o compromisso de uma educação para todos, refletindo sobre a relevância e a necessidade do direito das pessoas de obterem conhecimento e oportunidade de fazer parte integrante do sistema educacional. Dessa forma, aqui em nosso país, é responsabilidade do Estado garantir tais direitos, provendo uma educação efetiva e de qualidade para crianças, jovens ou adultos, seja qual foi sua etnia ou classe social.

Algo a ser observado, é que na Constituição de 88 citada, a colaboração da sociedade aparece como um direito de auxiliar nesse processo de cidadania e educação do jovem. Interessante de ser ressaltado, pois dentro das diretrizes da Escola do Campo há um respaldo que dá ênfase acerca da participação efetiva e ativa dos familiares e comunidade no processo de aprendizagem das crianças. Portanto, neste trabalho o termo educação no campo é descrito como algo além do que se entende pelo senso comum sobre o que é educação e a base curricular obrigatória estabelecida para todo país. Sendo em um sentido mais amplo, estando em consonância com a LDB – Leis de Diretrizes e Bases da Educação, nº 9.394/96, que determina em seu art. 1º:

a educação deve abranger os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais

Assim, a instituição escolar se configura como um lugar que estaria ligada aos sujeitos sociais que ali frequentam, levando em conta sua história, cultura, relações familiares, modos de vida, seus valores sociais e pessoais para

a realização das atividades escolares. Além de reconhecer que os ambientes extracurriculares são também, espaços de aprendizado e principalmente de exercício da cidadania, em conjunto com suas famílias. A especificidade identitária desses grupos não é tão levada em conta em uma escola de meio urbano, um lugar mais caracterizado por um molde e estruturação normativa, comum à maioria que habitam as cidades, um modo de viver relativamente diferente do modo de viver do campo.

Há essa necessidade de se fazer práticas educacionais inovadoras que refletem as diferenças entre os tantos grupos sociais que existem no Brasil. Essa diversidade é algo positivo. Desse modo, a Educação do Campo, é um meio muito importante para disponibilizar o estudo para as crianças que moram em meio rural, advindas de famílias que possuem grande parte de seu sustento por meio da terra, uma forma de oferecer algo de qualidade, adaptada ao modo de viver desse grupo. Sendo uma política pública educacional que respeita e valoriza a origem dessas pessoas, suas identidades culturais e que quando necessário possui um currículo adaptado ao modo de vida desses estudantes. Conforme diz a Resolução CNE/CEB nº 1, de 03 de abril de 2002:

o reconhecimento de que as pessoas que vivem no campo têm direito a uma educação diferenciada daquela oferecida a quem vive nas cidades é recente e inovador, e ganhou força a partir da instituição, pelo Conselho Nacional de Educação, das Diretrizes Operacionais para a Educação Básica nas Escolas do Campo (BRASIL, 2002).

Como também é uma forma para que os estudantes não fiquem dependentes do deslocamento do campo para a cidade, tendo o direito de receber a educação adequada e de qualidade na região mais próxima possível, sempre preservando o intracampo. Em conformidade com Silvia (2004), a escola rural fornece uma forma de estudo que considera o campo, as pessoas que vivem nela, seu modo de vida e de sustento, sua identidade social, cultural, como também a geografia e história local, que se atente a uma formação humanizada. Portanto, a seguir, será apresentado um estudo de caso para abordar a respeito da atuação da Escola no Campo dentro da realidade social de nosso país.

3 ESTUDO DE CASO: PRODUÇÃO DA PROVA ANTECIPADA JUNTA À ESCOLA RURAL MUNICIPAL TOMÉ DE SOUZA, NA COMUNIDADE DE VILA IPIRANGA, LOCALIZADA NO MUNICÍPIO DE TOLEDO/PR

Aliado ao que já foi exposto até aqui, neste tópico visa-se abordar sobre as ações realizadas na Escola Rural Municipal Tomé de Souza, localizada na Vila Ipiranga no município de Toledo-PR. O movimento foi realizado em prol

das diligências propostas pela 5ª Promotoria de Justiça da Comarca de Toledo-PR, solicitando ação de produção antecipada de provas em face do MUNICÍPIO DE TOLEDO, pois foi instaurado Inquérito Civil na referida escola em razão da existência de classes multisseriadas. Ressalta-se que o intuito das diligências administrativas se encontrava no fato de investigar informações relativas à quantidade de alunos matriculados nas turmas multisseriadas, como se encontra seu desenvolvimento pedagógico, bem como relativas ao número de profissionais atuantes no referido estabelecimento escolar.

Com base em dados obtidos pela Secretaria de Educação do Município de Toledo-PR no ano de 2017, a organização impôs à escola que passasse a ter classes multisseriadas devido ao baixo número de alunos matriculados. Doutra ponta, a instituição informou que os prejuízos trazidos pelo trabalho de duas séries simultaneamente são vivenciados pelos alunos e professores, tendo em vista que é necessário que o professor opte pelo conteúdo de uma das turmas, ocasionando uma defasagem ou um avanço educacional indevido. Na época havia 44 alunos, e as turmas estavam agrupadas em séries bisseriadas, pré I e II com 09 alunos, 1º e 2º anos com 12 alunos 3º e 4º anos com 13 alunos e o 5º ano com 8 alunos.

Posteriormente em 2018, a equipe do Núcleo de Apoio Especializado da Criança e do Adolescente de Toledo-PR realizou a primeira visita institucional na Escola Rural Tomé de Souza, com o objetivo de conhecer sua estrutura física e funcionamento. Na época foi fotografado os espaços da instituição, as salas de aula, biblioteca, laboratório de informática, os recursos tecnológicos ofertados, como televisão nas salas, espaço externo e a manutenção. Cumprida a avaliação da estrutura física escolar identificou-se que o local conta com espaços adequados, de forma organizada, com excelente manutenção da limpeza interna e externa. Na segunda etapa da visita institucional buscou-se analisar documentos e instrumentos que expressassem adequadamente a qualidade de ensino ofertada naquele âmbito.

Investigado presencialmente alguns fatores do funcionamento do local, foi solicitado a aquisição de testes formais para aplicação nos alunos, porém houve certa demora pelos trâmites legais exigidos para compra de instrumentos em órgãos públicos. Adquirido o material, houve recessos escolares, férias dos alunos e outros que postergaram a avaliação. Chegou-se em 2020 e com a pandemia mundial do Covid-19 as aulas foram suspensas, os professores ministrando conteúdos remotamente foi fator que impediu contato com a escola e prosseguimento na perícia psicopedagógica.

Com o retorno presencial das atividades escolares no dia 11/08/2021, foi realizada a segunda visita institucional na Escola Rural Municipal Tomé de Souza, levando-se em consideração as medidas preventivas vigentes, como usos de máscara pela equipe do NAE, distanciamento social e uso regular

de higienização das mãos com álcool em gel 70%. Assim como evidenciado na primeira visita em 2018, a escola se apresentava com uma estrutura física preservada, de modo organizado em termos de higiene e conservação. Na ocasião, a equipe foi recebida de forma cordial e colaborativa pelos funcionários e diretora da escola. Foi explicado sobre o motivo da referida visita, e a diretora informou que assumiu a escola no presente ano, abordada se tinha conhecimento do referido processo informou que suas colegas que já trabalhavam no local anteriormente haviam explicado superficialmente sobre o processo, desta forma detalhou-se os motivos da diligência.

Em diálogo com a profissional solicitou-se que relatasse algumas informações pertinentes relativas ao funcionamento escolar, no período matutino a instituição funciona atendendo alunos da rede estadual e no período vespertino alunos da rede municipal. No que se refere a quantidade de alunos total do estabelecimento, informou que atualmente a escola conta com 41 alunos matriculados, as atividades presenciais estão acontecendo com todas as turmas, desde o Pré I até 5º ano. Em relação às modalidades de ensino, atualmente a instituição conta com 4 turmas, sendo turma única somente o 5º ano, já distribuídas em turmas bisseriadas se encontram: Pré I e II, 1º e 2º ano, 3º e 4ºano. A saber:

Tabela 01. Número de séries e de alunos matriculados na instituição de ensino

Turmas	Quantidade de alunos por turma
Pré I e II	Pré I 4 alunos Pré II 7 alunos
1º e 2º ano	1º ano 4 alunos 2º ano 4 alunos
3º e 4ºano.	3º ano 8 alunos 4º ano 3 alunos
5º ano.	10 alunos

Fonte: as autoras, 2021

As multisserias são organizadas de modo que duas ou mais séries são concentradas em uma mesma classe, tendo um único professor regente. “Este formato, existe predominantemente nas escolas no meio rural, buscando diminuir a evasão escolar e atrair crianças e adolescentes em situação de rua,

analfabetas ou com defasagem escolar para que aprendam e prossigam em seus estudos” (SANTOS; MENEZES, 2007, p.13). Quando a diretora foi questionada se havia mesmo a necessidade de separar as turmas e se há espaço físico para comportar os alunos, ela afirmou que isso seria possível. Mas, pontuou que considerando o baixo número de alunos em cada sala, não percebe isso como uma solução adequada, pois o número de crianças e adolescentes em cada turma ficariam muito reduzidos em cada turma. Outro fator apontado pela profissional é que como as atividades são pautadas na teoria histórico crítica e interacionista é importante ter um número maior de alunos para possibilitar a interação entre as partes e a construção do conhecimento.

A teoria vem da vertente Vygotskyana que compreende que o desenvolvimento está alicerçado sobre o plano das interações. No sentido de que há uma inter-relação entre o contexto cultural, o homem e o desenvolvimento, pois esse se dá do intrapsíquico para o intrapsíquico, ou seja, primeiro se dá o desenvolvimento cognitivo, no relacionamento com o outro, para depois ser internalizado individualmente. O que implica dizer que o desenvolvimento ocorre primeiramente no exterior para posteriormente ser efetivada no interior do indivíduo (RABATINI; MARTINS, 2011).

O PPP e o Regimento Interno da Escola apontam para métodos que contemplam uma visão interacionista dos ser humano, contribuindo para a qualidade da aprendizagem dos alunos. Assim como consta a teoria aqui elucidada. Convidada a relatar sobre as denúncias em relação ao processo, discorreu que na época a escola estava com desfalque na equipe, não tinha um coordenador pedagógico, alguns professores estavam de licença, não tinha secretária, havia apenas o diretor para contemplar todas as demandas, o que refletia no processo ensino aprendizagem e sua qualidade. Atualmente a equipe escolar foi ampliada, contratou-se uma secretária, uma coordenadora pedagógica e no momento há menos professores afastados.

O corpo docente no momento é formado por 5 professoras, 04 são professoras regentes, além da professora coordenadora pedagógica que acumula o cargo de coordenadora e professora, ministrando aulas de ciências para todas as turmas da escola. Abaixo se encontra um quadro especificando os servidores da escola representado por nomes fictícios e suas respectivas funções.

Tabela 02. Quadro de Servidores da instituição

Servidores	Função
A	Diretora
B	Cozinheira

C	Ads - secretária
D	Serv. Gerais
E	Cozinheira
F	Coordenadora
G	Professora pré-escola
H	Professora 1º e 2º ano
I	Professora 5º ano
J	Professora 3º e 4º ano
K	Professora das disciplinas complementares: Arte, Ed. Física e Tecnologias

Fonte: as autoras, 2021

Questionada se haveria necessidade de de lotação de mais profissionais no local, a diretora comunicou que a contratação de um profissional supriria a demanda atual, assumindo as 10h aulas na disciplina de ciências, que atualmente tem sido contemplada pela coordenadora pedagógica da instituição. Assim, com a inclusão de mais um professor (a) na equipe, a coordenação seria exclusiva ao cargo, e este profissional pegaria mais algumas disciplinas, proporcionando mais algumas horas atividades para as professoras das turmas bisseriadas, pois, elas possuem poucos alunos, porém precisam planejar para duas turmas necessitando trabalho dobrado nos planejamentos. Mas este é um assunto a ser discutido com a Secretaria Municipal de Educação, segundo a diretora.

No retorno das atividades presenciais foi aplicado, além das atividades que cada professora regente fez como sondagem, a Secretaria Municipal de Educação elaborou uma avaliação AMERT – Avaliação Municipal do Ensino Remoto de Toledo, para avaliar a aprendizagem dos estudantes da rede. Estas avaliações estão chegando na escola à medida que as turmas estão retornando (na cidade nem todas as turmas retornaram). Até o momento, a escola recebeu e aplicou as avaliações para as turmas do 5º, 4º e do 3º ano (estamos aguardando para as demais). Depois da visita presencial soube-se que todas as series já foram avaliadas.

Em análise a Resolução CNE/CEB nº 02/2008, ressaltando que esta não revoga a Resolução CNE/CEB nº 01/2002, mas, estabelece diretrizes complementares, normas e princípios para o desenvolvimento de políticas públicas de atendimento da Educação Básica do Campo:

a Educação do Campo reivindica e abre espaço para a efetivação do direito à educação. A LDB de 1996 nº 9394/96, arts. 3ª, 23, 28 e 61 regulamenta o ensino escolar do campo, ampliando seu sentido de abrangência. De acordo com as definições do

Decreto 7.352/2010 em seu Art.º1, parágrafo 1º são considerados sujeitos do campo: Os agricultores familiares, os extrativistas, os pescadores artesanais, os ribeirinhos, os assentados e acampados da reforma agrária, os trabalhadores assalariados rurais, os quilombolas, os caiçaras, os povos da floresta, os caboclos e outros que produzem suas condições materiais de existência a partir do trabalho no meio rural; (BRASIL, 2010)

Observou-se que nas concepções abarcadas pelo PPP da SMED também não há referência sobre a educação do campo e suas peculiaridades, incluindo a possibilidade de séries bisseriadas no qual é discutido no processo em tela, previsto no Art. 10 - Resolução Nº 2, De 28 De Abril De 2008. O Projeto Político Pedagógico da Escola Rural Tomé de Souza, também não contempla as resoluções citadas acima, entretanto a instituição foi descrita no distrito de Vila Ipiranga, ainda que localizado na sede, é área rural. Este documento aborda característica da escola, reunir propostas de ação concreta a executar durante determinado período de tempo, considerar a escola como um espaço de formação de cidadãos conscientes, responsáveis e críticos, que atuarão individual e coletivamente na sociedade, modificando os rumos que ela vai seguir, definir e organizar as atividades e os projetos educativos necessários ao processo de ensino e aprendizagem.

Somente no Regimento Interno da escola que envolve o processo que aborda as turmas BISSERIADAS/MULTISSERIADAS citando o Parecer nº 2/2008 do Conselho Nacional de Educação - CNE/CEB, mas o mais adequado era reportar-se à Resolução Nº 2, De 28 De Abril De 2008 Do Ministério Da Educação e Conselho Nacional De Educação Câmara De Educação Básica, considerando que as resoluções sobrepõem os pareceres. Assim consta no regimento escolar.

3.1 INDICADORES DE DESENVOLVIMENTO DOS ALUNOS MATRICULADOS

Os alunos do 1º ao 5º ano foram avaliados com a AMERT – Avaliação Municipal do Ensino Remoto de Toledo-PR foi elaborada pela Secretaria Municipal de Educação aplicada recentemente, no retorno presencial às aulas. A pandemia levou as autoridades governamentais optarem pelo ensino remoto, o formato de aprendizagem, ainda que necessário, levou a grandes prejuízos em todo o sistema de educação brasileiro, em especial aos anos iniciais com foco na leitura e escrita. Dentre os indicadores de aprendizagem alcançados pelos alunos segundo a avaliação da AMERT se encontram: 1º ano obteve média, nas disciplinas de português e matemática de 86%; 2º ano obteve média em português de 60% e matemática 50%; 3º ano obteve média em português de 93,75% e matemática 77,50%; 4º ano obteve média

em português de 53,35% e matemática 46;67%; 5º ano obteve média em português de 76% e matemática 56%.

Considerando que a nota mínima para aprovação do aluno é 60% do aproveitamento, a menor porcentagem foi no 4º ano em que as médias ficaram abaixo de 60%, lembrando que estes alunos estavam em 2020 em atendimento remoto e o conteúdo do 3º ano é mais complexo. O 5º ano apresentou em matemática um escore mínimo em relação ao aproveitamento, que poderá ser compensado nos conteúdos ofertados durante o ano letivo de 2021. O 2º ano em matemática não alcançou a média, entretanto, o 1º ano destes alunos foram em ensino remoto, e no nível da idade das crianças a matemática deve ter como apoio na aprendizagem materiais concretos, o que não se pode garantir que tiveram, pois em 2020 estavam sendo acompanhados pela família.

3.2 REFLEXOS DE INDICADORES DO ENSINO FUNDAMENTAL II

Ressalta-se que a Escola Rural Municipal Tomé de Souza, ainda que não participe de uma aferição dos indicadores de aprendizagem em nível nacional tem participação efetiva nos resultados obtidos pelo Colégio Estadual do Campo de Vila Ipiranga que funciona no período matutino dividindo a estrutura física da localidade refletem um bom suporte pedagógico recebido nos anos iniciais. Em 2019 o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb), investigou os resultados de aprendizagens das escolas Estaduais do Campo de Dez de Maio (Toledo-PR) – cujo os educandos alcançar média de 6,7, assim como a Escola do Rural Municipal Tomé de Souza de Vila Ipiranga (Toledo-PR) – 6,7. Ambas as instituições se encontram entre as 10 escolas com índice acima de 6,5 no Paraná. As duas instituições ficaram em primeiro lugar no ranking do município para os anos finais do ensino fundamental (6º ao 9º). Considerando que a aprendizagem é um processo cumulativo, a nota aferida pela escola estadual é reflexo de anos iniciais com resultados positivos, pois são nos primeiros anos do ensino fundamental que os alunos são alfabetizados/letrados, adquirem a leitura, a compreensão e a interpretação de textos.

Identificou-se que a realidade atual da instituição é que as turmas são constituídas por bisseries, sendo formada por apenas duas séries com número de alunos consideravelmente baixo, o que não atua como prejuízo da qualidade de ensino. Enquanto bisserie existem dois planejamentos para cada uma das turmas, não existindo defasagem significativa em relação a propagação dos conteúdos. Fazendo-se uma comparação com alunos matriculados nas classes unisseriadas, formadas por apenas uma série, foi possível acessar a informação por meio do relato das profissionais da escola investigada, que podem ser uma série só, porém há uma quantidade de alunos maior comparada às bisseries, sendo assim nas classes unisseriadas os prejuízos de aprendizados podem ser maiores.

4 FATORES A SEREM CONSIDERADOS EM RELAÇÃO AO DESEMPENHO ESCOLAR

Sobre as provas para aferição do desempenho escolar é importante lembrar que o Ministério da Educação mudou os instrumentos de avaliação, extinguiu a Prova Brasil, Avaliação Nacional de Aprendizagem pelo Sistema de Avaliação da Educação Básica (Saeb), no âmbito da Política Nacional de Avaliação da Educação Básica, de acordo com a Portaria nº 10, de 8 de janeiro de 2021. Ainda mais, levando em conta o contexto atual de pandemia causada pela contaminação do SARS-CoV-2, ou mais comumente falada, COVID-19. Uma situação que nos obrigou a tomar medidas de precauções para evitar a proliferação do vírus, o que também acarretou consequências significativas no modo qualitativo do aprendizado escolar, que devem ser consideradas.

Dessa forma, a pandemia levou as autoridades governamentais optarem pelo ensino remoto como formato de aprendizagem, ainda que necessário, levou a grandes prejuízos em todo o sistema de educação brasileira, em especial aos anos iniciais com foco na leitura e escrita. Neste contexto as dificuldades estão sendo muitas, tanto para a equipe pedagógica que não foi preparada para lidar com esta situação, lhe faltando recursos e equipamentos para ministrar as aulas, quanto para as famílias que de acordo com pesquisas feitas em Querência (Mato Grosso) por Médici et al. (2020) elas não detinham conhecimento ou habilidades suficientes para conseguirem auxiliar nas matérias escolares de seus filhos.

Tais prejuízos foram explicitados pelo Conselho Nacional de Educação (CNE), em seu Parecer CNE/CP nº 6, de 06 de julho de 2021, em diagnóstico feito a partir de diferentes pesquisas, dentre elas uma realizada pela Secretaria Estadual do Estado de São Paulo em parceria com a Universidade Federal de Juiz de Fora:

em março de 2021, a Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, em parceria com o Centro de Políticas Públicas e Avaliação da Educação da Universidade Federal de Juiz de Fora (CAEd/UFJF), realizou uma avaliação de aprendizagem de Língua Portuguesa e Matemática para crianças e jovens do 5º e 9º ano do Ensino Fundamental e do 3º ano do Ensino Médio. Algumas expectativas se confirmaram. Os anos iniciais do Ensino Fundamental, 1º a 5º ano, ciclo de alfabetização, foi a fase com a maior redução de aprendizagem. As perdas em Matemática foram maiores que em Língua Portuguesa. Matemática é uma disciplina mais dependente da presença na escola e do apoio dos professores. Assim, em Matemática no 5º ano, as crianças atingiram 196 pontos, 46 pontos a menos que no Saeb 2019, quando foi de 242 pontos (BRASIL, 2021)

Ainda mais:

segundo a pesquisa, em média, a cada ano da fase de alfabetização as crianças agregam 4 pontos de aprendizagem.

Serão necessários mais de 11 (onze) anos para recuperar a aprendizagem perdida. Em Língua Portuguesa a perda foi menor, foram 194 pontos em 2021, tendo sido 223 pontos no Saeb 2019, uma perda de 29 pontos, um resultado semelhante ao verificado 10 (dez) anos atrás, 192 em 2011 (BRASIL, 2021)

Assim, de acordo com os dados obtidos é relevante comentar que as turmas de crianças pequenas apresentam mais dependência de auxílio dos professores, o que foi bem prejudicado com os estudos remotos, ficando para os pais a responsabilidade de ajudar os filhos. Com todas as barreiras apresentadas para uma educação de qualidade nestes tempos difíceis, optou-se em não aplicar instrumento formal para avaliar a aprendizagem dos alunos envolvidos nesta perícia, pois os dados coletados estariam distorcidos pelo longo afastamento das salas de aulas. Desta forma foram analisados os dados das avaliações da própria secretaria de educação através dos resultados apresentados pela AMERT. Já que é importante considerar que a pandemia veio à tona, de forma inesperada para todos, fazendo com que os professores precisassem construir formas de ensinar que diminuíssem ao máximo possível, o impacto negativo na aprendizagem das crianças.

Portanto, diante das observações, entrevistas, análise de documentos, percebeu-se necessidade de alguns ajustes, entretanto, cabe ressaltar que a estrutura física os recursos didáticos pedagógicos e a experiência dos professores fazem a Escolar Rural Tomé de Souza um local agradável em que o empenho da comunidade local, governo municipal e comunidade escolar trouxe indicativos positivos, haja vista que o Colégio Estadual obteve excelente classificação entre as escolas de Paraná. Atualmente, a Escola Municipal São Tomé de Souza, possui uma infraestrutura de qualidade, bem como materiais de ensino, área de lazer, biblioteca, laboratório e acima de tudo, a instituição fica em boa localização para os alunos acessarem. Estando em conformidade a Resolução nº 2 do CNE/CEB 2/2008 de 28 de Abril em seu 7º artigo que resolve:

a Educação do Campo deverá oferecer sempre o indispensável apoio pedagógico aos alunos, incluindo condições infra-estruturais adequadas, bem como materiais e livros didáticos, equipamentos, laboratórios, biblioteca e áreas de lazer e desporto, em conformidade com a realidade local e as diversidades dos povos do campo (BRASIL, 2008)

Sobre deslocamento das crianças para outro estabelecimento de ensino, tal alternativa seria inviável e com prejuízos significativos às crianças. Assim, há a necessidade de investimento de tempo e recursos humanos para garantir um planejamento psicopedagógico adequado, com modelo curricular

interdisciplinar e que os conteúdos sejam direcionados ao desenvolvimento do conhecimento, com diálogo próximo e convergentes entre a escola e a comunidade na busca do bem comum. É importante destacar a troca dos saberes, respeitar a cultura local, problematizar situações pertinentes à gestão, ao projeto político pedagógico e os parâmetros curriculares que dinamizam o conhecimento e causam efeitos na identidade dos sujeitos da comunidade em tela. portanto, segundo o PPP (2012):

a Legislação e amparos legais, a produção de conhecimento, os materiais e encaminhamentos pedagógicos e metodológicos não se diferem do ensino comum e do AEE ofertados nos espaços urbanos; porém, deve-se levar em consideração as peculiaridades e as adaptações necessárias para o atendimento à população que reside no campo e tem suas deficiências e dificuldades potencializadas por fatores que, por vezes, dependem diretamente de questões administrativas, tais como a própria garantia do transporte escolar e alimentação escolar, em jornadas de estudo ampliada e deslocamentos, não raro, extenuantes aos alunos (PPP, 2012, p.115- 116).

Inferindo-se sobre a função do pedagogo da escola Tomé de Souza é pertinente que o planejamento das atividades fosse mais adequado às necessidades dos alunos com disponibilidade tempo maior do pedagogo e a adequação das horas-atividades dos professores, já que atuam em salas multisseriadas precisando de mais tempo, o que não é visto atualmente nessa escola. Nessa instituição, a organização da hora-atividade do professor acontece quando os alunos estão na aula de Educação Física, Artes, Tecnologias Educacionais, Ciências e Psicomotricidade, entretanto, os professores dispõem do equivalente a uma turma/série, quando na verdade estão com duas turmas/séries, há que se repensar o planejamento e disponibilizar efetivamente a ampliação de horas de planejamento.

É de extrema importância para a educação de qualidade a adequação das horas atividades dos professores. Pois, “essa configuração direciona a prática pedagógica do educador a realizar vários planejamentos de ensino que não se compatibilizam com a hora/aula, resultando em uma sobrecarga de trabalho para este professor” (SOUZA; SILVA, 2014, p.28). Investir no planejamento é investir no resultado da aprendizagem do aluno. Acrescenta-se sobre a importância do planejar o conceito e sua importância em turmas bisseriadas e/ou multisseriadas:

nas salas bisseriadas com um único professor os conteúdos são ministrados específicos para cada série. O ato de planejar

significa colocar em ordem aquilo que será administrado dentro de um período de tempo, isso requer objetivos, desenvolvimento, meios, avaliação e resultados. O desafio de planejar para uma sala multisseriada é somar tempo e conteúdo revertendo em ensino aprendizagem com resultados equivalentes a um planejamento para uma sala seriada (SOUZA e SILVA, 2014. p. 25).

Apesar das dificuldades que a equipe pedagógica possui com as salas multisseriadas, além da fama de que pode acarretar ensinamentos deficitários, ela se concretiza por ser uma forma de evitar a evasão escolar dos alunos de áreas rurais (GROCHOSKA, 2013). Apresentando mais benefícios do que malefícios. Assim, a quantidade e a qualidade daquilo que é ensinado e daquilo que é aprendido depende muito mais de outros fatores do que da mera adoção ou não de turmas unisseriadas ou multisseriadas, isto é, fatores como o contexto social em que a escola está inserida, planejamento e objetivos, infraestrutura escolar, número de alunos em cada turma, capacitação de pessoal, entre outros que podem impactar muito mais em indicadores de qualidade do ensino-educação. Em um estudo comparativo internacional, Cláudia da Mota Darós Parente, conclui:

[...] a multisseriação, ou melhor, o multigrade teaching, como forma de organização que não deve ser vista, a priori, como um mal, embora muitos a tratem assim, sob pena de induzirmos à lógica de que bastaria a eliminação da multisseriação para acabarmos com os problemas existentes nas atuais escolas (PARENTE, 2014, p 86).

Ainda mais, ela ressalta:

por outro lado, a ausência de orientação pedagógica aos professores da multisseriação abre espaço para a busca de soluções pedagógicas nascidas no cotidiano do fazer-docente; abre espaço para a criação de alternativas, de materiais, de inovações, de novas formas de organização e de superação das adversidades surgidas no contexto educacional. Ou seja, desse ponto de vista, a organização multisseriada em nada se diferencia da organização seriada: diante de uma determinada forma de organização escolar, há uma multiplicidade de possibilidades e alternativas de atuação dos profissionais da educação, seja porque o sistema permite, seja porque ele se omite, seja porque ele é tão perverso que é preciso e necessário transgredi-lo e superá-lo política e pedagogicamente (PARENTE, 2014, p. 60).

Ainda mais, é interessante ressaltar que as escolas com Educação do Campo, em especial a Escola Tomé de Souza deve ser observada, estudada

e analisada com ponderação, pois ao contrário do que ocorre em diversas localidades do Brasil, Toledo é um município estruturado e com recursos disponíveis para a educação que não reflete a realidade geral do país. Independente do plano de governo municipal dos prefeitos eleitos e que administram o município sempre houve um olhar positivo para toda rede municipal de educação em especial para a escola com Educação do Campo, a metodologia e definição para os pressupostos pedagógicos pautados na Pedagogia Histórico- Crítica e interacionista presentes nos documentos apresentados pela AMOP e pela própria escola:

[...] assim, entende-se que o pressuposto pedagógico, que nesta PPC é sustentada pela Pedagogia Histórico-Crítica, é o que orienta a metodologia utilizada nos mais diferentes processos pedagógicos e administrativos que organizam o trabalho escolar, tarefa essa que se espera ter sido cumprida ao enunciar os pressupostos filosóficos e psicológicos (PPC, 2020, p. 62-63).

Em complemento, ainda é exposto que:

[...] a parte diversificada do currículo, o escopo do artigo 26 da LDBEN no 9.394/96 é enfático ao destacar que ela deve atender às exigências das características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos alunos. Assim, a coerência na organização legal, política e pedagógica das matrizes curriculares é ponto fundamental para que a proposta curricular construída coletivamente se efetive em sala de aula (PPC, 2020, p. 85).

Ou seja, a PPP e o Regimento Interno da Escola apontam para métodos que contemplam uma visão interacionista do autor Vygotsky que leva em conta tanto fatores biológicos quanto os sociais na aprendizagem do sujeito, contribuindo para a qualidade da aprendizagem dos alunos. No qual, tentam considerar em suas ações pedagógicas a concepção sócio-histórica, ocorrendo o desenvolvimento escolar a partir dessas relações. (PPP, 2012). Portanto, há muitas variáveis a serem consideradas na relação ensino-aprendizagem e não há estudos acadêmicos que comprovem uma relação imediata entre salas multisseriadas e baixa qualidade de ensino.

CONCLUSÃO

Como já dito, o estudo de caso é advindo de uma produção antecipada de prova que tem como objetivo auxiliar no processo judicial de certeza quanto ao direito pleiteado. O caso relatado é justamente evitar o ajuizamento de ação civil pública temerária e dar possibilidade de as partes envolvidas buscarem um

acordo para a efetividade educacional das séries bisseriadas na Escola Municipal Tomé de Souza - Toledo-PR. Tal perícia ainda não foi sentenciada pelo Ministério Público durante a realização deste artigo, estando ainda em andamento.

Conclui-se, após coleta de documentos, visitas na escola em questão, entrevistas e leitura dos autos no caso específico da instituição escolar apresentada, trata-se de uma escola localizada em um contexto rural, mas não pauperizado. Sendo uma comunidade formada sobretudo por proprietários de pequenas áreas de terra, trabalhadores do campo, na qual a infraestrutura escolar é de boa qualidade e que possui baixa quantidade de alunos por turma. Isso permite às professoras uma atenção quase que individualizada, possibilitando conhecer as dificuldades e potencialidades de cada aluno, bem como as experiências de vida de cada um.

Entende-se que o contexto favorável descrito anteriormente faz com que a multisseriação adotada pela Escola Tomé de Souza não seja causa, em si, de defasagem de conteúdo ensinado pelas professoras ou apreendido pelos/as alunos/as, o que pode ser evidenciado pelo desempenho no SAEB do Colégio Estadual do Campo de Vila Ipiranga que é a instituição escolar que, geralmente, recebe os alunos egressos da Escola Municipal Tomé de Souza. Portanto, há muitas variáveis a serem consideradas na relação ensino-aprendizagem, como o contexto social em que a escola está inserida, planejamento e objetivos, infraestrutura escolar, número de alunos em cada turma, capacitação de pessoal, qualificação da equipe pedagógica, entre outros.

É certo que o contexto pandêmico trouxe muitas dificuldades para a educação em âmbito internacional e nacional e seus reflexos serão sentidos, de um modo ou de outro, por todas as instituições de ensino, da educação infantil ao ensino superior. Nesta situação pandêmica, a Escola Tomé de Souza também terá suas dificuldades, as quais, entretanto, não refletem a adoção ou não da multisseriação, mas sim os prejuízos incontornáveis do ensino remoto.

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO OESTE DO PARANÁ. Proposta Pedagógica Curricular do Ensino Fundamental (anos iniciais) da Rede Pública Municipal – Região da AMOP. Cascavel: 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-40362014000100004>. Acesso em: 20 de ago de 2021.
- BRANDÃO, Carlos Rodrigues. O que é educação / Carlos Rodrigues Brandão. São Paulo: Brasiliense, 2007. -- (Coleção primeiros passos; 20).
- DUARTE, Clarice Seixas. A EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DE NATUREZA SOCIAL. Educ. Soc., Campinas, v. 28, n. 100 - Especial, p. 691-713, out. 2007 Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/Sys3c3j8znnWkyMtNhstLtg/?lang=pt&format=pdf> Acesso em: 29 ago. 2021.
- GROCHOSKA, Marcia Andreia. Organização escolar: perspectivas e enfoques. 2ª ed. Curitiba: InterSaberes, 2013. 158p. ISBN: 978-85-8212-810-7
- HARRÉ, Room. Grandes Pensadores da Psicologia. tradução Luca Santoro Gomes; Silvia Spada 1 ed.- São Paulo, SP: editora Roca, 2009.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO CÂMARA DE EDUCAÇÃO BÁSICA, Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman &view=download &alias=11841-rceb002-08-pdf category_slug=outubro-2012-pdf &Itemid=30192 Acesso em: 20 ago. 2021.
- Martins, Lígia Márcia, & Rabatini, Vanessa Gertrudes. (2011). A Concepção de Cultura em Vigotski: contribuições para a educação escolar. Psicologia Política, 11(22), 345-358. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rpp/v11n22/v11n22a11.pdf> Acesso em: 29 ago. 2021.
- MÉDICI, M. S.; TATTO, E. R.; LEÃO, M.F. Percepções de estudantes do Ensino Médio das redes pública e privada sobre atividades remotas ofertadas em tempos de pandemia do Coronavírus. Revista Thema, Pelotas, v.18, n. especial, p. 136-155, 2020. Disponível em: <http://periodicos.ifsul.edu.br/index.php/thema/article/view/1837>. Acesso em: 25 fev. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.15536/thema.V18.Especial.2020.136-155.1837>.
- OLIVEIRA, Marta Kohl de. Vygotsky e o processo de formação de conceitos. In: *Piaget, Vygotsky, Wallon: teorias psicogenéticas em discussão*. [S.l: s.n.], 1992.
- PPP- Projeto Político Pedagógico do Município de Toledo. Toledo: 2012. 535 p.
- PARENTE, Cláudia da Mota Darós. Escolas Multisseriadas: a experiência internacional e reflexões para o caso brasileiro. Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação. Rio de Janeiro, v.22, n. 82, p. 57-88, jan./mar. 2014
- SILVA, Cacilda Gonçalves da; SOUZA, Marta SuelyLeal de. SALAS MULTISSERIADAS: um olhar sobre as práticas educativas construídas na Escola Municipal de Ensino Infantil e Fundamental Ovídio Tavares de Moraes; Monografia apresentada Curso de Pedagogia com área de aprofundamento em Educação do Campo, para a obtenção do título de Licenciatura em Pedagogia. João Pessoa-PB, 2014 Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/2913/1/CGS0610_2014.pdf Acesso em: 13 ago. 2021.
- SILVA, Maria do Socorro. Educação do Campo e Desenvolvimento: uma relação construída ao longo da história, 2004 (mimeo).

FATORES QUE CONTRIBUEM PARA EVASÃO NO CONTEXTO ESCOLAR

Ana Cristina Mesquita Barros⁴⁵⁶, Juliana Fátima Serraglio Pasini⁴⁵⁷

INTRODUÇÃO

O presente artigo sugere quão necessário é um programa de prevenção à evasão escolar. Ações preventivas através da rede de educação pública e também privada. Quais os fatores que influenciam o abandono escolar no ensino fundamental e médio?

De acordo com o PNAD (Pesquisas Nacionais por Amostras de Domicílio) e numa ampla pesquisa realizada no Estado de Minas Gerais, na qual 3.418 dos entrevistados, entre alunos cursantes e não cursantes, foram encontrados fatores expressivos acerca do abandono escolar, tais como a dificuldade nas disciplinas, ansia por uma escola diferente, falta de atratividade no ensino-aprendizagem, percepção de melhores oportunidades de trabalho com a continuidade nos estudos(concomitantemente) e a importância atribuída na escolha da escola; dificuldade de acesso; necessidade de trabalho e geração de renda(27,1%), segundo dados do PNAD(2004 e 2006) para alunos até 17 anos a motivação para estarem fora da escola ou creche se deu por: ajudar nos afazeres domésticos, falta de transporte escolar, falta de dinheiro para as despesas básicas(alimentação, transporte, vestuário, material escolar, calçados, etc). E ainda, falta de documentação, não há escola próximo à residência; falta de vaga na escola ou creche; concluiu o curso ou série desejado; não tem quem os leve; doença ou incapacidade; não quis frequentar a escola ou creche; problemas com a direção, professor, colegas ou outro motivo.

Um dos problemas mais enfrentados pelas escolas hoje em dia é a evasão escolar. Fato corriqueiro em que inviabiliza dar continuidade nos estudos, visto que, a ausência do aluno é a olhos vistos, o maior problema enfrentado pelos professores em sala de aula. O retorno irregular deste aluno tem n fatores que não podemos fechar os olhos simplesmente e deixar na conta dos governantes. O problema é socioeconômico e também dissemina a discriminação social no que tange às classes menos favorecidas.

⁴⁵⁶ Pós-graduada em Psicopedagogia e em Neuropsicopedagogia Institucional, Clínica e Hospitalar pelo Centro Universitário União Dinâmica das Cataratas – UDC (2019-2020). Tecnóloga em Gestão Pública – IFPR – (2012); Técnica de Secretaria – Vara da Infância e Juventude- FI-PR. E-mails: ancm@tjpr.jus.br; neuropsicopedagogia.aguia@gmail.com

⁴⁵⁷ Orientadora: Juliana Fátima Serraglio Pasini - Doutora em Educação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (2016); Mestre em Educação pela Universidade do Oeste do Paraná – UNIOESTE (2012); Pedagoga pela Faculdade União Dinâmica das Cataratas (2005); Membro do Grupo de Pesquisas em Práticas Educativas Mediar (UNIOESTE). E-mail: jfserraglio@gmail.com

A informação, o enfrentamento diário, palestras e indicações de como gerir esses problemas. Indicações de postos de saúde e profissionais da assistência social, como forma de prevenção a um mal maior que é a evasão escolar. Falar da importância desse tema: estudar, pesquisar (É importante frisar que os esforços dispensados a esta seara da informação extracurricular para pais e alunos tornam-se imprescindíveis para fazê-los acordar para a realidade: de que, a partir do momento em que há a concepção da vida, nós nos tornamos responsáveis pela preservação e cuidados para com esta vida. De forma que, os esforços dispensados a essa mesma vida, será recompensada com um futuro melhor, mais promissor e mais acolhedor para aqueles que cuidam com amor e afeto.

No intuito de colocá-los em um novo programa de atendimento e de orientação, contudo, o presente ainda árduo (pelas pessoas assistidas), deve ser enfrentado de forma a se buscar melhorias com auxílio de pessoas preparadas, qualificadas e estruturadas ao apoio logístico didático e entrosados entre si, entre as instituições de ensino e de saúde (apoio) as quais devem ter uma logística em comum, que é a da informação, do acolhimento, e principalmente de conscientizar os responsáveis da prática do bem viver (que são as formas saudáveis de convívio familiar e social, adentrando nas práticas de cuidados sejam de saúde, higiene e nutrição, tanto quanto as de higiene mental e indicação a tratamentos afins). A indicação para a abordagem empreendida nesta pesquisa é por meio de palestras de diversas áreas de conhecimento da saúde, do direito, profissionais pedagogos, psicólogos, psiquiatras, nutricionistas, dentistas, oftalmologistas e gestores do lar (economia doméstica), a fim de levar o conhecimento da problemática vivida por esses pais e alunos de forma inversa, ou seja, onde há um problema pode haver solução, quando o assunto for tratado de maneira informal, saudável, instrutiva, orientadora, e indicativa dos locais os quais eles possam buscar esse auxílio aos seus problemas, motivando-os a solucioná-los ou pelo menos amenizá-los da melhor forma possível.

Sobre alguns teóricos em contrapontos que se referem aos fatores comportamentais de alunos e professores e dialogam entre si, concordando ou discordando sempre há um ponto em comum. Que é muito válido citar, pois, traz à tona que tipo de indivíduos estamos formando ou queremos formar? Que modelo de instituição podemos adotar enquanto formadores de opiniões e futuros profissionais críticos e cooperativos em suas funções(...)

A relação entre o dever, coação e cooperação⁴⁵⁸

São as duas morais da criança e o tipo de relações sociais.
Segundo Bovet, assim como Durkeim, todo ato moral envolve

⁴⁵⁸ Durkeim: *Sociologie et Philosophie* (Paris, PUF, 1974a) e *L'Education Morale* (Paris, PUF, 1974b); *Teorias Psicogenéticas em Discussão-Piaget-Vigotsky-Wallon* (Ummus Editorial, 1992)

obrigatoriamente dois aspectos para o dever e o bem. O dever corresponde ao sentimento de obrigatoriedade que experimentamos perante a regra moral e que nos faz a ela obedecer. (La Talle, Yves de, p.62- 63, 1951)

As Regras da Moral, segundo Durkeim:

Perseguir um fim que nos deixa frios que não nos parece bom, que não toca nossa sensibilidade, é psicologicamente impossível, conclui Durkheim. Logo, além de seu caráter de obrigatoriedade, toda regra moral tem também o caráter da “desejabilidade”, ou seja, os objetos dos diversos desejos devem aparecer, de alguma forma, como atraentes, com bons (não apenas imperativos) para que sejam obedecidos. Em resumo, o dever e o bem são aspectos indissociáveis da moral, e não se pode procurar derivar um do outro. Mas, que jamais pode-se aliar obrigatoriedade a “desejabilidade”, pois, pode-se constituir uma contradição. (La Talle, Yves de, p.55, 1951).

Comparando o respeito unilateral com a obrigação de obedecer, ou seja, o caráter específico da obrigação é violentar o desejo:

Jamais do desejável poderemos obter a obrigação, no entanto, tais sentimentos desaparecem da moral da autonomia quando o respeito unilateral anterior é substituído pelo respeito mútuo, enquanto para Piaget o que move as ações da moral autônoma é este sentimento, todo racional, que é o da “necessidade”. Então, Durkheim replica ainda, que jamais poderemos obter a obrigação sem violentar o desejo, ou seja, retirar obrigação do desejável (o sentimento de desejabilidade, portanto, o dever).

A razão do homem com as leis físicas, obedecemos a uma lei que não fizemos:

A razão humana não é legisladora. A sociedade não é equivalente a uma somatória de indivíduos; ela é um todo original em relação às partes que a compõem. Equivale dizer que as leis que são impostas à sociedade extrapolam o limite da razão e pelo bom convívio da vida coletiva devemos obedecê-la. (La Talle, Yves de, p.57, 1951)

E neste ínterim, encontram-se coisas do mundo físico que nada podemos fazer a não ser respeitá-las: A educação moral que desenvolve a base para o sentimento de obrigatoriedade ao desenvolvimento moral das crianças; a imposição moral pelo mestre ao aluno; o espírito de disciplina, que de se vê

condicionada as crianças a agirem corretamente, cuja eficácia é a reprovação e a censura que se conscientiza da moral; o apego aos grupos sociais. É desejável que a criança se insira nos grupos sociais como parte inicial de sociabilidade, e que isto aconteça na escola, imprescindivelmente.

Em contraponto a Durkeim, Piaget revela: A interrelação entre coação e cooperação numa relação de coação social entre dois ou n indivíduos na qual está um elemento de autoridade ou de prestígio. No exemplo professor aluno. Pelo fato de ser professor acredita-se piamente na proposição afirmada, uma vez que, o aluno em questão toma como verdade o que lhe foi dito, não que tenha sido lhe convencido por provas e argumentos, mas porque a fonte da afirmação é vista por ele como digna de confiança ou como lugar de poder. Verifica-se que o indivíduo coagido tem pouca participação racional na produção, conservação e produção de ideias. No caso da produção dela simplesmente não participa, contentando-se em aceitar o produto final como válido. Uma vez aceito esse produto, o indivíduo coagido conserva, limitando-se a repetir o que lhe impuseram. Daí, decorre que a coação corresponde a um nível baixo de socialização no sentido de explicitar a forma coercitiva como as recebeu. E o que leva o coagido a acabar distorcendo o que lhe foi imposto por falta de real compreensão, a “autoridade” porque nem precisa ouvir o outro, pois, não lhe foi atribuída a tarefa de elaboração racional e de crítica.

Então, a coação leva ao empobrecimento das relações sociais, fazendo com que a prática tanto o coagido quanto o autor da coação permaneçam isolados. Logo, proporciona o egocentrismo, impossibilitando o desenvolvimento das operações mentais, uma vez que esse desenvolvimento somente ocorre se representar uma necessidade sentida pelo sujeito. Isto no âmbito da relação professor/aluno.

As relações de cooperação possibilitarão ao desenvolvimento necessário sentido pelo sujeito. As relações de cooperação, como seu nome indica, a cooperação pressupõe a coordenação das operações de dois ou mais sujeitos. Não há mais assimetria, imposição, repetição, crença, etc... Há discussão, troca de pontos de vista controle mútuo dos argumentos e das provas. Vê-se que, a cooperação é o tipo de relação interindividual que representam o mais alto nível de socialização. E é também o tipo de relação interindividual que promove o desenvolvimento. Mas, é claro, que as relações de coação e de cooperação ocorrem em qualquer sociedade, notadamente, entre adultos. Ilustrando professor/aluno no âmbito institucional, esta relação amplia-se e mantém-se uma relação saudável e produtiva para ambas as partes. O processo de assimilação de conhecimentos resulta da reflexão proporcionada pela percepção prático sensorial e pelas ações mentais que caracterizam o pensamento. Todo conhecimento se baseia da realidade

que são o seu conteúdo. Na aprendizagem escolar há influência de fatores afetivos e sociais, tais como os que suscitam a motivação para o estudo, os que afetam as relações professor-alunos, os que interferem nas disposições em relação à experiência social da crianças e jovens na família em relação em relação a fatores emocionais dos alunos para enfrentar as tarefas escolares, os que contribuem ou dificultam a formação de atitudes positivas dos alunos frente às suas capacidades e frente aos problemas e situações da realidade e do processo do ensino e aprendizagem. A organização lógica e psicológica se refere à adequação ao nível de desenvolvimento físico e mental que, por sua vez, é condicionado pelas características socioculturais dos alunos.

A aprendizagem escolar tem um vínculo como o meio social que circunscreve não só as condições de vida das crianças, mas também, a sua relação com a escola e o estudo, sua percepção e compreensão das matérias, sendo assim, a consolidação do conhecimento depende do significado que eles carregam em relação à experiência social das crianças e jovens na família, no meio social, no trabalho. Vimos que na filosofia,

Sócrates tinha convicção de que eram os diálogos que favoreciam uma verdadeira troca de conhecimento, pois através deles os discípulos conseguiriam refletir sobre suas próprias afirmações e conclusões. Valendo-se da Ironia e da Maiêutica – princípios fundamentais em todo o pensamento socrático – estimulava seus interlocutores a exporem e defenderem suas opiniões para então despojá-los de toda ilusão de saber e extrair o conhecimento verdadeiro.⁴⁵⁹

Para Içami Tiba (1996, p. 140) a educação escolar é diferente do familiar. Não há como uma substituir a outra, pois ambas são complementares. Não se pode delegar a escola parte da educação familiar, pois é única e exclusiva, voltada a formação do caráter e os padrões de comportamento familiares. A escola nunca deve observar a educação familiar, pois seu objetivo é preparar profissionalmente seus alunos, cuidando, portanto, da convivência grupal e social. Entrelaçando este pensamento, dessa forma, a sociedade seria mais beneficiada pelo processo educativo.

Crianças e adolescentes com TCC (Transtorno Cognitivo Comportamental) ou TEAp (Transtorno Específico da Aprendizagem) trazem consigo grandes chances de fracasso escolar; todavia, quando não tratados, podem acarretar prejuízos duradouros em atividades que dependam de habilidades deficitárias, causando

⁴⁵⁹ Émile Durkheim, o criador da sociologia da educação (<http://www.novaescola.org.br>) - Método Socrático - todo o conhecimento é latente na mente humana, podendo ser estimulado por meio de respostas a perguntas feitas de modo perspicaz.

experiências de fracasso, sentimento de menos valia em relação aos pares; intolerância e evitação de situações associadas, que podem servir como gatilho para o surgimento de cognições e sensações aversivas.⁴⁶⁰

A educação, para Durkeim é “ uma socialização da jovem geração pela geração adulta”. E quanto mais eficiente for o processo, melhor será o desenvolvimento da comunidade em que a escola esteja inserida.

Tanto quanto a família está para a instituição que proporciona a socialização primária da criança, assim se dá a aprendizagem nos primeiros padrões de comportamento, percepções da realidade e hábitos de pensamentos que são características do meio social mais amplo e de outros que são típicos da classe social a que pertence à família.

Relacionando-se cooperação e coação vemos que leva ao empobrecimento das relações sociais, a prática da coação em que o coagido quanto o autor da coação /permaneçam isolados, cada um no seu respectivo ponto de vista, que representa um atraso ao desenvolvimento da inteligência. Logo, impossibilita o desenvolvimento das operações mentais, uma vez que esse desenvolvimento somente ocorre se representar uma necessidade sentida pelo sujeito, explica Piaget. Já as relações de cooperação possibilitam esse desenvolvimento, onde pressupõe a coordenação da operação de dois ou mais sujeitos. Em que não haja mais assimetria, imposição, repetição, crença, etc. Nesse sentido, onde houver mais discussão, troca de ponto de vista ou ideias, controle mútuo de argumentos e das provas; representa o mais alto nível de socialização, tipo de relação interindividual que promove o desenvolvimento.

Piaget revela:

Quando eu discuto e procuro sinceramente compreender outrem, comprometo-me não somente a não me contradizer, a não jogar com palavras etc., mas comprometo-me ainda a entrar numa série indefinida de pontos de vista que não são os meus. A cooperação não é, portanto, um sistema de equilíbrio estático, como ocorre no regime de coação. É um equilíbrio móvel. Os compromissos que assumo em relação à coação podem ser penosos, mas sei onde me levam. Àqueles que assumo em relação à coação podem ser penosos, mas sei aonde me levam. Aqueles que assumo em relação à cooperação me levam não sei aonde. Eles são formais e não materiais.

A cooperação é um método que possibilita chegar a verdades. A coação só possibilita a permanência de crenças e dogmas. Piaget emprega essa distinção sobretudo em relação ao desenvolvimento das crianças, mas ocorrem notadamente entre

⁴⁶⁰ Pro-cognitiva, Programa de atualização em terapia Cognitivo-comportamental, v. I, pag. 43

adultos. Ainda com Piaget, refere-se às influências da interação social no desenvolvimento cognitivo abordando-se a questão da cultura: determinadas ideologias, religiões, classes sociais, sistema econômico, presença ou ausência de escolarização, características da linguagem, riqueza ou pobreza do meio, etc. Desta forma, ser coercitivo ou ser cooperativo, via de regra, depende de uma atitude moral. O indivíduo deve querer ser cooperativo, podemos perfeitamente conceber que alguém com todas as condições intelectuais para ser cooperativo resolva não o ser porque o poder da coação lhe interessa de alguma forma. Vale dizer que o desenvolvimento cognitivo condição necessário ao exercício da cooperação, mas não condição suficiente, por uma postura ética que deverá completar o quadro. Ora, a dimensão ética está sempre presente, uma vez que qualquer relação interindividual pressupõe regras; pressupõe-se, contudo, o valor ético da igualdade, da liberdade, da democracia, em uma palavra, resume-se: direitos humanos. (Teorias psicogenéticas em discussão, págs. 23-73,1992)

“De fato, só se educa por meio da educação, e pela família é que este princípio fundamentalmente ainda melhor se aplica”. (TEIXEIRA, 1967, pág.54)

1 FATORES RELACIONADOS À EVASÃO

Dentre os fatores relacionados à evasão, estão os problemas dos vícios às drogas, o desemprego, a separação conjugal, o alcoolismo, a gravidez precoce, de doenças e Transtornos de aprendizagem com comorbidades tais como o TEA (Autismo), TDAH, surdez e acuidade visual reduzidas, entre outras. Aliado a todos esses problemas ainda há os índices de pobreza extrema que levam a situações de desespero, stress e depressão. E não obstante, inclui-se também fatores de altas habilidades e superdotação.

E ainda, os fatores externos que contribuem com a evasão, segundo informações do IPEA, devido ao aspecto negativo do quadro de desempregos nacionalmente falando, cuja taxa passa de 17,4% (2015) para 24,8% (2019), dificulta a inserção no mercado de trabalho. Em contrapartida, refletindo a taxa mais alta da inflação das camadas mais pobres, impactadas pelos reajustes nos preços dos alimentos e consequentemente a baixa nas vendas nos mercados e hipermercados, desempenho fraco do varejo restrito, taxas do câmbio elevadas, bem como taxas de juros no mercado em geral, reduzindo as variações das cadernetas de poupança e outros investimentos financeiros, engatando numa inflação expressiva notadamente afetando as camadas menos favorecidas até 2020 com o início da pandemia do Covid 19 (segundo a mesma tendência para os próximos anos), caso não haja intervenção imediata do governo; onde

afetou ainda mais o desequilíbrio financeiro dessa população, acarretando o descaso dos pais e a desistência desses alunos, especialmente os que não possuem acesso a computadores e redes sociais. Ainda sobre os dados do IPEA, o baixo desenvolvimento de produtividade total na economia referente ao PIB de 1993 a 2019, revela déficit primário do setor Público e está estagnada desde 2016 período em que sucedeu uma forte queda. Recentemente em 2019/2020, houve uma desaceleração na economia, perda nos investimentos, que caíram 17% nos primeiros trimestres e ainda se encontram 27% abaixo do nível de recessão. Significa dizer que o PIB aponta 3,2% abaixo do seu potencial de que se necessita para alavancar a economia do país, que com advento “pandemia” poderá causar maior impacto a partir de 2020, inclusive na educação e saúde em seus respectivos pisos. Consequentemente, o reflexo nas camadas baixa renda é imediata, favorecendo a exploração infantil, ao aumento da violência doméstica; ao alto índice de evasão escolar e consequentemente, o não retorno às aulas. Considerando que, grande parte desta demanda é recorrente nas famílias carentes (em sua maioria) infere-se desses fatos a dificuldade das instituições escolares em resgatar esses alunos. Os fatores socioeconômicos que são impactados pela Reforma da Previdência, conforme propostas enviadas ao Congresso, todavia, é algo que preocupa, pois, a saúde e a educação em via de regra, é o que mantém o cidadão de pé, mesmo com poucos recursos, uma vez que, assegura a merenda da criança, que a permite seguir em frente ou a manter-se alimentada durante o dia. Aos que ainda se agarram na educação como tábua de salvação para um futuro melhor a saúde pública mesmo estando um caos ainda assegura atendimento gratuito às famílias de baixa renda, que são a população mais afetada no atendimento ao SUS. O que gerará nesta trajetória, um sistema colapsado que atingirá a todos nós. As aposentadorias trarão muitas perdas no decorrer dos anos vindouros, especialmente aqueles que não têm mais para onde recorrer no final de suas carreiras e vidas, no que tange à população de baixa renda e de que só dependem dessa fonte de renda para sobreviver, tais como, os avós que cuidam de seus netos, ou mesmo aqueles que dependem do salário família, ou do auxílio saúde, auxílio desemprego, enfim, são os fatores que agravam ainda mais o futuro dessas crianças e adolescentes e de que precisam de um plano/projeto que possa alertar os pais e/ou responsáveis da necessidade de se manter esses meninos e meninas na escola como forma de garantir um futuro mais proveitoso e próspero, do que um presente precário e futuros incertos, onde suas crianças poderão ser “a tábua de salvação” .

A violência doméstica da qual as crianças e adolescentes são vítimas, faz com que seja mais um fator decisivo para a evasão; o abuso sexual e violência física e moral: Há um quadro alarmante dentro dessa camada social,

onde muitas vezes os próprios pais e parentes próximos cometem este tipo de violência contra a criança/adolescentes obrigando-os a recorrerem à intervenção da justiça para sua própria proteção e integridade, colocando-os em casa de apoio e abrigos. Transcorrendo assim, em evasão por longos períodos ou períodos intermitentes, prejudicando o desenvolvimento intelectual destes jovens.

Enquanto as drogas e o alcoolismo entram na estatística de vícios comumente relacionados ao problema da evasão escolar, infelizmente. Quadros em que muitas vezes é preciso internação dos mesmos para conter problemas de saúde maiores, e que, prejudicam não somente o indivíduo, assim como toda a família, e também, a continuidade dos estudos de forma regular. Bem como, a sociedade em geral também perde por ser vítima muitas vezes de ações criminosas que os acometem, por ações delinquentes destes mesmos jovens. Em conjunto entra a saúde mental. Esta questão está relacionada à vários fatores, por exemplo, o uso de drogas e/ou álcool, elevando o risco de transtornos mentais, se não já tiverem tendências a outras comorbidades que se somam em agravantes para irromper o ciclo de ensino-aprendizagem. TEA (Transtorno do Espectro Altista), TDAH (Transtorno do Déficit de Atenção, TOD (Transtorno Opositor Desafiador), Transtorno Afetivo Bipolar, Epilepsia, Esquizofrenias, dentre outros. Em correlação a suas comorbidades, enfatizando-se a importância do diagnóstico diferencial. Os comportamentos disfuncionais apresentados pelo indivíduo com os transtornos repercutem consideravelmente de forma negativa sobre a sua vida pessoal, acadêmica e social, transcorrendo sobremaneira um ciclo familiar desorientado e desestruturado, caso não haja uma intervenção profissional precocemente. Fatores de risco que se encontram relacionados à sua manifestação, contudo, essas questões podem ser de ordem social, psicológica e biológica, apontadas como as possíveis causas do TOD, e ainda, Altas Habilidades e Superdotação. O DSM-V especifica a difusão dos sintomas como um indicador de gravidade, sendo fundamental a avaliação do comportamento do indivíduo em vários contextos e, principalmente, no meio familiar e escolar.

2 PROFILAXIA CONTRA A EVASÃO ESCOLAR

2.1 A MAIÊUTICA X DIALÉTICA HEGELIANA X PROFILAXIA DAS FAMÍLIAS UNIDAS

É um modelo que preconiza para a implantação na Rede de Atendimento Educacional contemplando serviços de complexidades distintas, tomando por base a Linha Guia de Saúde Mental e contando com vários setores colaborativos para ações conjuntas tais como a Promotoria Pública/defensoria/universidades (setor jurídico); Rede Clínica de Saúde que engloba psiquiatras,

psicólogos, neurologistas, nutricionistas e clínico geral, odontologistas e oftalmologistas; extra-hospitalares e demais equipamentos intersetoriais, além do setor privado de gestão de economia doméstica. Atendimento este inicialmente na própria instituição escolar, trazer matérias afins em forma de palestras e slides, a pretexto de informação, e que se enquadram sob forma de orientação e discurso sob o prisma de um novo olhar da realidade em que os palestrandos deverão conhecer, entender e raciocinar sobre novos parâmetros de ver a realidade escolar. Serão encaminhados quando necessário (no decorrer do ano letivo), todas as adequações com relação aos direitos e deveres de pais e alunos, bem como, informá-los sobre condutas mais adequadas quanto aos cuidados dos filhos. Como cada área envolvida é distinta uma da outra, porém, uma completa a outra, então, torna-se necessário que cada área afim tenha a sua cartilha e endereços necessários para auxiliar a demanda. A confecção de conteúdos padronizados para todas as escolas envolvidas. Diante do exposto, a seguir um guia para cada área e os assuntos iniciais que deverão debater e expor em seus slides e palestras. Sugere-se que o primeiro encontro no início do ano letivo estejam juntos pais/responsáveis e alunos como forma de boas-vindas. Em turmas reunidas por séries/Anos, como forma de confraternização, entre alunos, pais e mestres. Estruturar; apoiar; orientar; conscientizar; planejar ações para (pais e alunos) de maneira humanizada e em todos os aspectos escolares, civis, de saúde e educação, para combater a evasão escolar, é o objetivo deste artigo.

3 AÇÕES PRÁTICAS

Primeiro encontro trimestral (das necessidades de aporte ou logística, ou reforço nos debates):

1- Membros do Ministério Público ou Acadêmicos de Direito em fase final de formação:

Qual a representatividade dos pais que se omitirem em matricular seus filhos na escola? Explanar assuntos acerca da obrigação dos pais matriculem seus filhos ou pupilos (pessoa incapaz sob sua responsabilidade ou guarda) na rede regular de ensino com fundamento no Art. 55 do ECA, em linguagem simples e clara de forma que se façam entender e esclarecer as dúvidas que se fizerem necessárias; no Art. 53 – ECA - que assegura que a criança e o adolescente tenham escola pública perto ao local de sua residência; estando todos avisados e orientado com relação ao parágrafo anterior, em caso de descumprimento pode incorrer no crime tipificado no art. 246 do Código Penal, Crime de Abandono de Incapaz;

Explanar acerca do art. 208; I, II, II E IV, bem como, os que se fizerem necessários esclarecer.

2. Médicos/residentes de medicina nas áreas afins de:

- Psiquiatria/ Psicologia/Neurologista:

Explanar acerca de problemas comportamentais que podem ser indícios de algum transtorno ou distúrbios e que devem ser levados em conta dos problemas que afetam diretamente a aprendizagem. Colocando como mensagem primordial da necessidade de se investigar o mais precocemente possível para se evitar danos futuros ao aluno, bem como, alertar dos efeitos das drogas e do álcool sobre o indivíduo, bem como poupar a família de problemas futuros maiores. Bem como, versar acerca da sexualidade para os adolescentes. Profilaxia (...)

b. Médico Clínico Geral/residente em Clínica Geral:

Explanar acerca de problemas patológicos dos quais causem a perda de memória, a falta de apetite, o excesso de sono e cansaço, irritação/distúrbios de humor, alergias, dores de cabeça, dores corporais causadas por mudanças hormonais, etc. Patologias que causem transtornos de aprendizagem na criança/adolescente; tais como verminoses, parasitoses, dermatites, distúrbios hormonais, etc... causa de doenças por falta de higiene direta ou indireta, falta de asseio corporal ou higiene do lar e quintal, bem como, contato com animais domésticos sem os devidos cuidados, piolhos, carrapatos, sarnas, mosquito da dengue etc. Indicar a Profilaxia(...)

c. Médico nutricionista/ou residente:

Explanar acerca da alimentação adequada e inadequada da qual pais e filhos devem participar da palestra para estarem a par dos alimentos que podem ser prejudiciais à saúde e ao aprendizado. Tanto quanto os que causam malefícios à dentição. Indicar a Profilaxia (...)

d. Odontologista:

Explanar acerca dos efeitos da má alimentação sobre os dentes, bem como, o efeito das drogas e vícios afins na perda da dentição. Indicar a Profilaxia(...)

e. Oftalmologista:

Explanar as causas e consequências sobre o uso de óculos e/ou a falta deles no desempenho escolar. As doenças que acometem a visão. Indicar a profilaxia(...)

f. Pedagogos/mestres/professores:

Explanar/Indicar/orientar/instruir pais e alunos da melhor forma/ local/horários de estudo, tanto na escola, quanto em casa, o local mais arejado, maior luminosidade, etc.... horário de entrada e saída da escola...regras da instituição, etc. Orientar quanto ao uniforme, asseio corporal, comportamento dentro da sala de aula (o que se espera), procedimentos para quem tomará

o ônibus ou van escolar. E qual o rendimento que se espera que ela tenha durante o ano letivo.

g. Gestor doméstico/ e também grupo de artesãos:

Aulas/ oficinas; oficinas de artesanato: que possam reforçar o salário com vendas do que for produzido (espécie de cooperativa entre os participantes, tanto na produção quanto para a venda).

h. Dicas de economia do lar:

Explicar acerca de cuidados com os alimentos, higiene, pesquisa de mercado, poupança, etc.

Em debate (círculo) entre os profissionais envolvidos nos atendimentos futuros.

O terceiro encontro (com a família): Individualmente por família, momento em que poderá ouvir as queixas tanto de professores quanto dos pais. Em caso de descumprimento das regras que foram impostas desde o primeiro encontro (coletivo), deve-se acionar o MP ou aqueles profissionais do direito para uma conferência com a família.

Quarto encontro: Baseado nas palestras exibidas durante o ano letivo, sugere-se aos pais e alunos (numa mesma data previamente marcados, e que estejam no calendário escolar) uma feira de ciências concomitantemente com uma feira de artesanatos produzidos pelos pais, onde temas livres possam inspirar suas produções, e que seus filhos possam visitar suas produções e seus pais as de seus filhos. Isto poderá fortalecer os laços familiares, e incentivá-los a caminharem juntos nas diferentes perspectivas da vida.

O quinto encontro: uma palestra apenas com os alunos. Que terá o encontro de todos os profissionais envolvidos como espectadores e os alunos serão os palestrantes. O assunto será o mesmo do primeiro encontro. Porém, os alunos que farão a pesquisa e darão a palestra como a uma feira de ciências virtual, por meio de slides. Orientados, obviamente pelos professores. Será uma espécie de aula invertida, mas, que fará com que o aluno pense acerca de seu comportamento, seus relacionamentos e para que eles reflitam o que estão fazendo com suas vidas, se estão fazendo certo ou errado. Com direito aos ouvintes/espectadores a perguntas pertinentes a suas respectivas matérias a fins.

O sexto e último encontro: como um evento de confraternização de fim de ano: Reunirá todos os participantes do primeiro encontro juntamente com o corpo docente, discente e familiares e farão um balanço em conjunto dos resultados obtidos, especialmente, acerca do balanço principal que é o de conter a evasão. Reforçar os efeitos positivos, criticar os negativos sobre forma de alertar, novamente, do futuro de suas crianças, e sobre os cuidados e orientações anteriormente falados. Este projeto, deverá ser repetido anualmente durante cinco anos, com o acompanhamento estatístico de um

apanhado de crianças entre 11 a 17 anos do 5º ao 9º ano, ações e dados estes que possam contribuir assegurar positivamente de que os mesmos tenham sido atingidos de alguma forma a ver a escola com outro prisma: o olhar da mudança, a mudança de si mesmos.

Nos anos subsequentes, os alunos vitoriosos poderão ganhar uma faixa de honra como forma de troféu por conseguir vencer esta etapa. Todos deverão ser premiados a cada fim de ano. Premiados simbolicamente com faixas e cartões que deverão conter palavras de incentivo ou pelo menos os alunos mais visados no programa que conseguirem se superar. O diferencial para se obter um bom resultado é sempre o positivismo e palavras que elevem a autoestima, para toda a turma. Os alunos devem ser avisados do prêmio que ganharão pelo esforço e bom desempenho! Neste caso, deverá a Secretaria da Educação em conjunto com o governo seja ele municipal ou Estadual da confecção de medalhas, troféus, passeios turísticos, etc... com a finalidade de uma competição saudável e produtiva na escola, a fim de impulsionar os estudos, otimismo, determinação, motivação para se manter acesa o brilhantismo que doravante estejam apagados...

Durante todo o ano letivo deve-se reforçar aos alunos que por detrás de um grande esforço sempre haverá uma recompensa, essa recompensa é sua própria superação, contudo, eles são muito novos para entender, embora o reconhecimento um dia venha! Por detrás do sucesso sempre há grande esforço e luta, e vice-versa. Esse lema deve ser focado nas argumentações das instituições de ensino. O fato de que “faço parte de um grupo pormenorizado ou desfavorecido” não pode ser colocado em primeiro plano, há que se reforçar a necessidade da busca por melhorias, não desistir de seus sonhos, seus dons.

De acordo com o anexo II: a Linha Guia da Saúde Mental; torna possível direcionar as pessoas que participem desse Programa:

A Maiêutica x dialética Hegeliana x Profilaxia das Famílias Unidas: A realidade é composta por nossa mente e a própria consciência não é estática, ou seja, é composta por nossa mente e está sempre mudando e desenvolvendo novas categorias e conceitos, que determinam como nós vivemos no mundo. O que faz que o conhecimento sempre seja contextualizado. A maiêutica Socrática remete ao diálogo em que o interlocutor bombardeado por perguntas, o sujeito é obrigado por si só encontrar suas próprias respostas e o conceito geral do objeto.

De forma que haja um controle pré-agendado ou cadastro dentro das escolas que facilitem essa inserção no programa, e que poderá obter resultados positivos no relacionamento escola-pais-alunos (em tese) de maior aceitação para se procurar soluções alternativas inerentes a cada problema apresentado. Consequentemente, ao transcender de cada barreira, um degrau

vencido. E assim, a criança será beneficiada com a conscientização da família em buscar novas perspectivas para sua caminhada, uma nova trajetória de vida. A dialética Hegeliana nos conduz ao pensamento lógico em que todo ser pensante tem seu ponto de vista. Considera-se que a tese, remete à antítese que por sua vez transforma-se em síntese. A dialética é uma palavra grega “*dialektik*” que significa “arte do diálogo, de convencer, de persuadir ou raciocinar”. Resumindo, é um debate de ideias diferentes, chegando a uma conclusão a partir desses pensamentos diversos que tornam-se um novo conceito que pode ser contrariado novamente

No anexo I: Prospecto curricular de atendimento aos pais e alunos.

No anexo II: A linha de Guia Psicossocial – PR

No anexo III: Relativo ao tratamento dos sintomas dos TEAp e TCC

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso desconstruir características atípicas dessas famílias desestruturadas e reconstruí-las em modelagens modernas, estruturadas em afetividade e valores sociais prósperos e sadios. Destituir os padrões derrotistas e inserir padrões de autoconstrução renovadores e construtivos. Segundo Paulo Freire (p.136,1996), sendo fundamento do diálogo, o amor é, também diálogo.

“O dialogismo entre a palavra e a práxis diz respeito em Educação como prática da liberdade. Não há palavra verdadeira que não seja práxis. Daí que dizer a palavra verdadeira seja transformar o mundo”. (Paulo Freire, p.133-135,1996),

“E, não é no silêncio que os homens se fazem, mas nas palavras, no trabalho, nas ações”. (Ibidem,1996)

No contexto ensino-aprendizagem, professores e alunos participam de diversos meios socioculturais, os quais, ambos são afetados uns pelos outros, há um choque e uma barreira cultural, podendo afetar diretamente na dificuldade do ensino-aprendizagem. Ao professor, descompromisso e apatia, podendo chegar ao Burnout, onde podem apresentar estresse laboral, afetando profissionais da educação e da saúde, prejudicando suas atividades. (Codo - 2000, pag. 241). Deste modo, os alunos são afetados, por sua vez, com dificuldades na aprendizagem. Os processos afetados no desenvolvimento do ensino-aprendizagem pela falta de afetividade serão processo de integração organização-meio; integração dos conjuntos, funcionais que geram emoções, sentimentos, paixão, evolução da afetividade para melhor ou para pior, dependendo do contexto escolar, familiar e socioeconômico. Para aumentar a eficácia do processo ensino-aprendizagem que só pode ser analisado como uma unidade, ou seja, os atores são concretos, históricos, trazendo na bagagem o que o meio lhes ofereceu até então; que está

em aberto e permanentemente em construção. E além do quesito afetividade, corrobora com o desenvolvimento pessoal e primordial para a manutenção da Inter pessoalidade professor-aluno, ensino-aprendizagem.

A Gestão Educacional no aspecto debatido deste artigo, poderá vir a contribuir com a demanda especialmente no que se refere aos discentes evadidos e seus familiares. Todavia, abrangerá toda uma cadeia de ouvintes e seus participantes, que tecnicamente terão um suporte adequado para medidas de profilaxia. No intuito de reduzir certos comportamentos, dos quais contribuirão para com a redução (desejável) da falta de interesse de todos os envolvidos neste processo de envolvimento gestor, educacional e afetivo.

As causas de evasão que também poderão ser combatidas com estas medidas: o multiculturalismo; transculturalismo; pluralismo, etnia, raça, gênero e sexualidade. Temáticas essas que também se inserem na problemática que esbarra com imposição de um e aversão de outro, que em pleno século XXI o conceito de “ser diferente” ainda é discutido na seara do preconceito, da intolerância. Para o multiculturalismo, a tolerância seria o valor, a finalidade, o ponto de partida e chegada do processo educativo. Contra o racismo, planejar, desenvolver teorias práticas que incorporem tanto o reconhecimento das diferenças quanto a redistribuição da renda.

Na dialética de Platão o movimento do espírito é o sinônimo de filosofia, é um método eficaz para aproximar as ideias individuais às ideias universais. A dialética é a arte e técnica de questionar e responder algo, era separar fatos, dividir as ideias para poder debatê-las com mais clareza. Pretende-se chegar à verdade através da contraposição e reconciliação de contradições. A dialética propõe um método de pensamento que é baseado nas contradições entre a unidade e multiplicidade; o singular e o universal; o movimento da imobilidade. Portanto, partindo destes pressupostos, devemos ingressar em debates de modo que, sejam expostas todas as adversidades advindas de problemáticas aluno-família/aluno-escola-professor, com técnicas multidisciplinares a fim de que os próprios ouvintes “público-alvo” se encontrem por si só, formas de driblar os “autocongestionantes” de suas vidas e de suas condutas comportamentais no âmbito escolar. Fatores estes que estarão em debate correlacionados ao dia-a-dia do aluno. A Relação Família - Escola surgiu da necessidade de querer conhecer a realidade da participação da família dentro da escola e como se desenvolve, haja vista que ambas as instituições são muito importantes na vida da criança, pois é nela o motivo maior de sustentação da personalidade da criança, propondo algo que estimula o seu crescimento físico e psíquico.

A ética nas práticas educacionais, mantendo perspectivas universais tais como a visão de multiculturas, bem como a consciência como substituta da tolerância.

À medida que ser Programa Famílias Unidas (P.F.U.), que envolve ações conjuntas com a Secretaria da Educação, Secretaria de Saúde e Poder Jurídico,

englobando a Lei Federal nº 10.216/2001, buscando consolidar a base de modelo educacional e de base comunitária, contemplando alunos da rede pública e seus familiares para aprimoramento educacional transdisciplinar, com base na saúde mental, direcionamentos socioeconômicos, culturais e afetivos. No sentido de promover a equidade socioafetiva e humanização da atenção dispensada ao corpo estudantil e seus familiares nas apresentações em palestras e demonstrações dos assuntos afins, que se apoia nos modelos RAP'S (Rede de Atenção Psicossocial). Para tanto, necessário se faz enquadrar os participantes (ou público-alvo) nos moldes da Lei 10.216/2001, que por sua abrangência pode surtir efeitos ultra positivos corroborando ainda para orientação, indicação e manutenção da boa conduta, saúde, higienização mental, orientação de economia do lar e orientação jurídica, acerca do ECA, CPC, C.F e Lei 10.216/2001, para assegurar os direitos e deveres dos pais e da criança/adolescente na manutenção das atividades escolares, além de corroborar com uma vida familiar mais sadia.

Estudo não se negocia, ele é não só importante para a capacitação e a formação pessoal, mas também para o benefício e qualidade de vida da família e da sociedade. (TIBA, Içami.2005, p.199)

A evasão escolar está relacionada à falta de estrutura familiar, falta de estrutura na gestão escolar, fatores de ordem patológica, de ordem bioquímicos e/ou neurofisiológicos que afetam o desenvolvimento na vida acadêmica afetando as funções de percepção, linguagem e cognição motora ampla e/ou fina. O conteúdo paradigmático das instituições que atuam no Brasil como um todo seguem na maioria modelos arcaicos que desestimulam aos alunos permanecerem nas escolas. Tornando muitas vezes, o ensino maçante, desinteressante para os jovens, e acima de tudo, as instituições, neste sentido, permitiram que a hierarquia vertical perdesse o valor institucional, apontando um declínio de autoridade a qual certamente deve ter. Não autoritarismo que é uma linha tênue entre este e aquele. Porém a escola/instituição deve tomar as rédeas novamente com relação ao respeito ao professor, à instituição, aos vínculos docentes e discentes, as virtudes estabelecidas entre estudo e estudante. A materialização das normas aplicáveis, ao ensino como um todo, sendo que a parte intrínseca ao ensino é a base curricular que permeia a instituição. Nela está contida a chave correlata ao bom desempenho do aluno, desde que se adeque às novas necessidades estruturantes familiares as quais se fazem urgentes para a ação e introdução à proposta que se apresenta no presente artigo. Faz-se necessário que estes mesmos alunos tenham restauradas suas habilidades sociais e interpessoais (comunicação eficaz, empatia, relacionamento interpessoal); Habilidades cognitivas (Autoconhecimento; pensamento criativo, pensamento crítico, resolução de problemas, tomada de decisão); e habilidades para manejo de

emoções e manejo de estresse). Sendo primordial o acolhimento e participação da adesão dos pais aos programas que lhe forem apresentados como forma de acolhimento social e afetivo. Na tentativa de conter a evasão escolar e orientar pais, alunos e professores. Diante dos fatos intrínsecos relacionados, torna-se necessário a interconectividade das Instituições de Ensino às redes de saúde e às redes multidisciplinares de atendimento social, cabe ao Poder Público Estadual acelerar e reforçar as redes de apoio *com a inserção de maior número de profissionais das áreas afins, ou seja: em primeiro plano, o aumento de vagas para psicopedagogos, psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, pois, a falta desses profissionais, interfere e muito no desempenho dessas crianças tão carentes de tudo, merecem ter um olhar mais clínico voltado para o desenvolvimento cognitivo, que terão no futuro maiores consequências do fracasso escolar pela falta de assistência adequada. E ainda, “urge” a necessidade da **criação de CLÍNICAS ESPECIALIZADAS voltadas ao atendimento Institucional Educacional** com estes mesmos profissionais acima elencados, que deverão atender a seus Núcleos Regionais de Educação.*

REFERÊNCIAS

- BELFER, M. L. Quais são os princípios que devem nortear as políticas de saúde mental nos países de baixa e média rendas - Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 208-209, set. 2010.
- CENÁRIO MACROECONÔMICO – Carta de Conjuntura <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2018/11/30/cenario-macroeconomicos-para-o-periodo-2020-2021>
- Durkheim, Êmile – In ___ O criador da sociologia da educação Disponível em: <http://www.novaescola.org.br>
- EM BUSCA DE UMA COMPREENSÃO DAS RELAÇÕES ENTRE FAMÍLIA E ESCOLA - Art.: Psicologia Escolar e Educacional, 2005 -Volume 9, Número 2, p. 303-312
- EVASÃO ESCOLAR: CAUSAS E DESAFIOS. Ano 04, Ed. 02, V. 01, pp. 36-51. Fevereiro de 2019. ISSN: 2448-0959 - Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento.
- Ferreira, I.M.C.B. (2020) Habilidades para vida In Federação Brasileira de Terapias Cognitivas, C.B. Neufeld, E.M.O. Falcone & B.P. Rangé (Orgs), PROGNOTIVA – Programa de atualização em Terapia Cognitivo Comportamental; Ciclo 7 (pp 133-67) – Porto Alegre; Armad Panamericana.
- FREIRE, Paulo - Pedagogia do oprimido. In ___ A dialogicidade da Educação como prática da liberdade - 60. ed. Rio de Janeiro – Paz e Terra, 2016.
- GUIA DE LINHA PSICOSSOCIAL – disponível em: <http://www.saude.curitiba.pr.gov.br/atencao-especializada/saude-mental.html>
- Hegel e a filosofia da dialética: Tese; Antítese; e Síntese – Disponível In ___ <https://blogdoenem.com.br/hegel-filosofia-enem/>
- La Taille, Yves de – (1951) - Piaget - Vigotsky- Walon -TEORIAS PSICOGÊNICAS EM DISCUSSÃO - Yves de La Taille - Kohol de Oliveira, Marta - Dantas, Heloysa. (ed. Summus Editorial-1992).
- Lei 10.2016/2001 - de 6 de abril de 2001
- MÉTODO SOCRÁTICO - Filosofia e Pedagogia – disponível em: <https://www.infoescola.com>
- O DEBATE CONTEMPORÂNEO SOBRE A DIVERSIDADE E A DIFERENÇA NAS POLÍTICAS E PESQUISAS EM EDUCAÇÃO - Art.: Educ. Pesquisa, São Paulo, v. 39, n. 1, xx p. 15-30, jan./mar. 2013.
- Portaria nº 3088/2011 e posteriormente a Portaria nº 3588/2017,
- RAP's para pessoas com sofrimento ou transtorno mental disponível em: <https://saude.curitiba.pr.gov.br/images/Linha%20Guia%20Saude%20Mental%20SMS%20Curitiba.PR.pdf>
- TIBA, Içami - Quem ama educa! Formando cidadãos éticos - São Paulo: Editora Integrare, 2002.
- TIBA, Içami – Adolescentes: Quem Ama, Educa! 2005 – Ed. Integrare – 36 Edição.
- TIBA, Içami - Disciplina, limite, na medida certa - São Paulo – Editora Gente, 1996, 1. ed.
- TRANSTORNO DESAFIADOR DE OPOSIÇÃO E SUAS COMORBIDADES: UM DESAFIO DA INFÂNCIA À ADOLESCÊNCIA - ISSN 1646-6977 – Art.: Documento publicado em 25.02.2018 - Portal dos Psicólogos

ANEXO I
PROSPECTO DE ENCAMINHAMENTO

NOME DA ESCOLA: _____

1- NOME DO ALUNO: _____

IDADE: _____ RG: _____ CPF _____

Certidão de Nascimento:

2- FILIAÇÃO _____

3- ENDEREÇO _____

4- TELEFONE: _____

DADOS DO ALUNO:

1- ANO/SÉRIE: _____

2- REPETIÇÕES: () NÃO () SIM --- QUANTAS VEZES _____

3- APRESENTA ALTERAÇÕES DE COMPORTAMENTO?

() NÃO () SIM --- ESPECIFICAR QUAL _____

4- POSSUI ACOMPANHAMENTO MÉDICO? () NÃO () SIM --- ESPECIFICAR QUAL _____

5- APRESENTA ALTERAÇÃO DE HUMOR/AGRESSIVIDADE? () NÃO () SIM --- ESPECIFICAR QUAL _____

6- APRESENTA INDÍCIOS DE EVASÃO ESCOLAR? () NÃO () SIM ESPECIFICAR _____

7- É CASO DE ENQUADRAR-SE NO PROGRAMA DE ATENDIMENTO P.F.U?

8- APÓS INSERIDO NO PROGRAMA, NOTA-SE MELHORA NO ALUNO?

() NÃO () SIM --- ESPECIFICAR QUAL _____

9- APÓS INSERIDO NO PROGRAMA, NOTA-SE MELHORA NAS ATITUDES DOS PAIS/RESPONSÁVEIS?

() NÃO () SIM ---ESPECIFICAR QUAL _____

10- APÓS INSERIDA NO PROGRAMA, A FAMÍLIA ESTÁ MAIS ENGAJADA COM A ESCOLA?

() NÃO () SIM ---ESPECIFICAR QUAL _____

11- APÓS A FAMÍLIA INSERIDA NO PROGRAMA, NOTA-SE MELHORA DO ALUNO COM RELAÇÃO AOS ESTUDOS?

() NÃO () SIM ---ESPECIFICAR QUAL _____

11- O ALUNO TEVE MELHORIAS NO COMPORTAMENTO EM GERAL? relativo ao socioambiente, relacionamento com os colegas e professores

() NÃO () SIM ---ESPECIFICAR _____

12- CASO NÃO HAJA ENGAJAMENTO DA FAMÍLIA NO PROGRAMA, REFORÇAR COM A FAMÍLIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO, NUMA REUNIÃO PARTICULAR. E INTENSIFICAR AS ARGUMENTAÇÕES PARA INSERÇÃO NO PROGRAMA.

OBS.: A FAMÍLIA DEVERÁ SER INSERIDA NAS AULAS DE ARTESANATO E GESTÃO DE ECONOMIA DO LAR, EM CONVÊNIO COM O MUNICÍPIO OU ESTADO!

O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE RACIAL E A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE DOS AVANÇOS PROMOVIDOS PELA LEI N. 10.639/2003

Amanda Ribeiro dos Santos⁴⁶¹, André Luiz Querino Coelho⁴⁶²

*“todas as revoluções
que eu desejo
começam em mim”
Ryane Leão*

INTRODUÇÃO

Os estudos em homenagem ao Ministro Luiz Edson Fachin devem necessariamente incluir a sua compreensão sobre a realidade brasileira e o direito fundamental à igualdade racial. Segundo as palavras do próprio jurista: “Há racismo no Brasil. É uma chaga infame que marca a interface entre o ontem e o amanhã” (Voto proferido no julgamento ainda pendente do *Habeas Corpus* 154.248 / DF).

A transformação da realidade social depende da adoção de muitos instrumentos e um dos principais é a educação para a cidadania. Nesse contexto, a Lei n. 10.639/2003 tem acentuado valor simbólico, pois constitui uma amálgama entre Direito, Educação e Cidadania. Caracteriza-se como uma legislação antirracista e antidiscriminatória, que visa minorar a presença do racismo na sociedade brasileira, por meio da educação.

No entanto, não obstante o seu peso e a sua importância, sobretudo, como fruto da luta dos movimentos sociais, a sua efetividade é questionável. Nessa tessitura, o presente estudo busca fazer uma digressão do valor constitucional da inclusão, da diversidade e da igualdade, como formas de enfrentamento ao racismo, em sua forma de epistemicídio. Além disso, a extensão do direito à educação e conexão da Lei n. 10.639/2003 com aquele propósito, com vistas a demonstrar como o Ministério Público deve contribuir com sua efetividade. Em outros termos, o caminho para que a Lei n. 10.639/2003, observável em âmbito educacional, possa ser emancipatória e construtora de cidadania.

⁴⁶¹ Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, atualmente com atribuições na Promotoria de Justiça da Comarca de Jaguapitã. Endereço eletrônico: E-mail: amandards@mppr.mp.br. Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Católica de Brasília.

⁴⁶² Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, atualmente com atribuições na 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Matelândia. Endereço eletrônico: E-mail: alqcoelho@mppr.mp.br. Bacharel em Direito pelas Faculdades Milton Campos. Pós-Graduado em Direito Tributário pelas Faculdades Milton Campos.

1 CONSTITUIÇÃO, DIVERSIDADE E INCLUSÃO

A Constituição da República não é um fenômeno jurídico e social estático. A Constituição é ponto de partida – e não de chegada – para a construção, transformação e a edificação do Estado Democrático de Direito. Com objetivos, fundamentos, determinações, asseguramento de direitos é o meio que possibilita a emancipação da pessoa, lançando-a à condição de cidadã, dando-lhe a possibilidade de dirigir livremente o seu destino e a sua felicidade.

No entanto, não é um instrumento jurídico desconexo à realidade que lhe subjaz. A Constituição da República é mecanismo de inclusão. A proteção conferida à pessoa se contrapõe ao modelo abstrato, sem rosto, sem identidade, sem história, sem dor, sem conquistas da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Constituição da República reconhece que há diferenças e desigualdades entre as regiões do país; que existe pobreza, marginalização, e formas de discriminação fundadas na origem, na raça, no sexo, na cor e na idade. Isto é, para os fins deste estudo, que existe racismo.

Assim, do texto constitucional, se depreende a proteção à mulher, à criança e ao adolescente, ao idoso, ao servidor público, ao quilombola, ao indígena, ao negro, ao militar, aos acusados, à pessoa privada da liberdade, ao consumidor, ao proprietário, ao trabalhador urbano e rural, ao aposentado, à pessoa com deficiência, ao estrangeiro, ao contribuinte, ao doente, ao estudante, ao desassistido juridicamente, à pessoa carente.

Essa constatação não passou despercebida pela abordagem humanista do Ministro Luiz Edson Fachin:

Conjugando a virada copernicana que recola papéis e funções do Código e da Constituição, reafirma a primazia da pessoa concreta tomada em sua necessidade e aspirações, sobre a dimensão patrimonial, e sustenta, por meio da repersonalização, a inegável oportunidade do debate permanente entre os espaços público e privado (Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. *In*: Diálogos Sobre Direito Civil. Organização Carmem Lúcia Silveira Ramos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43).

A proteção constitucional é vocacionada, assim, à diversidade dos interesses da pessoa ao longo de sua vida, o que, forçosamente, leva ao reconhecimento do cenário em que vive. Dessa maneira, a assertiva traz, em si, o propósito do poder constituinte em enfrentar as mazelas da inclusão e não reconhecimento, como vetor de transformação social.

Sobre o tema, é oportuna a lição de Marcelo Neves:

Ou seja, a generalização da falta de reconhecimento de certas pessoas nas interações do mundo da vida engendra a sua exclusão

dos sistemas funcionais (p. ex. Discriminação dos judeus na Alemanha nazista e os diversos racismos contra negros e outros grupos étnicos, especialmente na forma de apartheid). Portanto, embora assimétrica, a relação entre inclusão e reconhecimento caracteriza-se por uma circularidade: sem inclusão das pessoas nos sistemas funcionais e, por extensão, na sociedade, não se pode falar de reconhecimento delas na interação ou para a integração, ou seja, exclusão implica a negação do reconhecimento; a generalização do não reconhecimento de pessoas e grupos nas interações ou para as interações do mundo da vida engendra a sua exclusão dos sistemas funcionais e, desse maneira, impede a construção e o desenvolvimento de uma esfera pública “universalista”, indispensável à concretização e à realização da Constituição do Estado democrático de direito, e a concretização dos direitos humanos em contextos diversos da sociedade mundial (Direitos humanos: inclusão ou reconhecimento? *In*: Direito à diversidade, cidadania e direitos humanos. Coordenação Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomão Leite. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11).

A pretensão de universalidade dos direitos fundamentais exige que situações particulares sejam tratadas. Não há, efetivamente, tratamento universal em contextos de exclusão.

Soma-se a isso a necessidade de garantia de diversidade e de pluralismo. Sem isso, não há liberdade. Não há democracia. Com a autoridade, ao comentar sobre direitos fundamentais de quinta geração, o emérito Paulo Bonavides anota o seguinte:

São direitos da quarta geração o direito à democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência (Curso de Direito Constitucional. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 586)

Apontadas tais premissas, especificamente, destaca-se o dever estatal e da sociedade, por determinação constitucional, em adotar mecanismos que transporão os abismos e as fissuras decorrentes de profundos gargalos históricos da formação excludente do Estado e da sociedade. Dentre eles, o racismo.

2 DO PAPEL DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

A discussão sobre a perspectiva emancipatória da educação em direitos humanos e igualdade racial se encontra necessariamente vinculada ao aprofundamento das contribuições da História e Cultura Afro-brasileira e Indígena.

Não se pode esquecer que o racismo “se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam” (ALMEIDA, Sílvio Luiz. Racismo estrutural. Coleção Feminismos Plurais. São Paulo: Pólen, 2019, p. 32).

Desde os trabalhos do Poder Constituinte de 1988, há discussões para a inserção de normas antirracistas de maior abrangência, que conduzam à crítica da hegemonia da visão eurocêntrica e invisibilidade da herança cultural negra e indígena:

Educação fora um tema caro aos/às ativistas em suas manifestações orais e textuais. O diagnóstico da inadequação do sistema escolar e seu impacto na escolarização da população negra e na visão sobre as questões raciais no Brasil foram contundentes. Foi exposta também a preocupação com o caráter etnocêntrico e sexista dos currículos escolares (NERIS, Natália. A voz e a palavra do movimento negro na Constituinte de 1988. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2018, p. 208).

Os movimentos sociais articularam-se para que a educação em direitos humanos sob a perspectiva antirracista fosse constitucionalizada, haja vista a importância para a dignidade das pessoas negras. O protagonismo dos movimentos sociais nos diversos avanços civilizatórios da sociedade brasileira é destacado pela professora Nilma Lino Gomes:

Os movimentos sociais são produtores e articuladores dos saberes construídos pelos grupos não hegemônicos e contra-hegemônicos da nossa sociedade. Atuam como pedagogos nas relações políticas e sociais. Muito do conhecimento emancipatório produzido pela sociologia, antropologia e educação no Brasil se deve ao papel educativo desempenhado por esses movimentos, que indagam o conhecimento científico, fazem emergir novas temáticas, questionam conceitos e dinamizam o conhecimento (O movimento negro educador. Editora Vozes. Edição do Kindle. p. 13).

Durante os trabalhos do poder constituinte, muitas personalidades, estudantes, especialistas apontaram a educação como caminho para enfrentamento das mazelas perpetuadas pela desigualdade racial. Um exemplo de muita eloquência foi Lélia Gonzalez:

[] não é com teorias e práticas pedagógicas que esquecem, que omitem a história da África e das populações negras e indígenas no nosso país; não é com isso que se vai construir uma nação [] Gostaria de chamar a atenção para um aspecto fundamental aqui, e que é

uma proposta essencial nossa, de movimento negro: dizer que a questão do negro no Brasil não é uma questão de Constituição, mas de educação – e que depois a cultura vem –, é desconhecer o que é cultura, em primeiro lugar; em segundo lugar, é ter uma visão muito atrasada, muito do senso comum a respeito do que seja a cultura. Desde as Constituições de 1934 e 1946 estão dizendo que todos somos iguais perante a lei. Nós queremos, sim, mecanismos de resgate que possam colocar o negro efetivamente numa situação de igualdade porque, até o presente momento, somos iguais perante a lei, mas quem somos nós? Somos as grandes populações dos presídios, da prostituição, da marginalização no mercado de trabalho. Nós queremos, sim, que a Constituição crie mecanismos que propiciem um efetivo “começar” em condições de igualdade da comunidade negra neste país (Discurso na Constituinte. *In*: _____. Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos. Organização Flávia Rios e Márcia Lima. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 252-258).

A educação é um caminho para o exercício da cidadania. No que diz respeito à promoção da igualdade racial, as conquistas nos espaços escolares e de construção das subjetividades dependem necessariamente de muitos enfrentamentos, lutas e construção de consensos, além de expresso amparo legislativo.

Dessa forma, o Ministério Público alinhado aos anseios da sociedade precisa atuar de forma estratégica, coordenada e interligada às contribuições e apontamentos daqueles engajados diariamente na transformação das desigualdades e injustiças raciais.

3 RACISMO, EPISTEMICÍDIO, DIREITO À EDUCAÇÃO E A LEI N. 10.639/2003

A questão racial no Brasil ainda está inserida em um contexto de muitas contradições. Assim, antes de tudo, cabe a colação a definição do complexo fenômeno que é o racismo, sob a perspectiva estrutural:

[...] o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção. O racismo é parte de um processo social que ocorre ‘pelas costas dos indivíduos e lhes parece legado pela tradição’. Nesse caso, além de medidas que coíbam o racismo individual e institucionalmente, torna-se imperativo refletir sobre mudanças profundas nas relações sociais, políticas

e econômicas (ALMEIDA, Sílvio Luiz. Racismo estrutural. Coleção Feminismos Plurais. São Paulo: Pólen, 2019, p. 46-50).

Associado ao racismo, como uma das facetas de exclusão, tem o epistemicídio, que implica a negação de conhecimento, saberes, processos culturais e modos de vida de pessoas negras. A maior ilustração disso se deu no forçoso processo de escravidão, em que as pessoas escravizadas eram obrigadas a cultivar as divindades dos senhores de engenho.

Na lição de Boaventura de Sousa Santos, “ao constituir-se como monocultura (como a soja), destrói outros conhecimentos, produz o que chamo “epistemicídio”: a morte de conhecimentos alternativos” (Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 29). Ademais, “não há justiça social global sem justiça cognitiva global, ou seja, sem justiça entre os conhecimentos. Portanto é preciso tentar uma maneira nova de relacionar conhecimentos” (Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 40).

Em sua tese de doutorado, Sueli Carneiro assevera:

[] o epistemicídio é, para além da anulação e desqualificação do conhecimento dos povos subjugados, um processo persistente de produção da indigência cultural: pela negação ao acesso a educação, sobretudo de qualidade; pela produção da inferiorização intelectual; pelos diferentes mecanismos de deslegitimação do negro como portador e produtor de conhecimento e de rebaixamento da capacidade cognitiva pela carência material e/ou pelo comprometimento da autoestima pelos processos de discriminação correntes no processo educativo. Isto porque não é possível desqualificar as formas de conhecimento dos povos dominados sem desqualificá-los também, individual e coletivamente, como sujeitos cognoscentes. E, ao fazê-lo, destitui-lhe a razão, a condição para alcançar o conhecimento “legítimo” ou legitimado. Por isso o epistemicídio fere de morte a racionalidade do subjugado ou a sequestra, mutila a capacidade de aprender etc.

Assim sendo, avulta de importância o direito constitucional à educação, que tem a seguinte conformação normativa constitucional:

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;

II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

II – progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII – atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

I – erradicação do analfabetismo;

II – universalização do atendimento escolar;

III – melhoria da qualidade do ensino;

IV – formação para o trabalho;

V – promoção humanística, científica e tecnológica do País.

VI – estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

Assim, minimamente, pode-se apontar que o direito à educação consiste numa prestação material e obrigatória por parte do Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), havendo obrigatoriedade no ingresso às formas de educação. Além disso, a oferta de educação deve

contribuir objetivamente com a formação da cidadania e possibilitar uma formação plural e abrangente.

Sobre a educação em si, a seguinte síntese perfectibiliza o valor constitucional:

Segundo Cláudia Werneck, se a escola não realizar o seu papel na inclusão da diferença, não haverá inclusão, porque a educação é essencial no acolhimento e reconhecimento do pluralismo. Ninguém quer ser incluído por liberdade, mas por direito e pelo fato de ser reconhecido como parte de todo. A educação é o instrumento mais eficaz de desenvolvimento humano, acontece por meio da compreensão de informações, do resgate da autoestima e da convivência com a pluralidade. Mas é na essência da nossa condição humana que atua a educação, pois ela é capaz de reorganizar nossas ideias e nossa compreensão do mundo, do todo e nosso papel nas relações sociais. Educar significa ajudar na construção do pensamento, ensinar a buscar o conhecimento e apreender como utilizá-lo. Educar tem de levar à percepção do outro e do espaço que se ocupa na sociedade. E no processo de perceber o outro conhecemos a nós mesmos, tornamo-nos mais generosos e sensíveis, mais abertos à compreensão das relações sociais e menos exigentes e intolerantes com aqueles que nos cercam (FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. *Direito à educação inclusiva: uma análise contemporânea em favor da diversidade e da cidadania plural*. In: *Direito à diversidade, cidadania e direitos humanos*. Coordenação Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomão Leite. São Paulo: Atlas, 2015, p. 150).

A importância do direito à educação foi, com acuidade, abordada pelo Ministro Luiz Edson Fachin no julgamento no Recurso Extraordinário n. 888815 / RS:

Ademais, o direito à educação, como já se indicou, depende da atuação legislativa do Estado. A Constituição expressamente outorga ao legislador a difícil tarefa de harmonizar os princípios do ensino, conforme consta do disposto no art. 206, da CRFB. Compete ao legislador, ainda, definir os padrões mínimos de ensino, os quais, nos termos do art. 29 da Convenção de Direitos da Criança, necessariamente devem estar orientados no sentido de: a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial; b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas; c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país

de origem, e aos das civilizações diferentes da sua; d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena; e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente. Como se observa da leitura desses princípios, os objetivos do ensino estendem-se para além das avaliações formais. A escola não se destina apenas à reprodução mecânica de conteúdos, mas também à própria integração social. A escola é, com efeito, uma das primeiras experiências de vida em sociedade e a ela não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver [...]

Do exposto, o direito à educação e a educação devem ser contextualizadas. Como adverte o ex-Ministro Eros Grau do Supremo Tribunal Federal: “não se interpreta a Constituição em tiras”. Assim, necessariamente, a oferta de ensino deve ser inclusiva, plural, democrática e multicultural.

Sobre o tema, Bell Hooks, ao enfrentar o desafio do ensino nos Estados Unidos da América, especialmente em decorrência de um racismo segregacionista, e a diversidade no processo de educação:

O multiculturalismo obriga os educadores a reconhecer as estreitas fronteiras que moldaram o modo como o conhecimento é partilhado na sala de aula. Obriga todo nós a reconhecer nossa cumplicidade na aceitação e permutação de todos os tipos de parcialidade e preconceito. Os alunos estão ansiosos para derrubar os obstáculos ao saber. Estão dispostos a se render ao maravilhamento de apreender e reaprender novas maneiras de conhecer que vão contra a corrente. Quando nós, como educadores, deixamos que a nossa pedagogia seja radicalmente transformada pelo reconhecimento da multiculturalidade do mundo, podemos dar aos alunos a educação que eles desejam e merecem. Podemos ensinar de um jeito que transforma a consciência, criando um clima de livre expressão que é a essência de uma educação em artes liberais verdadeiramente libertadora (Ensinando a transgredir: a educação para a liberdade. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2017, p. 63).

Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 (cotas raciais no ensino superior), o Ministro Ricardo Enrique Lewandoski do Supremo Tribunal Federal consignou em seu voto:

Para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma percepção

depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjugados, a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas [] É preciso, portanto, construir um espaço público aberto à inclusão do outro, do *outsider* social. Um espaço que contemple a alteridade. E a universidade é o espaço ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais com relação ao outro e, por conseguinte, para a construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea, aliás, consentânea com o mundo globalizado em que vivemos.

Com brilhantismo arrematou em seu voto no citado julgamento, o Ministro Luiz Edson Fachin:

Todos têm o direito de conviver com as diferenças. Tornamos mais humanos assim. A capacidade de surpreender-se com, na e pela alteridade, muito mais do que mera manifestação de empatia, constitui elemento essencial para um desarmado – e verdadeiro – debate democrático

Portanto, o processo de educação deve levar em consideração a importância das diversas matrizes étnicas que formaram o povo brasileiro, dando ênfase, também, à participação negra. O contrário implica, no que já se apontou, epistemicídio. E, nesse contexto, adveio a Lei n. 10.639.2003.

4 A LEI N. 10.639/2003 E A SUA CRISE DE EFETIVIDADE

A Lei n. 10.639/2003 tem singular representatividade. Por meio dela, houve obrigatoriedade, não obstante se tratasse de consectário lógico do processo de formação educacional, o dever do ensino da História e Cultura Afro-Brasileira. O longo trâmite legislativo, mesmo após profundos debates durante os trabalhos constituintes, demonstram o tortuoso caminho para o pleno exercício da cidadania dos grupos racializados pela sociedade brasileira.

Com efeito, observada a nossa formação étnico e cultural, necessariamente, o sistema educacional deve compor e trazer a visão daqueles que não foram colonizadores, não estiveram ocupando o poder político, econômico, cultural, literário e social. É decorrência lógica do princípio da igualdade, postulado do regime democrático, segundo as lições do professor Adilson José Moreira:

A igualdade ocupa um papel fundamental na arquitetura do constitucionalismo moderno. Sua proteção e promoção tem relevância central na lógica do funcionamento das democracias constitucionais, regimes políticos que têm como um de seus principais objetivos criar condições necessárias para que todas

as pessoas tenham tratamento igualitário perante as normas jurídicas (Tratado de Direito Antidiscriminatório. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 49).

A formação de um pensamento crítico, conformador de cidadania e emancipador pressupõe que os alunos tenham informações, à totalidade ou à possibilidade de tê-lo, referente à diversidade étnica que se formou no Brasil.

Ilustrativamente, e, sem a pretensão de encerrar um juízo de valor sobre os exemplos, o ensino da História e Cultura Afro-Brasileira pode possibilitar a formação da compreensão de que autores negros, como Machado de Assis, sofreram um processo de branqueamento; ou as razões da criminalização de práticas religiosas desenvolvidas em terreiros ou a tipificação da capoeira; a visão marginal, até então, atribuída à música oriundo dos morros (samba).

Sobre o tema, Djamila Ribeiro tem o seguinte pensamento:

[...] o aparelho educacional tem se constituído, de forma quase absoluta, para os racialmente inferiorizados, como fonte de múltiplos processos de aniquilamento da capacidade cognitiva e da confiança intelectual. É fenômeno que ocorre pelo rebaixamento da autoestima que o racismo e a discriminação provocam no cotidiano escolar; pela negação aos negros da condição de sujeitos de conhecimento, por meio da desvalorização, negação ou ocultamento das contribuições do continente africano e da diáspora africana ao patrimônio cultural da humanidade (Pequeno Manual Antirracista. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 62).

Convém destacar que o trâmite legislativo da Lei n. 10.639/2003 foi iniciado na Câmara dos Deputados, por meio do Projeto de Lei n. 259, de 11 de março de 1999:

Art. 1º Nos estabelecimentos de ensino de 1º e 2º graus, oficiais e particulares, torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira.

§1º O conteúdo programático a que se refere o “caput” deste artigo incluirá o estudo da História da África e dos africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil.

§2º Os conteúdos referentes à História e Cultura Afro-Brasileira serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de Educação Artística e de Literatura e História Brasileiras.

§3º As disciplinas História do Brasil e Educação Artística, no ensino de 2º grau, deverão dedicar, pelo menos, 10% de seu conteúdo programático anual ou semestral à temática referida nesta lei.

Art. 2º Os cursos de capacitação para professores deverão contar com a participação de entidades do movimento afro-brasileiro, das universidades e de outras instituições de pesquisa pertinentes à matéria.

Art. 3º O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como “Dia Nacional da Consciência Negra”.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Em um trecho da justificativa, destaca-se:

A educação é um dos principais instrumentos de garantia do direito de cidadania. Por isso torna-se imprescindível que o Estado assuma o compromisso político de reconstrução dos currículos escolares, adequando-se à realidade étnica brasileira para responder aos anseios dos diferentes segmentos da população. O que se vê, porém, é que o sistema oficial de ensino, cada vez mais, apresenta-se como um dos principais veículos de sustentação do racismo, distorcendo o passado cultural e histórico do povo negro [...] A discriminacional racial nas escolas públicas manifesta-se no momento em que os agentes pedagógicos não reconhecem o direito à diferença e acabam mutilando a particularidade cultural de um importante segmento da população brasileira que é discriminado nas salas de aula, nos locais de trabalho e na rua, não apenas por aquilo que é dito, mas, acima de tudo, pelo que é silenciado.

Durante as deliberações na Câmara dos Deputados, foram apresentadas emenda supressiva – contra a cláusula genérica de revogação (artigo 5º) – e emendas de redação – adequação das expressões ensino de 1º e 2º graus para ensino fundamental e médio (artigo 1º), as quais foram adotadas.

O texto foi aprovado, em revisão, pelo Senado (Projeto de Lei n. 17/2002) e encaminhado à Presidência da República que sancionou com vetos, posteriormente mantidos. Os vetos afastaram a previsão do percentual mínimo conteúdo programático anual ou semestral voltado à temática História e Cultura Afro-Brasileira (no patamar de 10%), por supostamente não considerar as peculiaridades regionais e locais, e sobre a capacitação, visto que resultaria no rompimento da unidade de conteúdo da Lei n. 9.394, 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), que não estabelece tal disciplina em outros temas.

Diante desse cenário, as lutas que culminaram na aprovação da Lei n. 10.639/2003 são consideradas um marco, nada obstante “o avanço na implantação dessa lei vem dependendo dos mesmos atores de sempre, do esforço dos movimentos sociais e das organizações da sociedade civil” (CARNEIRO, Sueli. Escritos de uma vida. Belo Horizonte: Letramento, 2018, 226).

O professor Renato Nogueira defende o significado da mudança legislativa:

A leitura do movimento negro e de vários especialistas em educação das relações étnico-raciais é de que o marco simbólico e político da Lei 10.639/03 não deve ser perdido [...] o uso da Lei 10.639/03 é interpretado como um registro político que identifica nesse inciso marco legal, um divisor histórico e político que nasceu de uma agenda do movimento negro [...] (O ensino de filosofia e a Lei 10.639. 1. ed. Rio de Janeiro: Pallas, 2014, p. 17-18).

No mesmo sentido, Sueli Carneiro afirma que “trata-se de um marco na educação brasileira, porque introduz uma forma de valorizar a participação dos afro-brasileiros na história do país, e de resgatar os valores culturais africanos” (Sexismo e Desigualdade no Brasil. São Paulo: Selo Negro, 2011, p. 23).

Posteriormente, o processo de reconhecimento da diversidade brasileira incorreu também na aprovação da Lei n. 11.645/2008, que tornou obrigatórias a história e a cultura indígena no currículo escolar.

As razões legislativas apresentadas foram justamente para corrigir a lacuna sobre a importância dos povos originários (Projeto de Lei 433/2003 – Câmara dos Deputados e Projeto de Lei da Câmara 109/2005 – Senado Federal).

Da análise comparativa observa-se o seguinte:

Lei 10.639/2003	Lei 11.645/2008
Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira.	Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.
§1º O conteúdo programático a que se refere o caput deste artigo incluirá o estudo da História da África e dos Africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil.	§ 1º O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil.

<p>§2º Os conteúdos referentes à História e Cultura Afro-Brasileira serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de Educação Artística e de Literatura e História Brasileiras.</p>	<p>§2º Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras. (NR)</p>
<p>§3º (VETADO)” “Art. 79-A. (VETADO)” “Art. 79-B. O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como ‘Dia Nacional da Consciência Negra’. Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.</p>	<p><i>Sem norma correspondente</i></p>

Essas normas trazem, em si, coletivamente, posturas antirracista, antidiscriminatória, inclusiva, plural e concretizadora da diversidade. A sua aplicação é garantia da promoção à igualdade racial, que tem assento no texto constitucional, enquanto direito fundamental difuso.

No entanto, passados mais de dezoito e treze anos (Lei n. 10.639/2003 e Lei n. 11.645/2008, respectivamente), o que se nota, pela experiência, que carecem de efetividade essas disposições, quando, não raro, há uma aplicação desvirtuada. Por exemplo, há informações coletados no cotidiano do Ministério Público, quando da aplicação da norma, de práticas de *black face*.

Além disso, diversos materiais didáticos utilizados por professores e alunos desvalorizam a importância do negro e do indígena na formação da sociedade brasileira e, por vezes, contribuem para esteriótipos como: negro seria ladrão, o corpo negro voltado à lascívia ou que o indígena seria preguiçoso.

Nesse contexto, no cumprimento das normas antidiscriminatórias, avulta a importância do Ministério Público.

5 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CUMPRIMENTO DA LEI N. 10.639/2003

O Ministério Público, com a Constituição da República, tomou nova feição. Por determinação constitucional, tutela os direitos difusos. Defende o regime democrático, os interesses sociais e a ordem jurídica. Além disso, zela pelos serviços de relevância pública. Coletivamente, promove os direitos das populações indígenas (artigos 127 e 129 da Constituição da República).

Paulo José Sepúlveda Pertence, ex-Ministro do Supremo Tribunal e ex-Procurador-Geral da República, sobre a nova feição do Ministério Público na Constituição de 1988, durante o julgamento do Mandado de Segurança n. 21239, assentou o seguinte:

O que se tem, pois, efetivamente, no ordenamento fundamental em vigor, é um tratamento constitucional do Ministério Público

de riqueza inédita, em termos de abrangência e densidade normativa, no Brasil e alhures, seja sob o prisma da organização e da autonomia e independência da instituição em relação aos Poderes do Estado, seja sob o estatuto básico das garantias e das atribuições de seus órgãos de atuação. [] O que se tem na Constituição é um esboço do Ministério Público. Esboço, repita-se, de extensão e densidade normativa e pretensões sistemáticas inéditas. Mas, é um esquema: não um código, um contexto de regulação completa da instituição.

Nesse contexto, o Ministério Público é órgão constitucional mais vocacionado à promoção da igualdade racial, e, também, por meio do direito à educação, que é difuso. Assim, enquanto agente responsável pelo cumprimento da Constituição da República, o Ministério Público conta com instrumentos que permitem a fiscalização e a aplicação da Lei n. 10.639/2003 (com a redação imposta pela Lei n. 11.645/2008).

Nesse quadrante, a atividade do Ministério Público perpassaria, exemplificadamente, por:

a) exigir constante capacidade dos professores e da equipe pedagógica a lidar com temas complexos, que envolvam a diversidade, o multiculturalismo e a inclusão;

b) análise, sem censura e respeitada a liberdade de expressão do pensamento – limitados os discursos de ódio –, do material didático que é ofertado pelo Poder Público;

c) exigir prestações materiais como a aquisição de material didático que possibilitem a abordagem das temáticas;

d) verificar a existência de um calendário escolar mínimo, com rotinas, que prevejam a aplicação das Leis n. 10.639/2003 e 11.645/2008.

A matéria pode ser tratada por meio de inquérito civil público (artigo 129, inciso III, da Constituição da República e artigo 8º, §1º, da Lei de Ação Civil Pública), quando destinada à investigação sobre violação da regra ou a existência de prática discriminatória em sua aplicação. Também, por meio de procedimento administrativo, que tenha por objeto acompanhar e a orientar a aplicação da política de Estado. Nesse contexto, avulta de importância os mecanismos extrajudiciais de atuação como: a) reuniões; b) recomendações administrativas; c) palestras; d) compromissos de ajustamento de conduta.

5.1 A EXPERIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

É importante enfatizar que o Ministério Público do Estado do Paraná tem registrado discussões e ações, com o objetivo de assegurar o cumprimento das normas antirracistas e antidiscriminatórias no âmbito educacional. Essa

atuação é de grande relevância para o cumprimento do seu papel constitucional e democrático.

Nesse contexto, cumpre mencionar as experiências práticas realizadas no Ministério Público do Estado do Paraná.

5.1.1 A experiência do Centro de Apoio das Promotorias de Justiça de Direitos Humanos – Núcleo da Promoção à Igualdade Racial

Com o objetivo de dar cumprimento às Leis n. 10.639/2003 e 11.645/2008, o Ministério Público do Estado do Paraná, por meio do Centro de Apoio de Direitos Humanos – Núcleo de Promoção da Igualdade Étnico-Racial, propôs iniciativa inovadora.

Inicialmente, foi elaborado um questionário, que, posteriormente, foi remetido a todas as escolas, que aderiram à plataforma. Houve adesão de oito mil escolas, o que corresponde a 80% dos estabelecimentos de ensino do Estado do Paraná.

Na sequência, a equipe técnica do Centro de Apoio, com o auxílio da Universidade Federal do Paraná, avaliou as informações prestadas, a fim de concluir quais as instituições estavam dando aplicação àqueles diplomas legais. A plataforma, assim, mapeou quase à totalidade do Estado do Paraná e possibilita que o(a) Promotor(a) de Justiça intervenham nas situações de indicado descumprimento. Segundo as palavras do Procurador de Justiça Olympio de Sá Sotto Maior Neto, o que possui destaque nacionalmente pela defesa dos direitos humanos:

O projeto se apresenta inovador por ser desenvolvido via plataforma digital e principalmente por sua abrangência, uma vez que conseguiu alcançar escolas públicas e privadas em todos os âmbitos, auxiliando os promotores de Justiça na fiscalização do cumprimento da legislação [] A partir do que foi levantado, além de sabermos quem cumpre ou quem não cumpre a legislação, tivemos como nos aproximar da realidade de cada escola, especialmente no sentido de restar avaliada a qualidade das aulas para a promoção da educação antirracista. Detectamos ainda problemas que dizem respeito a um racismo enraizado, estrutural, sistemático e opressor, na medida em que alguns profissionais de educação, pensando em dar cumprimento às leis em foco, estão, na verdade, reproduzindo estereótipos racistas, promovendo discriminações e preconceitos.

5.1.2 A experiência do Município de Jaguapitã

No Município de Jaguapitã algumas ações educacionais merecem destaque, especialmente no que diz respeito ao acolhimento e incentivo do corpo discente.

Por exemplo, no ano de 2019, a Escola Estadual Doutor Waldemiro Pedroso promoveu no dia 26 de novembro um evento com palestra (A resistência negra no Brasil e no Paraná: o samba enredo canta Zumbi do quilombo dos Palmares) e lançamento de livro (Ensino de história, estudo culturais e sambas-enredo: a história da África e Cultura Afro-brasileira), ambos de autoria da professora Doutora em Educação Ana Lúcia da Silva, finalizado com desfile de moda afro-brasileira, idealizado pelos próprios alunos e alunas.

A ação educacional abordou de modo interdisciplinar as contribuições que são tanto silenciadas e ainda elevou a autoestima de alunos e alunas que não se compreendiam representados no espaço escolar. Durante a atividade, foi possível sentir a emoção e o orgulho de todos que participaram do projeto e da execução pedagógica, além dos familiares.

Outra intervenção exitosa da mesma instituição de ensino adveio do plano pedagógico individual, construído para uma aluna negra em situação de evasão escolar, que passou por atendimentos específicos, inclusive com a presença do seu núcleo familiar, e valorização da sua autoestima.

Ao final foi presenteada com livro *Sulwe*, um conto para crianças negras, da autora Lupita Nyong'ó.

Em suma, são duas intervenções escolares, alinhadas às normas antidiscriminatórias e antirracistas, que prestigiaram a diversidade brasileira, promoveram a transformação social e alcançaram resultados bastante positivos, os quais devem ser replicados em outros planejamentos pedagógicos.

CONCLUSÃO

A mudança de entendimento de toda a sociedade sobre a constituição da sociedade brasileira depende do estudo sobre todos os eventos históricos e culturais que foram determinantes para o Estado Brasileiro. Nesse contexto, o espaço escolar é um dos locais mais importantes para a nova perspectiva civilizatória, como construção da cidadania que propicia o acolhimento da diversidade como valor fundante de uma nação de múltiplas origens.

Logo, se a diversidade e a inclusão estão inseridas como valores fundamentais na Constituição de 1988, o epistemicídio, como um dos aspectos mais cruéis do racismo, não deve continuar a reproduzir silenciamentos, que justificam tantas outras violências contra os grupos prejudicados pela desigualdade e injustiça racial.

O Supremo Tribunal Federal nos julgamentos ora mencionados e em tantos outros, especialmente o hoje homenageado Ministro Edson Fachin, relacionou a importância dos direitos fundamentais à educação e à igualdade racial, quando se trata do fortalecimento do Estado Democrático de Direito, com ampla participação de todos e todas.

Dessa maneira, a reflexão sobre a efetividade das normas antirracistas e antidiscriminatórias, como as Leis n. 10.639/2003 e 11.645/2008, está em um dos campos de atuação mais importantes do Ministério Público, conforme as diretrizes constitucionais. Tal compreensão inclusive é objeto de um guia de atuação ministerial do Conselho Nacional do Ministério Público (O Ministério Público e a igualdade étnico-racial na educação: contribuições para a implementação da LDB alterada pela Lei 10.639/2003).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Sílvio Luiz. Racismo estrutural. Coleção Feminismos Plurais. São Paulo: Pólen, 2019;
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2020;
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 259, de 11 de março de 1999. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15223>. Acesso em: 22 ago. 2021;
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 433, de 19 de março de 2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=107240> Acesso em: 22 ago. 2021;
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. O Ministério Público e a Igualdade Étnico-Racial na Educação – Contribuições para a implementação da LDB alterada pela Lei 10.639/2003. Brasília: 2015, 1. ed. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/LIVRO_Guia_Ministerial_Igualdade_racial_WEB.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021;
- BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2021;
- BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 22 fev. 2021;
- BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 22 ago. 2021;
- BRASIL. Lei n. 10.639, de 9 de janeiro de 2003. Altera a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.639.htm. Acesso em: 22 ago. 2021;
- BRASIL. Lei n. 11.645, de 10 de março de 2008. Altera a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei n. 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11645.htm. Acesso em: 22 ago. 2021;
- BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara n. 17, de 05 de abril de 2002. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/49833>. Acesso em: 22 ago. 2021;
- BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara n. 109, de 28 de outubro de 2005. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/75737>. Acesso em: 22 ago. 2021;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Publicado em 20/10/2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 22 ago. 2021;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MS 21239 / DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Publicado em 23/04/1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur154238/false>. Acesso em: 22 fev. 2021;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 888815 / RS. Relator Ministro Roberto Barroso. Redator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Publicado em 21/03/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur400233/false>. Acesso em: 22 ago. 2021;

CARNEIRO, Sueli. A construção do outro como não-ser como fundamento do ser. Feusp, 2005. (Tese de doutorado);

CARNEIRO, Sueli. Racismo, Sexismo e Desigualdade no Brasil. São Paulo: Selo Negro, 2011;

CARNEIRO, Sueli. Escritos de uma vida. Belo Horizonte: Letramento, 2018;

FACHIN, Luiz Edson. Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. In: Diálogos Sobre Direito Civil. Organização Carmem Lúcia Silveira Ramos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Direito à educação inclusiva: uma análise contemporânea em favor da diversidade e da cidadania plural. In: _____. Direito à diversidade, cidadania e direitos humanos. Coordenação Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomão Leite. São Paulo: Atlas, 2015;

GOMES, Nilma Lino. O movimento negro educador. Editora Vozes. Edição do Kindle;

GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos. Organização Flávia Rios e Márcia Lima. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020;

HOOKS, Bell. Ensinando a transgredir: a educação para a liberdade. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2017;

MOREIRA, Adilson. Tratado de Direito Antidiscriminatório. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020;

NERIS, Natália. A voz e a palavra do movimento negro na Constituinte de 1988. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2018;

NEVES, Marcelo. Direitos humanos: inclusão ou reconhecimento? In: _____. Direito à diversidade, cidadania e direitos humanos. Coordenação Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomão Leite. São Paulo: Atlas, 2015;

RIBEIRO, Djamila. Pequeno manual antirracista. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019;

SANTOS, Boaventura de Sousa. Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social. São Paulo: Boitempo, 2007;

SILVA, Ana Lúcia da. Ensino de História da África e cultura afro-brasileira: estudos culturais e sambas-enredo. 1. ed. Curitiba: Appris, 2019;

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO JURÍDICA: POR UMA INSERÇÃO DO ENSINO DO DIREITO (E DOS DIREITOS) NAS ESCOLAS

Alberto Luiz Hanemann Bastos⁴⁶³, Erick Kiyoshi Nakamura⁴⁶⁴

INTRODUÇÃO

A vida social e praticamente todos os eventos que a constituem estão impregnados de Direito, porquanto as normas jurídicas espalhadas em Códigos, estatutos e leis semeiam fatos que despontam da convivência comunitária. Amiúde, se se reunir alguns dispositivos esparsos na legislação pátria, seria plenamente possível compor uma espécie de “biografia” de inúmeros cidadãos e cidadãs brasileiras.⁴⁶⁵ Apesar da linguagem técnica e abstrata, os diplomas legais veiculam narrativas de pessoas *reais* que, por exemplo, contratam (Lei nº 10.406/2002 – Código Civil), consomem (Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor), formam união estável (Lei nº 9.278/96), litigam em juízo (Lei nº 13.105/2015 – Código de Processo Civil), arranjam um emprego (Decreto-Lei nº 5.45/1943 – Consolidação das Leis do Trabalho) e se aposentam (Lei nº 8.213/1991 – Lei de Benefícios da Previdência Social), perfazendo interações com o universo jurídico durante cada um desses atos.

Apesar disso, na maior parte das vezes, essas interações não possuem caráter consciente ou informado, eis que, especialmente no contexto brasileiro, disseminou-se um imaginário no qual as questões ligadas à aplicação e à interpretação do Direito supostamente pertenceriam ao crivo exclusivo dos juristas e das juristas, situando-se fora da alçada dos demais indivíduos.⁴⁶⁶

⁴⁶³ Mestrando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Pós-graduando em Processo Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Advogado. Editor Acadêmico da Revista Antinomias. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9865382482535945>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3091-093X>. alberto. E-mails: bastos.1997@gmail.com. alberto.bastos.1997@gmail.com.

⁴⁶⁴ Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com bolsa CAPES/PROEX. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Pós-Graduando em Direito Constitucional pela ABDCnst. Pesquisador do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná. Editor-executivo da Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Editor Acadêmico da Revista Antinomias. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7540441626645527>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8985-7267>. E-mail: erick.k.nakamura@gmail.com.

⁴⁶⁵ O excerto foi inspirado na doutrina de Luiz Edson Fachin, que concebe as disposições do Código Civil Brasileiro como uma “biografia do sujeito de direito”. Embora a expressão, em seu contexto originário, tivesse o intuito de criticar o hermetismo das codificações, ela denota a indissociável conexão do Direito com a vida social. Para maiores informações: FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85.

⁴⁶⁶ Para uma análise crítica desse contexto, vale conferir: WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral*

Há muito, os profissionais da seara jurídica se defrontam com um abismo que os separa dos demais segmentos da sociedade, o que redundará na criação de uma cultura hermética, excessivamente formalista e afastada da comunidade. É o que bem diagnostica Luiz Edson Fachin, ao refletir sobre o ensino jurídico brasileiro:

Na superficialidade, os bacharéis de então se dedicam a um verdadeiro “torneio de mandarins” em torno da redação de uma lei, [...] pouco importando realmente o conteúdo, dando valor ornamental à inteligência, ao talento como prenda, numa erudição desinteressada e descomprometida.

Por isso, mesmo, o projeto da formação jurídica nasce impregnado do caráter instrumental da alienação.⁴⁶⁷

Nada obstante, se o Direito e a vida social estão naturalmente imbricados, é imprescindível que *qualquer indivíduo* detenha os aportes necessários para manejar os diversos institutos jurídicos que permeiam a sua vivência comunitária. Para mencionar novamente as precisas lições de Luiz Edson Fachin, “a consciência histórica do jurista põe em cena o liame entre a consciência e a *práxis*, para começar a desvendar o seu espaço real na construção da sociedade”.⁴⁶⁸

A existência de incentivos, por meio de políticas públicas educacionais, para que as gerações futuras possam ter consciência de seus deveres, direitos e garantias se mostra imprescindível à cidadania. Reivindica-se e transforma-se, afinal, apenas o que se conhece. Daí que a educação jurídica desponta como um projeto indispensável à concretização da cidadania, seja em seu plexo público, seja em seu plexo privado.

Com base nessas premissas, o presente artigo discute de que maneira as ferramentas subjacentes ao universo jurídico, comumente monopolizadas por aqueles inseridos nas arcadas das faculdades de Direito, podem ser acessadas pela população mediante a inserção do ensino jurídico nas escolas de ensino básico.

Para tanto, discorre-se sobre como o sistema brasileiro se aproxima da configuração que Mirjan R. Damaska cunhou como de ideal *hierárquico*, em contraponto ao ideal de *coordenação*, no qual o discurso jurídico permanece a cargo apenas de uma comunidade estrita. Configuração esta que afasta da população a possibilidade de se tornar consciente do conjunto de prescrições que a rege, de forma a qualificá-la para reivindicar a concretização dessas no mundo real e, também, para buscar transformar as normas vigentes de acordo com os anseios externados no tecido social.

Na sequência, é apresentada, na esteira das teorizações de Jack M. Balkin e Sanford Levinson, a necessidade de uma educação jurídica para que

ao direito: epistemologia jurídica da modernidade. Tradução: José Luiz Bolzan. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, v. 2, p. 57-99.

⁴⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades do ensino e da pesquisa jurídica: repensando paradigmas. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, v. 1, n. 1, p. 25-34, jan., 2013, p. 29.

⁴⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades do ensino e da pesquisa jurídica: repensando paradigmas. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, v. 1, n. 1, p. 25-34, jan., 2013, p. 29.

todo e qualquer indivíduo possa usufruir de uma formação focalizada em direitos humanos, participar de maneira qualificada da tomada de decisões públicas, reivindicar direitos na esfera privada e, ainda, conclamar por alterações no sistema jurídico-normativo, respeitadas as limitações constitucionais.

São, por fim, tratadas as apostas para a inserção do ensino jurídico nas escolas brasileiras, para que este instrumental possa ir para além da órbita das faculdades de Direito, de forma a alcançar a um número maior de indivíduos, numa importante universalização à sociedade.

1 A COMUNIDADE E O DIREITO: UMA INTERAÇÃO HIERÁRQUICA

Consoante as conhecidas teorizações de Niklas Luhmann, a sociedade é composta por múltiplos *sistemas* que, apesar de travarem interações mútuas, são dotados de elementos, conceitos e mecanismos próprios. Assim, na visão do sociólogo, o Direito se trata de um sistema cujas atuações são governadas por critérios distintos e autônomos em relação aos demais sistemas sociais que o rodeiam.⁴⁶⁹ O Direito, assim, consubstancia um *lôcus* relativamente autônomo da sociedade, que se relaciona com o seu entorno a partir de processos comunicativos complexos.⁴⁷⁰

Partindo dessa proposta, urge questionar: de que maneiras o sistema do Direito se posta diante da comunidade? E, como esse, na contemporaneidade, interage e interage com aqueles que são alvo de suas normas?

Em certa medida, algumas respostas podem ser localizadas nas meditações de Mirjan R. Damaska, teórico que se tornou célebre por notar as discrepâncias do modo como as pessoas da Europa continental e da Inglaterra se relacionavam com o Poder Judiciário e com as demais instituições burocráticas do Estado (*officialdom*).⁴⁷¹ O autor sugere que, a depender dos influxos de uma determinada realidade sociocultural, a interação da população com as instâncias judiciais pode assumir duas configurações distintas: pode se dar com base em um ideal *hierárquico* (*hierarchical ideal*) ou, alternativamente, pode ser coligida num ideal de *coordenação* (*coordinate ideal*).⁴⁷²

A identificação da prevalência do caráter *hierárquico* ou *coordenado* de um sistema judicial, segundo Damaska, pressupõe a análise de três principais

⁴⁶⁹ Para maiores informações, ver: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 167-181.

⁴⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 174-175.

⁴⁷¹ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986. E-book Kindle, posição 428-433.

⁴⁷² DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986. E-book Kindle, posição 423-428.

fatores, sendo eles (i) o grau de instrução dos agentes que compõem as instâncias decisórias, (ii) a (in)existência de subordinação na estrutura interna do sistema e (iii) os critérios utilizados para a elaboração das decisões judiciais.⁴⁷³

Os sistemas pautados por um modelo *hierárquico* costumam ser compostos por agentes que detêm formação técnica especializada e que, em razão disso, habitam-se a manipular conceitos formais, estranhos à maior parte do jurisdicionado. Ademais, os operadores dos modelos *hierárquicos* tendem a ser inseridos em esquemas burocráticos de subordinação, nos quais um órgão de cúpula detém autoridade para conformar as ações das instâncias que lhes são inferiores. Neles, ainda, a tomada de decisões costuma ser pautada em critérios técnicos (*technical standards*) instalados na lei ou na avaliação impessoal das consequências do julgamento coarctado.⁴⁷⁴

De outro lado, os sistemas norteados pelo ideal de *coordenação* são predominantemente compostos por agentes leigos, que são alçados ao ofício judicante sem necessariamente possuírem formação técnico-jurídica. Também, caracterizam-se por uma distribuição horizontal da autoridade, razão pela qual tendem a não estampar relações de subordinação entre as instâncias decisórias. E, em virtude da ausência de formação especializada dos agentes, as decisões tendem a ser tomadas com base em *standards* éticos e políticos plasmados no senso comum e numa visão de justiça equitativa, razão pela qual os julgamentos são avessos às soluções impessoais que contradigam regras consolidadas no seio da comunidade.⁴⁷⁵

Portanto, um sistema judicial grafado por uma interação *hierárquica* com a população tende a ser composto por agentes dotados de formação técnica especializada na área jurídica, relações de poder pautadas num forte grau de subordinação e em critérios decisórios embasados em disposições legais ou em ponderações impessoais das consequências oriundas do julgamento. Já um sistema judicial em que impera a interação *coordenada* da população com o Judiciário é caracterizado pela existência de agentes leigos que julgam casos conforme as diretrizes éticas e culturais comungadas pela comunidade.

Levando em consideração tais aportes, não há dúvidas de que o sistema brasileiro tende a se alinhar ao que Damaska alcinhou de ideal *hierárquico*.⁴⁷⁶ De fato, o poder judicante é acometido exclusivamente aos indivíduos que detêm

⁴⁷³ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986. E-book Kindle, posição 407.

⁴⁷⁴ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986. E-book Kindle, posição 453-552.

⁴⁷⁵ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986. E-book Kindle, posição 558-665.

⁴⁷⁶ A mesma conclusão é atingida por Gustavo Osna, no seguinte escrito: OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 77-85.

grau de bacharel em direito (art. 93, I, da Constituição); a estrutura judiciária é organizada por um rígido sistema de competências materiais, territoriais e por prerrogativa de função que, embora resguardem um significativo grau de independência aos magistrados e às magistradas, obrigam-lhes a seguir as ordens emanadas pelas instâncias superiores (artigos 102, 105, 108, 109, 114, 124 e 125 da Constituição); e as decisões devem ser tomadas em observância ao princípio da legalidade (artigos 5º, I, 37, *caput*, e 93, IX, da Constituição).

Todavia, embora também vislumbre algumas dificuldades no ideal *coordenado*, Damaska aponta que existe um grande inconveniente ao se perfilar um sistema *hierárquico*. É que, segundo o autor, a configuração do sistema *hierárquico* tende a estimular os seus operadores a criar uma cultura na qual “a sua prática é considerada uma província especial”, ou seja, “com o tempo, eles também desenvolvem um senso de identidade com os seus pares, de modo a traçar uma rígida linha entre sujeitos ‘internos’ e ‘externos’ à administração da justiça”.⁴⁷⁷ Dessa maneira, forma-se um imaginário governado pela lógica de que, “se a participação externa na tomada de decisões for imposta a tais funcionários, isso é visto, na melhor das hipóteses, como uma intromissão que merece ser contida e tornada inócua”.⁴⁷⁸

O discurso jurídico assume, então, uma conotação *segregacionista*. A comunidade jurídica, encastelada nos escritórios, instituições públicas, fóruns e faculdades de Direito, torna-se aquela que manipula conhecimentos inacessíveis ao saber ordinário, seja pela complexidade do raciocínio utilizado, seja pela dificuldade de comunicação com a linguagem por eles empregada – a utilização de termos técnicos, tais como preclusão e juízo *a quo*, é enigmática para leigos na área.⁴⁷⁹ Estes passam a ser vistos tão somente como objeto de tutela, sendo raras as iniciativas que possibilitam que se tornem conscientes do conjunto de deveres, direitos e garantias que os regem, de forma a possibilitar que, de forma madura, reivindiquem a concretização da ordem normativa no mundo real e, também, busquem transformar as normas vigentes de acordo com os anseios externados no tecido social.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986. E-book Kindle, posição 459-465.

⁴⁷⁸ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986. E-book Kindle, posição 459-465

⁴⁷⁹ Nesse sentido: OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 80-81.

⁴⁸⁰ Tom Donnelly descreve que predomina um “elitismo acadêmico” demasiadamente hermético no ambiente jurídico, que ignora os problemas que o cidadão enfrenta na “vida real” (“*on the ground*”). Sobre o tema: DONNELLY, Tom. A popular Approach to Popular Constitutionalism: The First Amendment, Civic Education and Constitutional Change. *Quinnipac Law Review*, v. 28, p. 321-382, 2009, p. 322-323.

Ao invés de visualizar o Direito como algo inerente à vivência cotidiana, a população relega inteiramente aos juristas e às juristas a manipulação do discurso legal, tornando-os autoridades praticamente inquestionáveis na solução de questões públicas e privadas que tangenciam alguma temática ligada ao universo jurídico, ainda que, ao fim e ao cabo, essas questões a afetem diretamente.

Em suma, a população deixa de perscrutar os aspectos jurídicos de sua vida cotidiana porque, de antemão, reputa-se incapaz de manejar os conceitos e institutos delineados nos diplomas legais. Resta, então, o saber jurídico monopolizado por alguns poucos indivíduos,⁴⁸¹ o que prejudica o diálogo dos profissionais do Direito com a comunidade, eis que “é difícil considerar como diálogo uma situação na qual as partes envolvidas não se consideram em posição de igualdade, mas na qual uma das partes – juízes e cortes – se coloca em posição de dominação”.⁴⁸²

Predomina, então, uma interação *hierarquizada* da cidadania com o sistema e a comunidade jurídica, de forma a entender o manuseio de regras e princípios jurídicos como um ofício que está fora de sua alçada e que somente pode ser executado por um corpo de autoridades que ditará o seu modo de agir.

2 EDUCAÇÃO JURÍDICA: UM PRESSUPOSTO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO ÂMBITO PÚBLICO E PRIVADO

Em texto bastante conhecido na doutrina estadunidense, Jack M. Balkin e Sanford Levinson apontam que não existe apenas uma única forma de se lecionar Direito Constitucional. Há, na realidade, múltiplas formas de se transmitir conhecimentos sobre a disciplina, porquanto os materiais e os métodos empregados pelo corpo docente devem assumir conotações distintas a depender do público com o qual a comunicação é estabelecida.⁴⁸³

Neste sentido, os autores distinguem três cânones de ensino do Direito Constitucional, dotados de conteúdos e enfoques distintos. O primeiro deles consiste naquilo que nomeiam de “cânone pedagógico” (*pedagogical canon*), que engloba o conjunto de informações que deve ser apreendido pelos indivíduos que pretendem atuar profissionalmente na seara jurídica, como juízes e juízas, advogados e advogadas, defensores e defensoras,

⁴⁸¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: epistemologia jurídica da modernidade*. Tradução: José Luiz Bolzan. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, v. 2, p. 76-89.

⁴⁸² GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 207.

⁴⁸³ BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. The canons of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. 111, p. 964-1.022, 1998, p. 976.

promotores e promotoras. O segundo enfoque de ensino, por sua vez, é o “cânone teórico-acadêmico” (*academic theory canon*), que concerne ao plexo de informações e conceitos que um indivíduo deve dominar para se tornar pesquisador, pesquisadora, professor ou professora da área jurídica. E, por fim, o terceiro enfoque de ensino se trata ao “cânone de alfabetização cultural” (*cultural literacy canon*), cujo conteúdo envolve os conhecimentos que devem ser adquiridos pelo cidadão que pretende participar de discussões sérias a respeito da Constituição e das leis.⁴⁸⁴

Embora possam coincidir em alguns pontos, as informações e habilidades transmitidas em cada um desses cânones são diversas. O conteúdo estudado por um indivíduo que pretende se tornar um advogado ou um professor de uma faculdade de Direito certamente não será idêntico àquele que será manuseado por um cidadão que tenciona apenas se informar sobre o funcionamento das leis.⁴⁸⁵ Para um indivíduo que almeja lecionar nas cátedras, por exemplo, as múltiplas teorias sobre o significado da jurisdição engendradas por Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei constituem um aporte assaz relevante para os seus propósitos como docente.⁴⁸⁶ No entanto, para quem apenas pretende ter ciência das diligências a serem efetuadas para a instauração de uma ação judicial, esses léxicos ostentam menor pertinência.

Nada obstante, na vastidão do universo jurídico, existem alguns conceitos-chave e categorias “cuja amplitude cobre todo o território científico sobre o qual dito sistema repousa”,⁴⁸⁷ de modo que a sua compreensão viabiliza o entendimento dos diversos fenômenos que despontam no cotidiano forense. A diferença entre texto e norma, o conceito de fato jurídico e as características da subsunção dos fatos à hipótese de incidência de um dispositivo legal certamente são aportes cognitivos que auxiliam os indivíduos a compreender a dinâmica de qualquer fenômeno jurídico. Como bem destacam Balkin e Levinson, ao fazer alusão ao direito estadunidense:

A “linguagem jurídica” (*law-talk*) que advogados, juízes, políticos e cidadãos empregam ao discutir a Constituição é estruturada em um conjunto repetido de *topoi* retóricos (tópicos de argumentação), como texto, estrutura, intenções, consequências, justiça natural, dentre outros. Esses *topoi* fornecem a base comum através da qual

⁴⁸⁴ BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. The canons of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. 111, p. 964-1.022, 1998, p. 975.

⁴⁸⁵ BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. The canons of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. 111, p. 964-1.022, 1998, p. 980.

⁴⁸⁶ Conforme explica: CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no processo civil: uma visão crítica*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴⁸⁷ VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mvndi, 2003, v. 1, p. 10.

os americanos falam e raciocinam sobre a Constituição. Uma grande parte do aprendizado jurídico consiste em adquirir a habilidade de memorizar, reconhecer e dominar esses *topoi*.⁴⁸⁸

Portanto, a compreensão dos *topoi* do raciocínio jurídico é o cerne daquilo que esses autores entendem por “cânone de alfabetização cultural” (*cultural literacy canon*), eis que se trata do conjunto de informações que a cidadania deve apreender para participar de discussões de cariz jurídico. Semelhantemente ao que ocorre no processo da alfabetização linguística, em que o indivíduo adquire as habilidades básicas para associar símbolos gráficos a letras e conjunções de sílabas a palavras,⁴⁸⁹ o aprendizado jurídico também contempla a aquisição de algumas habilidades que viabilizem a compreensão holística de seu funcionamento. Trata-se, ao fim, de uma espécie de “alfabetização jurídica”.

Essa educação jurídica possui, antes de mais nada, uma inquestionável relevância cívica, na medida em que molda uma cultura de respeito aos valores constitucionais e à democracia.⁴⁹⁰ Neste sentido, Flávia Piovesan e Melina Girardi Fachin apontam que a educação em direitos humanos – inegável pilar e lente do Direito contemporâneo – consiste em:

[...] uma poderosa política pública que contribui com a inclusão dos tradicionalmente marginalizados que, historicamente, são discriminadas e vítimas de preconceito, somando, assim, com outras políticas que visam combater essas violações aos direitos humanos.⁴⁹¹

E, de mais a mais, o domínio dos conceitos básicos da seara jurídica é pressuposto indispensável para que a cidadania possa ser exercida, sobretudo para reivindicar direitos no âmbito privado e no âmbito público e, igualmente, para conclamar por mudanças que entendem necessárias, respeitadas as limitações constitucionais.

Basta cogitar que, sem o domínio de algumas noções jurídicas elementares, a participação da população em audiências públicas resta gravemente comprometida. Os debates em torno da possibilidade, ou não, de elaboração de uma lei estadual sobre questões sanitárias, da destinação do

⁴⁸⁸ BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. The canons of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. 111, p. 964-1.022, 1998, p. 985.

⁴⁸⁹ MIRANDA, Maria Irene. Epistemologia genética, alfabetização e letramento. *Educação e filosofia*, v. 22, n. 44, p. 141-158, jul./dez., 2008, p. 147-148.

⁴⁹⁰ DONNELLY, Tom. A popular Approach to Popular Constitutionalism: The First Amendment, Civic Education and Constitutional Change. *Quinnipac Law Review*, v. 28, p. 321-382, 2009, p. 327.

⁴⁹¹ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. Educação em Direitos Humanos no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 19, n. 117, p. 20-38, fev./maio 2017, p. 35.

orçamento público e de inúmeros outros temas que costumam figurar na pauta dessas audiências deixam de contar com a aderência da população porque o repertório necessário para o entendimento desses temas não consta em sua formação ordinária. É improvável, por exemplo, que quem não esteja munido do instrumental jurídico conheça as nuances dos artigos 22 e 24 da Constituição e que saiba qual o conteúdo de um Plano Plurianual (PPA), de uma Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) ou de uma Lei Orçamentária Anual (LOA).⁴⁹²

Certamente, a falta de engajamento da população em grande parte dos debates travados na arena pública é agudizada pela falta de conhecimento jurídico, pois, conforme ressalta Priscila Rainato Zhouri, no contexto brasileiro não há uma efetiva preocupação de “formação da consciência cívica da população de forma a possibilitar a compreensão da sociedade em que vive e de possibilitar o seu posicionamento crítico dentro dela”, mantendo “agentes incapazes de efetivamente exercerem sua cidadania, cidadãos privados, politicamente desconectados, sem qualquer compreensão do texto constitucional e possibilidade de exigir a implementação de seus direitos”.⁴⁹³

Outrossim, o *déficit* de “educação jurídica” também implica atribuições para que os indivíduos usufruam de uma série de prerrogativas no âmbito privado. Tomem-se, como exemplo, pessoas com deficiência que deixam de requerer isenção do Imposto de Renda por desconhecerem as especificidades da legislação tributária ou indivíduos que deixam de requerer aposentadoria em momento oportuno porque sequer têm ciência de que já preencheram os requisitos subjacentes à jubilação.⁴⁹⁴ Do mesmo modo, a falta de conhecimento jurídico obnubila a percepção que cidadãos e cidadãs possuem a respeito do seu feixe de deveres, direitos e garantias, o que, não raro, acarretam-lhe significativos prejuízos materiais e existenciais – basta pensar no litigante hipossuficiente que, por não dominar as informações necessárias para mensurar os interesses em disputa, anui com uma proposta de acordo judicial inferior à real extensão de seu direito,⁴⁹⁵ ou no indivíduo que deixa de se insurgir contra uma obrigação

⁴⁹² Para uma análise empírica das dificuldades externadas pelos cidadãos para acompanhar as discussões técnicas travadas durante a elaboração do PPA, LDO e da LOA do estado do Rio Grande do Sul: PRUX, Paula Raymundo; BALSAN, Laércio André; MOURA, Gilnei Luiz de. *Transparência e participação popular nas audiências públicas de elaboração e discussão do PPA, LDO e LOA. Contribuciones a las Ciencias Sociales*, nov., 2012. Disponível em: https://www.eumed.net/rev/cccss/22/elaboracion_discusion_ppa_ldo_loa.html. Acesso em: 07 ago. 2021.

⁴⁹³ ZHOURI, Priscila Rainato. *Déficit democrático e crise da representatividade: a educação cívica enquanto catalisados da participação popular. Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 75-94, jan./jun., 2016, p. 84-85.

⁴⁹⁴ Sobre o último ponto, vale conferir: MATOS, Maristela Araujo de. *Educação previdenciária como exercício de cidadania*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 84-90.

⁴⁹⁵ FISS, Owen. *Against settlement. The Yale Law Journal*, v. 93, n. 6, p. 1.073-1.090, maio,

eminentemente desproporcional porque não tem ciência da possibilidade de questionar a lesividade do contrato por meio de ação judicial.⁴⁹⁶

Há uma manifesta tendência do Poder Judiciário de reconhecer o direito à educação como pressuposto da cidadania. O Supremo Tribunal Federal, conforme análise de Elisângela Alves da Silva Scaff e Isabela Rahal de Rezende Pinto das decisões proferidas entre 2003-2012, tem declarado o direito à educação como direito público subjetivo, de forma a consigná-lo como um “direito fundamental social, imediatamente exigível do Estado (em sentido amplo) mediante via judicial”.⁴⁹⁷

Decerto, o exercício consciente da cidadania prescinde do conhecimento milimétrico de todos os detalhes do ordenamento jurídico, inclusive porque, se um cidadão perpassar por atribuições jurídicas ao longo de sua vida, buscará o auxílio de um profissional do Direito capacitado para tanto. Contudo, não há dúvidas de que o conhecimento de algumas noções jurídicas básicas e de relevância prática são bastante importantes para a sua vida pessoal e comunitária.

Por exemplo, se um jurisdicionado souber qual o significado que está por detrás de uma *citação* e os efeitos decorrentes da sua *revelia* em um processo judicial, certamente haverá uma atuação mais consciente dos indivíduos no ambiente forense. Do mesmo modo, o contato com os caros valores da democracia, da República e do Estado de Direito, conscientizará a respeito da importância dos valores democráticos, da lisura do processo eleitoral, *quicá* em auxílio a coibir a prática de ilicitudes como a “boca de urna” e a “venda de votos”.⁴⁹⁸ Ainda, a introdução dos cidadãos aos mecanismos do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, da Constituição), da Lei da Iniciativa Popular (art. 61, § 2º, da Constituição) e da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) promove de maneira incontestada a cidadania, na medida em que torna a população consciente sobre os limites e as possibilidades de reivindicarem os seus direitos perante as diversas esferas do Estado.⁴⁹⁹

1984, p. 1.076.

⁴⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 23.

⁴⁹⁷ SCAFF, Elisângela Alves da Silva; PINTO, Isabela Rahal de Rezende. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à educação. *Revista Brasileira de Educação*, v. 21, n. 65, p. 431-454, abr./jun. 2016, p. 441.

⁴⁹⁸ Temática semelhante foi abordada em: SILVA, Marcelo Xavier da. Educação eleitoral como medida de incentivo ao controle social para a garantia da legitimidade e normalidade das eleições no Brasil. In: ZUIN, Aparecida Luzia Alzira (Org.). *Mídia, política e direitos humanos*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019, p. 111-124.

⁴⁹⁹ Para uma abordagem do modo como o conhecimento dos múltiplos remédios de reivindicação de direitos influenciou (e influencia) o exercício da cidadania no direito estadunidense: FISHER, Louis. The canons of constitutional law: teaching with a political-historical framework. *Constitutional Commentary*, v. 17, p. 275-284, 2000, p. 279.

Em suma, o domínio da educação jurídica é um quesito indispensável para que todo e qualquer indivíduo possa usufruir de uma formação focalizada em Direitos Humanos, participar de maneira qualificada da tomada de decisões públicas, reivindicar direitos na esfera privada e, ainda, conclamar por alterações no sistema jurídico-normativo, respeitadas as limitações constitucionais. Portanto, está-se a tratar de um efetivo direito fundamental, que, inclusive, constitui-se pressuposto para o exercício de uma série de outros direitos fundamentais ligados à cidadania.

3 ALGUMAS APOSTAS DE INSERÇÃO DO ENSINO JURÍDICO NAS ESCOLAS

Ao se levar em consideração a importância dos processos de educação jurídica, uma incógnita remanesce: como incuti-lo na sociedade brasileira a um número maior de indivíduos, de modo a extrapolar a órbita das faculdades de Direito, numa importante universalização à sociedade?

Apesar do rico manancial de propostas que poderiam ser trazidas a lume, anui-se com a assertiva de Rainato Zhouri de que uma das formas mais efetivas de engajar as pessoas nesses tipos de debate “é por meio da educação cívica promovida desde a mais tenra idade, de forma a desenvolver uma consciência crítica dos cidadãos.”⁵⁰⁰

A “aposta”⁵⁰¹ ora enunciada, portanto, diz respeito à inserção do ensino de conceitos básicos do universo jurídico na grade curricular da educação básica – ou seja, no ensino fundamental e no ensino médio (art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.394/1996). O mote da proposta é o de que, dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos, as crianças e adolescentes perpassem por um paulatino processo de aprendizado, focalizado em direitos humanos, acerca de noções jurídicas que viabilizem a sua participação em debates públicos e, também, proporcionem uma condução consciente de sua vida privada nos aspectos que tangenciam a legislação.

O primeiro alicerce dessa proposição se calca na constatação empírica de que a inserção da educação cívica na idade escolar promove o “conhecimento dos alunos sobre o governo e a política, aumenta o interesse dos estudantes por esses assuntos e leva a um maior envolvimento deles

⁵⁰⁰ ZHOURI, Priscila Rainato. Déficit democrático e crise da representatividade: a educação cívica enquanto catalisados da participação popular. *Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 75-94, jan./jun., 2016, p. 83.

⁵⁰¹ Utiliza-se a expressão “apostas” com a mesma conotação dada pela doutrina de Juliana Pondé Fonseca: “A referência a ‘apostas’ não é aleatória. Se a pesquisa se ocupa das potencialidades do real, se está voltada à factibilidade, se deseja respeitar a complexidade do contexto em que pretende atuar pode-se, no máximo, apostar em algumas proposições” (FONSECA, Juliana Pondé. *O (des)controle do estado no judiciário brasileiro: direito e política em processo*. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 146).

na comunidade e na política”.⁵⁰² Isso significa que a introdução da educação jurídica no período escolar, desde que necessariamente orientada a partir da ótica dos Direitos Humanos, ou seja, “orientada à mudança estrutural e ao compromisso com a salvaguarda da dignidade humana e com a prevenção do sofrimento humano”,⁵⁰³ influenciaria o modo como a juventude se posta perante as instituições públicas e, ao fim, perante o próprio Direito.

Em interessante estudo, Tom Donnelly demonstra empiricamente a importância da educação cívica para a formação de jovens estudantes. Ao realizar uma análise dos principais manuais de educação cívica utilizados no ensino público estadunidense, o autor constatou que a maioria das obras utilizadas para a formação do corpo discente da última década veicularam uma narrativa favorável à tese de que as Cortes são a principal autoridade responsável pela definição do significado da Constituição, visão que, para ele, reflete com exatidão o sentimento de deferência aos Tribunais comungado por parcela significativa da geração que se submeteu à disciplina de educação cívica nas escolas.⁵⁰⁴ Diante disso, conclui que “a escolaridade molda de maneira importante o conhecimento cívico fundamental – conhecimento sobre a estrutura governamental, os valores que animam o nosso sistema político e os cânones de nossa tradição política”.⁵⁰⁵

Transladando as reflexões de Donnelly para o contexto brasileiro, nota-se que a inexistência de disciplinas especialmente voltadas para o ensino do Direito na grade curricular da educação básica reforça a postura de aversão, afastamento e apatia da população em relação às discussões jurídicas travadas na vida pública e na vida privada. Se a apresentação de narrativas favoráveis a um suposto ativismo da Suprema Corte influenciou o modo como os estudantes e as estudantes conduziram a sua vida cívica no contexto estadunidense, é razoável assumir que a ausência de transmissão de valores constitucionais salutarés no contexto escolar brasileiro explica a visão compartilhada pela comunidade de que o manuseio de questões jurídicas está fora do escopo dos cidadãos e cidadãs, pertencendo ao crivo exclusivo dos indivíduos formados nas Faculdades de Direito. Por isso, “escolhas curriculares e instrucionais importam”.⁵⁰⁶

Assim, introduzir conhecimentos jurídicos nas escolas de educação básica, a partir de uma leitura humanista, terá o potencial de diminuir o

⁵⁰² DONNELLY, Tom. Popular constitutionalism, civic education, and the stories we tell our children. *The Yale Law Journal*, v. 118, p. 951-1.001, 2009, p. 967.

⁵⁰³ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. Educação em Direitos Humanos no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 19, n. 117, p. 20-38, fev./maio 2017, p. 33.

⁵⁰⁴ DONNELLY, Tom. Popular constitutionalism, civic education, and the stories we tell our children. *The Yale Law Journal*, v. 118, p. 951-1.001, 2009, p. 974-984.

⁵⁰⁵ DONNELLY, Tom. Popular constitutionalism, civic education, and the stories we tell our children. *The Yale Law Journal*, v. 118, p. 951-1.001, 2009, p. 968.

⁵⁰⁶ DONNELLY, Tom. Popular constitutionalism, civic education, and the stories we tell our children. *The Yale Law Journal*, v. 118, p. 951-1.001, 2009, p. 967.

abismo que separa a comunidade jurídica da população em geral, mitigando o ideal *hierárquico* que caracteriza o sistema brasileiro.

Além disso, o estímulo à educação jurídica neste específico período do desenvolvimento intelectual também possui um fundamento psicopedagógico. Ocorre que o aprimoramento da inteligência humana se trata de um processo *adaptativo*, sobretudo porque a mente desenvolve os seus esquemas de compreensão da realidade a partir dos estímulos que lhe são oferecidos.⁵⁰⁷ Daí se extrai a conhecida lição de que os estímulos mentais recebidos por um indivíduo durante a infância e a adolescência facilitam a aplicação de conceitos mais complexos na fase adulta.

Consoante os clássicos estudos de Jean Piaget, o processo educacional percorre quatro principais estágios, sendo eles (i) o estágio sensório-motor, predominante nos dois primeiros anos de vida; (ii) o estágio pré-operatório, que se passa aproximadamente dos dois aos sete anos de idade; (iii) o estágio das operações concretas, que se dá dos sete aos onze anos de idade; e (iv) o estágio operatório formal, que exsurge por volta dos onze aos doze anos.⁵⁰⁸ A par das nuances de cada um desses estágios, a constatação mais notória da teoria piagetiana é a de que, em razão de o desenvolvimento da capacidade cognitiva ocorrer por meio de saltos sucessivos, “as competências que vão sendo adquiridas pelo sujeito ao longo de sua vida pressupõem outras que lhes são anteriores”.⁵⁰⁹

Logo, estimular o indivíduo, desde a infância, a lidar com conceitos relevantes para as suas futuras interações com o Direito poderá viabilizar o tratamento de discussões complexas no futuro, tendo em vista que as habilidades cognitivas necessárias para a consecução do raciocínio jurídico já estarão semeadas em seu intelecto – de modo muito similar com o que ocorre nos processos de “alfabetização linguística”.⁵¹⁰ Em um de seus escritos mais conhecidos, Piaget descreve que a apresentação de problemas matemáticos práticos a crianças facilita o manejo das ferramentas necessárias para a resolução de problemas abstratos no futuro, como aqueles ligados à álgebra.⁵¹¹

⁵⁰⁷ PIAGET, Jean. *Psicología de la inteligencia*. Tradução: Juan Carlos Foix. Buenos Aires: Editorial Psique, 1972, p. 19-21.

⁵⁰⁸ A descrição pormenorizada das habilidades intelectivas adquiridas em cada um desses estágios extrapola os escopos do presente estudo, porém uma abordagem bastante didática do tema pode ser encontrada no seguinte escrito: PÁDUA, Gelson Luiz Daldegan de. A epistemologia genética de Jean Piaget. *Revista FCEVV*, n. 2, p. 22-35, 2009, p. 27-33.

⁵⁰⁹ PÁDUA, Gelson Luiz Daldegan de. A epistemologia genética de Jean Piaget. *Revista FCEVV*, n. 2, p. 22-35, 2009, p. 27.

⁵¹⁰ MIRANDA, Maria Irene. Epistemologia genética, alfabetização e letramento. *Educação e filosofia*, v. 22, n. 44, p. 141-158, jul./dez., 2008, p. 146-155.

⁵¹¹ PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* Tradução: Ivette Braga. 3. ed. Rio de Janeiro: José

Nesse sentido, a inserção gradativa de noções jurídicas no cotidiano da educação básica se trata de um mecanismo bastante efetivo para que as futuras gerações empreendam, de maneira consciente e deliberada, um processo de educação jurídica.

Nada obstante, o método a ser utilizado na educação básica certamente não é o mesmo que aqueles utilizados para a formação de alunos nas faculdades de Direito. Isso porque, até atingir a adolescência, os discentes e as discentes tendem a não demonstrar intimidade com o processamento de dados abstratos, mormente porque as habilidades intelectuais necessárias para a consecução de raciocínios hipotético-dedutivos se encontram em estágio de desenvolvimento.⁵¹² Até aproximadamente onze anos de idade, o ser humano tende a não manejar eficazmente conceitos abstratos, uma vez que, antes desse marco, a sua inteligência está mais apegada à manipulação de conhecimentos representados em algum suporte concreto – crianças, por exemplo, tendem a associar problemas matemáticos de soma e subtração à manipulação de objetos concretos, ao passo que adolescentes e adultos conseguem desempenhar tais operações valendo-se exclusivamente de ilações hipotético-dedutivas.⁵¹³

Por isso, os métodos de inserção no Direito na educação básica não podem se descurar das peculiaridades do desenvolvimento intelectual de seu público-alvo, motivo pelo qual é preciso se cogitar medidas criativas para se abrandar as abstrações e complexidades do raciocínio jurídico.

Um primeiro aporte que poderia se mostrar bastante útil para a inserção do Direito na educação básica se trata da utilização de imagens e esquemas gráficos para *representar* a dinâmica do raciocínio jurídico e, conseqüentemente, *facilitar* a compreensão de alguns temas complexos dessa seara. O jurista John H. Larsen, em estudo acadêmico responsável por analisar de que modo a utilização de imagens pode auxiliar a construção de decisões judiciais, indica que *fluxogramas, diagramas de Venn e gráficos* têm sido utilizados para “levantar o véu de mistério que envolve o raciocínio jurídico, tornando-o mais transparente e, a longo prazo, aumentando a confiança do público nas decisões legais como sendo justas e razoáveis”.⁵¹⁴ O autor sugere, por exemplo, que os *diagramas de Venn* sejam utilizados para explicar se dois diplomas legais tratam (ou não) do mesmo assunto, sobretudo em debates complexos envolvendo bitributação ou dupla punibilidade de uma mesma conduta.⁵¹⁵

Olympio Editora, 1975, p. 64-70.

⁵¹² PÁDUA, Gelson Luiz Daldegan de. A epistemologia genética de Jean Piaget. *Revista FCEVV*, n. 2, p. 22-35, 2009, p. 31.

⁵¹³ RAMOZZI-CHIAROTTINO, Zélia. Piaget segundo seus próprios fundamentos. Tradução: Alessandra Sapoznik *et al.* *Psicologia USP*, São Paulo, v. 21, n. 1, p. 11-30, jan./mar., 2010, p. 25.

⁵¹⁴ LARSEN, John H. *How to Use Images to Draw Conclusions in Legal Reasoning*. Thesis (Master of Judicial Studies) – University of Nevada, Reno, 2018, p. 76.

⁵¹⁵ LARSEN, John H. *How to Use Images to Draw Conclusions in Legal Reasoning*. Thesis (Master

Numa dinâmica semelhante, esses mesmos aportes poderiam ser utilizados para viabilizar a compreensão de intrincados temas do Direito aos estudantes da educação básica. Tornando ao exemplo de Larsen, nota-se que o *diagrama de Venn* se trata de uma estrutura gráfica muito útil para lecionar, de maneira didática, a temática das competências dos entes federados, delineadas nos artigos 21 a 24 da Constituição. Basta imaginar que as competências da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal poderiam ser representadas por quatro círculos, cujas regiões de interseção representam as competências comuns e concorrentes (por exemplo, proteger o meio ambiente e legislar sobre direito econômico) e de não-interseção as competências privativas de cada um deles (por exemplo, no caso da União, assegurar a defesa nacional e legislar sobre desapropriação).

Além disso, esquemas gráficos também podem ser utilizados para auxiliar os alunos da educação básica a compreenderem as etapas que compõem um processo judicial. Neste particular, pode-se cogitar o uso de fluxogramas que, além de auxiliar a memorização de cada uma das fases do procedimento comum do Código de Processo Civil, ilustra a sequencialidade que envolve a construção de uma decisão judicial.⁵¹⁶ O fluxograma ajuda a demonstrar que o processo judicial não se trata de uma mera imposição da autoridade do magistrado, mas sim de um exercício de poder legitimado pelo cumprimento de uma série de diretrizes formais ligadas à cláusula do devido processo legal, a exemplo do *contraditório*, da *ampla defesa* e do *direito à prova*.

Outra medida que poderia viabilizar a inserção do Direito na educação básica se trata do uso das *narrativas (storytelling)* como método de ensino. A doutrina reconhece, há muito, que o ato de contar histórias – sejam elas ficcionais ou verídicas – potencializa o engajamento do interlocutor no processo de aprendizado, eis que, por poder projetar a si próprio nas personagens da narrativa, o corpo discente adquire uma maior capacidade de apreender e memorizar os temas de fundo que permeiam a estória. Em razão de a maior parte do conhecimento humano ser construído a partir de narrativas,⁵¹⁷ a rememoração de institutos jurídicos se torna mais fácil quando o seu aprendizado é associado a algum tipo de história.

Ruth Anne Robbins, por exemplo, sugere que o plexo de situações que emerge de um processo judicial pode ser ludicamente representado pelas interações estabelecidas entre personagens de uma estória de ficção

of Judicial Studies) – University of Nevada, Reno, 2018, p. 32-36.

⁵¹⁶ SILVA, Fernanda Claudia Araujo da; ARAUJO, Rita de Cassia; FONTENELE, Arnoldo Pinheiro. O ensino do processo civil brasileiro nos cursos de direito: uma sistematização do processo por fluxogramas como mecanismo de aprendizagem. In: LEITE, Carlinda; ZABALZA, Miguel (Coords.). *Ensino Superior: Inovação e qualidade na docência*. Porto: Centro de Investigação e Intervenção Educativas, 2012, p. 8.473-8.480.

⁵¹⁷ Tal dinâmica é explicada pelos estudos da psicologia, como pode ser visualizado em: RICOEUR, Paul. Entre tempo e narrativa: concordância/discordância. Tradução: João Batista Bottom. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 53, n. 125, p. 299-310, jun., 2012, p. 308.

(por exemplo, heróis, mentores, coadjuvantes), facilitando a compreensão do papel exercido por cada um dos sujeitos do processo, como o autor, o réu, o magistrado e os auxiliares do juízo.⁵¹⁸ Perfilhando perspectiva similar, Daniel A. Farber e Suzanna Sherry afirmam que as narrativas da ficção são um meio bastante útil para transmitir as angústias suportadas por grupos vulneráveis e, assim, ressaltar a importância de resguardar os seus direitos e garantias fundamentais⁵¹⁹ – de fato, o emprego desse tipo de ensino pode ser útil para demonstrar, por exemplo, a relevância das políticas de Assistência Social discriminadas no artigo 203 da Constituição, bem como de proteção da mulher no mercado de trabalho, incutidas no artigo 7º, XX, da Constituição.

Note-se que temas complexos como a Assistência Social e o processo judicial podem ter a sua compreensão facilitada na dinâmica das narrativas. E, dessa forma, como bem destaca Ruth Anne Robbins, “nós usamos as narrativas para entender o que seria inicialmente abstrato”.⁵²⁰

Por fim, embora não possam estabelecer um contato direto com a prática postulatória ou judicante – tal como ocorre nos estágios acadêmicos e nos núcleos de prática jurídica nas faculdades de Direito –, a simulação de algumas situações práticas pode ser benéfica para que os estudantes da educação básica compreendam a dinâmica das interações que os cidadãos estabelecem com o mundo jurídico. Nesse sentido, uma alternativa viável seria a simulação de audiências de instrução e julgamento, júris e audiências públicas em torno de casos fictícios para que seja adquirida consciência de como os conceitos abstratos do Direito galgam concretude prática.⁵²¹

Trata-se de experiência semelhante àquela que Jerome Frank alcunhou de “Ensino Clínico do Direito”: do mesmo modo que a clínica médica demonstra ao estudante como o conhecimento teórico adquirido na faculdade se aplica ao tratamento de doenças *reais*, a clínica jurídica serviria para apresentar aos juristas como os conceitos abstratos aprendidos durante as aulas de Direito seriam manipulados no cotidiano forense.⁵²² A utilização dessa mesma

⁵¹⁸ ROBBINS, Ruth Anne. Harry Potter, Ruby Slippers and Merlin: telling the client’s story using the characters and paradigm of the archetypal hero’s journey. *Seattle University Law Review*, v. 29, p. 767-803, 2006, p. 774

⁵¹⁹ FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. Telling stories out of school: an essay on legal narratives. *Stanford Law Review*, v. 45, p. 807-855, abr., 1993, p. 819-830.

⁵²⁰ ROBBINS, Ruth Anne. Harry Potter, Ruby Slippers and Merlin: telling the client’s story using the characters and paradigm of the archetypal hero’s journey. *Seattle University Law Review*, v. 29, p. 767-803, 2006, p. 774.

⁵²¹ No âmbito da educação básica, já é possível encontrar algumas experiências bem-sucedidas de realização de júris simulados. A título exemplificativo: MARTINS, Silva Neumann; DIESEL, Aline; DIESEL, Daniela. O júri simulado como estratégia de ensino nas aulas de língua portuguesa e de educação física no ensino fundamental: um relato de experiências. *Revista Educação, Cultura e Sociedade*, Sinop, v. 5, n. 2, p. 182-196, jul./dez., 2015.

⁵²² FRANK, Jerome. A plea for lawyer-schools. *The Yale Law Journal*, v. 56, n. 8, p. 1.303-1.344,

metódica nas escolas de educação básica também seria útil para apresentar a dinâmica da prática jurídica, sobretudo para indicar de que modo a cidadania pode intervir em atos solenes do cotidiano forense.

CONCLUSÕES

No Estado de Direito Contemporâneo, o Direito implica necessariamente o reconhecimento de direitos fundamentais e humanos. Estes, enquanto justificados na noção de dignidade da pessoa humana, implicam o reconhecimento de um feixe complexo de obrigações, seja no plexo público, seja no plexo privado.

Às pessoas a Constituição de 1988, enquanto norma fundante do Estado, conferiu direitos, deveres e garantias, os quais são regulados por legislações infraconstitucionais. O sistema brasileiro, enquanto sistema *hierárquico*, tende a relegar à comunidade jurídica o papel de criação discursiva do conhecimento jurídico, que, enquanto corpo hermético dotado de autoridade, é incapaz de dialogar com a população sobre as normas que diretamente a afetam.

Neste sentido, a possibilidade de conferir às gerações futuras uma espécie de educação jurídica se apresenta como relevante, na medida em que molda uma cultura de respeito aos valores constitucionais e à democracia. Molda, portanto, a possibilidade de se ter uma educação focalizada em direitos humanos, em valorização do conhecimento e do respeito a esses direitos, cerne da Constituição.

Mas não só. O domínio das ferramentas jurídicas básicas pode permitir aos cidadãos e cidadãs que participem de maneira qualificada da tomada de decisões públicas, reivindiquem direitos na esfera privada e, ainda, conclamem por alterações no sistema jurídico-normativo, respeitadas as limitações constitucionais.

Frente a isso, faz-se necessário que na grade curricular da educação básica, compreendida no ensino fundamental e no ensino médio (art. 4º, I, da Lei nº 9.394/1996), seja inserido o ensino de conceitos básicos do universo jurídico, focalizado em direitos humanos, acerca de noções jurídicas que viabilizem a sua participação em debates públicos e, também, proporcionem uma condução consciente de sua vida privada nos aspectos que tangenciam a legislação.

A vida, enquanto um conjunto de fenômenos complexos, não foge à complexidade das regulações normativas constitucionais e legais. Entretanto, enquanto objeto de disputas interpretativas, não podem essas se reduzirem às argumentações da comunidade jurídica. À cidadania, afetada pelo Direito, deve se colocar a possibilidade de conhecer, de reivindicar e de transformar o próprio Direito.

REFERÊNCIAS

- BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. The canons of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. 111, p. 964-1.022, 1998.
- CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no processo civil: uma visão crítica*. Curitiba: Juruá, 2008.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986. E-book Kindle.
- DONNELLY, Tom. A popular Approach to Popular Constitutionalism: The First Amendment, Civic Education and Constitutional Change. *Quinnipac Law Review*, v. 28, p. 321-382, 2009.
- DONNELLY, Tom. Popular constitutionalism, civic education, and the stories we tell our children. *The Yale Law Journal*, v. 118, p. 951-1.001, 2009.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades do ensino e da pesquisa jurídica: repensando paradigmas. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, v. 1, n. 1, p. 25-34, jan., 2013.
- FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. Telling stories out of school: an essay on legal narratives. *Stanford Law Review*, v. 45, p. 807-855, abr., 1993.
- FISHER, Louis. The canons of constitutional law: teaching with a political-historical framework. *Constitutional Comentary*, v. 17, p. 275-284, 2000.
- FISS, Owen. Against settlement. *The Yale Law Journal*, v. 93, n. 6, p. 1.073-1.090, maio, 1984.
- FONSECA, Juliana Pondé. *O (des)controle do estado no judiciário brasileiro: direito e política em processo*. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.
- FRANK, Jerome. A plea for lawyer-schools. *The Yale Law Journal*, v. 56, n. 8, p. 1.303-1.344, set., 1947.
- GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- LARSEN, John H. *How to Use Images to Draw Conclusions in Legal Reasoning*. Thesis (Master of Judicial Studies) – University of Nevada, Reno, 2018.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MARTINS, Silva Neumann; DIESEL, Aline; DIESEL, Daniela. O júri simulado como estratégia de ensino nas aulas de língua portuguesa e de educação física no ensino fundamental: um relato de experiências. *Revista Educação, Cultura e Sociedade*, Sinop, v. 5, n. 2, p. 182-196, jul./dez., 2015.
- MATOS, Maristela Araujo de. *Educação previdenciária como exercício de cidadania*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.
- MIRANDA, Maria Irene. Epistemologia genética, alfabetização e letramento. *Educação e filosofia*, v. 22, n. 44, p. 141-158, jul./dez., 2008.
- OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- PÁDUA, Gelson Luiz Daldegan de. A epistemologia genética de Jean Piaget. *Revista FCEVV*, n. 2, p. 22-35, 2009.
- PIAGET, Jean. *Psicología de la inteligencia*. Tradução: Juan Carlos Foix. Buenos Aires: Editorial Psique, 1972.
- PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* Tradução: Ivette Braga. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1975.
- PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. *Educação em Direitos Humanos no Brasil: desafios e*

- perspectivas. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 19, n. 117, p. 20-38, fev./maio 2017.
- PRUX, Paula Raymundo; BALSAN, Laércio André; MOURA, Gilnei Luiz de. Transparência e participação popular nas audiências públicas de elaboração e discussão do PPA, LDO e LOA. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, nov., 2012. Disponível em: https://www.eumed.net/rev/cccss/22/elaboracion_discusion_ppa_ldo_loa.html. Acesso em: 07 ago. 2021.
- RAMOZZI-CHIAROTTINO, Zélia. Piaget segundo seus próprios fundamentos. Tradução: Alessandra Sapoznik *et al. Psicologia USP*, São Paulo, v. 21, n. 1, p. 11-30, jan./mar., 2010.
- ROBBINS, Ruth Anne. Harry Potter, Ruby Slippers and Merlin: telling the client's story using the characters and paradigm of the archetypal hero's journey. *Seattle University Law Review*, v. 29, p. 767-803, 2006.
- SCAFF, Elisângela Alves da Silva; PINTO, Isabela Rahal de Rezende. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à educação. *Revista Brasileira de Educação*, v. 21, n. 65, p. 431-454, abr./jun. 2016.
- SILVA, Marcelo Xavier da. Educação eleitoral como medida de incentivo ao controle social para a garantia da legitimidade e normalidade das eleições no Brasil. In: ZUIN, Aparecida Luzia Alzira (Org.). *Mídia, política e direitos humanos*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019, p. 111-124.
- SILVA, Fernanda Claudia Araujo da; ARAUJO, Rita de Cassia; FONTENELE, Arnaldo Pinheiro. O ensino do processo civil brasileiro nos cursos de direito: uma sistematização do processo por fluxogramas como mecanismo de aprendizagem. In: LEITE, Carlinda; ZABALZA, Miguel (Coords.). *Ensino Superior: Inovação e qualidade na docência*. Porto: Centro de Investigação e Intervenção Educativas, 2012, p. 8.473-8.480.
- VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mvndi, 2003, v. 1.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: epistemologia jurídica da modernidade*. Tradução: José Luiz Bolzan. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, v. 2.
- ZHOURI, Priscila Rainato. Déficit democrático e crise da representatividade: a educação cívica enquanto catalisados da participação popular. *Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 75-94, jan./jun., 2016.

REORGANIZAR À FORÇA? A LEI 14.112 E AS DISPOSIÇÕES DO ART. 69-J PERMITEM QUE UM EMPRESÁRIO OU SOCIEDADE EMPRESÁRIA SEJA INCLUÍDO NO POLO ATIVO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL CONTRA SUA VONTADE?

Francisco Satiro⁵²³, Irini Tsouroutsoglou⁵²⁴

O regime de tratamento da crise do empresário e da sociedade empresária no Brasil é previsto na Lei 11.101/2005 (LRE), com as alterações posteriores, em especial às decorrentes da Lei 14.112/2020. Para tanto, a LRE estabeleceu 3 regimes específicos: um de liquidação (a falência) e dois de reorganização (as recuperações judicial e extrajudicial). O legislador brasileiro poderia ter optado por diferentes estruturas legais: há países em que o ingresso no procedimento de insolvência se dá por uma porta única e é no seu desenvolver que se estabelece se é caso de liquidação ou reorganização; em outros, a iniciativa da reorganização compete também aos credores. Não cabe aqui analisar qual é melhor ou pior, ainda mais sob o ponto de vista absoluto (sem levar em consideração as contingências locais)⁵²⁵. O regime brasileiro, no entanto, é simples e objetivo. Há um procedimento para liquidação: o pedido de falência. Está estabelecido pela LRE nos artigos 94-98 (com legitimidade ativa dos credores, sucessores e herdeiros do devedor) e 105-107 (com legitimidade ativa do próprio devedor – a chamada autofalência, cujo caráter é declaratório). Mais uma vez, diferentemente do que ocorre em outros países, não há no Brasil a obrigatoriedade de que o devedor – ou sua administração – inicie um procedimento de autofalência em determinadas circunstâncias de dificuldade econômico-financeira. Ao contrário, salvo no caso previsto no art. 117, §1º, “b”⁵²⁶

⁵²³ Advogado, Parecerista, Professor de Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP. Bacharel e Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Membro da INSOL, TMA, IBR, ABI e Membro Titular do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional CRSFN (2011/2015). Participante Brasileiro do Workgroup da UNCINTRAL – Insolvência Transnacional.

⁵²⁴ Advogada, Administradora Judicial, Pós-graduação e MBA em Direito da Empresa, Membro da Comissão Especial de Juristas na elaboração do Novo Código Comercial, Projeto de Lei no Senado Federal n. 487/2013, Presidente no Conselho Empresarial de Competitividade e Ambiente de Negócios na Associação Comercial do Estado do Rio de Janeiro.

⁵²⁵ Westbrook, Jay Lawrence, ed. *A global view of business insolvency systems*. Martinus Nijhoff Publishers, WB. 2010; McCORMACK, Gerard, et al. “Study on a new approach to business failure and insolvency.” *Comparative legal analysis of the Member States*, 2016.

⁵²⁶ Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder: §1º São modalidades de exercício abusivo de poder: (...) b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

da Lei 6404/76 (Lei das SAs)⁵²⁷, a liquidação da sociedade é resultado do pleno exercício da discricionariedade da administração e dos sócios com poderes para tanto. Já a liquidação pode dar-se tanto judicialmente (por exemplo, por meio da falência, arts. 206, II, “c” da LSA, e art. 1.044, do Código Civil) como extrajudicialmente. O que se pretende afirmar com tudo isso é que, salvo nos casos expressamente previstos em lei e nos seus limites, o direito brasileiro respeita a discricionariedade do empresário ou dos sócios e administração da sociedade quanto à decisão de liquidação.

Também no caso de reorganização a discricionariedade do empresário e dos sócios e administradores da sociedade é imperativa. O art. 48 da LRE define como único legitimado ordinário para pedir recuperação judicial o próprio devedor, estendendo tal legitimação, em caráter extraordinário, apenas ao cônjuge sobrevivente do devedor, seus herdeiros ou inventariantes e ao sócio remanescente [§1]. Logo, a recuperação judicial é iniciativa exclusiva do devedor. A ele cabe decidir pela conveniência do ajuizamento do seu pedido⁵²⁸ e não há qualquer previsão de mecanismo que substitua sua discricionariedade⁵²⁹.

Trata-se, portanto, de ato voluntário e exclusivo do devedor, não podendo os credores ou qualquer interessado substituí-lo nessa manifestação de vontade, mesmo que tenham fortes argumentos para crer na possibilidade de soerguimento mediante uso das prerrogativas disponibilizadas pela LRE. A iniciativa dos credores se restringe ao pedido de falência e dentro desse procedimento, nos termos da nova redação dos art. 75 e 142 e seguintes da LRE, é possível que os credores organizem uma liquidação que preserve o valor da empresa em atividade.

Por outro lado, permite-se hoje o pedido de recuperação judicial em litisconsórcio. Mais de um empresário ou sociedade empresária do mesmo com atuação coordenada podem requerer conjuntamente a recuperação judicial. Não se trata de situação nova. Já no final da década de 2000, poucos anos após a entrada em vigor da LRE, viam-se grupos de sociedades ligadas por vínculos mais ou menos formais ajuizando conjuntamente seus pedidos de recuperação judicial. O processamento conjunto dos pedidos de recuperação judicial de várias empresas do mesmo grupo pode trazer vantagens em matéria de eficiência, custos, coerência de medidas e assimetria de informação. Ainda que nos primeiros anos de vigência da LRE o Judiciário possa ter mostrado alguma

⁵²⁷ Ainda assim na o abuso se dá tendo em vista o interesse de acionistas minoritários, não de terceiros ou credores.

⁵²⁸ Nesse sentido, primeira parte do art. 48 da LRE: “Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor...” e art. 5º, II da Constituição Federal: “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

⁵²⁹ Passaremos a falar somente de recuperação judicial, mas os argumentos são, na sua grande maioria, aplicáveis às recuperações extrajudiciais também.

resistência a esse tipo de pedido⁵³⁰, não demorou para que isso fosse superado⁵³¹. Surgiram assim as duas denominações que foram confirmadas pelo legislador da Lei 14.112: consolidação processual e consolidação substancial. Desde fevereiro, elas vêm detalhadamente especificadas nos artigos 69-G a 69-L da LRE.

A consolidação processual nada mais é do que o processamento conjunto de múltiplas recuperações autônomas. Apesar de organizada sob um único procedimento, cada devedor será considerado individualmente, mantendo preservada a segregação dos seus ativos e de suas dívidas, razão porque o destino de cada devedor é independente: cada um comprovará que cumpre os requisitos específicos para o pedido e apresentará seu plano de recuperação judicial, que será aprovado ou não em assembleia geral composta exclusivamente por seus credores originais. E cada devedor sofrerá as consequências da decisão dos seus credores: a aprovação do plano ou sua rejeição, com possibilidade de plano alternativo no prazo legal ou decretação de falência. Nada disso afeta os demais devedores integrantes do grupo em consolidação processual. De se notar que, mais uma vez, a porta de entrada dos empresários e das sociedades empresárias para o ambiente da recuperação judicial expressamente reconhecida como discricionária, submetida a ato de vontade de cada devedor. O art. 69-G explicitamente determina que *“Os devedores que atendam aos requisitos previstos nesta Lei e que integrem grupo sob controle societário comum **poderão** requerer recuperação judicial sob consolidação processual.”*

Na consolidação substancial, por seu turno, devedores em consolidação processual serão tratados como se fossem um só, com unificação dos bens e dívidas, o que justifica a apresentação de um “plano unitário” que será submetido a uma assembleia geral composta por todos os credores de

⁵³⁰ Agravo de instrumento. Recuperação judicial requerida em litisconsórcio por duas sociedades empresárias distintas, cada uma delas com sede social em comarcas diversas. Alegação de serem integrantes do mesmo grupo econômico. Decisão que determina a emenda da inicial em razão da inviabilidade do litisconsórcio ativo. Natureza contratual da recuperação judicial que impõe se facilite a presença dos credores na assembleia geral para examinar o plano da devedora. A distância entre os estabelecimentos principais das empresas requerentes causa dificuldades incontornáveis à participação dos credores, notadamente os trabalhadores, nos conclaves assembleares realizados em comarcas distinta. Princípio da preservação da empresa e da proteção aos trabalhadores, ambos de estatura constitucional que, se em conflito, elevem ser objeto de ponderação para a prevalência do mais importante. Tutela dos trabalhadores em razão da hipossuficiência. Manutenção da decisão que repeliu a possibilidade do litisconsórcio ativo no caso vertente, mantida a possibilidade da emenda da inicial para que cada uma das empresas requeira a medida recuperatória individualmente, observada a regra da competência absoluta do art. 3º, da LRF. Precedente da Câmara.” (TJSP. AI n. 0346981-05.2009.8.26.0000, Rel. Des. Pereira Calças, j. em 15.9.2009)

⁵³¹ SATIRO, Francisco, CERZETTI, Sheila C. Neder. A Silenciosa “consolidação” da consolidação substancial: resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais. In: Revista do Advogado, Ano 2016, pp.216-233

todos os devedores. O destino dos devedores em consolidação substancial é, portanto, comum. Com a Lei 14.112, além, da consolidação substancial voluntária, decidia pelos credores de cada um dos devedores em assembleias específicas, o art. 69-J estabeleceu uma nova hipótese de consolidação substancial determinada pelo juízo.

A partir de então questionou-se se, uma vez podendo o juiz determinar a consolidação substancial, e sendo essa medida supostamente no interesse da preservação da empresa, teria ele poder para determinar que uma certa sociedade do grupo integre o polo ativo da recuperação judicial a fim de viabilizar sua consolidação substancial com as demais e, por consequência, seu soergimento.

Para tanto é preciso analisar (i) se é possível incluir uma parte no polo ativo de uma demanda e (ii) se o art. 69-G tem força para mudar o princípio de que a recuperação judicial é uma prerrogativa exercida por um ato de vontade (não um dever ou obrigação do devedor passível de substituição pelo judiciário).

Quanto ao primeiro ponto, haveria de se entender que nesse caso o litisconsórcio entre os requerentes e a empresa que se pretende trazer ao processo é necessário. De acordo com art. 114 do Código de Processo Civil “*O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.*”. Ora, a LRE foi originalmente pensada para a solução da crise do empresário ou da sociedade empresária individual. Reorganização de grupos de sociedades é tratada excepcionalmente. Logo, não há previsão legal que exija o ajuizamento de recuperação judicial em litisconsórcio, ficando a decisão a critério dos devedores do mesmo grupo. Quanto à segunda situação, a dependência da presença de todos os litisconsortes para a eficácia da sentença, vemos ainda menos possibilidades. Primeiro porque a sentença, no caso da recuperação judicial, simplesmente homologa o plano aprovado. E este gerará efeitos tanto para os devedores como para os credores a ele submetidos. Independentemente da participação de outras empresas do grupo. Até porque, a expressão eficácia é usada neste dispositivo em seu sentido técnico, de geração de efeitos jurídicos, não de conveniência e eficiência dos fins colimados. De mais a mais, a lucidez de Dinamarco ensina que falar-se de litisconsórcio necessário ativo é algo muito mais complexo do que pode parecer à primeira vista⁵³². Já para Calças,

⁵³² “*Se o litisconsórcio necessário passivo já é excepcional no sistema, de excepcionalidade ainda maior reveste-se a necessidade em relação ao polo ativo da relação processual. As dificuldades para implementá-lo são mais graves e podem revelar-se até mesmo insuperáveis, o que se dará sempre que um colegitimado se negue a participar da demanda. Como ninguém pode ser obrigado a demandar contra sua própria vontade (nemo ad agendum cogi potest, princípio constitucional da liberdade), em casos assim o autor ficará em um impasse sem a solução e não poderá obter a tutela jurisdicional pretendida. [...] E determinar a citação do*

“...tanto sob a vigência do art. 47 do CPC /1973 como à luz do art. 144 do CPC/2015, não há possibilidade de se enquadrar a situação jurídico econômica de empresas que componham grupo econômico no desenho da relação jurídica unitária que imponha a manejo do litisconsórcio ativo necessário para o requerimento da recuperação judicial.”⁵³³

Por outro lado, não parece haver qualquer motivo para entender que a positividade da modalidade judicial da consolidação substancial tenha alterado o princípio de que o pedido de recuperação judicial é faculdade, ato voluntário e de conveniência do devedor. É verdade que o art. 69-J confere poderes para o juiz determinar a consolidação substancial desde que presentes certos pressupostos. Mas o art. 69-J não garante poderes do juiz da recuperação judicial sobre qualquer empresa do grupo, e sim sobre aquelas que estejam no processo, em consolidação processual⁵³⁴. O pedido de recuperação judicial conjunto – portanto em consolidação processual – define os limites do poder do magistrado no exercício da jurisdição sobre as partes – quem não for parte, não está submetido à sua jurisdição especializada.

Logo, caberá ao juiz, verificados os requisitos, definir a quais das partes do processo se justifica o processamento da recuperação judicial em consolidação substancial. Mas não há nada que autorize (i) o entendimento de que existe litisconsórcio necessário ativo com outras empresas do grupo ou (ii) possa ser negada a jurisdição aos devedores que ajuizaram o pedido de recuperação judicial sob o pretexto de que mais alguma empresa deveria compor o polo ativo da demanda. Sempre haverá a alegação de que um entendimento como esse possibilita a fraude. Permite que o grupo devedor escolha, entre suas empresas aquelas que convenientemente pretende incluir na recuperação judicial, mantendo outras, em razão dos mais variados interesses, em regular atividade. Quanto a esse ponto recordamos que todos os mecanismos de proteção contra fraude continuam prevalecendo quanto

colegitimado ativo para vir ao processo figurar como autor, sob pena de revelia, é um enorme absurdo. Citações fazem-se ao demandado e não a possíveis demandantes. Por essa razão, a admissibilidade do litisconsórcio ativo confina-se no campo rigorosamente restrito das situações em que, segundo o direito material, cada um dos colegitimados tenha o poder de opor-se aos resultados desejados pelos outros. Da legitimidade conjunta para a realização do negócio jurídico decorre a legitimidade conjunta para postular em juízo os mesmos resultados que este produziria.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. II, p. 357 – grifei)

⁵³³ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Reflexões sobre o litisconsórcio ativo entre empresas componentes de grupo econômico na recuperação judicial in Processo Societário II, YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setogutti J., Quartier Latin, pp. 467 e segs.

⁵³⁴ “Art. 69-J. O juiz poderá, de forma excepcional, independentemente da realização de assembleia-geral, autorizar a consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores integrantes do mesmo grupo econômico que estejam em recuperação judicial sob consolidação processual...”

às companhias que não participam do processo: ações paulianas, desconsideração da personalidade jurídica, etc. Credores não ficam prejudicados em nenhuma hipótese: quer porque podem usar individualmente os mecanismos acima e tantos outros; quer porque a eles cabe em última análise a aprovação do plano. E se os devedores desde a proposição do pedido de reorganização já não agem em boa-fé, não parecer ser razoável conferir-lhe voto de confiança na consecução da atividade mantendo-o via aprovação do plano. De mais a mais, não se pode pretender estabelecer um regime regulatório, sobre o que quer que seja, pressupondo a patologia, a fraude.

Em conclusão, a Lei 14.112 e o novo regime da consolidação substancial judicial não alteram em nada a impossibilidade de o Judiciário, sob qualquer fundamento e por qualquer meio, determinar que uma sociedade ou empresário ingresse no polo ativo da recuperação judicial.

CIDADANIA E TUTELA ESTATAL DA INFORMAÇÃO PARA A VIABILIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Phillip Gil França⁵³⁵, Maria Cecília Soares Vannucchi⁵³⁶

INTRODUÇÃO

A fundamentalidade do direito à educação no Brasil, já para além do ano de 2021, é latente – e precisa ser urgentemente assegurada, promovida e viabilizada, em concreto, por todos os partícipes do Estado, pois, ao ultrapassar meras políticas de governos de ocasião, um espectro mais abrangente de sua eficiência, eficácia e efetividade pode ser alcançado por reais e sérias políticas de Estado.

Logo, educação, como realidade presente na conformação de cidadãos com melhores oportunidades e perspectivas de vida com dignidade, é direito fundamental protegido de forma hierarquicamente maior no sistema jurídico constitucional pátrio – ao lado de outros direitos fundamentais, também importantes para o alcance desses mesmos desideratos de cidadania.

Direitos fundamentais representam a base mínima de apoio do exercício da cidadania no Estado nacional, conforme representatividade e dicção expressa de tal valor em nossa sociedade na Constituição Federal de 1988, em especial, o direito fundamental à adequada e efetiva educação.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, “os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, nesse sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. Assim, acompanhando novamente as palavras de Klaus Stern, podemos afirmar que o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente”⁵³⁷.

⁵³⁵ Pós-doutor (CAPES_PNPd), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em doutorado sanduíche - CAPES na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Filosofia pela PUC/RS em direito administrativo e direito civil pelo IDRb. Professor da Escola da Magistratura do Paraná e da graduação e do Mestrado em Direito da UNIVEL/PR. Pesquisador do Grupo de Pesquisas “Direito e Regulações da UNIVEL”. Advogado. ORCID: 0000-0001-6245-7995.

⁵³⁶ Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Bacharel em Ciências Econômicas pela FESP. Membro da Comissão de Direito Público e de Processo Civil da OAB/PR, subseção de Pato Branco. Professora da Universidade de Pato Branco – UNIDEP, dos cursos de especialização na Unipar, na Faculdade Campo Real e na ABDCONST. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Procuradora Jurídica do Consórcio Intermunicipal de Saúde. Advogada. ORCID: 0000-0002-4032-6983

⁵³⁷ SARLET. Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais. 13ª Ed. Livraria do Advogado.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal assevera que “a educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (cidadania); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (dignidade da pessoa humana)”⁵³⁸.

Por meio das lições Peter Haberle⁵³⁹, tem-se que no Estado prestacional (como um Estado Social Democrático de Direito), são criados instrumentos para um desenvolvimento geral de interesses por meio dos direitos fundamentais e não apenas para uma camada determinada por meio, inclusive, da efetiva realização de igualdade de oportunidades na educação

Nessa esteira, é inevitável concluir que, mesmo de forma preliminar, para se alcançar uma educação de qualidade e que diminua as desigualdades sociais, que ainda atrapalham o desenvolvimento tanto do Estado como daqueles que o conforma, faz-se necessário receber e transmitir informações de qualidade. E, talvez, tal mister seja um dos grandes desafios que se está a enfrentar atualmente.

A realidade em que hoje se vive, de informação rápida e dividida entre os mais altos graus hierárquicos institucionais e o mais comum do povo,⁵⁴⁰ talvez, traz ao direito, inclusive, a necessidade de revisão da ideia de democracia e de controle estatal.

Por conseguinte, esse contexto, aparentemente, induz à reconsideração do entendimento sobre a proposta de um Estado minimamente ordenado e promotor de um responsável desenvolvimento⁵⁴¹ de sua estrutura.

Sob essa perspectiva, para o exercício da democracia idealizada no texto constitucional, não se pode fugir da concepção de compartilhamento social de informação e, bem como de proteção e promoção da educação. Tratam-se de alguns caminhos que as pessoas possuem para a construção *do seu discernimento*

Porto Alegre. p. 59.

⁵³⁸ A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos

⁵³⁹ Häberle, Peter. *Direitos fundamentais no estado prestacional*. Trad. Fabiana Okchstein Kelbert, Michael Dietmar Donath. – Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2019. p. 59.

⁵⁴⁰ Tendo em vista o atual papel da internet, telejornalismo, radiodifusão, imprensa escrita e outras formas de propagação da informação.

⁵⁴¹ Adilson A. Dallari leciona: “No século XX, na terceira revolução o desenvolvimento social que a informação trouxe é inegável, a partir do século XX, com advento de máquinas viabilizadoras de sua disseminação. Não se esquece dos pontos negativos, mas estes ainda não superam os positivos”. Dallari, Adilson Abreu. Controle político das agências reguladoras. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 18, p. 13-21, 2003. p 14.

relativamente livre.⁵⁴² Dessa maneira, exercitam a capacidade de escolha e de cidadania que possuem de acordo com sua racionalidade (logicamente, influenciada pelas externalidades do ambiente social em que vive⁵⁴³).

Nessa linha, o cidadão, conforme suas convicções, preferências e interesses, aproxima essa liberdade de autogerência da informação da ideia do *ser livre* e soberano de si. Contudo, não possui soberania esse *homem social* (com deveres e direitos perante si e os outros que compõem este ambiente social). Necessariamente, ele divide suas experiências com seus semelhantes, pois a liberdade conquistada com o acúmulo e a capacidade de gerenciamento das informações interpessoais tornam esse homem próximo da sua autonomia como um ativo elemento social.⁵⁴⁴

Essa liberdade limitada (autônoma, logo, decorrente – não originária) é concedida pelo Estado – ente criado pelo mesmo homem para gerir as inúmeras liberdades intersubjetivas que se entrelaçam em uma determinada sociedade. É seu dever irrenunciável viabilizar o exercício de cada *liberdade autônoma* da melhor forma e para o maior número de pessoas possível, mesmo que seja necessário limitá-la de forma mais contundente sob um determinado aspecto (ou pessoas), ou sob outro, em prol do exercício e da realização do constitucional Estado Democrático de Direito.

Dessa maneira, parte-se da ideia de que o efetivo *esclarecimento*, para um *livre*⁵⁴⁵ discernimento, é pressuposto democrático e, conseqüentemente, do controle da Administração Pública, em razão de seu papel para a racional atuação do homem social.

⁵⁴² Toda forma de esclarecimento que compõe o discernimento de uma pessoa, uma vez inserida em uma determinada sociedade, é condicionada ou decorrente de inúmeros fatores externos (interesses intersubjetivos, consumo, política, ideologias de determinados grupos etc.), logo, não há como falar de uma capacidade de discernimento totalmente livre.

⁵⁴³ Conforme explicação da nota anterior.

⁵⁴⁴ Relata Carlos Alberto Molinaro que “o aforismo latino *ubi societas, ibi ius* bem revela o lugar do direito. É no espaço social que o direito tem lugar, como fenômeno jurídico que *é*, só existe na tessitura do social, tramado na história que se desenvolve neste campo, comprometido com o tempo social. O direito está ali, onde se faz a *divisão do trabalho* (em ambiência natural ou cultural) que é um fator fundamental da organização da sociedade; portanto, quanto mais complexa e diferenciada a *divisão do trabalho*, mais elevado o índice de progresso e civilização da sociedade dentro do primado da solidariedade orgânica, e mais bem-elaborado é o direito. E é nesse *cronotopos* social que o direito se revela, equilibrado, também como *permissão*, como atribuição de poder, *potencia moralis*, dizia Leibniz, que permite ao sujeito o uso de suas facultades. Essa permissão, ou no plural, permissões, nos são atribuídas por meio *das* normas jurídicas, e não *pelas* normas jurídicas, e têm eficácia no seu particular espaço de juridicidade” (Molinaro, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 43).

⁵⁴⁵ Liberdade, logicamente, não absoluta, pois tal liberdade precisa – necessariamente – conviver com as demais compartilhadas em um mesmo grupo social.

Posta essa noção acerca da *informação*, a qual velozmente está dominando a vida de todos no mundo,⁵⁴⁶ a *informação privilegiada*, no sentido daquela de que poucos sabem (ou também, a retenção de tal informação), passou a obter um valor maior⁵⁴⁷ e mais cobiçado, tendo em vista o fato de que o acesso a informações, como mencionado, foi geometricamente ampliado nos últimos anos. Principalmente na via Executiva e Legislativa, na qual a atividade *política* se desenrola com legitimidade, a produção, o gerenciamento e a transmissão de *boas informações* (aquelas processadas e utilizadas no momento, na hora e no ambiente correto) ganharam peso econômico jamais visto.

1 EDUCAÇÃO

Quando se trata de direito fundamental à educação, vale lembrar que a expressão de troca de informações com desiderato de desenvolvimento intersubjetivo, é o meio pelo qual o homem interage com o seu semelhante, com o ambiente e consigo. É a forma mais próxima de interação primária com o *‘outro’*, sendo, assim, o principal instrumento do inevitável desenvolvimento que qualquer ser vivo possui. Ter o direito de expressão livre educacional é tão importante quanto ter a responsabilidade de efetivar essa boa expressão.

Além das proteções constitucionais que incidem sobre o direito que todos possuem de expressar – e o de ser educado – o *‘que’* e da *‘forma’* que entendem ao *‘outro’*, há uma série de deveres – igualmente constitucionais – incidentes sobre o direito fundamental à educação, inclusive, como exercício legítimo de cidadania material, nesse tema, em específico, consubstanciado no dever fundamental de educar – da melhor e da mais ampla forma possível.

Para Caio Tácito, “a defesa da ordem jurídica é, sobretudo, um dever de cidadania: a mística da lei e a fidelidade ao interesse público são a essência mesma da sociedade livre e moralizada. O culto à liberdade não se coaduna com a tolerância do arbítrio ou o aceno à violência”. Dessa forma, conclui o Autor, afirmando que “a legalidade não é uma simples criação de juristas, dosada em fórmulas técnicas e símbolos latinos. É o próprio instinto de conservação da comunidade. A todos incumbe, assim, o dever elementar de vigilância, a fim de que não se desmereça, no trato dos negócios públicos, a paz social traduzida na lei e no direito”⁵⁴⁸.

Como não poderia ser diferente, no sistema constitucional que se vive, direito fundamental à educação se perfaz em um decorrente dever jurídico, para

⁵⁴⁶ Via internet, canais de TV a cabo, maior cobertura da vida política, aparelho celular, telefone via satélite. Inclusive, em *tempo real*, ao vivo, viabilizando uma maior transparência da informação e o cidadão interlocutor.

⁵⁴⁷ Ressaltam-se, ainda, as informações privadas e particulares que hoje em dia – em razão do notável avanço tecnológico – são utilizadas como moeda forte em nosso cotidiano.

⁵⁴⁸ TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*, São Paulo: Saraiva, 1975. p. 11.

assim determinar seus elementos conformadores, tais como: a sua concretização de existência no mundo jurídico, a validade, a eficácia e a efetividade.

Ao se tratar de um texto em homenagem ao Professor símbolo da melhor expressão de *como educar*, com plena consciência de que a verdadeira liberdade de expressão – via democratização da informação – é o eixo fundamental do esperado desenvolvimento de qualquer sociedade, verifica-se que tudo o que for se falar sobre esse tema, nessa perspectiva, não retratará suficientemente a figura que de fato representava esse ideal: *Prof. Fachin*.

Assim, objetiva-se tratar – ainda que de forma a homenagear o legado da pessoa que luta ostensivamente, inclusive, pela democratização da expressão – sobre instrumentos jurídicos que tutelam a *informação* no país, como forma de expressão necessária ao alcance dos desideratos estampados no artigo 3º da CF/88.

Mestre Confúcio já ensinava que para o homem bom alcançar o bem deveria não desviar do seu caminho.

Um dos possíveis caminhos da promoção da adequada educação, ao que parece, no atual Estado Democrático de Direito pátrio, é aquele que coincide com a concreta operacionalização de instrumentos jurídicos existentes e disponíveis para a livre e responsável propagação da informação, bem como para a determinação – clara e objetiva – dos papéis dos atores envolvidos nessa gloriosa missão.

Destarte, torna-se importante, talvez, revisitar soluções já iluminadas por muitos pensadores sobre o bom manejo da informação voltado à realização de fins positivos e produtivos para o maior número humanamente possível de cidadãos no Estado nacional, principalmente, quando existe vetores constitucionais que determinam a constante busca do desenvolvimento intersubjetivo, fundada nos objetivos fundamentais da república estampados no art. 3º da CF/88.

Importa ressaltar, então, que valor não só de direito fundamental à educação, inclusive, como instrumento de cidadania material, o dever constitucional correspondente está no que tal determinação normativa traz para realidade onde, como e quando tal dicção estatal é aplicada.

Ou seja, não seria possível pensar em sistema jurídico constitucional de regras, princípios e valores de conduta sem projetar como tal regime jurídico irá impactar efetivamente, de forma subjetiva, objetiva e intersubjetiva, a vida das pessoas e da sociedade.

A partir dessa premissa, então, mostra-se relevante a aplicação da hermenêutica consequencialista⁵⁴⁹ para a realização do direito de forma mais aproximada dos objetivos fundamentais da república.

⁵⁴⁹ Inclusive, sobre o tema, vide arts. 20 e seguintes da recém atualizada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

2 CIDADANIA

Tais desideratos estatais podem ser resumidos, quiçá, em deveres fundamentais dos partícipes do Estado de promoção de desenvolvimento intersubjetivo entre seus atores – preponderante, por meios eficientes, eficazes e efetivos da boa educação ‘*multinível*’ – para, ao final de cada dia, alcançar-se a conclusão de que o Estado, como gestor desses seus participantes operacionais de aperfeiçoamento de todos e de cada um, alcançou a missão maior de aproximar, um pouco mais, a sociedade aos valores de justiça e de solidariedade.

Ao saber que tais *standards* normativos irão transformar seres humanos, inicialmente egoístas, em cidadãos conscientes de que a percepção de si, como vivente que busca a felicidade a qualquer custo, encontra limites no seu semelhante, ou nos demais seres e elementos do ambiente em que se encontra, alcança-se a conclusão de que precisam, da mesma forma, sentir concretamente a recompensa da autêntica satisfação advinda do esforço solidário realizado em prol do seu semelhante – principalmente, como enfatizado – pelo compartilhamento de experiências e aprendizados por meio da educação.

Isso é, pensar em usufruir supostas liberdades absolutas custa o preço de retirar felicidades alheias e de trazer um ambiente não propício ao desenvolvimento pessoal e intersubjetivo. E tal situação, aparentemente, inviabiliza o objetivo primário humano de gozar de uma utópica liberdade absoluta, quando inserido em ambientes sociais, pois demandaria exercitar algum tipo, também impossível e inviável, de responsabilidade absoluta.

Logicamente, tal fato inimaginável para seres falíveis e que, da superação dessas falhas – inclusive – encontra-se mecanismos de desenvolvimento e, por essa razão, talvez, sintam-se algo próximo de ‘produtividade positiva’ expatriada de uma maior concretização de liberdade possível em um determinado tempo e espaço, que trará, necessariamente, um proporcional dever de agir de forma responsável e responsabilizável, justamente para que se possa viabilizar o sistema estatal de gestão de tais liberdades intersubjetivas para que sua missão maior seja cumprida, de modo sustentável, proporcional, viabilizável, adaptável e perenemente aprimorável.

Assim, quem sabe, será possível imaginar uma sociedade regida por regras realmente coercitivamente produtivas e benéficas, um dia definida apenas por valores que estabelecem não mais limites entre o que se faz e as consequências do que se fez, mas, sim, que confirmam recompensas que aprimoram e incentivam, por meio de exemplos positivamente proveitosos do que foi feito.

Desse modo (claro, um tanto quanto quimérico), possa ser possível conceder algum sentido no lapso temporal compreendido como vida em prol não apenas do egoístico benefício próprio, mas, também, voltada a um legado adequado daquela vida que se eterniza no tempo, além de si própria.

Nesse sentido, aparentemente, repita-se, a educação (como compartilhamento de informação) é um ótimo instrumento para se perpetuar como vivente que não se preocupou apenas consigo, mas, também contribuiu para com os demais e com o ambiente por onde passou.

Logo, é possível compreender *cidadania* como premissa, desenvolvimento e conclusão do tema ora enfrentado neste modesto estudo.

E, ao pensar em um destaque na educação jurídica (dentre outros brilhantes professores), sem dúvida, o *Prof. Fachin* é uma das estrelas mais brilhantes do nosso horizonte intelectual que ainda não se despediu do dia e não se encontrou com a noite, tamanha é a luz que irradia por meio de sua obra escrita, verbalizada e, principalmente, compartilhada.

Desse modo, com alegria - e plena humildade de reconhecer minhas limitações técnicas para tanto - trago algumas reflexões sobre o tema geral da presente obra com o objetivo de formar minha singela homenagem ao *Professor Fachin*.

Para tanto, volta-se à educação e cidadania como informação que, por si, carece de análise como modo de alguma contribuição.

A informação é a menor partícula de energia não ignorada pelo homem e intersubjetivamente dividida. Explorar e apreender informações antes desconhecidas é a natureza de qualquer ser biótico.

Trata-se de um instrumento de cidadania, de defesa da sociedade, de manutenção e desenvolvimento de relações intersubjetivas, bem como, é um constitucional dever de todos receber e transmitir informações ambientais voltadas ao bem comum.

Vide, por exemplo, o texto indicado no *art. 225, VI, da CF/88* que determina, ao poder público e à coletividade, a promoção da educação e da conscientização pública sobre a necessária tutela ambiental. Resumidamente, o uso adequado da informação não é mera faculdade, mas sim elemento obrigatório na proteção do equilíbrio natural e na boa interação de seus partícipes.

A informação no Estado contemporâneo, como meio de expressão educacional, desponta como um dos principais bens comuns – de todos e de cada um – da sociedade, pois se apresenta como ferramenta viabilizadora das relações sociais e obrigacionais de um povo.

Sem a informação, tampouco a educação, operacionalizado – inclusive – pela realização de práticas efetivas de cidadania material – e na condição de comezinha forma de expressão produtiva, não existe interação entre os indivíduos, desenvolvimento intersubjetivo, tampouco interesse de se relacionar com o que há de externo a si próprio – fato que inviabiliza o desenvolvimento individual e, conseqüentemente, como dito, da sociedade onde se está inserido. Isso porque, sem informação advinda da educação, não há condições mínimas de celebração de contratos, pretensões resistidas não

serão adequadamente apresentadas e analisadas, negócios não serão firmados e mercados perdem perderão sua razão e função de existir.

Entende-se por informação todo elemento cognitivo emanado por um emissor familiarizado com o conteúdo desse fragmento de energia não ignorado, para um receptor que o desconhece até então. Assim, muda a condição dessa ignorância ao passar a se apresentar como sujeito familiarizado ao respectivo conteúdo, recebendo, deste modo, o status de *'informado'*.

Disso se denota que a informação depende, de fato, do sujeito. Há o pressuposto, então, de uma relação intersubjetiva quando se trata de informação, e até mesmo de qualquer forma de expressão. Isto porque, como já mencionado, para se expressar, precisa-se, necessariamente do *'outro'* para *recepção, processamento e aproveitamento* da energia captada. Incontroverso é a realidade de que sem a consecução desse processo não há razão de disseminação de expressão, ou até mesmo, do empenho de se desenvolver e/ou promover o desenvolvimento do meio em que se vive.

Informação sem interlocutor não é informação, mas sim um elemento fático subjetivo individual, a princípio, sem implicação jurídica, pois não compartilhada e, assim, não conformada como tal. É uma energia que paira no universo do indefinido e que precisa, invariavelmente, de uma comparação (por exclusão, até mesmo), para receber determinação do que é e do que não é no mundo real, para, assim, receber o correspondente reflexo (e rotulagem) no mundo jurídico. Alguém que possui uma ideia original no mundo real apenas detém essa categoria de elemento ignorado. Passa a obter informação, então, quando é compartilhada com outro ou quando se anuncia a existência deste elemento cognitivo e, assim, confere-se identidade ao mesmo.

A informação, e sua expressão, depende do sujeito porque prescinde de conhecimento de alguém e o anúncio desse conhecimento a outrem. Por exemplo: um fato da natureza é *'informação'* apenas quando algum sujeito se familiariza com ele – até então, é um simples fato da natureza.

Como se pode frisar na Mitologia Grega, Hermes transmitia a informação dos Deuses aos homens, que até então a ignorava. Como visto, a necessidade de compartilhamento da informação, para um bem maior (definido pelo detentor da informação), é fator obrigatório para a sua concepção, bem como, para sua compreensão.

O que se sabe da informação é aquilo que o interlocutor transmite sobre ela após, invariavelmente, da realização de uma filtragem subjetiva de conteúdo dessa informação por seu interlocutor. Logo, uma informação transmitida jamais será retransmitida na sua originalidade, gerando, desta maneira, uma nova informação.

Assim, pergunta-se: como tutelar informação e a educação?

Sugere-se a proteção do núcleo essencial da informação, o objeto determinante que a torna capaz de alterar uma relação social ou obrigacional, por meio, inclusive, da educação. Os demais elementos marginais sobre

objetos apresentam como deturpadores do fim desse núcleo e, dependendo da sua intensidade podem levar a alteração social ou obrigacional diversa daquela esperada quando do estabelecimento do objeto (núcleo essencial).

A tutela se refere ao controle dessa atuação marginal. Quando o núcleo essencial (objeto) da informação não coadunar com os valores legais e de direitos não há dúvidas sobre a necessária atuação estatal jurisdicional para o restabelecimento de sua conformação a ordem jurídica estabelecida, a questão levantada, entretanto, é acerca do título desses elementos objetivos, com destaque à 'informação de interesse comum' E então se denota a informação como instrumento de poder. Trata-se, neste sentido, de força que viabiliza atendimento de determinados interesses.

3 INFORMAÇÃO

A relevância da *informação como forma de poder* é facilmente detectada nos altos níveis de sua troca e gerenciamento, quando se mencionam aquelas informações chamadas *privilegiadas*, restritas ao atendimento de interesses de poucos.

Por outro lado, existem aquelas que concedem poder ao homem comum. Poder proporcionalmente limitado à sua capacidade de interferência na informação recebida popularizadas atualmente pela internet, telefonia móvel e comunicação com auxílio de satélites.

Como posto, mudou-se drasticamente a ideia do poder da informação e sua democratização.

O papel da informação, nesse contexto, é crucial – uma vez que se trata do elo entre o promotor do bem comum e o sujeito desta promoção. Pela informação – ou pelo grau de qualidade e quantidade da informação – faz-se possível mensurar como o cidadão está sendo atendido pelo Estado, por exemplo.

Assim, a concretização do Estado Democrático de Direito – com sua novel roupagem conferida pela CF/88 – deve ser aproveitada para conduzir novos rumos de difusão de informação à população, por meio da promoção e da proteção do direito fundamental à educação, como ora se propõe.

E sugere-se que tal desiderato seja perseguido sem medos de que a informação manejada possa voltar-se aos questionáveis interesses *de governo*, mas sim se preocupando em formar uma consciência *de Estado* para toda a população, pois essa – sem dúvida – busca o mesmo objetivo comum: de ser feliz, para assim atender à sua índole de evolução como ser humano e aproximar seu sentir livre para fomentar esse fim comum, com ponto de partida da dignidade da pessoa humana.⁵⁵⁰

⁵⁵⁰ “Quando utilizamos a expressão proteção pela dignidade, estamos nos referindo à função do

4 TUTELA ESTATAL DA INFORMAÇÃO

Seguem os principais ditames constitucionais sobre as garantias *de informação e de expressão* do homem no Estado nacional, como meios de se efetivar as garantias de receber e de prover educação:

“Art. 5º (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; LXXII - conceder-se-á “habeas-data”: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;”

princípio da dignidade da pessoa humana no contexto dos assim denominados limites dos direitos fundamentais. Sem que aqui se pretenda explorar esta dimensão do problema, mas considerando a sua relevância, partiremos do pressuposto de que admitida a possibilidade de se traçarem limites aos direitos fundamentais, já que virtualmente pacificado o entendimento de que, em princípio, inexistente direito absoluto, no sentido de uma total imunidade a qualquer espécie de restrição. De outra parte, igualmente consagrado, de há muito, o reconhecimento da existência daquilo que a doutrina germânica denominou de limites dos limites (*Schranken-Schranken*), isto é, de determinadas restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual situação que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão. Não obstante variáveis, de acordo com as peculiaridades de cada ordem constitucional, os tipos de limites às restrições em matéria de direitos fundamentais, assim como diversificado também o sentido e alcance outorgado a estes limites, constata-se – para além de outros aspectos de relevo e, pelo menos, no que diz com as ordens jurídicas diretamente influenciadas pela doutrina e pela jurisprudência alemãs – certo consenso quanto ao fato de que, em princípio, nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição. É justamente nesse contexto que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições. Na mesma linha, situam-se os entendimentos de acordo com os quais uma violação do núcleo essencial – especialmente do conteúdo em dignidade da pessoa – sempre e em qualquer caso será desproporcional. É precisamente nesse sentido – seja qual for o posicionamento adotado – que, nesta quadra de exposição, se poderá falar em proteção dos direitos fundamentais por meio da dignidade da pessoa” (Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 118-119).

“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*.”

“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão;”

“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 nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

Como já tratado, o direito fundamental à educação, inclusive, tem como um dos seus pilares a adequada informação que viabiliza a sua concretização e o alcance de seus fins. Dessa forma, sugere-se a trilha da tutela da informação e da liberdade de expressão como forma de efetivação do direito fundamental em destaque.

Então, a partir deste trilha proposto, *a proteção e a garantia da adequada informação no Estado Democrático de Direito*, conforme os ditames axiológicos da Constituição, tem sua espinha dorsal estabelecida no instituto da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, sem a ocorrência de ações furtivas da sua própria atuação, tampouco omissões quanto ao próximo e eficaz desempenho jurisdicional.

Isso porque, não se imagina liberdade de gerar e de receber informação – tal como ocorre em procedimentos educacionais – sem o correspondente controle daqueles que (potencialmente) ameaçam o seu pleno exercício. Assim, estabelecer-se-ão indicativos para a adequada concretização do direito fundamental à informação (expressada ou perquirida) e o consequente desenvolvimento responsável que o acompanha.

Nessa esteira, a expressão normativa estampada no art. 5º, XXXV, da Constituição: “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”, compreende-se que nenhum ato normativo⁵⁵¹ poderá impedir o questionamento ao Judiciário de ações ou omissões que agridam ou ameacem os valores fundamentais da ordem jurídica estabelecida.

Além desse trilha estabelecido na leitura da citada norma constitucional, é imprescindível mencionar a ligação entre o dever do Estado

⁵⁵¹ Leia-se *lei* no sentido amplo – logo, toda expressão normativa do Estado.

de sempre proporcionar a adequada tutela jurisdicional, quando incitado, e o direito fundamental de ação – possibilidade de busca de uma pretensão jurídica mediante requerimento ao Judiciário. Não há sobrevivência desse princípio fundamental sem o direito fundamental supra sublinhado, considerando que a efetivação de seus enunciados está diretamente correlacionada.

Existe, assim, a proteção de um direito do cidadão, por um lado, e, por outro, a determinação normativa de viabilização desse direito pelo Estado.

Trata-se de um instrumento de garantia em face da ultrapassagem dos limites do direito de autodeterminação individual, condicionado pelo exercício normativo⁵⁵² tanto daquele privado, como daquele público, fincado no exercício monopolizado de dicção do direito por uma determinada função estatal. Sublinha-se a relevância do citado princípio processual constitucional para o alcance dos objetivos propostos na Constituição: o *integrado desenvolvimento de uma sociedade mediante a busca da preservação de sua paz social*.

Com base na ideia de que apenas um Estado possuidor de instituições fortes – notadamente o Poder Judiciário – e com legitimidade para atuar de forma a assegurar um fiel cumprimento das garantias de proteção ao cidadão,⁵⁵³ faz-se necessária a obtenção do selo de *inafastável* ao princípio em tela, pois é este um dos principais instrumentos protetores do desenvolvimento e da manutenção do Estado Democrático de Direito nacional.

Esse princípio expressa a plena possibilidade de auxílio aos partícipes da nação quando ocorrerem agressões – ou mesmo ameaças de agressões – a seus direitos. Sem esta garantia, não há segurança mínima para o relacionamento intersubjetivo.

⁵⁵² Compreendido como o gerenciamento de poder estatal (tanto na relação entre privados, ou junto ao Estado) e da sujeição-base do controle do abuso do poder.

⁵⁵³ Aqui compreendido como sujeito destinatário dos valores fundamentais – expressos e implícitos – estabelecidos como supremos, perante o Estado e o ordenamento jurídico constituído, para a viabilização de seu desenvolvimento e proteção de sua dignidade como pessoa humana. Nesta linha, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, lembrando as lições de Clèmerson Merlin Clève, expressa o seguinte: “No direito brasileiro, cidadão é o indivíduo titular dos direitos públicos de votar e ser votado e suas consequências necessárias. Porém, como técnica de democracia participativa, o termo ‘cidadão’ é tomado em uma perspectiva mais ampla, não circunscrita ao universo daqueles que, detentores de direitos políticos, podem votar e ser votados. Cidadão é o sujeito ativo da cena política, provocador da mutação do direito, agente reivindicante que possibilita a contínua floração de direitos reivindicantes que possibilita a contínua floração de direitos novos (Clèmerson Merlin Clève, A Administração Pública e a nova Constituição, *Revista de Jurisprudência Brasileira*, 155/12). Essa participação do cidadão, adverte o Prof. Clèmerson Clève, vai além daquela que se efetua no momento de votar, pois não se pode esquecer que não é nação como um todo que comparece perante as seções eleitorais, mas apenas parcela dela, ou seja, somente aqueles que são detentores dos direitos políticos. Parte dela permanece à margem do processo eleitoral, não manifestando sua vontade, não imprimindo seu desejo no território das opções sociais, administrativas ou políticas” (Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. *Elementos de direito municipal*. São Paulo: RT, 1993).

As relações jurídicas tornam-se inviáveis, pois a exigência de cumprimento das obrigações estabelecidas não consegue alcançar um grau de confiança mínimo e aceitável para uma exequível convivência social.

Por mais que exista um consenso social de respeito à liberdade do seu semelhante, sem a atuação estatal – como terceiro justo, apaziguador e com dicção coercitiva – a vida em sociedade não seria viável, pelo menos para o alcance do esperado desenvolvimento pessoal de seus membros.

De igual forma, na ausência deste pilar de sustentação da sociedade e da nação, inexistente padrão racional de superação de problemas, fatos que auxiliam a estagnação do progresso de uma sociedade, bem como impedem a atividade executiva estatal, o que, por conseguinte, abre perigosas brechas para cometimento de abusos.

Exalta-se o essencial papel da prestação da tutela jurisdicional do Estado para a promoção do desenvolvimento da nação. Entretanto, observa-se – na prática – que o próprio Estado viabilizador dessa tutela age de maneira furtiva ao obrigatório controle exercido pelo Poder Judiciário, pois, não raro, desinteressa para os seus operadores as amarras da sindicabilidade judicial existentes justamente para evitar o abuso do seu poder.⁵⁵⁴

O Estado, muitas vezes, utiliza-se da expedição de atos normativos que ultrapassam os limites impostos pelos valores de independência, separação e harmonia dos Poderes (art. 2.º da CF/88). Outras vezes, esconde-se sob uma turva ideia de espaço discricionário de sua atuação, pois crê – erroneamente – que o mérito de suas ações não se submete ao controle do Poder Judiciário.⁵⁵⁵

Ainda,⁵⁵⁶ age de tal forma irregular quando não cumpre com as prerrogativas legais que visam resguardar o bem⁵⁵⁷ do cidadão, ou quando não se sujeita aos limites impostos pelo quadro de princípios do Estado Democrático de Direito nacional. Situações que ocorrem, por exemplo, nas ocasiões em que a máquina estatal utiliza suas ferramentas para o acesso à plena informação, quando determina censura, quando restringe manifestações culturais, sem a proporcionalidade, razoabilidade e robusta justificativa possível (considerando que inexistem valores absolutos na Constituição, inclusive o direito à informação e liberdade de expressão).

⁵⁵⁴ Restringir indevidamente a eficácia de um princípio fundamental – seja via ato normativo do Legislativo, Executivo ou Judiciário – é abuso do Poder conferido ao operador que age desta maneira e deve ser prontamente reprimido.

⁵⁵⁵ Observa-se, por exemplo, o necessário controle de razoabilidade e proporcionalidade do mérito dos atos administrativos, os quais, quando ultrapassarem os limites axiológicos do direito – ou os limites legais –, devem ser postos à revisão judicial.

⁵⁵⁶ Não há a pretensão de estabelecer um rol taxativo de tais impropriedades.

⁵⁵⁷ Bem entendido como a promoção, concretização e respeito (manutenção) dos valores constitucionais que compõem a *dignidade da pessoa humana* (tais como: trabalho, lazer, moradia, assistência social, educação etc.).

Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado do STF: “ADPF 130 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 27/02/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno (...). 2. Princípio constitucional de maior densidade axiológica e mais elevada estatura sistêmica, a Democracia avulta como síntese dos fundamentos da República Federativa brasileira. Democracia que, segundo a Constituição Federal, se apóia em dois dos mais vistosos pilares: a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; b) o da transparência ou visibilidade do Poder, seja ele político, seja econômico, seja religioso (art. 220 da CF/88). (...) 4. Verificação, desde logo, de descompasso entre a Carta de 1988 e os seguintes dispositivos da Lei de Imprensa, a evidenciar a necessidade de concessão da cautelar requerida: a) a parte inicial do § 2º do art. 1º (a expressão “a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem”); b) íntegra do § 2º do art. 2º e dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65; c) parte final do art. 56 (o fraseado “e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa”); d) §§ 3º e 6º do art. 57; e) §§ 1º e 2º do art. 60 e a íntegra dos arts. 61, 62, 63 e 64; f) arts. 20, 21, 22 e 23; g) arts. 51 e 52. 5. A suspensão da eficácia dos referidos dispositivos, por 180 dias (parágrafo único do art. 21 da Lei nº 9.868/99, por analogia), não impede o curso regular dos processos neles fundamentados, aplicando-se-lhes, contudo, as normas da legislação comum, notadamente, o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal. 6. Medida liminar parcialmente deferida.” (grifos nossos).

O princípio⁵⁵⁸ fundamental da inafastabilidade da prestação da

⁵⁵⁸ Para introdução do tema, importante se faz o estabelecimento do acordo semântico sobre a definição de *princípios* e *princípios constitucionais*: “Princípios, conforme Canotilho e Vital Moreira, invocados por José Afonso da Silva, ‘são núcleos de condensações, nos quais confluem valores e bens constitucionais’. Conforme o publicista brasileiro Celso Antônio Bandeira de Mello, os princípios constituem, ‘por definição, o mandamento nuclear de um sistema’, exprimindo verdades jurídicas universais para um dado ordenamento jurídico, sendo com este sentido que a palavra ‘princípio’ aparece no Título I da Constituição de 1988, embora não se situem apenas neste Título, podendo aparecer em outros lugares do texto constitucional ou até mesmo fora dele, pois na mesma lição de Celso Antônio, ‘entende-se por princípio a disposição, expressa ou implícita, de natureza categorial de um sistema, pelo que conforma o sentido das normas implantadas em uma dada ordenação jurídico-positiva’. Conforme ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho, um princípio geral ‘constitui a norma jurídica que exprime, em forma sintética, o conteúdo prescritivo de um amplo complexo de regras, cuja vigência prevê a emanação de normas de certa expressividade’. Já um princípio jurídico dado por Celso Antônio: é o alicerce de um sistema, a ‘disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência’ delas, ‘exatamente porque define a tônica que lhe dá sentido harmônico. Os princípios possuem hegemonia axiológica. Tanto isso é verdade que (...) um conflito entre regras se resolve na dimensão da validade (em que uma das normas sempre sucumbe por inteiro), mas uma colisão entre princípios passa a ser resolvida na dimensão do valor, em que sempre se salva um dado percentual de um dos princípios,

tutela jurisdicional pelo Estado trata do poder/dever⁵⁵⁹ que este detém

devendo, no entanto, prevalecer aquele que melhor se adapta ao caso em análise, tratando-se pois de ponderação de bens ou valores, em que os princípios são harmonizados, o que impede o sacrifício total de um deles [conforme doutrina de R. Alexy]” (Bester, Gisela Maria. Op. cit., p. 264-265). Sobre as funções dos princípios – destacadamente os constitucionais – ensina Canotilho (sistemizado por Marino Pazzagli Filho): “Em virtude da sua referência a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da justiça, da ideia do direito, dos fins de uma comunidade), os princípios têm uma ‘função normogenética’ e uma ‘função sistêmica’, são os fundamentos de regras jurídicas e têm um idoneidade que lhes permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional”. Ainda, disserta o autor que é possível elencar, tendo como ponto de partida as lições de Canotilho, as principais funções dos princípios constitucionais: normogenética, sistêmica, orientação, vinculante, interpretativa e supletiva. (a) A *função normogenética* significa que os princípios constitucionais são predeterminantes do regramento jurídico, isto é, constituem a própria *ratio* ou os fundamentos da ordem jurídica: são os vetores que devem direcionar a elaboração, o alcance e a aplicação das normas jurídicas. Por isso, todas essas, mesmo as constitucionais, devem obrigatoriamente manter identidade e coerência de conteúdo com os princípios constitucionais. Logo, as normas jurídicas inconciliáveis ou contrapostas ao conteúdo ou essência dos princípios constitucionais são ilegítimas. (b) A *função sistêmica* enuncia que o exame dos princípios constitucionais, de forma globalizada, permite a visão universal e unitária do texto constitucional, o que pode ensejar a unidade do sistema jurídico fundamental, a integração do direito, a harmonia em sua aplicação e a superação de aparentes antinomias existentes no ordenamento jurídico entre os próprios princípios, entre os princípios e as normas jurídicas e entre estas. (c) A *função orientadora* quer dizer que os princípios constitucionais, como verdadeiros mandamentos direcionadores da concretização do texto constitucional, servem de norte à criação legislativa e à aplicação de todas as normas jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais, no exercício das funções públicas administrativa e jurisdicional, bem assim nas relações jurídicas entre particulares. (d) A *função vinculante* expressa que todas as regras do sistema jurídico estão presas aos princípios constitucionais que as inspiraram. Assim, devem refletir o significado e o conteúdo desses. Consequentemente, a validade das normas jurídicas e de sua aplicação pelos Poderes Públicos está vinculada a sua conformidade aos princípios constitucionais: harmônicas e conformes a eles são válidas; incompatíveis ou antagônicas, carecem de legitimidade. Portanto, os princípios constitucionais servem, antes, de parâmetro aos juízos de constitucionalidade das regras jurídicas e de legalidade das decisões administrativas delas originadas. (e) A *função interpretativa* dos princípios constitucionais tem dupla acepção: a interpretação atualizada dos próprios princípios constitucionais, pois, considerando que os valores éticos, sociais e políticos são cambiantes, sua interpretação deve estar atenta a tais mudanças no cotidiano real e em sintonia com os novos valores vigentes na sociedade, no momento de sua aplicação; e a interpretação das demais normas jurídicas à luz dos princípios constitucionais, ou seja, o ajuizamento do sentido, da dimensão e do conteúdo das regras jurídicas deve ser feito em harmonia com aqueles. (f) A *função supletiva* dos princípios constitucionais exprime que eles constituem verdadeiros preceitos normativos de interação do ordenamento jurídico, suplementando a aplicação do direito a situações fáticas que ainda não foram objeto de regulamento próprio. Assim, os princípios constitucionais, além de nortearem a aplicação do regramento jurídico, são aplicados diretamente aos casos concretos nas hipóteses de insuficiência ou falta de norma jurídica peculiar deles reguladora” (Pazzagli Filho, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 62).

⁵⁵⁹ Utiliza-se, também, a expressão: *dever-poder*. Tal discussão doutrinária entre *poder-dever* e *dever-poder* e seus reflexos hermenêuticos não serão analisados neste estudo, assim, *dever-se-á* considerar a ideia de que o Estado possui a prerrogativa do uso de força legítima para o alcance de determinando fim – com o constante viés do alcance do “interesse público” (outro instituto

de adequadamente – ou seja, conforme a ponderação racional e proporcional dos valores envolvidos – manifestar-se e posicionar-se de forma final sobre o direito que lhe fora questionado.

Assim, o dever mencionado surge a partir da incitação do Estado-juíz pelo jurisdicionado. Desse modo, não cabe àquele agir sem a estrita manifestação dos partícipes da sociedade, pelos representantes desta, ou, até mesmo, pelo Estado, para, a partir desta lógica, obter-se a garantia de seus deveres de imparcialidade (juiz natural⁵⁶⁰), entre outros.

Isso posto, delimita-se o conteúdo de apreciação à exposição dos elementos históricos delineadores da legitimação do uso da força pelo Estado, no sentido de reprimir o impróprio uso da força pelos seus partícipes, inclusive aquela proveniente de sua própria atuação, tendo como pressuposto a inafastável necessidade do homem de se desenvolver, objetivo este alcançado plenamente quando em estado (situação) de absoluta liberdade e paz.

Contudo, considerando que tais situações jamais serão atingidas em sua plenitude,⁵⁶¹ a eficácia dos instrumentos viabilizadores de seu alcance é diretamente proporcional ao grau de desenvolvimento conquistado.

Portanto, dentro de uma disciplina da força para a busca de liberdade e paz do homem, propiciadoras do seu desenvolvimento, fulcra-se a ideia da necessidade de eleição de um terceiro (independente da relação intersubjetiva estabelecida), legítimo monopolizador do uso da força garantidora do desenvolvimento almejado.

longe de ter um conceito homogêneo na doutrina) – bem como, a ausência de faculdade de utilização de tal poder (considerando a finalidade e a necessidade de motivação dos atos administrativos), sendo este vinculado à lei e aos valores do direito, mesmo quando existem a virtual margem discricionária de atuação normativa do Estado.

⁵⁶⁰ “O princípio do juiz natural é consuetudinário da experiência inglesa desde a Magna Carta de 1215 até a *Petition of Rights* de 1628 e a Constituição dos EUA de 1776. A Lei de Organização Judiciária de 1790, fruto da Revolução Francesa, estabeleceu a garantia do juiz natural. A garantia do juiz competente constituiu-se, nesta primeira fase, sinônimo de liberdade civil, para mais tarde ser compreendida como garantia processual. O princípio está afirmado na Constituição de 1988 no art. 5.º, incisos XXXVII – ‘não haverá juízo ou tribunal de exceção’ – e LIII – ‘ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente’. (...) Segundo Angélica Arruda Alvim: ‘o chamado princípio do juiz natural encontra-se consagrado na generalidade das Constituições ocidentais. Conjuga-se esse princípio com a vedação constitucional dos Tribunais de exceção, pois que, é por intermédio da articulação de ambos os princípios que se terá um órgão estável e um juiz imparcial, ao qual se atribuem as garantias da magistratura’. Como anteriormente salientado, o princípio do juiz natural não tem conteúdo organizatório e sim limitativo do poder estatal, no intuito de resguardar situações individuais, comportando-se como princípio-garantia.” (Bacellar Filho, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 323-324.)

⁵⁶¹ Pois, assim, voltaria o homem ao impraticável “estado de natureza”, donde todas as liberdades e vontades seriam absolutas e contrapostas – sem qualquer limite preestabelecido, bem como, sem o devido e necessário controle.

Como disposto, a busca incessante da paz⁵⁶² e da liberdade,⁵⁶³ e sua necessária disciplina quando se contrapõe com outras liberdades, forma o direito e o torna indispensável dentro de uma sociedade. Nesse prisma, observa-se o direito não só como um contraponto limitador da atividade do homem, mas sim como um elemento promotor da organização e do alcance dos instrumentos de seu pleno desenvolvimento – como expressado, via a paz e a liberdade.

Para Hegel,⁵⁶⁴ “o fato de uma existência em geral ser a existência da vontade livre constitui o direito. O direito é, pois, a liberdade em geral como ideia”. O filósofo explica seu posicionamento ao lembrar que a definição kantiana geralmente admitida, em que o elemento essencial é a limitação da minha liberdade (ou do próprio livre-arbítrio) para que ela possa estar de acordo com o livre-arbítrio de cada um segundo uma lei geral, apenas constitui uma determinação negativa (a de limitação). Por outro lado, o positivo que há nela, a Lei da razão universal ou como tal considerada, o acordo da vontade particular de cada um com a do outro, leva à bem conhecida identidade formal e ao princípio da contradição.

Ressalta Hegel⁵⁶⁵ que a citada definição contém a ideia muito divulgada desde Rousseau de que a base primitiva e substancial deve estar não na vontade como existente e racional em si e para si, não no espírito como espírito verdadeiro, mas na vontade como indivíduo particular, como vontade do indivíduo no livre-arbítrio que lhe é próprio.⁵⁶⁶

É fato que o direito pode se visto, muitas vezes, como a destinação e materialização do monopólio da *imposição e execução da verdade pós-estabelecida* para um terceiro eleito de forma legítima para utilizar a força – conforme um padrão de ponderação racional dos próprios elementos axiológicos de formação desse determinado direito – a favor (para o bem) dos mesmos cidadãos que o criaram. Entretanto, vale frisar os perigos que tal ideia traz consigo, quando vista apenas por um único ângulo, uma vez que, dessa forma, justifica o uso da força para uma eventual tirania e desequilíbrio da balança do senso justo do bem.

⁵⁶² O que engloba, também, o ideal de felicidade.

⁵⁶³ Entende-se, de igual forma, o ideal de capacidade de autodeterminação para o alcance de sua necessidade de homem digno (como já comentado) – isto é, de aferir a sua individual necessidade, qualitativamente e quantitativamente, de educação, saúde, trabalho, lazer, entre outros.

⁵⁶⁴ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 31.

⁵⁶⁵ Idem, *ibidem*.

⁵⁶⁶ Nesta esteira, para o autor, uma vez aceito tal princípio, o racional só pode aparecer para essa liberdade como uma limitação, não, portanto, como razão imanente, mas como um universal exterior, formal. Não precisa o pensamento filosófico recorrer a qualquer consideração especulativa para repelir este ponto de vista desde que ele produziu, nas cabeças e na realidade, acontecimentos cujo horror só tem igual na vulgaridade dos pensamentos que os causaram.

Em outros termos, deve-se acrescentar ao ponto de partida de monopolização do uso da força a *razão* para que tal fenômeno aconteça, qual seja: *o desenvolvimento humano*.

O humano, aqui delineado como o *cidadão*, como bem ensinava o *Prof. Fachin* em suas memoráveis aulas na UFPR, é o eixo de onde os demais valores do direito giram – notadamente a *família, a propriedade e as obrigações que delas decorrem* entre os participantes de uma sociedade –, e, a partir dos valores que compreendem a promoção do homem/cidadão, a força criada para disciplinar a força individual deve ser seguida, ao passo de acelerar a sua evolução como ser natural, de modo a assegurar os valores de dignidade interdependentes.⁵⁶⁷

Vale lembrar que, segundo Hobbes, o homem não é sociável por natureza: ao contrário, ele é naturalmente egoísta e animado pela busca única de seu interesse individual, com menosprezo pelo interesse dos outros.

Dessa maneira, caso se considerasse o homem governado somente pela sua natureza, a condição coletiva seria um estado de guerra permanente entre os indivíduos providos de uma liberdade absoluta.

O contrato interindividual só poderá ser motivado pela busca da segurança: a fim de escapar do estado de guerra e garantir a segurança, é preciso que cada indivíduo aceite renunciar à liberdade.⁵⁶⁸

Assim determinado, estabelece-se o acordo semântico acerca da essencial inafastabilidade do uso da força legítima pelo Estado, quando questionado para tanto, formando a ideia de *jurisdição* – qual seja: *a presente ideia de “força” apresentada é aquela fundamental para coexistência e interdependência dos valores que fundamentam a existência digna do homem em sociedade para, ao fim, manter sua jornada inevitável de evolução natural*. A expressão e a capacidade, assegurada pelo Estado, de se expressar é – sem dúvida – um legítimo exemplo de respeito ao que há de digno na existência humana.

Como tratado, a necessidade de *prestação da tutela jurisdicional pelo Estado* advém da ideia de que a imposição unilateral da vontade, tendo como limite tão só a autonomia privada, sem parâmetros comuns – ou sociais – não proporcionava o desenvolvimento ideal de uma sociedade, ao contrário, causava prejuízos, estagnação, até mesmo retrocesso da evolução socioeconômica de um grupo de indivíduos.

⁵⁶⁷ Não basta o homem ter todos seus valores de dignidade observados de maneira isolada, deve o Estado garanti-la, também, quando contraposta com os demais valores de dignidades das pessoas que compartilham com ele o meio social, assim como ocorre com todos os demais valores protegidos juridicamente (liberdade, propriedade etc.).

⁵⁶⁸ Billier, Jean-Cassien; Maryioli, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Trad. Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005. p. 139.

No Estado nacional atual, trata-se de direito fundamental do homem a possibilidade de recorrer ao Estado-juiz (guardião do monopólio da tutela jurisdicional) para assim receber uma efetiva resposta apaziguadora de suas relações intersubjetivas, tendo em vista a ideia de que o Estado existe para servir o homem e garantir sua existência com dignidade. Isto é, o Estado-juiz, hoje, é o efetivo tutor dos valores fundamentais estabelecidos para a proteção do cidadão, em face – inclusive – do próprio Estado.

Em alusão ao Judiciário espanhol, como exemplo comparado, Jesús González Pérez coleciona o seguinte posicionamento, decisivo para compreensão do conteúdo e relevância da garantia constitucional da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado: “É doutrina reiterada e uniforme deste Tribunal que uma das proteções do direito fundamental a uma tutela judicial efetiva consiste no acesso à jurisdição, o que significa que todos têm direito a um Tribunal que resolva a fundo as controvérsias de direitos e interesses legítimos, salvo se for impedida por uma razão fundada em um preceito expresso de uma lei, que, por sua vez, seja respeitoso ao conteúdo essencial do direito fundamental da adequada prestação estatal da tutela jurisdicional”.⁵⁶⁹

Segue o julgado sublinhando que o direito à tutela judicial efetiva se satisfaz igualmente quando os órgãos ditam resoluções, apreciando a concorrência de um motivo legalmente previsto que impede o exame de fundo (substancial), de tal forma que uma resolução de inadmissão, ou meramente processual, é, em princípio, constitucionalmente admissível, ressaltando que a interpretação judicial do correspondente obstáculo processual deve ser guiado por um critério *pro actione* que, estando sempre presente a *ratio* da norma e um critério de proporcionalidade entre a entidade do defeito advertido e a sanção derivada do mesmo, não impeçam a cognição substancial de um assunto em função de meros formalismos ou de entendimentos não razoáveis das normas processuais.⁵⁷⁰

E é a partir das premissas supra indicadas que se sugere, neste momento, a defesa do direito fundamental à informação por meio do instrumento da verificação democrática de determinações estatais. Entende-se, e é o que se defende neste trabalho, que a carga democrática é elemento essencial para qualquer tutela estatal, logicamente, com a proporcionalidade necessária para a própria existência de tal atividade.

Por exemplo, teoricamente, ao se pensar na eficácia do direito fundamental à *educação*, uma possível participação e deliberação popular sobre a amplitude territorial de expressão de determinada manifestação cultural de interesse nacional (como um festival nacional de teatro, ou uma nova política pública de incentivo à cultura) dever ter sua legitimação democrática bem

⁵⁶⁹ González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Civitas: Madrid, 2001. p. 37.

⁵⁷⁰ Idem, *ibidem*.

maior do que uma outra simples consulta, também de forma exemplificativa, sobre a abertura de procedimento licitatório para a compra de ‘milhares’ de canetas esferográficas para um determinado concurso de redação do ensino superior de uma determinada Universidade Federal.

E a operacionalização dessa ideia é que se passa a sugerir com o estrito desiderato de viabilizar a tutela da informação para a proteção e a promoção do direito fundamental à educação em um realizável Estado Democrático de Direito.

De acordo com o art. 1.º da CF/88, a decisão sobre os caminhos da atuação do Poder Público pode ser feita de forma participativa (direta) ou representativa (indireta) – por intermédio de representantes escolhidos (ou daqueles escolhidos por estes).

Em suma, o exercício da cidadania, por meio do princípio democrático, define que o titular do Poder – o *povo* – tem o dever de assumir sua posição como detentor deste Poder, definindo, deste modo, os caminhos que o Estado onde vive deve seguir.

Extrai-se desse ponto, como destacado, o *princípio democrático*, que é critério objetivo⁵⁷¹ para a verificação de adequação legal da atividade administrativa, tendo em vista a previsão constitucional de seu obrigatório atendimento, como princípio fundamental, por intermédio, destarte, do necessário *controle social do Estado*.

Segundo Norberto Bobbio, por controle social se entende o conjunto de meios de intervenção, quer positivos quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo.⁵⁷²

O propósito desse empenho é conceder *legitimidade social* à delimitação do direito fundamental à educação e à adequada informação. Contudo, vale ressaltar, não se trata de tarefa simples.

Citar-se-á, neste momento, apenas algumas ideias basilares da sugerida maneira de promoção da tutela estatal da informação aqui indicada, com fulcro no princípio democrático, para verificar a sua conformação ao direito, bem como a sua legitimidade perante a concretização do constitucional exercício de cidadania para quem de direito.

Assim, basicamente, para o alcance do fito mencionado, faz-se necessário verificar a adequada tutela estatal do direito fundamental à informação em três momentos:

⁵⁷¹ Entre outros, tais como: razoabilidade; proporcionalidade e moralidade.

⁵⁷² Bobbio, Norberto; Matteuci, Nicola; Pasquino, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. Coord. da tradução João Ferreira. Brasília, São Paulo: UnB, Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 283.

(a) anterior ao ato: é *obrigação* do Estado – quando da atuação de delimitação do direito fundamental à adequada informação – promover um *amplo esclarecimento* aos cidadãos e estabelecer meios que simplifiquem essas manifestações para o maior alcance social possível, tendo papel ativo os *representantes técnicos* da sociedade na prestação dessas informações elucidativas do ato a ser exarado para, em um momento posterior, viabilizar a consulta social necessária para conferir legitimidade do respectivo ato;

(b) anterior ao ato: é *dever indisponível* do Estado *consultar a sociedade* sobre o ato a ser emanado (consulta direta ou por meio de órgãos representativos) para que se possa vestir a atuação estatal correspondente com o manto de legitimação social. Por certo que o impulso estatal de promoção de uma consulta pública deve ser proporcional ao impacto social que a respectiva tutela da informação resultará. Isto é, a proporção de força e empenho para legitimar uma atuação estatal em prol da informação que, por exemplo, determinará um novo mercado nacional de telefonia celular (banda “d”, por hipótese) deverá ser maior do que o âmbito de força de consulta para a ocorrência de autorização de compras – de forma figurada – do tipo de papel ideal para a boa fiscalização de determinado serviço público, pelos respectivos fiscais administrativos;

(c) após o ato: deve o Estado apresentar um programa que atenda ao princípio do menor impacto econômico e social do cidadão da tutela estatal da informação pretendida, no sentido de viabilizar que este ato, no futuro, não traga efeitos negativos à sociedade que o legitimou naquele dado momento. Como exemplo clássico desse mister, tem-se a escolha de índices de reajustes de preços de determinadas tarifas de conservação de estradas por meio de cobrança de pedágio que, a longo prazo, praticamente – em algumas situações – inviabilizam o uso de estradas por parcelas da população. Ou seja, é obrigação do Estado manter o canal aberto para o permanente controle social de sua atuação e dos seus efeitos ao longo do tempo – sempre de forma dialógica com o cidadão.

Obviamente, os mencionados momentos devem ser observados de acordo com os critérios de *racionalidade, eficiência, economicidade e proporcionalidade*, no sentido de viabilizar a aplicabilidade do controle almejado.

Como posto, na eventual dificuldade do Judiciário em conceber um instrumento viável de promoção da revisão da atuação estatal para o objetivo aqui proposto, indica-se, dentre outros instrumentos possíveis, o auxílio da verificação da respectiva legitimação social, realizada com base no princípio democrático e, por conseguinte, na efetiva participação do cidadão esclarecido na produção e manutenção do ato de tutela da informação, em especial, para promover a melhor viabilização de educação possível.

Segundo Rawls, “podemos partir da convicção de que um regime democrático pressupõe liberdade de expressão e de assembleia, e liberdade

de consciência e de pensamento. Essas instituições não são apenas exigidas pelo princípio da justiça, mas, como argumentava Mill, elas são necessárias para que os negócios políticos sejam conduzidos de maneira racional. Embora a racionalidade não seja garantida por essas ordenações, parece que em sua ausência o curso de ação mais razoável será fatalmente rejeitado, em prol de políticas sugeridas por interesses particulares. Para que o fórum público seja livre e aberto a todos, e permaneça em sessão contínua, todos devem poder participar dele”.⁵⁷³

Ainda, para o autor, “todos os cidadãos devem ter meios de informar-se sobre questões políticas. Deveriam ter condições de avaliar como certas propostas afetam seu bem-estar e quais políticas promovem sua concepção do bem público. Além disso, deveriam ter uma oportunidade equitativa de acrescentar à pauta propostas alternativas para a discussão política. As liberdades protegidas pelo princípio da participação perdem muito de seu valor sempre que os detentores de maiores recursos privados têm permissão de usar suas vantagens para controlar o curso do debate público. Pois, no fim, essas desigualdades possibilitarão que aqueles que estão em melhores condições exerçam uma influência maior sobre a evolução da legislação. Com o tempo, eles tendem a conquistar um peso preponderante na decisão de questões sociais, pelo menos no que se refere àqueles assuntos sobre os quais normalmente concordam, isto é, em relação àquilo que favorece suas circunstâncias privilegiadas”.⁵⁷⁴⁻⁵⁷⁵

De igual maneira, para viabilizar a esperada tutela estatal da informação, como meio de promoção do direito fundamental à educação, o atendimento ao princípio constitucional da publicidade dos atos estatais, como forma de demonstrar – sendo esse seu dever – que está agindo sempre de forma proba, correta, conforme os padrões esperados para, assim, viabilizar o seu controle, também é obrigatório.

Sobre o tema, Carlos Ari Sunfeld afirma que é “evidente que o Estado deve divulgar seus atos, como condição de existência e validade deles, mas não se resumem nisso seus deveres para com a publicidade. Em paralelo, tem

⁵⁷³ Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 246.

⁵⁷⁴ Idem, *ibidem*.

⁵⁷⁵ Ainda, disserta Rawls que “a justiça como equidade começa com a ideia de que, quando princípios comuns são necessários e trazem vantagens para todos, eles devem ser formulados a partir do ponto de vista de uma situação inicial de igualdade, adequadamente definida, na qual cada pessoa é representada de maneira equitativa. O princípio da participação transfere essa noção da posição original para a Constituição, tomada como o mais alto sistema de normas sociais para estabelecer normas. Se o Estado quiser exercer uma autoridade final e coercitiva sobre um determinado território, e se deve (...) (p. 242) (...) assim afetar de forma permanente as expectativas de vida das pessoas, o processo constituinte deve preservar a representação igual da posição original no mais alto grau possível. Por enquanto, pressuponho que uma democracia constitucional pode ser ordenada de modo a satisfazer o princípio da participação” (Idem p. 241).

o dever de agir de modo diáfano, de se franquear ao conhecimento público, de se desnudar, mesmo quando não esteja em pauta a notificação de seus atos. Importa, então, deixar estabelecido que a ampla publicidade no aparelho estatal é princípio básico e essencial ao Estado Democrático de Direito, que favorece o indispensável controle, seja em favor de direito individual, seja para a tutela impessoal dos interesses públicos”.⁵⁷⁶

Isso posto, é inaceitável e inconstitucional acatar uma atuação estatal sem a possibilidade de crivo social de sua formulação e efeitos. A tutela estatal (seja exercitada por qual dos poderes da república), assim como todo ordenamento jurídico, dever ser voltada ao bem do homem/cidadão, conforme os valores de sua dignidade.

CONCLUSÕES

O Estado, para se sublimar como possuidor de um regime ‘*democrático de direito*’, precisa ser capaz de gerir a informação com a estrita finalidade do fim comum e equilibrado desenvolvimento dos partícipes da nação, no sentido de orientar seu povo, justamente para alcançar a aptidão de viabilizar seu desenvolvimento de forma perene e sustentável.

Desse modo, por meio da promoção da educação, inclusive, ao bem tutelar o direito fundamental à informação, o Estado servirá apenas para delimitar a atuação humana, mas, sim, indicará caminhos para que o cidadão persiga o *bem (no sentido estrito do termo) e o desenvolvimento como partícipe de um complexo social necessário para a realização de seus anseios e como instrumento para a concretização dos anseios de seus semelhantes.*

Em uma das possíveis ideias de república, a *res pública* que se encontra no Estado nacional deve ser primordialmente verificada, valorizada e protegida pelo seu povo, pelo simples fato de ser o titular da *coisa* tutelada pelo Estado.

Nessa linha, é a sociedade – de maneira organizada, ou por meio de cada indivíduo – que deve atuar nas primeiras trincheiras de defesa daquilo que é comum, da execução e do gerenciamento das atividades estatais e de toda atuação do Estado que, de alguma forma, reflète em suas vidas – como concretização do dever de *cidadania*.

Destarte, a tutela da informação para uma adequada educação desponta como a atividade proativa de quem é *cidadão* – participativo e ativo para o seu desenvolvimento individual e intersubjetivo.

É de se registrar, por outro viés, que a eventual situação passiva e inerte do cidadão diante de tais deveres abre perigosas brechas para que aquele que detém o poder possa exercê-lo de forma abusiva, tratando-o de forma a

⁵⁷⁶ Sundfeld, Carlos Ari. *Fundamentos do Direito Público: Malheiros*. p. 178.

desvia-lo de sua finalidade ou utilizando-o de forma além das fronteiras de sua respectiva autorização legal para tanto.

Vale lembrar que o Estado, nos moldes democráticos aqui sugeridos, ainda se apresentar como uma indispensável engrenagem da máquina pública concatenada para o contínuo oferecimento de proteção e de promoção do bem comum – geral ou individualizado – da segurança nacional e da manutenção da paz social. Para tanto, é primordial que sua performance se apresente na mais pura transparência.

Dessa forma, outra característica legal que se ressalta na tutela estatal é o necessário contato aberto com a população, com o fito de viabilizar a verificação de sua atuação conforme os parâmetros legais e de direito preestabelecidos.

Isso é, a sociedade deve estar ciente de suas ações (e omissões) que, para serem socialmente legítimas, precisam ser amplamente divulgadas, examinadas e chanceladas pelo cidadão, seja via internet, imprensa escrita, rádio, TV, ou até mesmo pelo contato direto entre cidadão e o Estado⁵⁷⁷.

Trata-se da necessária realização da democratização da informação pelo Estado. O grau de difusão de informação – qualitativa e quantitativamente – ao cidadão é o meio efetivo para aferir a extensão do exercício de controle democrático de determinado Estado.

Como supra defendido, o cidadão, cada vez mais deve assumir seu dever de participação no Estado em que vive. Afastar-se da postura passiva não é mera virtude de poucos interessados, ao contrário, é dever de todos que usufruem das benesses de uma sociedade organizada.

O engajamento popular para contínua construção de um Estado melhor deve fazer parte do cotidiano de todos os seus partícipes, com a devida repartição de competências para o alcance dessa constitucional missão.

O início, o aprimoramento e a percepção de desenvolvimento *multissetorial* decorrente dessas políticas perpassam pela educação, sem dúvida.

Logo, um povo que participa das decisões vetoriais do seu Estado é um povo que se compromete com o seu próprio futuro, tornando o conjunto comprometido com cada elemento que o transforma em sociedade inserida em um Estado Democrático de Direito⁵⁷⁸.

Promover o bem estar do povo é a proposta vital do Estado e dos seus governantes e começa com a satisfação de suas necessidades materiais. Contudo, não deve o povo esperar de braços cruzados a salvação pelo Estado. Precisa, sim, ter consciência que a máquina estatal é um instrumento que, como outros, depende da boa habilidade de manejo.

⁵⁷⁷ Por exemplo, via audiências públicas.

⁵⁷⁸ V. GALLIGAN, Denis J. *Due Process and Fair Procedures: a Study of Administrative Procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 129 ss.

Sair da situação passiva, com o fito de auto investimento em bem estar, é essencial para o amadurecimento social com vistas ao desenvolvimento de um povo. Deixar a posição de latência significa voltar os olhos a si próprio, perceber os defeitos e as virtudes, e equalizá-las para que cada indivíduo encontre sua possibilidade de contribuição à sociedade que faz parte.

A busca do atendimento à adequada educação, por intermédio da qualificada informação representa uma corrente promissora, desde sempre.

Ou seja, a partir de '*boa informação e formação*' e com o cumprimento do dever que cada um possui de propagá-las, conforme seu núcleo essencial de desenvolvimento intersubjetivo, torna-se possível avistar a realização da almejada sociedade mais justa, livre e solidária expressa no art. 3º da CF/88. Isso porque, ter o direito de educação de qualidade é tão importante quando ter a responsabilidade da boa informação.

Conforme as ideias de Confúcio, quando o povo reforma a si próprio e tem noção de vergonha, a lei e, por conseguinte, a ameaça de punição não precisarão ser evocadas. Continua afirmando que a orientação pela virtude, entretanto, não pode ser efetiva a menos que o governante dê um exemplo moral para o seu povo.

Segundo o mestre chinês que viveu entre 551–479 a. C.: *Governar é corrigir. Se você der exemplo ao ser correto, quem ousaria continuar sendo incorreto?*⁵⁷⁹

Explica, adiante, que existe uma perspectiva negativa e outra positiva dessa ideia de '*governar é dar exemplo*'. O ponto negativo é que se o próprio governante falha em ser correto, mas insiste em punir seus administrados por serem incorretos, estará se colocando acima da lei, e o povo terá consciência da *injustiça*.

Por outro lado, o ponto positivo é que o povo sempre olha para os seus melhores homens, e se aqueles em posição de autoridade dão exemplo, isso será imitado mesmo se o povo não receber ordens para assim fazer. Afirma Confúcio: "se um homem é correto, então haverá obediência sem que ordens sejam dadas; mas se ele não é correto, não haverá obediência, mesmo que ordens sejam dadas".

Observa-se nessas passagens como o sentimento de esperar uma adequada gestão pública do Estado não é algo novo, ou é uma grande luz advinda de sofisticadas elucubrações administrativistas contemporâneas, mas, sim, é uma básica lição proveniente de ideias humanas clássicas, tal como aqui representada por Confúcio.

Indica-se, então, olhar primeiro para o bem consolidado tronco clássico das ideias e usá-lo para o fim último de trazer o bem ao homem em sua vida real; não apenas nas promessas sempre futuras, como alguns pregam, sem

⁵⁷⁹ In Conforme CONFÚCIO. *Os Analectos*. Trad. do inglês de Caroline Chang. Trad. do chinês de Dim Cheuk Lau. L&PM, Porto Alegre: 2009.

compromisso de gestão da informação e da educação com necessária doação de si para o que é de todos.

Em outras palavras, os ocupantes do ônus de tutela da informação – para uma adequada educação – precisam finalmente agir em prol dos cidadãos, ao máximo de suas possibilidades, com os instrumentos disponíveis para tal fim constitucional e com o estrito objetivo de melhorar a vida e os viventes do Estado.

Então, talvez, para a efetiva e esperada realização da esperada educação quantitativa e qualitativamente adequada para todos e para cada um, efetivamente por meio – inclusive – do eficiente, eficaz e efetivo manejo do direito fundamental à informação em um real Estado Democrático de Direito, basicamente, faz-se necessária a vergonha do errado, o orgulho do correto e a esperança e a fé de que o melhor sempre poderá ser superado – como, sem medo de errar, persegue incansavelmente o *Prof. L. E. Fachin*.

REFERÊNCIAS

- Bacellar Filho, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- Bester, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005. v. 1.
- Billier, Jean-Cassien; Maryioli, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Trad. Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.
- Bobbio, Norberto; Matteuci, Nicola; Pasquino, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. Coord. da tradução João Ferreira. Brasília, São Paulo: UnB, Imprensa Oficial do Estado, 2000
- CLÈVE, Clèmerson Merlin, A Administração Pública e a nova Constituição, *Revista de Jurisprudência Brasileira*, 155/12.
- CONFÚCIO. *Os Analectos*. Trad. do inglês de Caroline Chang. Trad. do chinês de Dim Cheuk Lau. L&PM, Porto Alegre: 2009.
- Dallari, Adilson Abreu. Controle político das agências reguladoras. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 18, p. 13-21, 2003
- Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. *Elementos de direito municipal*. São Paulo: RT, 1993.
- FRANÇA, Phillip Gil. O Controle do Ato Administrativo. 5. Ed. RT. São Paulo. 2021.
- FRANÇA, Phillip Gil. O Controle da Administração Pública. 4. Ed. Saraiva. São Paulo. 2016.
- GALLIGAN, Denis J. *Due Process and Fair Procedures: a Study of Administrative Procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Civitas: Madrid, 2001
- Häberle, Peter. *Direitos fundamentais no estado prestacional*. Trad. Fabiana Okchstein Kelbert, Michael Dietmar Donath. – Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2019. p. 59.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- Molinari, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007
- Pazzaglini Filho, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2000.
- Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- Eficácia dos Direitos Fundamentais. 13ª Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- Sundfeld, Carlos Ari. *Fundamentos do Direito Público: Malheiros*.
- V. GALLIGAN, Denis J. *Due Process and Fair Procedures: a Study of Administrative Procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

CORPOS MORTOS, CORPOS TENSOS E CORPOS REEDUCADOS

Claudia Cristina Hoffmann⁵⁸⁰, Thimotie Aragon Heemann⁵⁸¹

INTRODUÇÃO

Mulheres têm sido ameaçadas, estupradas, agredidas e mortas por homens. São dramas, em sua grande maioria, anônimos e alguns outros se destacaram na mídia. Essa violência provoca sofrimentos psicológicos, intelectuais, físicos, sexuais e morais com o objetivo de coagir, humilhar, castigar, submeter e punir¹.

Adotando a definição da filósofa Marilena Chauí², a violência é “a ação que trata o ser humano não como sujeito, mas como objeto. Há violência quando uma diferença é transformada e tratada como desigualdade”. Transformações sociais e culturais são necessárias para que o machismo, o poder e a violência deixem de ter caráter positivo, bem como se faz urgente a percepção de que os espaços de poder são ocupados, mantidos e eternizados pelos homens.

Nesse sentido, podemos afirmar que falta humanização nas políticas públicas, nos atendimentos e encaminhamentos, e isso é uma continuidade da violência. Como se os números da violência contra as mulheres e todas as consequências negativas que vêm junto não fossem suficientes para sensibilizar o mundo.

O patriarcado sobrevive, resiste e se pretende criminosamente eterno, pautado nos benefícios que lhe convém, advindos da desigualdade de gênero.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena (1993) reconheceu que a violência contra mulheres constitui uma violação de direitos humanos. A IV Conferência Mundial das Nações Unidas sobre as Mulheres, em Pequim (1995), conseguiu que os governos dos países representados se comprometessem a fazer um balanço, a combater as violências contra

⁵⁸⁰ Mestra em Sociedade, Cultura e Fronteiras pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná -UNIOESTE, historiadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos do Ministério Público do Estado do Paraná (CAOPJDH/MPPR) e integrante do Núcleo de Promoção de Igualdade de Gênero- NUPIGE/MPPR. E-mail: cchoffmann@mppr.mp.br

⁵⁸¹ Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, atualmente na Comarca de Campina da Lagoa/PR. Colaborador no Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Direitos Humanos do Ministério Público do Estado do Paraná (CAOPJDH). Colaborador do Núcleo de Promoção da Igualdade Étnico-Racial (NUPIER) do Ministério Público do Estado do Paraná. Palestrante. Professor de Direito Constitucional e Direitos Humanos do Curso CEI, da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR) e da Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP). Autor de livros e artigos jurídicos. E-mail: taheemann@mppr.mp.br.

as mulheres e a desenvolver estruturas de apoio às vítimas. E foram as lutas feministas que mudaram leis. Mas as mudanças verificadas nas leis são acompanhadas de práticas que perpetuam o não reconhecimento das violências sofridas pelas mulheres. Apesar de haver pressão internacional para lembrar aos poderes públicos o compromisso de agir contra as violências feitas às mulheres, estima-se que os atos de violência contra elas são muito numerosos e ainda pouco denunciados.

Antes de convocarmos a sociedade a se comprometer com uma ação de ruptura com a violência de gênero, precisamos refletir sobre sua origem e seus conceitos. As violências praticadas contra as mulheres devido ao seu sexo assumem múltiplas formas. Para Carme Alemany³, elas englobam todos os atos que por meio de ameaça, coação ou força, lhes infligem, na vida privada e pública, sofrimentos físicos, sexuais ou psicológicos com a finalidade de intimidá-las, puni-las, humilhá-las, atingi-las na sua integridade física e na sua subjetividade.

O sexismo vulgar, a pornografia, o assédio sexual no local de trabalho também se incluem aí. Aqui, nosso interesse maior está em desenvolvermos as violências corporais que, como expressão de relações de poder masculino e sexualidade, fazem parte da aprendizagem da virilidade, e são em geral legitimados socialmente. Ferindo diretamente muitas mulheres, privando-as da sua liberdade de ir e vir, do seu sentimento de segurança, da sua autoconfiança, da sua capacidade de construir relacionamentos, de seu gosto pela vida, essas violências se referem e afetam todas as mulheres que são vítimas potenciais e constituem como uma das formas extremas de relação entre os sexos.

A reflexão de Hooks⁴ é importante para a conscientização histórica quando utiliza o termo “violência patriarcal” em vez de “violência doméstica”, mais comum, pois ele constantemente lembra o ouvinte que violência no lar está ligada ao sexismo e ao pensamento sexista, à dominação masculina.

Pierre Bourdieu⁵ em “A dominação masculina: a condição feminina e a violência” destaca que precisamos nos perguntar quais mecanismos históricos são responsáveis pela eternização das estruturas da divisão sexual e dos princípios de divisão social. E que colocar o problema da violência nesses termos é marcar um progresso decisivo na ordem de ação de mudança. Ou seja, o Estado, a Escola, a Igreja, as instituições, mídia e sociedade ainda aceitam uma política de vida cotidiana marcada pela violência e morte daqueles que são considerados invisíveis. O conceito de Necropolítica criado por Achille Mbembe cabe aqui como um exemplo de prática de “política de morte” contra mulheres ao se considerar a falta de políticas públicas realmente eficazes para romper com a violência contra elas, no sentido em que os soberanos escolhem quem vive ou não.

Para Vera Lúcia Puga⁶ as sociedades detêm as rédeas da violência, porém, conforme estudiosos, a mesma sociedade solta essas amarras quando lhes convém, dando a certos indivíduos licenças para a agressão. As sociedades criam

os chamados álibis para que as pessoas possam digladiar, fugir ao estado de paz. Para Peter Gay⁷, existem três álibis: um é da concorrência, o segundo, a construção do outro conveniente, e o terceiro constitui-se no culto da masculinidade. Durante a História assistiu-se agressões às mulheres, seja por extermínio ou eliminação por serem consideradas seres inferiores, a estratégia foi (e ainda é, infelizmente) retirar a humanidade do outro para que, sem culpa, pudessem ser autorizados ao massacre conveniente. Ou seja, a violência é tolerada, ajeitada, proibida, encorajada e legitimada, possuindo valoração positiva ou negativa. E a agressividade é confinada e domada por regras, proibições e autolimitações quando não cabe nos álibis citados acima. Assiste-se à violência cotidiana como um cenário natural, quando, na verdade, ele foi naturalizado.

No Brasil, as mulheres têm sido violentadas por companheiros, namorados e maridos. Independente da condição social, de uma forma ou de outra as agressividades constataam também a subordinação feminina e o poder dos homens sobre as mulheres. Dramas anônimos ou públicos naturalizados que denunciam uma ação ainda omissa do Estado diante dos corpos femininos, vivos ou mortos.

Até o dia 02 de novembro de 2019, o Estado do Paraná tinha registrado 847⁸ casos de feminicídios, desde a instauração da Lei nº 13.104/2015, em 08 de março de 2015. Estatísticas de crimes cometidos em contexto de violência contra a mulher são naturalizadas pela sociedade de tal forma que é possível afirmar que: a) a segurança das mulheres ainda não é prioridade do Estado e, b) que mesmo os requintes de crueldade nos crimes não impactam a sociedade a ponto de se repensar a educação para as relações de gênero como uma forma urgente de prevenção.

Os índices de violência contra a mulher foram catapultados pela pandemia do novo coronavírus (Sars-CoV-2), reposicionando o Brasil no indigesto *ranking* dos países mais inóspitos para meninas e mulheres⁹. A ONU Mulheres apontou que a violência contra as mulheres e meninas é ainda uma pandemia invisível¹⁰, intensificada pelo isolamento e confinamento com parceiros agressivos.

Diante desse cenário cruel, provocamos o leitor para tentar se colocar no lugar das vítimas por um único instante; afinal; em nossa opinião, a sensibilidade é um pré-requisito necessário na busca por soluções efetivas no combate à violência contra a mulher.

As narrativas que seguem na introdução deste trabalho são histórias reais de mulheres vítimas de feminicídio, extraídas de inquéritos policiais que resultaram em denúncias feitas pelo Ministério Público do Paraná (MPPR)⁵⁸², e estão aqui, exclusivamente para esse texto em primeira pessoa, como uma forma de “vê-las e ouvi-las”.

⁵⁸² Amanda Filas Licnerski, estagiária do MPPR, colaborou nesse trabalho, descreveu os inquéritos e os narrou em primeira pessoa, em 2017.

Eu tinha terminado um relacionamento. Meu ex-companheiro, sem aceitar o rompimento de nossa relação, resolveu, cruelmente, “se vingar”: com a intenção de me matar, foi até a minha casa. Lá, ele desferiu golpes de machado contra mim, me causando diversas lesões. Essa foi a causa eficiente de minha morte. Tudo aconteceu na presença de nossas filhas: duas meninas, com 6 e 5 anos na época, viram sua mãe ser morta.

Era tarde da noite e eu estava em casa. Foi quando meu ex-marido, com a intenção de me matar, golpeou minha cabeça várias vezes, causando diversos ferimentos, com uma barra de ferro. A barra tinha 78 centímetros. Ele, homem, estava inconformado por eu estar envolvida emocionalmente com outra pessoa. Eu, mulher, morri.

Sou mulher e tinha 31 anos na época dos fatos. Eu estava em minha casa quando tudo começou. Fui ameaçada de morte pelo meu esposo: ‘fique esperta comigo, demônio, *vô te mata*; eu vou te matar, eu vou pendurar *tua* cabeça na porta’. Além de ameaçar, ele também fez. Eu estava deitada em nossa cama, quando ele pegou um facão e me golpeou, atingindo meu ombro. Ele só não conseguiu o que queria, pois, minha filha, menor de idade, viu a situação e acertou uma jarra de vidro em sua cabeça. Com isso, ele parou; mas a agrediu: a segurou pelo pescoço e bateu sua cabeça no chão. Nós estamos vivas. Agredidas e machucadas, mas, por circunstâncias alheias à vontade de meu marido, vivas.

Era noite. Eu, mulher e em situação de prostituição, estava em uma grande avenida da cidade, trabalhando. De repente, um carro parou em minha frente: um suposto cliente, me chamando para entrar, por 80 reais. Entrei e ele exigiu que eu fizesse sexo oral nele sem preservativo. Recusei. Nessa hora, de surpresa, vi suas mãos em meu pescoço: fui esganada até minha morte. Depois, minhas roupas foram espalhadas. Meu corpo, nu, foi arrastado para dentro de uma plantação de milho, local em que fui deixada. Fui encontrada morta 12 horas depois.

Após a realização desta pequena e importante homenagem às mulheres vítimas de violência, não nos parece ser necessário um esforço hercúleo do leitor para perceber o quão fértil o Brasil se tornou para a escalada dos níveis de violência. Mulheres e meninas brasileiras vivem em tempos de cólera e sem a certeza do amanhã¹¹. Neste trabalho, propusemo-nos a realizar um diagnóstico do fenômeno da violência contra a mulher no Estado do Paraná mediante a utilização de dados coletados no período anterior à pandemia da Covid-19. O artigo desenvolve-se a partir de uma classificação tripartite idealizada pelos autores: *corpos mortos* (mulheres vítimas de feminicídio), *corpos tensos* (mulheres protegidas por medidas protetivas de urgência e/ou inseridas em um ciclo de violência) e *corpos reeducados* (homens autores de violência doméstica que frequentam os chamados “grupos reflexivos para autores de violência doméstica”).

1 CORPOS MORTOS: O CRIME DE FEMINICÍDIO

Dados estatísticos revelam que uma a cada três mulheres brasileiras sofre alguma forma de violência de gênero ao longo da vida¹². A maioria das agressões ocorre no seio familiar, tendo em vista que, aproximadamente, 43,1% (quarenta e três vírgula um por cento) dos casos acontecem no interior da residência das vítimas¹³. Especificamente em relação ao feminicídio, os parceiros íntimos são responsáveis por 38% (trinta e oito por cento) das mortes violentas de mulheres no Brasil¹⁴.

Em abril de 2017, o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção aos Direitos Humanos (CAOPDH), por intermédio do Núcleo de Promoção de Igualdade de Gênero (NUPIGE), realizou um estudo visando a obter informações acerca do número de mulheres vítimas de feminicídio no estado paranaense durante o ano de 2016, em comparação com o total de mulheres que foram assassinadas no mesmo período. O resultado final da pesquisa abrange tanto os homicídios motivados pela condição do gênero (femicídio) quanto os homicídios comuns (femicídio)⁵⁸³.

Em um primeiro momento, foram reunidos dados estatísticos obtidos via DATA-SUS, por meio de um sistema de informações sobre mortalidade (SIM), que possui como principal funcionalidade o registro regular de dados sobre mortalidade em todo o território nacional. O SIM foi criado pelo Ministério da Saúde em 1975 e é produto da unificação de mais de quarenta modelos de aferição de dados utilizados ao longo de mais de quatro décadas.

O SIM possui variáveis qualitativas e quantitativas que permitem, a partir da *causa mortis* atestada pelo médico e inserida na certidão de óbito, construir indicadores e processar análises epidemiológicas que contribuam para a eficiência da gestão em saúde¹⁵. O SIM foi informatizado em 1979 e, 12 anos depois, com a implantação do SUS e sob a premissa da descentralização passou a ter a coleta de dados repassada à atribuição dos Estados e Municípios, através das suas respectivas Secretarias de Saúde.

A partir daí os dados registrados no DATA-SUS para o Paraná foram repassados pelas pela Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (SESA) e pelas secretarias municipais dos 399 municípios paranaenses. Em 2016, de acordo com o SIM, 233 mulheres morreram no estado pela causa externa registrada no sistema como “agressão”. Em síntese, ocorreram 233 mortes de mulheres no Paraná naquele período, dentre femicídeos e feminicídeos.

⁵⁸³ Lembramos ao leitor que nem toda morte violenta de mulher é caracterizada como feminicídio. Caso o delito seja praticado contra a vítima mulher por razões da condição de sexo – aqui, preferimos a utilização da expressão “gênero” - feminino, estar-se-á diante de um feminicídio, nos termos do artigo 121, §2º, VI, do Código Penal. Por outro lado, uma vez não verificada a condição de gênero em um caso de morte feminina, o caso é caracterizado como femicídeo.

Em um segundo momento, a partir das informações do SIM, procedeu-se à busca no sistema PROMP, a partir do filtro “feminicídio”, e tendo por base o número de denúncias de feminicídios consumados que tenham ocorrido no ano de 2016 no Paraná. Chegou-se, então, ao número de 61 casos, sendo que 57 casos resultaram denúncia e, nos outros 4 casos, os inquéritos policiais foram arquivados por se tratarem de casos de feminicídio seguido de suicídio do agressor (nesse caso, arquiva-se a investigação pela morte do autor, nos termos do artigo 107, inciso I, do Código Penal).

Importante destacar que este número diz respeito apenas aos casos de feminicídios que: 1. registrados a partir do filtro “feminicídio” no sistema PROMP; 2. foram tipificados como tal pelo (a) promotor (a) de justiça na denúncia oferecida ao Juízo Criminal e; 3. foram consumados, excluindo-se os feminicídios tentados, em que o delito não se configurou por circunstâncias alheias à vontade do denunciado. Ainda, foram excluídos deste rol os casos sigilosos, cuja denúncia não pôde ser analisada e os inquéritos policiais ainda em andamento.

A partir dos dados amealhados, foi possível realizar uma primeira análise a respeito de qual é a porcentagem de feminicídios presente dentro do cenário de homicídios de mulheres ocorridos no Paraná em 2016. Do total de 233 assassinatos, pelo menos 61 podem ser classificados como feminicídios, em que a mulher foi assassinada por (ex)conviventes, (ex)maridos, (ex) namorados e/ou familiares, correspondendo a 26% do total de mortes violentas de mulheres (Gráfico 1).

Este número, como citado anteriormente, pode não ser o número real, afinal; há casos denunciados como homicídios pelo (a) promotor (a) de justiça que não estão registrados sob esse filtro “feminicídio” no PROMP, e ainda, casos de feminicídios que não são investigados e/ou denunciados como a respectiva capitulação, em razão da ausência de uma análise pela autoridade policial e pelo membro do Ministério Público a partir da perspectiva de gênero, conforme propõe a vertente filosófica do Direito Constitucional conhecida como “constitucionalismo feminista”¹⁶ e a ainda a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁷. Por fim, devemos ainda levar em consideração a existência de potenciais subnotificações em casos de feminicídio que sequer chegam ao sistema de justiça criminal com o correto enquadramento penal.

Em uma comparação com os dados do Mapa da Violência – Homicídio de Mulheres de 2015, descobriu-se que 50,3% dos homicídios de mulheres no Brasil são cometidos por pessoas com as quais a vítima já possuía algum grau de contato anterior. No Estado do Paraná, esse percentual é de 26%, o que colocaria o estado numa posição mais favorável, quando comparado com o cenário nacional.

Assim, diante do atual contexto, no qual muitos casos ainda se encontram em andamento e outros tantos sob sigilo ou subnotificados, parece-nos evidente que os números reunidos no presente trabalho são ainda maiores, o que reforça a importância do debate diário sobre a violência contra a mulher no Brasil e respectivas estratégias de contenção da escalada dos casos, como a capacitação e a conscientização de todos (as) os (as) envolvidos (a) na tarefa difícil – porém possível – e digna de ser realizada: a efetiva promoção da igualdade de gênero e a consequente redução dos casos de feminicídio em território brasileiro.

Gráficos e Estatísticas da pesquisa

Gráfico 1

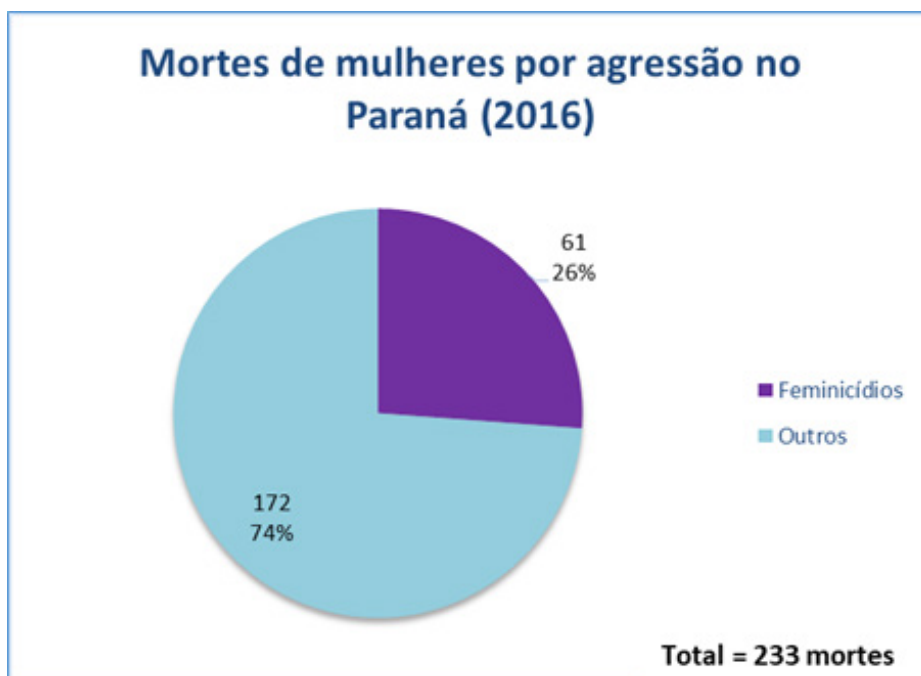
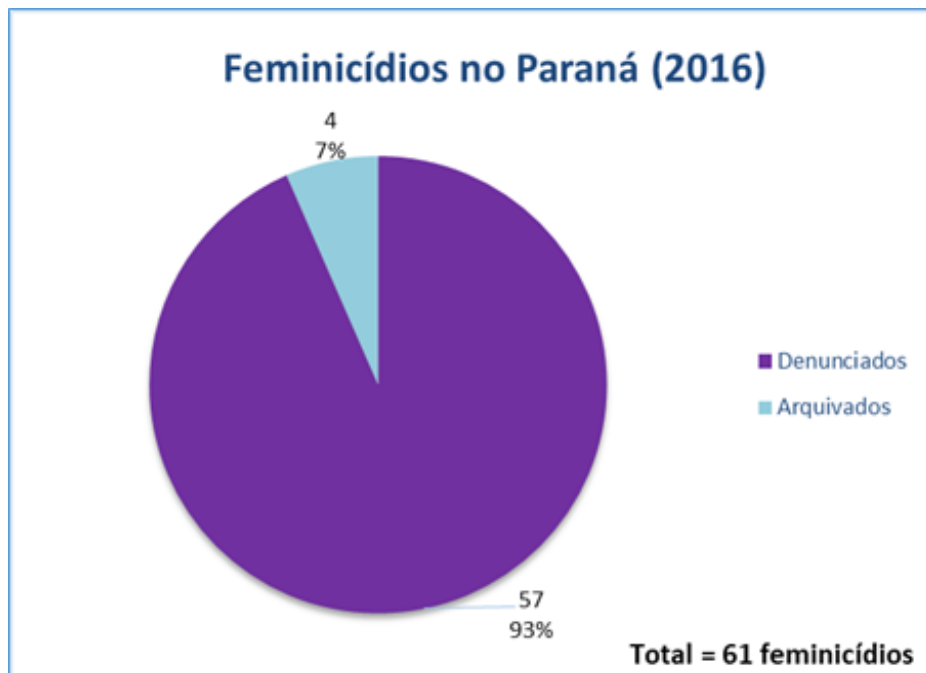


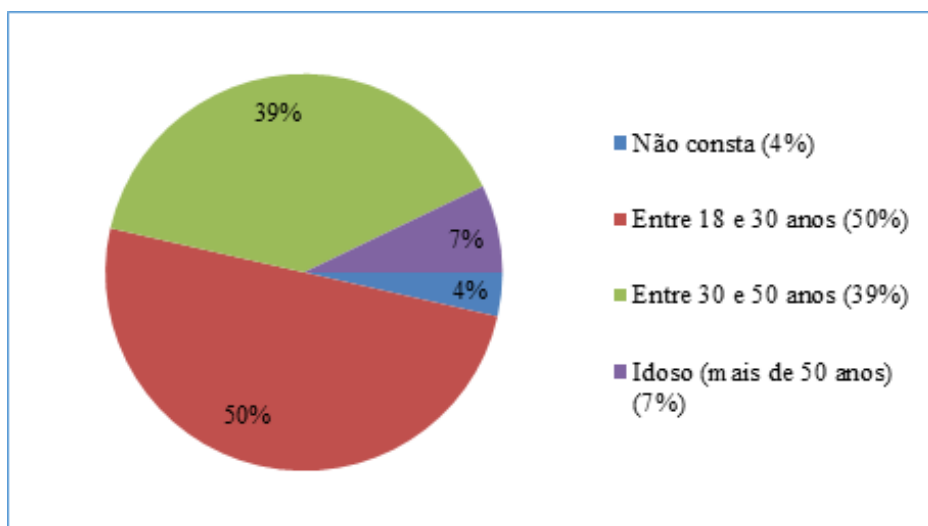
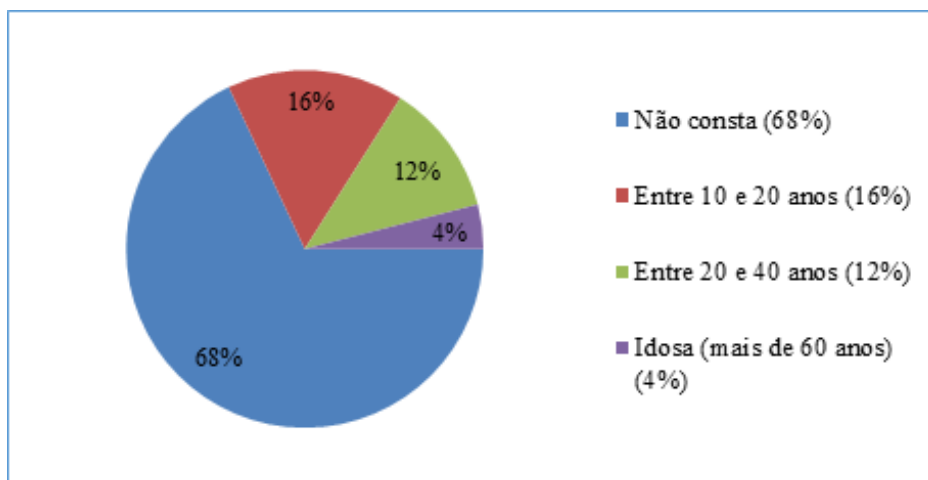
Gráfico 2



1.1 ESTUDO DE CASO: 25 EXEMPLOS DE INQUÉRITOS POLICIAIS ENVOLVENDO O CRIME DE FEMINICÍDIO COM REQUINTES DE CRUELDADE

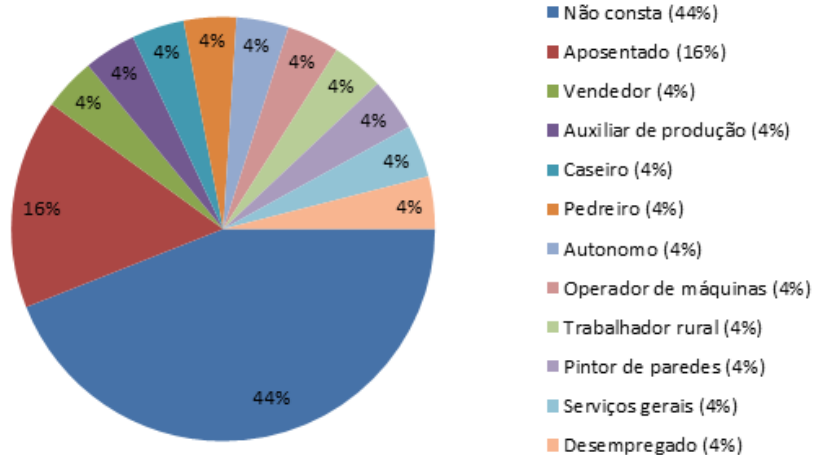
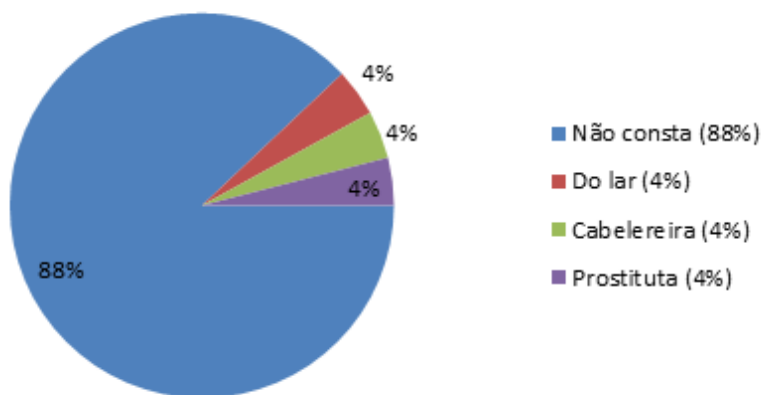
Dos 25 casos analisados pelo CAOP Direitos Humanos no MPPR, em 68% dos inquéritos, não consta a idade da agredida (16% tinham entre 10 e 20 anos, 12% tinham entre 20 e 40 anos e 4% possuíam mais de 50 anos), já sobre a idade do agressor, em apenas 4% dos inquéritos não consta a idade (50% tinham entre 18 e 30 anos, 39% tinham entre 30 e 50 anos e 7% possuíam mais de 50 anos), conforme ilustração:

Gráficos 3



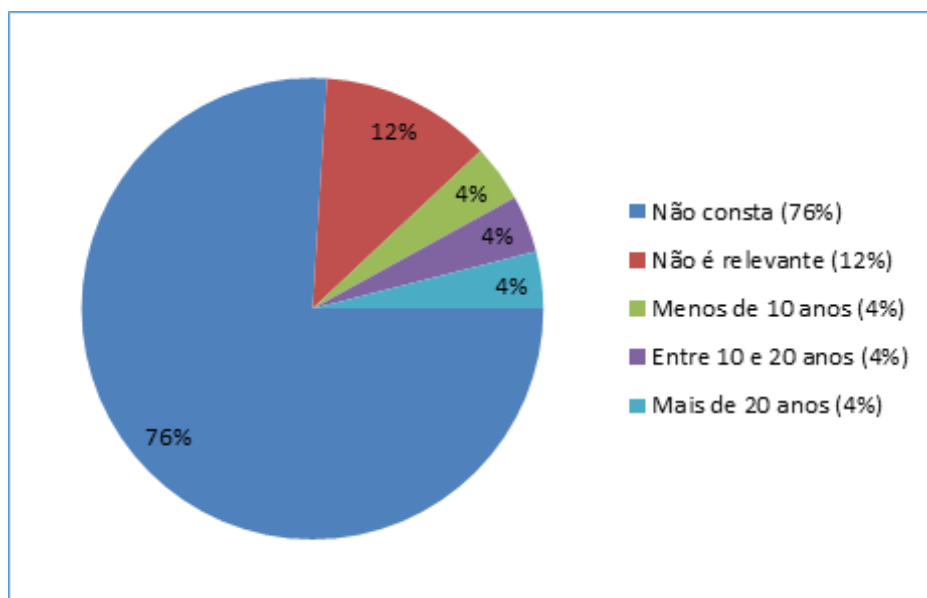
A ocupação profissional da vítima não consta nos inquéritos em 88% dos casos (4% são do lar, 4% cabeleireiras e 4% prostitutas). No caso dos agressores, em 44% dos inquéritos não constam sua ocupação (16% são aposentados, 4% vendedores, 4% auxiliar de produção, (4% caseiros, 4% pedreiros, 4% autônomos, 4% operadores de máquina, 4% trabalhador rural e 4% médicos), conforme ilustração:

Gráficos 4



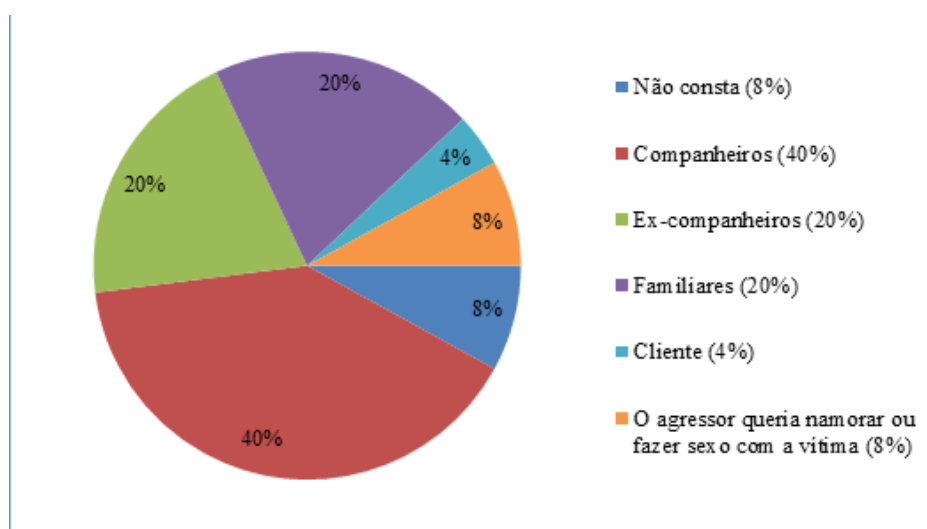
O tempo da relação entre o agressor e a vítima, não consta no inquérito em 76% dos casos. Em 12% dos casos, o tempo de relação não é relevante, visto que engloba relações do tipo mãe e filho ou cliente e profissional. (Em 4% dos casos as relações tinham menos de 10 anos, 4% entre 10 e 20 anos e 4% mais de 20 anos), conforme ilustração:

Gráfico 5



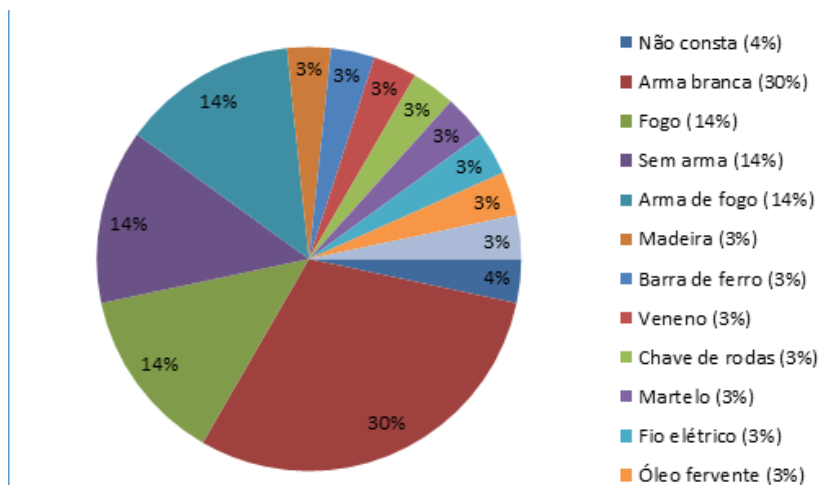
O tipo de relação entre o agressor e vítima não consta em 8% dos inquéritos policiais (40% eram companheiros, 20% ex-companheiros, 20% familiares, em 8% dos casos o agressor queria namorar ou ter relação sexual com a vítima e em 4% dos casos havia relação cliente/profissional), conforme ilustração:

Gráfico 6



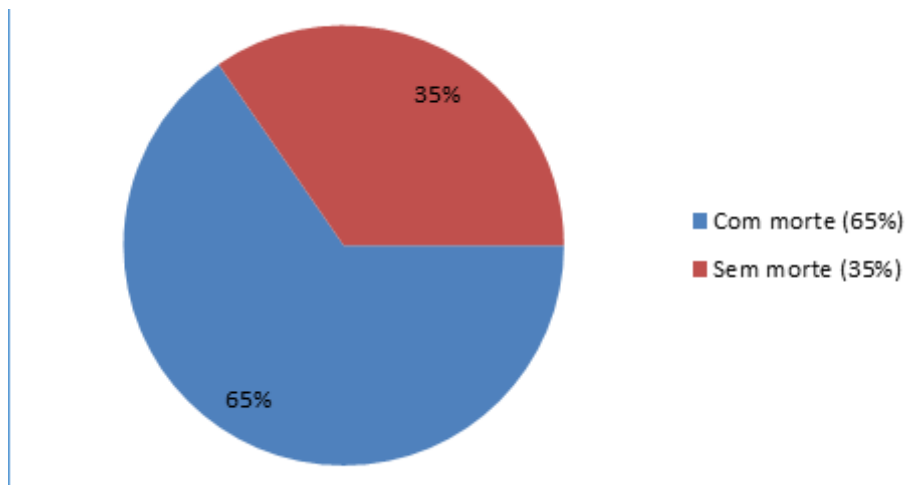
Em 4% dos inquéritos, não consta qual arma foi utilizada no crime, na maioria dos casos (30%) houve o uso de arma branca, em 14% utilizou-se arma de fogo, em 14% dos crimes não houve a utilização de arma branca ou de fogo (3% utilizaram barra de ferro, 3% veneno, 3% chave de rodas e 3% martelo), conforme ilustração:

Gráfico 7



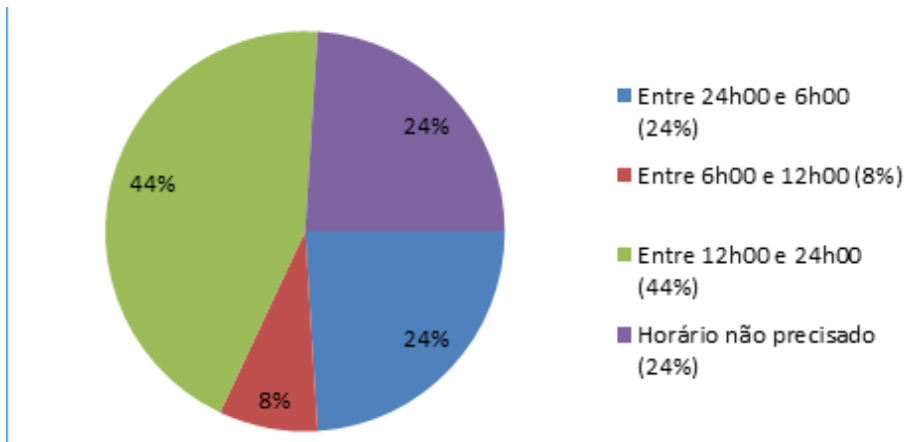
Em 65% dos casos houve a morte da vítima, nos outros 35% ocorreram tentativas.

Gráfico 8



Em relação ao horário em que os feminicídios foram cometidos, 24% dos casos ocorreram entre 24h00min e 06h00min, 8% ocorreram entre 06h00min e 12h00min, 44% ocorreram entre 12h00min e 24h00min e em 24% dos inquéritos o horário do crime não foi precisado, conforme segue ilustração:

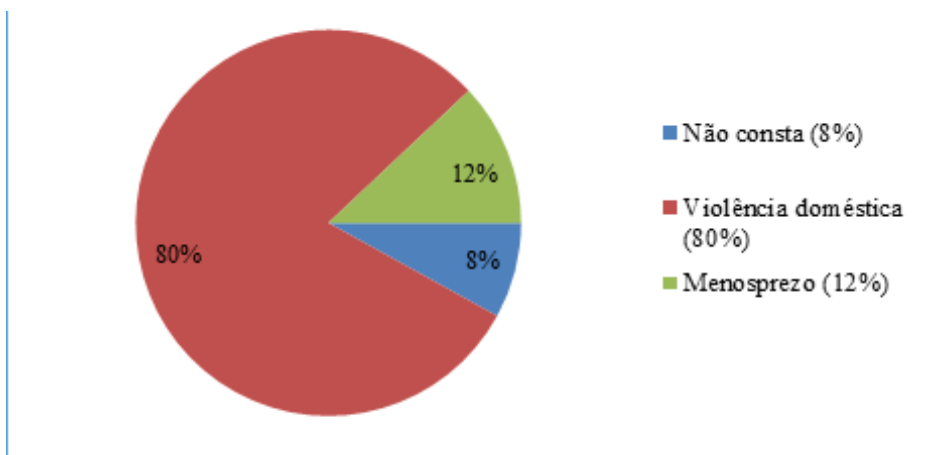
Gráfico 9



Nenhuma das vítimas dos 25 casos analisados estava grávida ou tinha filho recém-nascido.

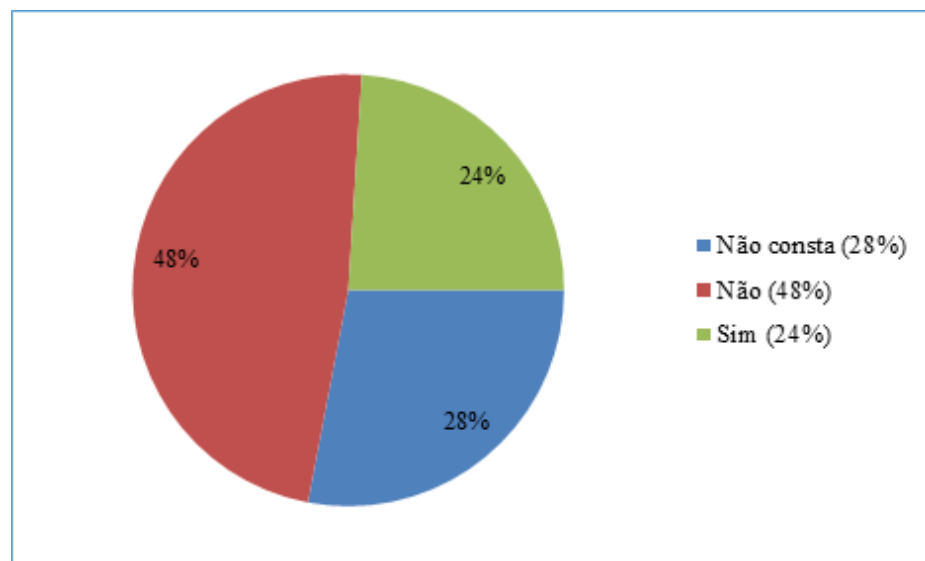
Em relação a motivação do crime, 80% dos casos o crime ocorreram por motivos relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, em 12% dos casos houve menosprezo ao sexo (gênero) feminino e em 8% dos inquéritos não consta a motivação do crime.

Gráfico 10



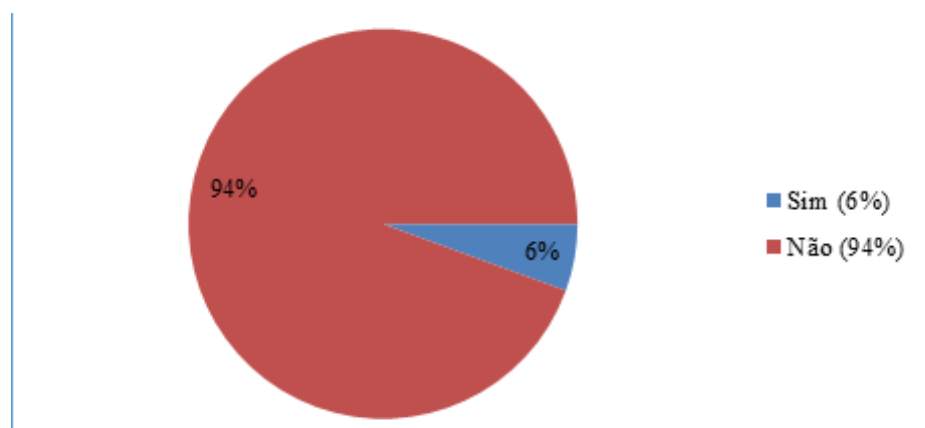
Em relação a presença de outras pessoas, 24% dos crimes contaram com a presença de testemunha ocular e em 48%, não. Em 28% dos inquéritos não consta a informação.

Gráfico 11



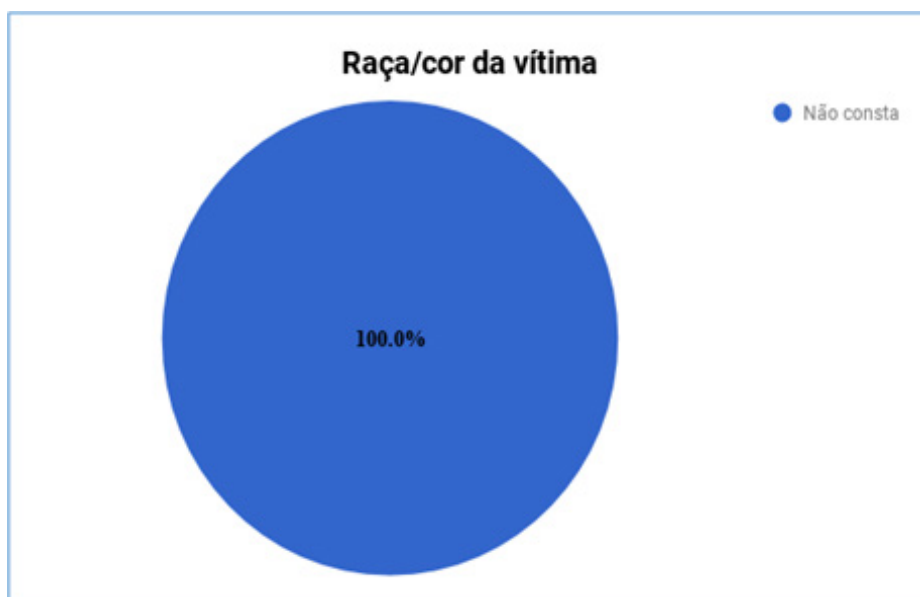
Em relação às vítimas do crime além da mulher, em 6% dos casos, outra pessoa, além da ofendida, foi assassinada pelo agressor, ao passo que em 94% dos casos isso não ocorreu.

Gráfico 12



Dos 25 casos analisados pelo CAOP Direitos Humanos no MPPR, em nenhum deles consta a raça/cor da vítima – dado que seria de extrema importância para identificar a interseccionalidade⁵⁸⁴ da violência de gênero envolvendo vítimas negras.

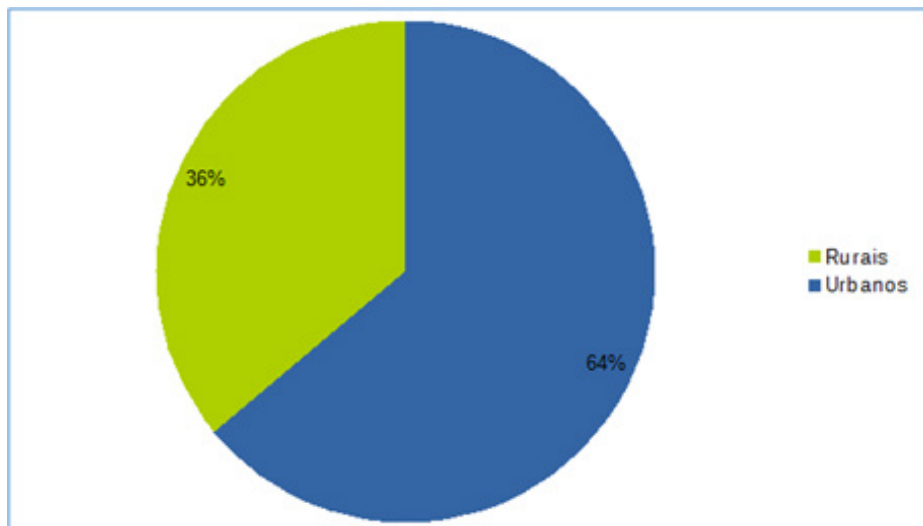
Gráfico 13



Nos 25 casos analisados pelo CAOPJDH, 36% das mulheres vivem no campo, ou seja, são mulheres rurais, e 64% vivem nas localidades urbanas.

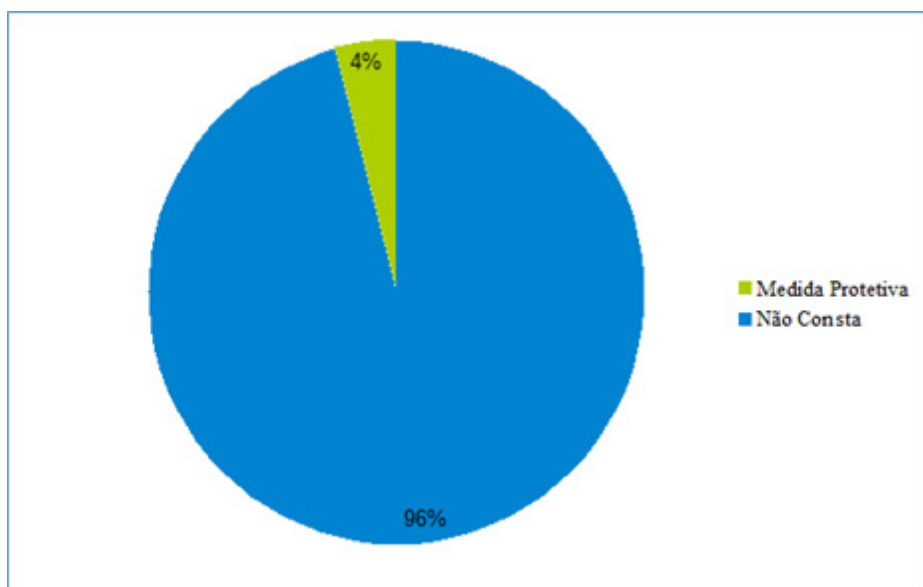
⁵⁸⁴ O fenômeno da interseccionalidade foi desenvolvido por Kimberle Crenshaw para retratar a incidência dos mais diversos fatores de discriminação (vulnerabilidade) em um caso concreto. Os estudos da interseccionalidade foram, inicialmente, desenvolvidos a partir dos estudos do movimento feminista, que após a realização de levantamento de dados, chegou a conclusão de que a grande maioria das mulheres em situação de vulnerabilidade possui, além da questão do gênero, outros eixos de subordinação presentes em sua vida (classe social, idade, etnia/raça, orientação sexual, situação migratória, entre outros) que acabam se entrelaçando e funcionando como fatores determinantes para a caracterização da situação de vulnerabilidade. Para um aprofundamento do tema: DA SILVA, Rodrigo. Discriminação múltipla como discriminação interseccional: as conquistas do feminismo negro e o direito da antidiscriminação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Gráfico 14



Sobre a efetividade da Lei Maria da Penha mediante a concessão de medidas protetivas de urgência, dentre os 25 casos analisados, apenas 4% das mulheres tinham medida protetiva de urgência concedidas pelo Poder Judiciário, em 96% não há essa informação.

Gráfico 15



Contextualizando o homicídio de mulheres segundo o aspecto étnico-racial, com base nas estatísticas e diagnósticos traçados pelo Mapa da Violência de 2015 e a partir de dados fornecidos pelo Sistema de Informações de Mortalidade (SIM), percebe-se que como regra, a taxa de mortalidade da população feminina negra tende a aumentar, enquanto a de mulheres brancas, por outro lado, tende a diminuir. Desde a entrada em vigor da Lei Maria da Penha o percentual de vítimas mulheres brancas, na perspectiva nacional, caiu de 2,1%. Por outro lado, e maneira diametralmente oposta, a taxa de violência em relação as mulheres negras aumentou 35%. O recorte racial parece-nos ser um componente interseccional que não pode ser deixado de lado na análise dos casos de violência contra a mulher. Em relação ao Estado do Paraná, os dados do Mapa da Violência apontam que de 2003 até 2013 houve aumento de 35, 2% (por 100.000) do homicídio de mulheres negras, e de 16,6% (por 100 mil) de mulheres brancas¹⁹.

2 CORPOS TENSOS: 23 MIL⁵⁸⁵ MEDIDAS PROTETIVAS ATIVAS NO ESTADO DO PARANÁ ATÉ O FINAL DO ANO DE 2019 (PERÍODO PRÉ-PANDEMIA)

No ano de 2018, 6.691 medidas protetivas de urgência foram requeridas no Estado do Paraná. Em 2019, até 10 de maio, 1.178 novas medidas protetivas de urgência foram requeridas. Até o dia 23 de outubro de 2019, haviam 72 atendimentos registrados no sistema PROMP referente ao tema “medidas protetivas de urgência”. A violência contra a mulher cresce desenfreadamente no Brasil. Não por acaso, já durante a pandemia da Covid-19, e com o propósito de proteger mulheres e meninas brasileiras, o parlamento brasileiro aprovou a Lei 14.022/2020, que prevê em seu artigo 5º, *caput*, a prorrogação automática de todas as medidas protetivas de urgência enquanto perdurar o estado de emergência sanitária declarado pela Organização Mundial de Saúde (OMS)²⁰. Na opinião dos autores deste artigo, existe um componente elementar que permeia as relações humanas no Estado brasileiro e catapulta o número de casos de violência contra a mulher e conseqüentemente a quantidade de medidas protetivas de urgência requeridas: o machismo.

A cultura machista deriva de maneira de pensar que possui como premissa estrutural a existência de uma falsa – e insustentável – categorização hierárquica entre homens e mulheres, colocando os primeiros em uma fantasiosa condição de superioridade em relação às últimas. O pensamento machista ecoa não apenas no Brasil, mas ao redor de todo mundo²¹, de modo que a análise do fenômeno da violência contra a mulher não deve – em

⁵⁸⁵ Segundo informação da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar –CEVID do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em 2019.

nossa opinião – ser realizada de forma apartada deste indigesto componente cultural. Em casos de feminicídio, grau máximo da violência contra a mulher, a questão de gênero não é uma forma de execução do delito propriamente dita, mas sua razão e motivo, afinal; o dolo – elemento subjetivo a partir do qual o autor é imbuído em sua ação – é caracterizado em razão do menosprezo ou discriminação à condição de mulher²². Além disso, o déficit de representatividade das mulheres nas instâncias decisórias de poder também colabora para a perpetuação deste *status quo* de insuficiência protetiva às mulheres e meninas brasileiras vítimas de violência.

Não por outro motivo, até a edição da Lei Maria da Penha no ano de 2006, os crimes e contravenções penais cometidos em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher eram processados e julgados nos termos da Lei nº 9.099/1995²³, ou seja, pelo rito destinado às infrações de menor potencial ofensivo e mediante a oferta de institutos despenalizadores como a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Em síntese: os casos de violência de gênero resultavam em acordos penais, a grande maioria com o pagamento de prestação pecuniária ou de cestas básicas, materializando o que convenciamos chamar neste texto de *monetização da violência contra a mulher*. Parafraseando o pensador francês Charles Fourier, o Ministro Carlos Ayres Britto afirmou no histórico julgamento que reconheceu a constitucionalidade da Lei Maria da Penha que: “O grau de civilização de um povo mede-se pelo grau de proteção da mulher”²⁴. Pois bem. A fase da *monetização da violência contra a mulher* revelava o grau de incivilidade abissal que perdurava na sociedade brasileira naquele momento.

Ao entrar em vigor no dia 05 de agosto de 2006, a Lei Maria da Penha trouxe consigo vedação expressa à aplicação da Lei dos Juizados Especiais aos crimes e contravenções penais cometidos em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, dando fim ao estágio da monetização da violência contra a mulher. A constitucionalidade da referida vedação foi questionada sem sucesso no Supremo Tribunal Federal²⁵. Atualmente, a matéria encontra-se inclusive sumulada no verbete de número 536 do Superior Tribunal de Justiça: “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”²⁶.

No entanto, mesmo com o desenvolvimento do *corpus iuris* protetivo às mulheres brasileiras vítimas de violência após a promulgação da Lei 11.340/2006, e posteriormente da inserção da qualificadora do feminicídio no Código Penal brasileiro pela Lei 13.104/2015, além dos tratados internacionais de direitos humanos concernentes ao tema e que foram ratificados e internalizados pelo Brasil, o estado de insuficiência do atual modelo de combate à violência contra a mulher permanece em vigor no Estado brasileiro. O componente cultural narrado nos parágrafos anteriores ainda possui hígidez,

conforme registrado pela Ministra Rosa Weber em voto memorável exarado no julgamento da ADC 19:

A ineficiência seletiva do sistema judicial brasileiro, em relação à violência doméstica, foi tida como evidência de tratamento discriminatório para com a violência de gênero. Sinaliza mudança de compreensão em cultura e sociedade de violência que, de tão comum e aceita, se tornou invisível – ‘em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher’, pacto de silêncio para o qual a mulher contribui, seja pela vergonha, seja pelo medo²⁷.

Como bem ressaltado pela Ministra Rosa Weber, é inaceitável qualquer espécie de naturalização da escalada dos índices de violência contra a mulher. Para um(a) terceiro(a) observador(a) que não nunca esteve inserido em um relacionamento abusivo, muitas vezes paira a dúvida sobre as razões pelas quais a mulher vítima de violência continua a se relacionar com o homem que a agride. Esse estranhamento leva, em últimas consequências e por parte da população ao absurdo – e machista – pensamento de que determinadas mulheres não rompem o ciclo de violência que vivenciam por “supostamente gostar de apanhar”. Cuida-se de conclusão equivocada e que demonstra desconhecimento acerca do denominado “ciclo de violência” e suas três respectivas fases desenvolvidas por Leonore Walker, fenômeno materializa como consequência às mulheres e meninas vítimas de violência a chamada “síndrome da mulher aprisionada”⁵⁸⁶.

Conforme já mencionado, o ciclo da violência doméstica possui três fases: primeiramente, o *aumento de tensão*, na qual os atritos acumulados no dia a dia, as reclamações e reprimendas se transformam em ameaças, incutindo na mulher a sensação de perigo iminente. Essa fase geralmente se inicia com atos de violência psicológica menos visíveis. Em seguida, a violência psicológica cede espaço à violência física, materializando, assim, a segunda fase do ciclo, denominada por Leonore Walker de *ataque violento*, momento no qual o homem maltrata física e psicologicamente a companheira e essas

⁵⁸⁶ Sobre o tema, é a lição de Ricardo Ferracini Neto: “Esta teoria explica o motivo pelo qual algumas mulheres em situação de vitimação de violência doméstica não se opõem a isto com as possibilidades que lhes são oferecidas pelo Estado ou por organizações e pessoas em particular; apesar de terem todo o conhecimento destas oportunidades. As mulheres portadoras de tal Síndrome adaptam-se à situação adversa e acabam inclusive opondo-se aos estímulos que as indicam as saídas possíveis da situação de maus tratos domésticos em que estão envolvidas, chegando a desenvolver um grau de suportabilidade mais avançado, inclusive para os traumas mais agudos”: FERRACINI NETO, Ricardo. A violência doméstica contra a mulher e a transversalidade de gênero. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 252. Também reconhecendo a existência da referida síndrome, porém com o nome de “síndrome da mulher agredida”: DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 33.

agressões tendem a escalar em graus de frequência e intensidade. Por fim, a terceira e última fase do ciclo de violência é conhecida como *lua de mel*, na qual, após a agressão, o homem envolve a parceira com manifestações de carinho e atenção, pedindo desculpas pelo comportamento e prometendo mudar, incutindo na mulher imersa no ciclo de violência a falsa sensação de que tudo ficará bem, momento em que o ciclo se inicia novamente.

A mulher imersa no ciclo de violência geralmente possui bastante dificuldade em reconhecer que está passando por uma situação de vulnerabilidade. Pelo contrário, não são raros os casos em que as mulheres vítimas de violência e aprisionadas em um relacionamento abusivo encontram explicações e justificativas para o comportamento do parceiro, sendo frequentemente constatado por terceiros observadores as seguintes expressões: “é uma fase que vai passar”, “ele anda muito estressado”, “tem trabalhado muito”, ou ele “estava bêbado” (destaca-se que o álcool potencializa a violência, mas não justifica) etc. Imersa em um ciclo de violência e com profunda dificuldade de rompê-lo, as mulheres vítimas de violência desenvolvem um maior grau de suportabilidade para atitudes que abusivas de seus companheiros, aceitando as exigências dos mesmos de aderindo um comportamento submisso.

Concomitantemente, o agressor busca atribuir a culpa por suas atitudes desmedidas e abusivas à mulher, a partir de uma falsa ressignificação da situação no sentido de que “foi a parceira quem começou”. A mulher vítima de violência, imersa em um ciclo que parece infindável, acaba reconhecendo que parte da culpa (quando não a culpa inteira) é sua, e, por conta disso, perdoa o agressor.

Na prática, o aprisionamento da mulher no ciclo de violência revela uma série de complexidades de uma relação: medo, vergonha, não ter para onde ir, dependência econômica, dependência emocional, filhos em comum etc. A mulher agredida hesita em buscar a punição do responsável pela violência, pessoa que ama ou que um dia amou. O resultado é um só: a retroalimentação do ciclo de violência por inúmeras e sucessivas vezes.

Neste ponto, parece-nos oportuno o destaque de que as agressões que caracterizam o ciclo de violência não são meras ameaças ou atos de violência atomizadas(os), mas consequência do processo de aprisionamento que pode culminar em potenciais casos de feminicídio. Trocando em miúdos: o feminicídio é um desfecho da escalada da violência contra a mulher.

Justamente com o objetivo de minorar os efeitos da “síndrome da mulher aprisionada”, o Supremo Tribunal Federal reconheceu ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade 4424, a modalidade de ação penal pública incondicionada como espécie constitucionalmente adequada para o desenvolvimento da persecução criminal nos casos envolvendo o crime de lesão corporal praticada

em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Vejamos um pequeno trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Penso que estamos diante de um fenômeno psicológico e jurídico, que os juristas denominam de vício da vontade, e que é conhecido e estudado desde os antigos romanos. As mulheres, como está demonstrado estatisticamente, não representam criminalmente contra o companheiro ou marido em razão da permanente coação moral e física que sofrem e que inibe a sua livre manifestação da vontade.

No entanto, mesmo após o julgamento da ADI 4424 pela Corte Constitucional brasileira, meninas e mulheres brasileiras permanecem imersas no ciclo de violência e sem a certeza de dias melhores. Conforme já expusemos ao longo deste trabalho, em significativa dos casos de feminicídio, a prática do abjeto delito materializa o desfecho de um histórico de violência, sendo raros os casos em que o delito se consuma de forma imprevisível e sem a existência de atos de violência preexistentes. A partir daí, não é necessário a realização de um esforço hercúleo por parte do leitor para perceber que as mortes de mulheres em razão de sua condição feminina são, em sua grande maioria, plenamente evitáveis pelo Estado, afinal; não aconteceriam caso houvesse um sistema de proteção célere e eficaz à disposição das mulheres e meninas brasileiras. O Estado, seja por ação ou omissão, não vem cumprindo de maneira suficiente e adequada o seu papel constitucional de proteger a vida de meninas e mulheres em território brasileiro.

Embora o cenário brasileiro em matéria de combate à violência contra a mulher seja extremamente preocupante, exploraremos no próximo tópico deste trabalho uma alternativa promissora e que vem produzindo excelentes resultados na inibição da reincidência de casos: *os grupos reflexivos para homens autores de violência doméstica e familiar contra a mulher*.

3 CORPOS MASCULINOS REEDUCADOS: OS GRUPOS REFLEXIVOS PARA HOMENS AUTORES DE VIOLÊNCIA

No dia 10 de setembro de 2020 foi sancionada a Lei Estadual nº 20.318/2020 que estabelece princípios e diretrizes para criação de programas reflexivos e responsabilizantes para autores de violência doméstica e familiar contra a mulher, com o objetivo de prevenir e erradicar tais condutas na esfera doméstica, familiar, bem como nas relações íntimas de afeto. O texto da Lei apresenta que os programas podem ser coordenados tanto pelo Poder Judiciário, Poder Legislativo, Ministério Público, Poder Executivo, Defensoria Pública ou parceria entre tais órgãos. Ainda, lemos os cinco princípios norteadores dos

programas reflexivos: responsabilização do autor nos aspectos legal, cultural e social; igualdade e o respeito à diversidade, bem como a promoção da igualdade de gênero; a observância e garantia dos direitos humanos, em especial dos documentos legais internacionais e nacionais referentes à prevenção e erradicação da violência contra a mulher; a promoção e o fortalecimento da cidadania; o respeito aos direitos e deveres individuais e coletivos. Para o texto completo da Lei, acessar a legislação indicada ao final do texto.

Diferentemente do que ocorre com significativa parcela dos acusados do sistema de justiça criminal brasileiro, o autor de violência doméstica e familiar contra mulher não exhibe socialmente seu comportamento violento e tampouco demonstra sinais de agressividade com amigos ou colegas de trabalho. Os homens autores de violência contra a mulher usualmente possuem o perfil do “cidadão comum”, diferenciando-se dos indivíduos com extensa ficha criminal e que integram organizações criminosas. Todavia, possuem um *modus operandi* próprio: a prática de seus atos em ambiente privado sem a presença de testemunhas, conforme revelam os dados estatísticos.

A iniciativa dos grupos reflexivos para homens autores de violência contra a mulher proporciona a abordagem de um ponto elementar para a compreensão do fenômeno da violência contra a mulher: por que homens agredem mulheres? Por que as matam? A inclusão dos agressores como objeto de estudos torna-se relevante, uma vez que permite conhecer o perfil e o discurso daqueles que praticam os atos de violência. Promovendo a reeducação e compreensão sobre consequências de uma sociedade machista e revendo as relações de gênero, podemos obter resultados positivos nas novas práticas dos homens autores de violência.

Os encontros com os autores de violência contra a mulher possuem como objetivo a estimulação de um movimento intersubjetivo no qual os participantes consigam se colocar no lugar das mulheres agredidas, reconhecendo os malefícios e danos causados por suas condutas. Ao fim das reuniões, almeja-se que as questões trabalhadas com os participantes (ciclo de violência, controle da raiva, violência contra a mulher como forma de violação de direitos humanos etc) resultem no rompimento do padrão comportamental agressivo anteriormente internalizado pelos autores de violência, inibindo, assim, a reincidência delitiva.

Além disso, o desenvolvimento de atividades e políticas públicas voltadas aos autores de violência fornecem novos elementos aos estudos já existentes, contribuindo para o desenvolvimento de estratégias de prevenção a serem implementadas nas redes de atendimento e enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em relação aos contornos jurídicos dos grupos reflexivos, inicialmente, destacamos que, recentemente, o encaminhamento dos homens autores de violência doméstica aos grupos reflexivos passou a possuir a natureza jurídica de *medida protetiva de urgência típica*, afinal; em abril de 2020, já durante o período

de emergência sanitária, o parlamento brasileiro aprovou a Lei nº 13.984/2020, que acrescentou duas novas espécies típicas de medidas protetivas de urgência no rol do artigo 22 da Lei Maria da Penha: o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação e o acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. Ainda em matéria de inovação legislativa, o Estado do Paraná se destacou recentemente no cenário nacional, ao demonstrar significativa sensibilidade com o tema e, mesmo durante o período da pandemia, editou a Lei nº 20.318/2020, que estabelece diretrizes para a implementação e funcionamento de programas reflexivos para autores de violência doméstica e familiar contra a mulher em todo o território do paranaense.

Antes mesmo da aprovação dos diplomas legislativos supracitados, os municípios paranaenses já estavam desenvolvendo paulatinamente a estruturação da política pública dos grupos reflexivos para homens autores de violência doméstica.

Durante o período pré pandemia da Covid-19, trinta municípios informaram a existência de grupos de homens agressores no Estado do Paraná. Os grupos foram analisados sob vários aspectos a partir dos dados fornecidos ao Centro de Apoio às Promotorias Operacionais de Direitos Humanos (CAOPJDH): 1) totalidade de municípios com grupos; 2) municípios que registraram números de participantes e; 3) taxa de reincidência por número de participantes. Destacamos ao leitor que apenas quinze municípios fizeram o levantamento quanto ao número de participantes de maneira integral. De acordo com esses dados, 627 (seiscentos e vinte e sete) homens participaram dos grupos reflexivos entre 2014 e 2018.

Dos 399 (trezentos e noventa e nove) municípios do Estado do Paraná, apenas 30 (trinta) possuem grupos reflexivos.

Apenas metade dos municípios que possuem grupos reflexivos informaram a quantidade de participantes (quinze dos trinta municípios).

Surpreendentemente, apenas dois municípios registraram casos de reincidência em um total de trinta municípios com grupos reflexivos em funcionamento dentre os anos de 2014 – 2018. Dos 627 (seiscentos e vinte e sete) homens participantes dos grupos, foram registrados tão somente 7 (sete) casos de reincidência em quatro anos.

A taxa de sucesso dos grupos reflexivos estruturados no Estado do Paraná atingiu patamar superior a 93% (noventa e três por cento) de sucesso. Os altos índices de não reincidência de participantes dos grupos reflexivos em matéria de violência contra a mulher também podem ser verificados em outras regiões do Brasil e também no direito comparado⁵⁸⁷. Não por outro motivo,

⁵⁸⁷ Para conhecer um pouco da experiência exitosa dos grupos reflexivos para homens autores de violência doméstica em outras regiões do Brasil e no direito comparado, ver: VIEIRA, Grasielle. Grupos reflexivos para os autores da violência doméstica: responsabilização e restauração. Rio de

os autores deste trabalho utilizam a expressão “corpos reeducados” para se referir aos homens autores de violência doméstica egressos dos grupos reflexivos.

De acordo com a ONU, quando o Estado não responsabiliza os autores de atos de violência e a sociedade tolera tal violência, a impunidade não só estimula novos abusos, como transmite a mensagem de que a violência contra mulheres é aceitável ou normal em algum nível.

Reeducar homens violentos é prevenir feminicídios!

Mediante a reeducação dos envolvidos na situação violenta, podemos trabalhar para que ela deixe de existir. As governanças precisam entender que não há benefício algum em corroborar com a perpetuação de um modelo social que instigue e estimule a violência intrafamiliar. Dados da “Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violências Domésticas e Familiar contra a Mulher”, realizado pela Universidade Federal do Ceará, Institute for Advanced Study in Toulouse, Instituto Maria da Penha e Laboratório de Econometria e Otimização no ano de 2016 constatou que o custo da violência doméstica em termos de massa salarial perdida no Brasil aproxima-se da cifra de R\$ 975 milhões de reais. Se contarmos com os custos do serviço de saúde e da previdência social envolvidos, o valor aumenta. No mundo, estima-se que sejam cerca de 1,5 trilhões de dólares anuais, 2% do PIB global³⁶. Em contrapartida, gastos com a prevenção por meio de grupos de reeducação de autores de violência chegam a representar um orçamento irrisório, pois os convidados participantes são voluntários, usualmente competentes da esfera pública ou, eventualmente, profissionais remunerados para esse fim têm custos muito menores que comprovam que trabalhar para evitarmos a violência é melhor que custear consequências, tanto para orçamento público quanto para a saúde física e mental da sociedade. Se pudéssemos aferir um “custo-benefício”, é justo afirmarmos que a taxa de reincidência daqueles que participam do programa aproxima-se de zero.

Diante da efetividade dos grupos reflexivos em matéria de combate à violência contra a mulher, parece-nos importante narrar uma experiência transformadora ocorrida no oeste do Estado do Paraná, mais precisamente na Comarca de Campina da Lagoa, local onde um dos autores deste texto exerce atualmente suas funções como Promotor de Justiça.

3.1 GRUPOS REFLEXIVOS E A EXPERIÊNCIA TRANSFORMADORA EM CAMPINA DA LAGOA/PR

A Comarca de Campina da Lagoa/PR, composta pelos Municípios de Campina da Lagoa, Altamira do Paraná e Nova Cantú, está situada no oeste

Janeiro: Lumen Juris, 2018; BARIN, Catiuce Ribas. Violência doméstica contra a mulher: programas de intervenção com agressores e sua eficácia como resposta penal. Curitiba: Juruá, 2016.

paranaense e abrange aproximadamente 24 mil (vinte e quatro mil) pessoas. No momento da assunção das funções ministeriais de um dos articulistas deste trabalho na referida Comarca, em outubro de 2018, foi constatado um alto índice de ocorrências envolvendo questões atinentes à violência doméstica e familiar contra a mulher, em especial quando realizada uma análise do número de casos existentes em cotejo com o número de habitantes.

Em razão da referida constatação, foi fomentado pela Promotoria de Justiça de Campina da Lagoa/PR, a criação de três grupos de reflexão para homens autores de violência doméstica nos três Municípios integrantes da Comarca. A partir daí todos autores de violência doméstica passaram a ser compulsoriamente encaminhados aos grupos reflexivos já no bojo das medidas protetivas de urgência, ou seja, logo após a consumação da situação de violência doméstica ou, ainda, no momento da sentença condenatória, como condição ao regime aberto. E a cada início e fim de uma nova turma o cenário era o mesmo: se na reunião inaugural os participantes não demonstravam muita simpatia com a ideia de frequentar as reuniões e interagir com os outros membros do grupo acerca dos temas propostos, ao fim do curso os participantes questionavam ao Promotor de Justiça e a equipe da rede de proteção do Município sobre a possibilidade de continuarem frequentando os encontros após o término da turma!

A iniciativa obteve um taxa de sucesso impressionante. Aproximadamente 100 (cem) homens autores de violência doméstica frequentaram os três grupos reflexivos da Comarca de Campina da Lagoa/PR entre o período de novembro de 2018 e dezembro de 2019 e apenas um único homem voltou a praticar atos de violência contra a mulher, resultando em uma taxa de 99% (noventa e nove por cento) de não reincidência! Além disso, é necessário ressaltar a excelente relação de custo-benefício envolvendo a implementação dos referidos grupos na Comarca, uma vez que a referida política pública está sendo desenvolvida pela rede de proteção Estado, sem qualquer contratação ou acréscimo de pessoal, não havendo, ao menos em tese, oneração de gastos para os Municípios envolvidos. Não houve sequer a necessidade de uma robusta estrutura arquitetônica para a realização dos encontros, já que as reuniões ocorrem na utilização da estrutura física já disponível pelos entes municipais.

Além da ótima taxa de sucesso dos grupos reflexivos, outras iniciativas foram adotadas simultaneamente pela Promotoria de Justiça de Campina da Lagoa/PR objetivando a redução do número de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher na Comarca. Já no final de 2018, audiências públicas foram realizadas nas três cidades que integram a Comarca com o objetivo de fomentar a criação e estruturação dos Conselhos Municipais da Mulher, conferindo maior representatividade às mulheres. Os órgãos foram criados no início de 2019. Também no início do ano de 2019, um ciclo de palestras sobre

o tema “promoção à igualdade de gênero” foi realizado pela Promotoria de Justiça em todas as escolas de Campina da Lagoa, Altamira do Paraná e Nova Cantu, com o objetivo de conscientizar a sociedade acerca da importância do tema, o que acabou resultando – surpreendentemente e de forma voluntária em um número expressivo de denúncias realizadas por alunas do ensino médio sobre supostas condutas caracterizadas como atos de violência de gênero por parte de docentes. Ainda no mesmo ano, dois docentes foram afastados em razão das investigações realizadas pelo Ministério Público.

A participação feminina na sociedade aumentou, o número de casos diminuiu, e a reincidência em matéria de violência contra a mulher na Comarca de Campina da Lagoa praticamente deixou de existir. Em mais de dois anos e meio, a Comarca não registrou nenhum feminicídio.

CONCLUSÃO

A violência doméstica *per si* não oferece rota de fuga às mulheres em situação de vulnerabilidade, razão pela qual somente as mesmas, mediante a realização de um intenso podem construir a sua própria saída de emergência. Neste cenário, o Estado possui o dever legal e institucional de atuar de forma suficiente nos três eixos temáticos categorizados neste trabalho.

Em relação aos “corpos femininos mortos”, é urgente a necessidade de um olhar sob a perspectiva de gênero nas investigações de morte violentas de mulheres, conforme vem sugerindo já há algum tempo a Organização das Nações Unidas (ONU). No Brasil, muitos feminicídios ainda recebem o tratamento de homicídios comuns pelo Estado, sendo desconsiderado um elemento crucial para a busca da verdade processual: a condição feminina. O feminicídio é uma palavra relativamente nova no cotidiano da população brasileira, utilizada para ilustrar de algo que é corriqueiro e, ao mesmo tempo, a mais grave forma de violação de direitos humanos de uma mulher. É justamente por isso que os feminicídios são considerados como mortes evitáveis, afinal; são crimes que não aconteceriam sem a convivência institucional, cultural e social do *mainstream* diante das discriminações e violências praticadas contra mulheres e meninas.

Também expusemos ao longo deste trabalho a situação das mulheres paranaenses imersas no ciclo de violência e/ou detentoras de medida protetiva de urgência, as quais chamamos de “corpos tensos”. Demonstramos mediante a exposição de dados circunscritos às limitações territoriais do Estado do Paraná que, em parcela significativa dos casos de feminicídio, existe um ciclo de violência preexistente, o que evidencia novamente a insuficiência protetiva por parte do Estado em relação às meninas e mulheres brasileiras.

Na parte final deste trabalho, foi realizada uma abordagem teórica e prática dos chamados “grupos reflexivos para homens autores de violência

doméstica” e seus participantes, neste trabalho denominados de “corpos reeducados”, sendo inclusive detalhada a experiência transformadora realizada por um dos autores deste texto na Comarca de Campina da Lagoa durante os anos de 2018 e 2019. Infelizmente, segundo o último levantamento feito pelo Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Direitos Humanos (CAOPJDH) em 2019 (período pré pandemia), o número de grupos reflexivos para homens autores de violência doméstica diminuiu para 25 (vinte e cinco). Com o advento da pandemia do novo coronavírus, as reuniões dos grupos reflexivos existentes no Paraná foram suspensas e a violência contra a mulher no Estado do Paraná segue em franca ascendência. Sobre este ponto, duas são as nossas conclusões. A primeira delas parece-nos algo simples de ser visualizado: os homens autores de violência doméstica também estão inseridos em um ciclo de violência o qual precisa ser desnaturalizado. A segunda, é novamente o descaso do Estado na estruturação dos grupos reflexivos, o que evidencia – mais uma vez – um descaso com o tema da violência contra a mulher. Conforme já pontuamos ao longo do trabalho, o encaminhamento dos homens autores de violência contra a mulher possui atualmente a natureza jurídica de medida protetiva de urgência típica, existindo, portanto, um dever *ex lege* de estruturação dos grupos reflexivos para homens autores de violência contra a mulher em todas as Comarcas do Estado brasileiro.

Para finalizar, parece-nos oportuna a reflexão do cientista político Robert Dahl: “Se você não tem voz, quem falará por você?”. Em matéria de combate à violência contra a mulher, incumbe ao Estado ser a voz de mulheres e meninas brasileiras na defesa intransigente de seus direitos. Até o momento, essa incumbência vem sendo realizada de forma insuficiente. A pergunta que persiste é: Quantas meninas e mulheres brasileiras perderão suas vidas até a superveniência de uma atuação efetiva do Estado? O cenário atual reclama mudanças urgentes e sugestões alternativas estão postas na mesa!

REFERÊNCIAS

- PUGA, Vera Lúcia. Violência de Gênero/Intolerância. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI. Losandro Antônio (Org.). Dicionário crítico de gênero. 2. ed. Dourados-MS: Ed. UFGD, 2019. p.715-718.
- CHAUÍ, Marilena. Participando do debate sobre mulher e violência. Perspectivas antropológicas da mulher, Rio de Janeiro, n. 4, p. 23-62, 1985.
- HIRATA, Helena (org.). Dicionário crítico do feminismo. São Paulo: Editora UNESP, 2009.
- HOOKS, Bell. O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras. Tradução Ana Luiza Libâneo. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018. p. 96.
- BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina: a condição feminina e a violência. Tradução Maria Helena Kuhner. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.
- PUGA, Vera Lúcia. Violência de Gênero/Intolerância. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI. Losandro Antônio (Org.). Dicionário crítico de gênero. 2. ed. Dourados-MS: Ed. UFGD, 2019. p.715-718.
- GAY, Peter. A experiência burguesa da Rainha Vitória a Freud. O cultivo do ódio. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- Sistema PROMPPR, Acesso em: 23 out. 2019.
- HEEMANN, Thimotie Aragon. A atuação do Ministério Público no âmbito da violência doméstica e familiar em tempos de pandemia: diretrizes efetivas a partir das diversas alterações legislativas promulgadas durante o período de estado de emergência sanitária. In. GIACIOIA, Gilberto; BONAVIDES, Samia Saad Galotti (org.). Covid-19 e Ministério Público. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 547-576.
- MLAMBO-NGCUKA, Phumzile. Violência contra as mulheres e meninas é pandemia invisível, afirma diretora executiva da ONU Mulheres. [2020]. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-pandemia-invisivel-afirma-diretora-executiva-da-onu-mulheres/>.
- HEEMANN, Thimotie Aragon. Oito propostas para o aperfeiçoamento do combate à violência contra a mulher. Jota. Opinião e Análise, 20 jan. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/oito-propostas-para-o-aperfeicoamento-do-combate-a-violencia-contra-a-mulher-20012021>. Acesso em: 20 fev. 2021.
- ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DA SAÚDE – OPAS. Violência contra as mulheres. Folha informativa, nov. 2017. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5669:folha-informativa-violencia-contra-as-mulheres&Itemid=820.
- CERQUEIRA, Daniel; DE MOURA, Rodrigo Leandro; IZUMINO, Wânia Pasinato. Participação no mercado de trabalho e violência doméstica contra as mulheres no Brasil. Brasília: Rio de Janeiro, 2019. p. 17-38. (Texto para Discussão, 2501). Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/9705-td2501.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Mapa violência contra a Mulher 2018. Brasília, 02 abr. 2019. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/mapa-da-violencia-contra-a-mulher.htm#YlwkurVKiUk>. Acesso em: ago. 2019.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema de Informações sobre Mortalidade. Disponível em: <http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=060701>. Acesso em: 21. fev. 2021.
- BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. Feminist constitutionalism: global perspectives. New York: Cambridge University Press, 2012; FACHIN, Melissa Girardi; SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia. Constitucionalismo feminista. Bahia: Juspodivm, 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México. Juíza Cecilia Medina Quiroga, sentença de 16 de novembro de 2009.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 17 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. DOU, Brasília, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm.

WASELFSZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência de 2015: homicídio de mulheres no Brasil. Brasília, 2015. 79 p. Disponível em: https://apublica.org/wp-content/uploads/2016/03/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf Acesso em: 23 fev. 2021.

HEEMANN, Thimotie Aragon. A atuação do Ministério Público no âmbito da violência doméstica e familiar em tempos de pandemia: diretrizes efetivas a partir das diversas alterações legislativas promulgadas durante o período de estado de emergência sanitária. In. GIACIOIA, Gilberto; BONAVIDES, Samia Saad Galotti (org.). Covid-19 e Ministério Público. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 547-576.

CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. Gênero, uma perspectiva global: compreendendo o gênero – da esfera pessoal à política – no mundo contemporâneo. 3. ed. São Paulo: nVersos, 2015.

MELLO, Adriana Ramos de. Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. DOU, 27 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 19. Violência doméstica. Lei nº 11.340/06. Gêneros masculino e feminino. Tratamento diferenciado. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de fevereiro de 2012. DJe, 28 abr. 2014. Voto do Min. Carlos Ayres Britto, p. 52-56. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). HC 106212. Violência Doméstica. Artigo 41 da Lei nº 11.340/06. Alcance. Relator: Min. Marco Aurélio, 24 de março de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117>

SÚMULA 536. DJe, 15 jun. 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 19. Violência doméstica. Lei nº 11.340/06. Gêneros masculino e feminino. Tratamento diferenciado. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de fevereiro de 2012. DJe, 28 abr. 2014. Voto do Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). ADI 4424/DF. Ação penal. Violência doméstica contra a mulher. Lesão corporal. Natureza. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de fevereiro de 2012. DJe, 31 jul. de 2014. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>.

PARANÁ. Lei nº 20.318, 10 de setembro de 2020. Estabelece princípios e diretrizes para criação de programas reflexivos e responsabilizantes para autores de violência doméstica e familiar contra a mulher. Diário Oficial, Curitiba, n. 10767, 10 set. 2020. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=239012&indice=1&totalRegistros=1&dt=30.8.2020.15.15.54.55>.

CERQUEIRA, Daniel; DE MOURA, Rodrigo Leandro; IZUMINO, Wânia Pasinato. Participação no mercado de trabalho e violência doméstica contra as mulheres no Brasil. Brasília: Rio de Janeiro, 2019. p. 17-38. (Texto para Discussão, 2501). Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/9705-td2501.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2021.

MADUREIRA, Alexandra Bittencourt. Perfil de homens autores de violência contra mulheres detidos em flagrante: contribuições para o enfrentamento. Escola Anna Nery Revista de Enfermagem, v. 18, n. 4, p. 600-606, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ean/v18n4/1414-8145-ean-18-04-0600.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.984, de 3 de abril de 2020. Altera o art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial. DOU, Brasília, Edição extra B, 3 de abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13984.htm.

PARANÁ. Lei nº 20.318, 10 de setembro de 2020. Estabelece princípios e diretrizes para criação de programas reflexivos e responsabilizantes para autores de violência doméstica e familiar contra a mulher. Diário Oficial, Curitiba, n. 10767, 10 set. 2020. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=239012&indice=1&totalRegistros=1&dt=30.8.2020.15.15.54.55>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, suas causas e consequências, integração dos direitos humanos da mulher e da perspectiva de gênero: violência contra a mulher. A norma de devida diligência como instrumento para a eliminação da violência contra a mulher, E/CN.4/2006/61, 20 de janeiro de 2006.

CARVALHO, José Raimundo; OLIVEIRA, Victor Hugo. Pesquisa de condições socioeconômicas e violência doméstica e familiar contra a mulher. Relatório Executivo III - Primeira Onda. Fortaleza, 12 out. 2017. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2017/11/violencia_domestica_geracoes_out_17.pdf.

ONU alerta para os custos da violência contra as mulheres no mundo. 24 maio 2017. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-alerta-para-os-custos-da-violencia-contra-as-mulheres-no-mundo/>.

PARANÁ. Ministério Público. Reincidência de violência doméstica cai com reabilitação para agressores. Curitiba, 26 mar. 2019. Disponível em: <http://mppr.mp.br/2019/03/21370,10/Reincidencia-de-violencia-domestica-cai-com-reabilitacao-para-agressores.html>.

Gráfico 1 – Fonte: BRASIL. Ministério da Saúde (SIM) e Ministério Público do Estado do Paraná (PROMP).

Gráfico 2 – Fonte: PARANÁ. Ministério Público (PROMP).

Gráfico 3 a Gráfico 16 – Fonte: PARANÁ. Ministério Público. CAOP Direitos Humanos.

O CONTROLE DA CORRUPÇÃO ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO

Fábio André Guaragni⁵⁸⁸, Isabela Andreazza dos Anjos⁵⁸⁹

INTRODUÇÃO

O fenômeno da corrupção ganhou maior visibilidade a partir da década de 1990, quando passou a ser percebido como um problema político e econômico, transnacional e pluriofensivo⁵⁹⁰, transcendente à noção estreita de consubstanciar pura violação da administração pública. Dali em diante, deixou de ser um problema da ordem *interna corporis* dos quadros funcionais do Estado.

Sofrendo custos diretos e indiretos, a parcela mais pobre e vulnerável da população torna-se a maior prejudicada pela prática sistemática da corrupção, cujos prejuízos podem ser percebidos globalmente. O fenômeno, para além de afetar a administração pública local, distorce a performance econômica, viola direitos humanos e descredibiliza o sistema político⁵⁹¹.

Nesse cenário, a partir de uma pesquisa bibliográfica, busca-se apurar de que forma o fenômeno da corrupção pode ser combatido a partir do desenvolvimento da educação, sob duas perspectivas: no âmbito da atividade empresarial, a curto prazo, e nas escolas, a longo prazo.

No primeiro capítulo, pretende-se abordar a corrupção como delito pluriofensivo, demonstrando de que forma seus prejuízos extrapolam o mero prejuízo à Administração Pública e trazem efeitos nefastos sob várias perspectivas. A intenção é traçar um breve panorama sobre como a política de combate à corrupção se alterou nas últimas décadas, ante a percepção dos graves efeitos econômicos gerados pela prática, especialmente quando perpetrada de maneira sistemática. Importa frisar a mudança de perspectiva acerca do papel do agente privado, que aos poucos deixou de ser concebido como vítima do sistema corrupto e passou a assumir protagonismo. Uma

⁵⁸⁸ Doutor em Direito das Relações Sociais (UFPR), com estudo Pós-doutoral na Università degli Studi di Milano. Professor de Direito Penal do Mestrado e Doutorado do Unicuritiba e FEMPAR. Procurador de Justiça no Estado do Paraná. Contato: E-mail: guaragni@mppr.mp.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7349-3518>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5362513180111586>.

⁵⁸⁹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Unicuritiba. Contato: andreaazza. E-mail: anjos@hotmail.com. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-8605-2626>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1299676792747820>.

⁵⁹⁰ CARNEVALI, Raúl R.; ARTAZA, Osvaldo V. La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el derecho penal. Revista Brasileira de Ciências Criminas, v. 138/2017, p. 17 - 57, Dez. 2017.

⁵⁹¹ COCKCROFT, Laurence. Global Corruption: Money, Power and Ethics in the Modern World. I.B. Tauris, 2012.

vez posicionado como produtor de riscos de práticas corruptas, desloca-se também em direção a ele, atualmente, a própria demanda de prevenção⁵⁹², como estratégia de combate da corrupção. Daí a emergência de programas internos de cumprimento normativo e investigações privadas, das quais o Estado poderá se servir.

Portanto, considerando a mencionada mudança de papel do agente privado, explora-se a adoção de programas de *compliance*, enquanto mecanismo interno de educação, como uma solução, a curto prazo, para reduzir os índices de corrupção. Com a adoção de programas de integridade e de *compliance* pelas empresas, objetiva-se a construção de uma cultura empresarial de cumprimento normativo, visando a neutralização dos riscos de cometimento de crime no âmbito da atividade empresarial.

No terceiro capítulo, apresenta-se o conceito de capital cívico, desenvolvido por Guiso, Sapienza e Zingales, analisando de que forma se mostra como ferramenta auxiliar na compreensão de algumas das causas da corrupção e como o nível de capital cívico se relaciona com os índices de corrupção do país. No mesmo capítulo, se averigua como uma educação voltada para a cooperação e para a cidadania poderia contribuir para o aumento do capital cívico de um país e redução dos seus índices de corrupção.

1 A SUPERAÇÃO DA PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO COMO UM PROBLEMA INTERNA CORPORIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Durante muito tempo, em certa “defesa” do corruptor e da própria prática desviante, houve tentativas de mostrar como a corrupção poderia se mostrar funcional para os mercados, “engraxando” suas engrenagens. Havia quem defendesse o uso restrito e pontual de condutas corruptas como forma de contorno à burocracia e impulsão do crescimento econômico⁵⁹³.

Em alguns países, inclusive, a pena prevista para o funcionário público que cometesse atos de corrupção era superior àquela destinada ao particular que praticasse a mesma conduta. Em outros Estados, como na Alemanha, em espécie de incentivo fiscal, havia a possibilidade de descontar da base de cálculo de tributos os valores de dinheiro despendidos com suborno a funcionários de administrações públicas estrangeiras⁵⁹⁴, enquanto custos operacionais.

⁵⁹² RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Criminal Compliance - Prevenção e Minimização dos Riscos na Gestão da Atividade Empresarial. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 114, p. 341 - 375, maio/jun., 2015.

⁵⁹³ CARNEVALI, Raúl R.; ARTAZA, Osvaldo V. La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el derecho penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 138/2017, p. 17 - 57, Dez. 2017.

⁵⁹⁴ MARTÍN, Adán Nieto. La privatización de la lucha contra la corrupción. In ZAPATERO, Luiz

Essas circunstâncias revelam como a corrupção foi compreendida durante boa parte do século XX: um problema relativo a funcionários públicos e políticos desonestos, ao passo que os particulares eram concebidos como vítimas do sistema, “obrigados” a se render ao pagamento de propinas e subornos para viabilizar a prática do negócio com a Administração. Essa compressão se mostrou bastante prejudicial e contribuiu para o aumento exponencial do fenômeno, consoante esclarece Adán Nieto Martín:

*(...) la responsabilidad social y moral en los casos de corrupción parece ser exclusiva de los políticos o de los funcionarios públicos. Esta narración de la corrupción se corresponde con el argumento empresarial: ‘no me queda otro remedio, si quiero hacer negocios en el país A, tengo que pasar por el aro y sobornar como hace todo el mundo’. Esta forma de pensar, a la que los criminólogos consideran una técnica de neutralización, es enormemente perjudicial y ha conducido a una multiplicación exponencial de la corrupción.*⁵⁹⁵

Todavía, nas últimas décadas, começou-se a reconhecer o protagonismo do agente privado nas práticas corruptas, as quais, desde o final do século XX, já se mostravam vantajosas para o particular, que, em vez de sofrer prejuízo com o pagamento de propinas e subornos, começa a se aproveitar da prática para multiplicar os rendimentos⁵⁹⁶. Noutros termos: o pagamento da propina deixa de ser um obstáculo indesejável e custoso para o particular participar de um ambiente econômico ou oportunidade negocial. Vai, visivelmente, ganhando a nota distinta de ser veículo, para o corruptor, de ganhos maiores do que os que angariaria sem ela.

Notadamente a partir da década de 1990, os efeitos deletérios gerados pela corrupção despertaram a atenção dos organismos internacionais e da doutrina. Segundo Coelho e Heringer⁵⁹⁷, percebeu-se que a corrupção não prejudica apenas o erário, mas também afeta os investimentos, aumenta os custos nos negócios, gera alocação ineficiente dos recursos públicos, corrosão da confiança pública, além de acentuar a desigualdade de renda.

Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Diret). El derecho penal economico en la era compliance. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2013.

⁵⁹⁵ MARTÍN, Adán Nieto. La privatización de la lucha contra la corrupción. In ZAPATERO, Luiz Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Diret). El derecho penal economico en la era compliance. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2013, p. 191.

⁵⁹⁶ CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.), BERTONCINI, Mateus (Org.). Lei Anticorrupção. Comentários à Lei 12.846/2013. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.

⁵⁹⁷ COELHO, Nuno M. M. S.; HERINGER, Helimara Moreria Lamounier. Foreign Corrupt Practices Act: uma breve análise da lei que deu origem ao combate internacional da corrupção. Revista Jurídica. Curitiba. v. 01, n°. 46, Curitiba, pp. 164-187, 2017.

Nessa mesma linha, Adán Nieto Martín⁵⁹⁸ pontua que a corrupção não oferece prejuízos apenas à Administração Pública, mas também prejudica os investidores e acionistas e altera a concorrência. Nesse ponto, esclarece o autor que a alteração da concorrência se dá porque quando uma empresa consegue um contrato com a Administração Pública em razão do pagamento de suborno, comete um ato de concorrência desleal e assim prejudica também os seus concorrentes. Em outras palavras, toda vez que o crime de corrupção é praticado, gera-se uma vantagem concorrencial para aquele que o pratica.

Note-se que isto produz efeitos macroeconômicos, no setor de negócios em que o ato desonesto se deu. Há um “empurrão” dado pelo primeiro concorrente desonesto no segundo. Necessitando competir, é instado a imitar o primeiro competidor quando se abrir, novamente, a janela de oportunidade negocial perdida. Este fenômeno é denominado “efeito de ressaca”. Já o fato de o processo se repetir subsequentemente, do segundo para o terceiro concorrente, deste para o quarto, e sucessivamente, chama-se “efeito de espiral”⁵⁹⁹. No longo prazo, dá-se espécie de ambiente de negócios contaminado, em que a competição é entre os que pagam a melhor propina, numa espécie de corrida para ver quem é o desonesto mais competente em sua desonestidade. Também de modo macroeconômico, este setor tende a produzir redução de ofertantes de produtos e serviços, conduzindo gradualmente a oligopólios, quando não monopólios. A concorrência deixa de ser livre. O *player* do setor negocial ou desiste, para preservar-se íntegro, ou se rende à certa coação procedendo do ambiente de negócios adoentado. Evidentemente, a ideia de concorrência em bases livres e leais, nos termos do art. 170, IV, CF, fica inviabilizada.

Com prejuízos perceptíveis tanto no âmbito microeconômico, Knoerr, Guaragni e Knesebeck⁶⁰⁰ alertam que a corrupção, quando praticada de forma sistemática, afeta a ordem econômica. Nessa toada, é possível identificar efeitos negativos a partir da prática sistemática da corrupção, a exemplo do “efeito *kickback*” e da limitação do investimento. Segundo o efeito *kickback*, quem arca com o valor do suborno é o próprio subornado:

⁵⁹⁸ MARTÍN, Adán Nieto. La privatización de la lucha contra la corrupción. In ZAPATERO, Luiz Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Diret). El derecho penal economico en la era compliance. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2013.

⁵⁹⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal”. In: Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca. Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 1982, pp. 590-1, sobre contaminação setorial, efeitos de ressaca e em espiral, como fenômenos comuns dos delitos econômicos.

⁶⁰⁰ KNOERR, Fernando Gustavo; GUARAGNI, Fabio André; KNESEBECK, Eduardo Henrique. Efeitos econômicos da corrupção. Administração de Empresas em Revista. Curitiba, v. 1, n. 15, p. 188-202, jan.- mar. 2019.

o custo empregado pelo corruptor para conseguir a contratação com o Poder Público – a propina – deve retornar a ele próprio, na forma de preço pelo serviço prestado ou pelo produto fornecido. Do contrário, de nada adiantaria a prática da corrupção, se não fosse para experimentar lucro⁶⁰¹.

Este é um efeito microeconômico no ambiente de atuação do corrupto.

Por sua vez, a limitação do investimento ocorre porque com a prática sistemática de corrupção e na medida em que a escolha da contratação se dá em razão do pagamento de suborno e não da qualidade técnica do produto, torna-se mais vantajoso investir em propina do que em tecnologia, capacitação pessoal, maquinário etc. A empresa não cresce tecnologicamente, não investe em pesquisa, não aposta no desenvolvimento de produtos. Trata-se de efeito microeconômico no âmbito da organização a que pertence o corruptor. Nessa linha:

Com a certeza de que a capacidade técnica ou a eficiência de seu processo produtivo não influenciam o resultado da contratação (já acertada por meio do suborno) passa a ser desinteressante a alocação de recursos do agente corruptor na produção e desenvolvimento de tecnologia (...) em sendo consideravelmente menos custosa a via da corrupção, é de certa forma previsível (embora injustificável) que o empresário mal-intencionado tenda a limitar a seus investimentos⁶⁰².

Diversos instrumentos internacionais também reconhecem os efeitos nocivos trazidos pela corrupção, que muito extrapolam o mero prejuízo ao erário. No contexto de edição da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais⁶⁰³, aprovada no âmbito da OCDE, em 1997, e ratificada pelo Brasil em 2000, foi reconhecido que a corrupção prejudica o desenvolvimento econômico, traz grandes custos aos países, acarreta pior qualidade no fornecimento de água, medicamentos e infraestrutura. Reconheceu-se, ainda, a responsabilidade de todos os países no combate de práticas corruptas, um fenômeno que desperta sérias preocupações em âmbito global.

⁶⁰¹ KNOERR, Fernando Gustavo; GUARAGNI, Fabio André; KNESEBECK, Eduardo Henrique. Efeitos econômicos da corrupção. Administração de Empresas em Revista. Curitiba, v. 1, n. 15, p. 188-202, jan.- mar. 2019, p. 190.

⁶⁰² KNOERR, Fernando Gustavo; GUARAGNI, Fabio André; KNESEBECK, Eduardo Henrique. Efeitos econômicos da corrupção. Administração de Empresas em Revista. Curitiba, v. 1, n. 15, p. 188-202, jan.-mar. 2019, p. 190.

⁶⁰³ OCDE. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. 1997. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020.

De forma semelhante, a Organização das Nações Unidas, reconhecendo os efeitos nocivos da corrupção, a transnacionalidade do fenômeno e a necessidade de uma cooperação internacional para seu combate, editou a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção⁶⁰⁴, um acordo global que visava prevenir e combater a corrupção em todas as suas formas (ONU, 2003).

Fica evidente que o fenômeno da corrupção produz diversos efeitos deletérios, atingindo variados bens jurídicos⁶⁰⁵. Trata-se de um delito pluriofensivo, na medida em que ofende não apenas a Administração Pública e o seu correto funcionamento, mas também a ordem econômica.

Importa destacar, ainda, que a corrupção, uma vez sistematizada e distribuída num setor da vida econômica, sobretudo marcado por relações entre particulares e Estado, viabiliza a captura das instituições públicas, compradas e postas a serviço das pretensões dos particulares corruptores. A noção de república se desfaz. Transfere-se, nesta hora, do âmbito econômico para o político o horizonte de lesividade.

Quando se começa a perceber a pluralidade de efeitos negativos provocados pela corrupção, notadamente quando perpetrada de forma sistemática, e com a compreensão do protagonismo do agente privado nesse cenário, inicia-se uma mudança na estratégia de combate ao fenômeno da corrupção, conforme esclarece Adán Nieto Martín⁶⁰⁶.

A moderna política de combate à corrupção passou a responsabilizar as empresas na luta contra práticas corruptas, exigindo por parte do setor privado a adoção, internamente, de medidas mais efetivas de prevenção, além de mirar no particular a sanção por condutas envolvendo corrupção internacional. É o que explica o autor:

desde hace algunos años en el mundo del derecho y de las políticas públicas se observa un cambio de estrategia. La corrupción está pasando a ser “cosa de dos”. La política criminal más reciente ha responsabilizado también a las empresas en la lucha contra la corrupción. La moderna política pública de lucha contra la corrupción se caracteriza porque: (a) exigen a las empresas que adopten medidas internas de prevención de la corrupción y que ayuden al Estado —a su policías, jueces y fiscales— en la

⁶⁰⁴ ONU. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. 2003. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.

⁶⁰⁵ CARNEVALI, Raúl R.; ARTAZA, Osvaldo V. La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el derecho penal. Revista Brasileira de Ciências Criminas, v. 138/2017, p. 17 - 57, Dez. 2017.

⁶⁰⁶ MARTÍN, Adán Nieto. La privatización de la lucha contra la corrupción. In ZAPATERO, Luiz Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Diret). El derecho penal economico en la era compliance. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2013.

*investigación y esclarecimiento de los casos de corrupción; (b) les prohíben sobornar tanto a funcionarios públicos como a directivos o empleados de otras empresas; (c) en la corrupción internacional sancionan a las empresas y a sus agentes, desinteresándose de la sanción del funcionario público*⁶⁰⁷.

Essa nova perspectiva foi sentida mundialmente. Iniciou-se nos Estados Unidos com a edição do Foreign Corrupt Practices Act, em 1977, e foi reconhecida em muitos instrumentos internacionais, editados a partir da década de 1990 a fim de melhor harmonizar a política dos Estados no combate a práticas corruptas. Diante dos efeitos globais da corrupção, a comunidade internacional percebeu que era imprescindível que estivesse alinhada para melhor enfrentar o fenômeno.

No Brasil, exemplo disso é a alteração legislativa trazida com a Lei 12.846/2013, uma tentativa de adequar a legislação brasileira a compromissos assumidos internacionalmente, cujo teor encampam a percepção do ente privado como protagonista das práticas de corrupção⁶⁰⁸.

Identificar e compreender os graves efeitos ocasionados pela corrupção se mostra essencial para melhor combatê-la. Mundialmente, reconheceu-se o fenômeno como um delito transnacional e pluriofensivo⁶⁰⁹ e se admitiu maior responsabilização do ente privado pelas práticas corruptas, afastando-o da posição de vítima do sistema e reconhecendo o seu protagonismo, inclusive no que diz respeito às obrigações de prevenir e combater essa prática, que hoje é global.

Nesse sentido, a percepção do ambiente empresarial como local propício para o cometimento de crimes econômicos, obrigou os administradores - atentos ao risco - a neutralizá-lo, por exemplo, pela adoção de mecanismos de *compliance* e práticas de governança corporativa. Objeto do próximo capítulo é expor como estes programas devem alinhar, dentre seus fins, a formação de uma cultura interna de honestidade.

2 COMPLIANCE COMO PROCESSO EDUCATIVO

Grandes escândalos no campo da criminalidade econômica na Europa e nos Estados Unidos corroboraram, segundo Sieber⁶¹⁰, o diagnóstico de que

⁶⁰⁷ MARTÍN, Adán Nieto. La privatización de la lucha contra la corrupción. In ZAPATERO, Luiz Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Diret). El derecho penal economico en la era compliance. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2013, 193.

⁶⁰⁸ CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.), BERTONCINI, Mateus (Org.). Lei Anticorrupção. Comentários à Lei 12.846/2013. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.

⁶⁰⁹ CARNEVALI, Raúl R.; ARTAZA, Osvaldo V.. La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el derecho penal. Revista Brasileira de Ciências Criminas, v. 138/2017, p. 17 - 57, Dez. 2017.

⁶¹⁰ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva

crimes econômicos poderiam ocasionar graves prejuízos para toda a sociedade e levar à decadência de grandes empresas.

Pesquisas envolvendo a delinquência econômica demonstram, conforme aponta Sieber⁶¹¹, que a influência da empresa sobre o comportamento dos funcionários é determinante para a criminalidade em âmbito corporativo. Nesta perspectiva, ganha vulto a posição da sociedade empresária sobre valores éticos, cultura organizacional e padrão de programas de *compliance*.

Com efeito, segundo Guaragni⁶¹², o ambiente empresarial se revela como um espaço propício para mudanças de comportamento em indivíduos que, inseridos em um ambiente de grupo, podem, eventualmente, ignorar a autocensura e incorrer em atos ilícitos, a exemplo da corrupção. Há um viés, típico do comportamento humano em coletividades, de trocar seus valores pelos do grupo. Mesmo que sejam desonestos, o indivíduo passa, ainda assim, a adotá-los, seja para ser bem recebido no ambiente, seja para a fluidez das atividades do grupo. Ambos estão presentes na organização empresarial: o primeiro, reforçado pela necessidade individual de galgar posições e “fazer carreira”; o segundo, como objetivo conatural à própria administração da empresa.

Esse perigo de mudança de comportamento deve ser levado em conta no desenvolvimento da atividade empresária. Com base nisso, é essencial que os administradores, atentos a esse risco, prezem por uma cultura interna avessa às práticas delitivas. Neutralizar a possibilidade de desenvolvimento de culturas criminógenas internas – sedutoras enquanto práticas rotineiras que otimizam ganhos ou reduzem custos – é uma das metas de mecanismos eficientes de *compliance* e, em geral, das práticas de governança corporativa⁶¹³. O respectivo desenvolvimento, em escala mundial, dá-se a fim de melhorar a direção das sociedades empresárias e orientar os administradores, nas palavras de Sieber, “hacia valores éticos y a impedir la criminalidad empresarial mediante la implantación de medidas de prevención”⁶¹⁴.

concepción para controlar la criminalidad económica. In ZAPATERO, Luiz Arroyo; MARTÍN, Adán Nierto (Diret). El derecho penal economico en la era compliance. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2013.

⁶¹¹ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In ZAPATERO, Luiz Arroyo; MARTÍN, Adán Nierto (Diret). El derecho penal economico en la era compliance. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2013.

⁶¹² GUARAGNI, Fábio André. Desvios Cognitivos e Volitivos nas Atividades Empresariais como fatores criminógenos: aspectos etiológicos e programas de criminal compliance como mecânica de controle. V Encontro Internacional do CONPEDI Montevideu- Uruguai - Direito Penal e Constituição II. p. 200-219, 2016. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/9105o6b2/bk7pbl14/5S426f06iUEW18sA.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

⁶¹³ GUARAGNI, Fábio André. Desvios Cognitivos e Volitivos nas Atividades Empresariais como fatores criminógenos: aspectos etiológicos e programas de criminal compliance como mecânica de controle. V Encontro Internacional do CONPEDI Montevideu- Uruguai - Direito Penal e Constituição II. p. 200-219, 2016. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/9105o6b2/bk7pbl14/5S426f06iUEW18sA.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

⁶¹⁴ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción

A relevância das boas práticas de governança corporativa ganhou destaque a partir da década de 1990, como resultado dos já mencionados escândalos de corrupção envolvendo empresas estadunidenses⁶¹⁵. A implementação de boas práticas não objetiva apenas garantir os direitos dos acionistas, mas também, segundo Lucca⁶¹⁶, “procura refletir os anseios da sociedade pelo que hoje se denomina responsabilidade social da empresa, isto é, também a problemática ambiental, social e econômica deve ser levada em consideração na atividade empresarial”.

Para além de buscarem neutralizar fatores de riscos, as práticas de governança corporativa, dentre outros objetivos, orientam-se para proteção de quatro valores: 1. *fairness*; 2. *disclosure*; 3. *accountability* e 4. *compliance*⁶¹⁷. Aqui, concentramo-nos no último.

Derivado do verbo em inglês “to comply”, o substantivo *compliance* reflete o compromisso da empresa com o cumprimento de regras e se refere à adoção, por parte da sociedade empresária, de programas internos que busquem prevenir a prática de ilícitos, inclusive criminais, evitar condutas que possam macular a imagem da empresa e “criar uma cultura interna de respeito às várias normativas tangentes às atividades empresárias principais e secundárias.”⁶¹⁸.

Sieber alerta para a importância de que programas de *compliance* transmitam, de forma efetiva, os valores corporativos para todos os seus funcionários e administradores, de forma a prevenir a prática de crimes corporativos. Segundo o autor, essa importância se dá na medida em que a violação a normas no âmbito empresarial é favorecida a partir de “un clima de erosión normativa, por técnicas de neutralización al interior de la empresa para facilitar las violaciones normativas, por presiones a los trabajadores para que encuentren “soluciones innovadoras” así como por oportunidades para la comisión de delitos”⁶¹⁹.

para controlar la criminalidad económica. In ZAPATERO, Luiz Arroyo; MARTÍN, Adán Nierto (Diret). El derecho penal economico en la era compliance. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2013, p. 64.

⁶¹⁵ LUCCA, Newton De. Da Ética Geral à Ética Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

⁶¹⁶ LUCCA, Newton De. Da Ética Geral à Ética Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 375.

⁶¹⁷ GUARAGNI, Fábio André. Princípio da Confiança no Direito Penal como Argumento em Favor de órgãos empresariais em posição de comando e compliance: relações e possibilidades. In GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo Cesar (coord.); DAVID, Décio Franco (org.). Compliance e Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2015.

⁶¹⁸ GUARAGNI, Fábio André. Desvios Cognitivos e Volitivos nas Atividades Empresariais como fatores criminógenos: aspectos etiológicos e programas de criminal compliance como mecânica de controle. V Encontro Internacional do CONPEDI Montevédu-Uruguai - Direito Penal e Constituição II. p. 200-219, 2016. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/9105o6b2/bk7pbl14/55426f06iUEW18sA.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021, p. 202.

⁶¹⁹ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción

Para Burgoa⁶²⁰, a prevenção constitui o método mais propício para o combate à corrupção e isso se efetiva através do aumento da integridade corporativa, viabilizado a partir da adoção de um Código de Ética, “instrumento fundamental no quadro da Responsabilidade Social enquanto sistema de transmissão de valores e compromissos da empresa a todos os participantes envolvidos.”

A adoção do *compliance* se mostra especialmente eficaz quando apto a influenciar o mais alto nível de gestão da empresa, isto é, quando os administradores endossam os valores estabelecidos e, com isso, passam a se contrapor às técnicas de neutralização de comportamentos criminosos que, eventualmente, possam existir no âmbito corporativo⁶²¹. Para tanto, é curial que o *compliance officer* tenha independência de atuação, atuando como órgão de estafe, em vez de subalterno aos vértices do corpo funcional da organização.

A partir desse cenário, fica claro que os programas de *compliance* não se restringem à mera vigilância por parte das empresas, mas, como alertam Rios e Antonietto⁶²², insere-se “numa proposta de ações positivas destinadas a consolidar uma cultura de transparência e de legalidade dentro da estrutura empresarial”. Reconhece-se, dessa forma, o protagonismo e importância da empresa na adoção de valores éticos e prevenção à criminalidade empresarial.

Nesse contexto, o *compliance* funciona como mecanismo interno de educação, auxiliando na construção de um ambiente empresarial probó, que se coloque contrário a práticas corruptas.

3 CAPITAL CÍVICO E EDUCAÇÃO

Como visto no capítulo anterior, a adoção de programas de *compliance* pode contribuir para a criação de uma cultura empresarial de cumprimento normativo, que se contrapõe à prática de corrupção e outros delitos no âmbito corporativo. Todavia, facilita-se esta conjuntura se, *extramuros*, também viceja um ambiente social e, principalmente, negocial, orientado à redução de fenômenos de corrupção, em sentido amplo. É exatamente aí que a ideia de *capital cívico* obtém distinção.

para controlar la criminalidad económica. In ZAPATERO, Luiz Arroyo; MARTÍN, Adán Nierto (Diret). El derecho penal economico en la era compliance. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2013, p. 96.

⁶²⁰ BURGOA, Elena. A Corrupção e a Responsabilidade Social Empresarial. In II Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais. Instituto Politécnico de Leiria – Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2013, p. 146.

⁶²¹ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In ZAPATERO, Luiz Arroyo; MARTÍN, Adán Nierto (Diret). El derecho penal economico en la era compliance. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2013.

⁶²² RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Criminal Compliance - Prevenção e Minimização dos Riscos na Gestão da Atividade Empresarial. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 114, p. 341 - 375, maio/jun., 2015, p. 14.

A longo prazo, e fora dos limites da empresa, a redução dos índices de corrupção pode se dar através do desenvolvimento do capital cívico, isto é, dos “valores e crenças que fomentam a cooperação”, conforme esclarece Zingales⁶²³. Para o autor, os países com maior capital cívico apresentam menores índices de corrupção e mais segurança pública.

A intensificação de trocas comerciais, anote-se, tem aí papel importante: em relações de tipo “ganha-ganha”, a preservação mútua entre parceiros, com fortalecimento de laços de lealdade, respeito e transparência, cimenta o ambiente de confiança interpessoal e leva a processos de pacificação entre os envolvidos no negócio. Como bem evidencia Pinker, “uma percepção fundamental da economia moderna é que a chave para a criação de riqueza é a divisão do trabalho”, processo necessariamente colaborativo. Diz ainda, em tom jocoso: “Se você está trocando favores ou excedentes com alguém, de repente seu parceiro de troca torna-se mais valioso para você vivo do que morto”⁶²⁴. A expansão do comércio tem este nem sempre valorizado efeito colateral.

A expressão “capital cívico” foi desenvolvida por Guiso, Sapienza e Zingales⁶²⁵, que procuravam um conceito mais adequado para se referir a “capital social”, um termo amplamente utilizado nas ciências sociais e econômicas e que, para eles, trazia um significado ambíguo. Por conta disso, buscaram restringir a expressão, de forma a melhor mensurá-la e diferenciá-la de capital humano, além de identificar as normas culturais e valores relevantes para sua definição.

Diferentemente do conceito de capital humano, que é orientado ao indivíduo, o capital cívico possui uma dimensão social: é incutido em cada pessoa através de seus pais e demais membros da comunidade, consoante esclarecem os autores. É justamente em virtude dessa dimensão social que, para que possam se referir à capital cívico, as crenças e valores devem ser compartilhados por toda a sociedade, não podendo pertencer apenas ao indivíduo⁶²⁶. É por essa razão que se infere que o conjunto de valores e crenças compartilhados pelos brasileiros e suecos, por exemplo, representa, respectivamente, o capital cívico do Brasil e da Suécia.

⁶²³ ZINGALES, Luigi. Um capitalismo para o povo. Reencontrando a chave da prosperidade americana. BEI Comunicação, São Paulo, 2015, p. 150.

⁶²⁴ Para ambas as passagens: PINKER, Steven. Os anjos bons da nossa natureza. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 125.

⁶²⁵ GUIISO, Luigi; SAPIENZA, Paola; ZINGALES, Luigi. Civic Capital as the Missing Link: Handbooks in Economics. Social Economics, volume 1A: Handbooks in Economics, North-Holland, San Diego, p. 417-480, 2011.

⁶²⁶ GUIISO, Luigi; SAPIENZA, Paola; ZINGALES, Luigi. Civic Capital as the Missing Link: Handbooks in Economics. Social Economics, volume 1A: Handbooks in Economics, North-Holland, San Diego, p. 417-480, 2011.

A fim de mensurar o capital cívico, Guiso, Sapienza e Zingales analisaram um questionário aplicado pela World Values Surveys (WVS), um programa de pesquisa internacional que se dedica ao estudo dos valores sociais, políticos, econômicos, religiosos e culturais das pessoas ao redor do mundo e com ampla cobertura geográfica⁶²⁷. Selecionaram questões a) que pudessem captar o quanto as pessoas valorizam o bem público e b) que se relacionassem com valores ligados à cooperação. Com base nisso, concluíram que, a despeito da existência de uma aversão geral a comportamentos considerados oportunistas, há significativa variação, entre os países, na intensidade dessa aversão.

Outra dimensão do capital cívico, conforme apontado por Guiso, Sapienza e Zingales, é a confiança, que muito se relaciona com a performance econômica de um país. Um dos aspectos desse critério é a confiança generalizada, isto é, aquela que é depositada em pessoas aleatórias. Outra pesquisa desenvolvida pela citada WVS revelou que no Brasil apenas 3% das pessoas confiam nas outras, ao passo que na Dinamarca a porcentagem chegava a 67%. Para Zingales a confiança depositada em membros aleatórios de um grupo “permite o desenvolvimento do mercado, a prosperidade do comércio e o avanço da civilização”⁶²⁸, numa percepção similar à de “comércio gentil”, de Pinker, já referida.

Uma comunidade, portanto, tem mais capital cívico quando soma mais valores que fomentam a cooperação⁶²⁹. Segundo Zingales⁶³⁰, em países onde o capital cívico é maior, os cidadãos se mostram menos dispostos a agir de maneira oportunista e há menos corrupção.

Nesse sentido, o conceito de capital cívico permite compreender por que pessoas submetidas a uma mesma regra se comportam de forma diferente. Para ilustrar essa perspectiva, convém citar o estudo desenvolvido por Fisman e Miguel⁶³¹. A fim de avaliar o papel das normas sociais na prática de atos de corrupção, estudaram as infrações de estacionamento recebidas por diplomatas, oriundos de diversos países, a serviço na cidade de Nova York, entre 1997 e 2002. Durante o período, junto de suas famílias, beneficiavam-se de imunidade diplomática, o que lhes permitia não pagar pelas multas.

⁶²⁷ Maiores informações disponíveis em: <https://www.worldvaluessurvey.org/WVSContents.jsp>. Acesso em: 16 fev. 2021.

⁶²⁸ ZINGALES, Luigi. Um capitalismo para o povo. Reencontrando a chave da prosperidade americana. BEI Comunicação, São Paulo, 2015, p. 148.

⁶²⁹ GUIISO, Luigi; SAPIENZA, Paola; ZINGALES, Luigi. Civic Capital as the Missing Link: Handbooks in Economics. Social Economics, volume 1A: Handbooks in Economics, North-Holland, San Diego, p. 417-480, 2011.

⁶³⁰ ZINGALES, Luigi. Um capitalismo para o povo. Reencontrando a chave da prosperidade americana. BEI Comunicação, São Paulo, 2015.

⁶³¹ FISHMAN, Raymond; MIGUEL, Edward. Cultures of Corruption: Evidence From Diplomatic Parking Tickets. NBER Working Paper Series., Cambridge MA, n. 12312, Jun. 2006. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w12312>. Acesso em: 1 fev. 2021.

Para os autores, a análise dessas infrações de trânsito foi rica para avaliar o impacto de normas sociais na prática da corrupção por dois motivos. Primeiro, porque todos estavam submetidos a uma mesma legislação, imunes para multa de estacionamento. Segundo, porque o ato de estacionar em local proibido bem se enquadra em “uma definição padrão de corrupção, ou seja, ‘o abuso do poder confiado [a alguém] para ganho privado’”⁶³².

Fisman e Miguel constataram que o número de infrações de estacionamento recebidas pelos diplomatas está diretamente relacionado aos demais índices de corrupção dos seus países de origem. A título de ilustração, enquanto diplomatas da Suécia e da Noruega não receberam nenhuma multa de trânsito, diplomatas brasileiros somaram uma média de 29,9 multas por agente, assumindo a 29ª posição entre os países, atrás dos seus vizinhos da América Latina. A última posição foi ocupada pelo Kuwait, com uma média de 246,2 multas por diplomata.

A significativa diferença entre o número de multas recebidas pelos diplomatas contraria a ideia de que pessoas submetidas a idênticos incentivos (na hipótese, imunidade diplomática para multas de estacionamento), comportar-se-iam de forma idêntica. O que o estudo desenvolvido por Fisman e Miguel sugere é que cada diplomata levou consigo para a cidade de Nova York as normas sociais ou a cultura de corrupção de seus respectivos países.

Ao analisar esse estudo, Zingales⁶³³ concluiu que “o único obstáculo ao estacionamento gratuito era o grau de civilidade de cada diplomata”. Para o economista, os diplomatas suecos não são menos racionais que os demais por não estacionar em local proibido, mas “apenas incorporavam valores cívicos em sua decisão. Os diplomatas suecos estão dispostos a sacrificar os próprios interesses, ao menos quando não há muito em jogo”. Para Zingales, a conduta dos diplomatas em incorrer ou não em multas de estacionamento decorre do nível de seu capital cívico.

E uma vez apurado que o capital cívico de uma sociedade influencia em seus índices de corrupção, cabe questionar como é possível aumentar o índice de uma comunidade. Para Zingales, o ensino escolar tem potencial para interferir no capital cívico dos países.

Guiso, Sapienza e Zingales observaram que uma educação participativa, voltada para o trabalho em equipe e para a cooperação entre os estudantes é mais eficaz para desenvolvimento de capital cívico quando comparada a uma educação individualista e voltada à competição.

Em locais onde se privilegia o trabalho em grupo e onde a formulação de críticas e perguntas é incentivada, em detrimento da opção por meras

⁶³² FISMÁN, Raymond; MIGUEL, Edward. Cultures of Corruption: Evidence From Diplomatic Parking Tickets. NBER Working Paper Series., Cambridge MA, n. 12312, Jun. 2006. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w12312>. Acesso em: 1 fev. 2021, p.3.

⁶³³ ZINGALES, Luigi. Um capitalismo para o povo. Reencontrando a chave da prosperidade americana. BEI Comunicação, São Paulo, 2015, p. 150.

exposições orais por parte dos professores, há, segundo Zingales, maiores níveis de capital cívico.

Para Cambi, Ciena e Fedato⁶³⁴, os ideais de democracia devem ser aplicados também no ambiente educacional, de tal forma que aos alunos seja possibilitado discordar e debater, exercitando o trabalho em equipe e o diálogo. Os estudantes devem aprender na escola habilidades que lhes permitam participar ativamente da vida pública, resolver os problemas cotidianos e “experimentar comportamentos cívicos”.

Questiona-se, contudo, se as escolas brasileiras têm propiciado essa participação cidadã e proporcionado uma educação democrática aos seus alunos, um aprendizado que inicia com eleição de representantes de turma, com a participação em grêmios e diretórios acadêmicos e na eleição de diretores e que, segundo Cambi, Ciena e Fedato, são atividades ainda pouco presentes na rotina dos alunos brasileiros.

Piovesan e Fachin⁶³⁵ explicam que uma educação em direitos humanos é aquela que promove o senso de dignidade e o desenvolvimento do aluno, permitindo aos cidadãos contribuir e vivenciar uma sociedade livre, justa e democrática. Para Cambi, Ciena e Fedato uma educação em Direitos Humanos também contribui para que a democracia e as decisões tomadas pela sociedade sejam respeitadas, ao mesmo tempo em que possibilita o desenvolvimento da empatia e o respeito aos demais.

Também nessa toada, Abade defende que uma cultura de respeito a Direitos Humanos contribui para que a sociedade adote uma postura contrária à corrupção, considerando-a “socialmente nociva, ao invés de ser considerada uma prática inevitável e socialmente suportada”⁶³⁶.

Observados os aspectos sociais e culturais presentes nas práticas corruptas, depreende-se que uma educação em direitos humanos, que seja inclusiva, participativa e voltada à cooperação, pode contribuir para o desenvolvimento do exercício da cidadania e melhorar nos índices de capital cívico, tornando-se um importante instrumento de combate à corrupção a longo prazo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção, principalmente quando cometida de forma sistemática e generalizada, é um fenômeno que atinge bens jurídicos muito variados. Para

⁶³⁴ CAMBI, Eduardo; CIENA, Fabiana Polican; FEDATO, Matheus Arcangelo. Prevenção à corrupção por meio da educação em direitos humanos e os reflexos da Escola sem Partido. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Curitiba. Ano 5. n 8, jun. 2018.

⁶³⁵ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. Educação em Direitos Humanos no Brasil: desafios e perspectivas. Revista Jurídica da Presidência Brasília, v. 19, n. 117, p. 20-38, Fev./Maio 2017.

⁶³⁶ ABADE, Denise Neves. Direito Internacional Anticorrupção no Brasil. Rev. secr. Trib. perm. revis. año 7, n. 13; p. 213 - 232, mar. 2019, p. 216.

além de atingir, de forma imediata, a Administração Pública, afeta a Ordem Econômica de forma mediata, provocando graves efeitos deletérios para o mercado e para a sociedade.

Notadamente a partir da década de 1990, a corrupção passou a ser percebida como um problema global, observou-se o protagonismo exercido pelo setor privado no fenômeno e constatou-se que, quando praticada reiteradamente, a corrupção tem o condão de distorcer a performance econômica, desacreditar o sistema político e violar direitos humanos (como reconhecido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, através da fundamental Resolução 01/2018).

Por conta disso, é essencial que todos os agentes envolvidos na temática estejam alinhados e dedicando esforços no combate à corrupção, não mais se admitindo que esse enfrentamento fique restrito aos agentes públicos.

Nesse sentido, um dos caminhos propostos para auxiliar no combate ao fenômeno é através do desenvolvimento da educação. Neste estudo, essa possibilidade foi avaliada a partir de duas perspectivas: a curto prazo e no âmbito interno das organizações empresárias, mediante adoção de programas de *compliance*, e a longo prazo, através do desenvolvimento de capital cívico, convocando-se o sistema escolar ao protagonismo.

A curto prazo, apontou-se a adesão de programas de *compliance*, enquanto mecanismos internos de educação e orientação dos gestores e colaboradores da empresa na adoção de valores éticos, como forma de consolidação de uma cultura empresarial contrária a práticas corruptas e de prevenção à criminalidade empresarial.

A longo prazo e de modo externo ao ambiente empresarial, o desenvolvimento do capital cívico também pode contribuir para a redução dos índices de corrupção, algo que se instrumentaliza através de reformas no sistema educativo, privilegiando-se uma educação inclusiva, participativa e voltada à cooperação.

Por fim, há evidentes possibilidades de sinergia entre as duas estratégias: a empresa, como centro de educação orientada a valores honestos, a partir de programas de cumprimento normativo, opera como vetor de capital cívico - tanto quanto a escola. Já a escola, como duto de produção de capital cívico, prepara colaboradores refratários à assunção de valores internos desonestos, presentes em algumas pessoas jurídicas, ao passo em que alinhados com a implantação e manutenção de culturas internas de cumprimento normativo.

REFERÊNCIAS

- ABADE, Denise Neves. Direito Internacional Anticorrupção no Brasil. *Rev. secr. Trib. perm. revis. año 7, n. 13; p. 213-232, mar. 2019.*
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal”. *In: Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca. Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 1982, p. 590-1.*
- BURGOA, Elena. A Corrupção e a Responsabilidade Social Empresarial. *In II Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais. Instituto Politécnico de Leiria – Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2013.*
- CAMBI, Eduardo; CIENA, Fabiana Polican; FEDATO, Matheus Arcangelo. Prevenção à corrupção por meio da educação em direitos humanos e os reflexos da Escola sem Partido. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Curitiba. Ano 5. n 8, jun., 2018.*
- CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.), BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei Anticorrupção. Comentários à Lei 12.846/2013. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.*
- CARNEVALI, Raúl R.; ARTAZA, Osvaldo V. La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. *Desafios para el derecho penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 138/2017, p. 17 - 57, Dez. 2017.*
- COKCROFT, Laurence. *Global Corruption: Money, Power and Ethics in the Modern World. I.B. Tauris, 2012*
- COELHO, Nuno M. M. S.; HERINGER, Helimara Moreria Lamounier. Foreign Corrupt Practices Act: uma breve análise da lei que deu origem ao combate internacional da corrupção. *Revista Jurídica. Curitiba. v. 01, n°. 46, Curitiba, p. 164-187, 2017.*
- FISMAN, Raymond; MIGUEL, Edward. *Cultures of Corruption: Evidence From Diplomatic Parking Tickets. NBER Working Paper Series., Cambridge MA, n. 12312, Jun. 2006. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w12312>. Acesso em: 1 fev. 2021.*
- GUARAGNI, Fábio André. Desvios Cognitivos e Volitivos nas Atividades Empresariais como fatores criminógenos: aspectos etiológicos e programas de criminal compliance como mecânica de controle. *V Encontro Internacional do CONPEDI Montevidéu- Uruguai - Direito Penal e Constituição II. p. 200-219, 2016. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/9105o6b2/bk7pbl14/5S426f06iUEW18sA.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.*
- GUIISO, Luigi; SAPIENZA, Paola; ZINGALES, Luigi. *Civic Capital as the Missing Link: Handbooks in Economics. Social Economics, v. 1A: Handbooks in Economics, North-Holland, San Diego, p. 417-480, 2011.*
- KNOERR, Fernando Gustavo; GUARAGNI, Fabio André; KNESEBECK, Eduardo Henrique. Efeitos econômicos da corrupção. *Administração de Empresas em Revista. Curitiba, v. 1, n. 15, p. 188-202, jan./mar. 2019, p. 190.*
- LUCCA, Newton De. *Da Ética Geral à Ética Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2009.*
- MARTÍN, Adán Nieto. La privatización de la lucha contra la corrupción. *In ZAPATERO, Luiz Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Diret). El derecho penal economico en la era compliance. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2013.*
- OCDE. *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. 1997. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020.*
- ONU. *Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. 2003. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.*
- PINKER, Steven. *Os anjos bons da nossa natureza. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.*

- PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. Educação em Direitos Humanos no Brasil: desafios e perspectivas. Revista Jurídica da Presidência Brasília, v. 19, n. 117, p. 20-38, Fev./Maio 2017.
- RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Criminal Compliance - Prevenção e Minimização dos Riscos na Gestão da Atividade Empresarial. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 114, p. 341 - 375, maio/jun., 2015.
- SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In ZAPATERO, Luiz Arroyo; MARTÍN, Adán Nierto (Diret). El derecho penal economico en la era compliance. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2013.
- ZINGALES, Luigi. Um capitalismo para o povo. Reencontrando a chave da prosperidade americana. BEI Comunicação, São Paulo, 2015

NEUROCIÊNCIA DA FACE NO CONTEXTO DO DIREITO

Sandro Carlos Pereira⁶³⁷, Lilian Cristina Pinheiro Goto⁶³⁸,
Adriane Garcel⁶³⁹, José Laurindo de Souza Netto⁶⁴⁰

INTRODUÇÃO

A neurociência, aplicada aos processos judiciais, pode ampliar a compreensão não apenas técnica, mas também ética, filosófica, pragmática e operacional do sistema jurídico com ampla possibilidade de auxiliar na pacificação social. A possibilidade de “olhar” para o cérebro em atividade, com mais detalhes, tem ampliado as modificações no campo da Neurociência e da Ciência da Linguagem. (FRANÇA, 2018, p. 9).

Deste novo olhar, que demonstra amplas possibilidades no panorama jurídico, verifica-se que recentes pesquisas comprovam a relação paradigmática que se apresenta a partir da disponibilidade de novas evidências científicas, vocacionadas à interconexão com outras áreas do conhecimento.

Neste sentido, o Direito, enquanto processo de adaptação social, apto a formular as bases da justiça e da segurança social, na busca da paz, da ordem e do bem comum, pode e deve ser adaptado para cumprir seu intento.

⁶³⁷ Doutorando em Ciências da Informação, especialidade em Sistemas, Tecnologias e Gerenciamento de Informação na Universidade Fernando Pessoa (UFP, Porto, Portugal). Pesquisador no Laboratório da Expressão Facial da Emoção (FEELab) no Porto, Portugal. Diretor Geral no Brasil do Freitas-Magalhães Group Brasil (F-MGB). Professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV). ORCID: Lattes:

⁶³⁸ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA. Graduada em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná e Graduada em Letras. Assessora Jurídica do TJPR e Mediadora Judicial. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br - ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. Lattes Id: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>

⁶³⁹ Mestra em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Graduação em Letras com licenciatura Plena em Português e Inglês pelo Centro Universitário Campos de Andrade e Graduação em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Pós-graduada em Direito Público Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Pós-graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho da 9ª Região – EMATRA/UNIBRASIL. Pós-Graduada em Ministério Público, especialista em Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR/ UNIVERSIDADE POSITIVO. Advogada licenciada na OAB/PR. Mediadora Judicial e Assessora Jurídica na Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>.

⁶⁴⁰ Doutor e Mestre pela UFPR. Com Estágio de Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade degli Studi di Roma La Sapienza. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense UNIPAR. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Mesmo porque, no magistério de Nader (2001), verifica-se que o próprio fenômeno jurídico que se revela autêntico quando retrata a vida social, é passível de adaptar-se ao momento histórico, evoluindo com o organismo social e ganhando novas dimensões. Isso significa, que o processo de adaptação do Direito e das formas de se fazer justiça, que já é latente com as novas tecnologias, demonstram que a busca pela pacificação social, auxiliada pelas tecnologias disponíveis e por pesquisas científicas sérias e comprometidas, podem contribuir para os novos rumos à ciência jurídica.

O conhecimento, atual, sobre a neurociência facial deve muito ao trabalho de pesquisadores como Charles Darwin (Reino Unido/1872), Paul Ekman (EUA/1978) e Freitas-Magalhães (Portugal/2018). Ao longo dos anos, a identificação e o reconhecimento de um “programa facial”, com consequente mensurabilidade, têm sido o propósito de estudo de muitos pesquisadores (FREITAS-MAGALHÃES, 2018).

Um grande avanço, em termos de medição das expressões faciais, foi a criação do Facial Action Coding System (FACS), ou Sistema de Codificação da Ação Facial, em 1978, pelo psicólogo Paul Ekman, que possibilitou, cientificamente, mapear a face humana (PEREIRA, 2020). Os códigos faciais são descritos em termos numéricos, conhecidos como Action Units (unidades de ação), onde os números representam as ações faciais que descrevem a ativação dos músculos durante uma determinada expressão facial ou emoção (PEREIRA, GOUVEIA e FREITAS-MAGALHÃES, 2021).

Hodiernamente, tem-se como uma das maiores referências mundiais nesta temática o psicólogo português Freitas-Magalhães, criador do F-M FACS 3.0 e F-M FACS 4.0, fundador e diretor do Facial Emotion Expression Lab (FEELab), em idioma português, Laboratório de Expressão Facial da Emoção.

Ainda, em relação às emoções, Damásio (2018) declara que as manifestações emocionais geram alterações neurológicas, psicológicas e fisiológicas, de tal maneira que, por exemplo, diante da emoção raiva: o sistema límbico, a amígdala e o cíngulo entram imediatamente em ação (alterações neurológicas), o indivíduo pode se tornar irracional (alteração psicológica) e, é possível verificar no corpo o impulso para uma ação de luta, o rosto fica avermelhado, os dentes cerrados e a mostra, o peito em ebulição pronto para lutar (alterações fisiológicas). Trata-se de um processo automatizado desencadeado pela emoção. Já os sentimentos, decorrem do acompanhamento contínuo da experiência emocional e envolvem a habilidade cognitiva de pensar sobre os conteúdos envolvidos na emoção.

Para Goleman (1995), Davidson e Begley (2013) e Freitas-Magalhães (2021), o analfabetismo emocional é um dos maiores problemas dos nossos tempos, pois afeta a capacidade de pensar e agir racionalmente, comprometendo o processo decisório do indivíduo. É importante destacar, que tudo que se faz, no caso concreto da tomada de uma decisão envolve a emoção. Quando alguém tenta disfarçar ou mesmo abafar as emoções, gera, como consequência, uma neuromicroexpressão facial que indica uma incongruência emocional (“mentira”)

ou embotamento, trata-se, pois, de uma estratégia de disfarce e distanciamento emocional (FREITAS-MAGALHÃES, 2020b).

Sobretudo, o estudo das expressões faciais das emoções revela as mais profundas experiências psicológicas e emocionais. Freitas-Magalhães (2021) afirma que a face é a parte do corpo que, quase sempre, está visível aos nossos olhos, portanto, queiramos ou não, as emoções são naturalmente reveladas em nossos rostos, seja pela expressão facial ou seja pela voz. Ademais, este estudo tem como objetivo apresentar um instrumento de consenso científico, baseado na neurociência facial, capaz de contribuir com a área do Direito.

1 A NEUROCIÊNCIA NO DIREITO

No âmbito jurídico a aplicação das técnicas neurocientíficas aliadas às demais áreas do conhecimento demonstram-se assertivas na promoção da justiça, devendo ser estabelecido um diálogo mais intenso entre elas, fazendo surgir um campo denominado Neurodireito, que faz a ponte entre as Ciências Comportamentais como a Psicologia Comportamental e o Direito.

Na lição de Marden (2020, p. 9-18) a descoberta da Psicologia Comportamental e da Neurociência pelo Direito, foi um momento de choque de realidade para os juristas. Entretanto, passado o momento de surpresa, o que se abriu diante deles foi um universo de infinitas possibilidades. Contudo, conforme aduz Barth (2019, p. 168) as discussões envolvendo neurodireito no país ainda são incipientes. Na jurisprudência há apenas menções esparsas do termo “neurociência”.

A pesquisa realizada (PRATA E FREITAS, 2012) em todos os Tribunais de Justiça, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, até dezembro do ano de 2010, encontraram decisões que faziam referência à neurociência em apenas três Estados – Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo. Todas as decisões encontradas no TJRS tratavam de processos penais relacionados à adição de drogas. As decisões do TJSC estavam relacionadas à regulação de profissão. Já o Estado de São Paulo tratava, dentre outras coisas, de memória de testemunha.

Em consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça em 15 de agosto de 2021, verifica-se que o termo “neurociência” tem apenas uma única citação mencionando artigo intitulado “Neurociência Clínica” – as bases da saúde mental, em processo de indenização por dano moral relacionado à saúde mental no REsp nº 772103 / SC. (BRASIL, 2021).

De igual forma em consulta jurisprudencial ao sítio do Supremo Tribunal Federal, nesta mesma data foi possível constatar uma única citação na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 30, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, no qual o artigo intitulado “Equilíbrio de escolares ouvintes e com perda auditiva sensorineural” foi extraído da “revistaneurociencias”. (BRASIL, 2021).

Portanto, ainda existe um longo caminho a ser percorrido. Mas, alguns autores afirmam que a aplicação das técnicas neurocientíficas aliadas

ao Direito podem representar um avanço na realização da justiça, ao dialogar de forma interdisciplinar com outras fontes de conhecimento em busca da pacificação social (NETTO *et al.*, 2021).

2 A NEUROCIÊNCIA DA MENTIRA

A aplicação da neurociência, em especial, a ciência da leitura facial da emoção nas audiências virtuais, em tempos de pandemia, parece se firmar como uma ferramenta inevitável, uma vez que supera a visão tradicional que se tinha do Poder Judiciário no processo de mediação (GOTI *et al.*, 2021). Portanto, aliado a essa ideia, a análise pericial por meio das neuromicroexpressões faciais, baseada na neurociência da face, pode contribuir de forma definitiva como instrumento prático, acessível e científico aos juízes para apoiar a tomada de decisão. Sobretudo, ao minimizar os riscos de uma decisão injusta, isso produz impactos do ponto de vista econômico, mas, sobretudo, reduz os custos morais e sociais que nem sempre são possíveis de serem medidos.

Nesse cenário, a neurociência da mentira constitui um valioso campo de pesquisa e aplicação na área do Direito. A mentira é uma ação deliberada, consciente, de enganar alguém pelos mais diferentes motivos. No entanto, as emoções expressam-se de forma verdadeira na face, mesmo quando alguém tenta disfarçar, simular ou esconder, as expressões produzidas não cumprem as chamadas regras de exibição e, então, surgem as neuromicroexpressões faciais (FREITAS-MAGALHÃES, 2020b).

Diversos pesquisadores (DAMÁSIO, 2018; FREITAS-MAGALHÃES, 2020b; GOLEMAN, 1999) afirmam que o processo emocional envolve diferentes estruturas cerebrais, por exemplo, a amígdala, hipotálamo, hipocampo, córtex motor e ativa o sétimo (VII) par de nervos cranianos, responsável por movimentar os músculos da face. Sendo que as expressões voluntárias e involuntárias utilizam diferentes vias e mecanismo de ativação muscular, por isso, afirma-se que a face não mente, pois, quando se tenta esconder uma emoção, cria-se um conflito emocional que envolve as áreas cerebrais do sulco temporal superior, a ínsula, o córtex motor suplementar e o córtex orbifrontal (FREITAS-MAGALHÃES, 2020a). Existem várias formas de se detectar uma mentira, desde o surgimento de uma neuromicroexpressão facial com variações da extensão vocal da emoção, passando pela assimetria da expressão na face, até o tempo de exibição da emoção, pois mentir, provoca tensão muscular e ansiedade durante uma entrevista de audiência.

Neste sentido, se mostra cada vez mais pertinente a aplicação de instrumentos cientificamente comprovados nas negociações, de acordos pré-processuais e processuais, além de poderem contribuir para melhor condução dos processos, como na oitiva das partes, para que sejam realizados os questionamentos pertinentes tanto da defesa, da acusação e do julgador.

3 APLICAÇÕES DA NEUROCIÇÃO DA FACE

Atualmente, existem inúmeras aplicações para a neurociência da face que vão desde a área de segurança pública, recrutamento e seleção de candidatos, na área hospitalar no reconhecimento da dor em pacientes à espera de atendimento, no desenvolvimento da inteligência social, no processo de negociação e vendas, e, ao que se pretende esta pesquisa em especial, na área jurídica. Portanto, destacam-se:

1. Saber identificar e avaliar as verdadeiras intenções de outra pessoa por meio de suas expressões faciais (combate ao terrorismo, narcotráfico, assassinatos e prevenção de fraudes);
2. Distinguir as incongruências emocionais para desvendar diferentes tipos de trapaças, mentiras e eventuais crimes cometidos pela pessoa (investigação policial e judicial);
3. Identificar o perfil do candidato a uma determinada vaga ou posição de trabalho na empresa (recrutamento e seleção, avaliação de potencial, análise comportamental, desenvolvimento de competências);
4. Mensurar a intensidade da dor em pacientes, nas unidades hospitalares e realizar a triagem adequada de acordo com a urgência de atendimento;
5. Aprender a lidar com as próprias emoções (Inteligência Intrapessoal), melhorar as relações interpessoais (Inteligência Emocional) e, ao mesmo tempo, fortalecer vínculos sociais afetivos (Inteligência Social);
6. Perceber as emoções primárias das pessoas para depois, gerar empatia e confiança (melhorar os vínculos afetivos e estabelecer laços de confiança);
7. Aprender a ler os sinais inconscientes dos clientes, durante um processo judicial de negociação ou fechamento de vendas.
8. No âmbito jurídico, na mediação de interesses divergentes, na resolução de conflitos, como estratégia de pacificação social por meio do reconhecimento facial das emoções dos envolvidos, com objetivo de estimular os litigantes a dialogarem de forma célere e mais eficiente em busca de resultados que atendam ambas as partes.

4 O FACS E A EVOLUÇÃO AO LONGO DOS ANOS

O Facial Action Coding System (FACS), ou Sistema de Codificação da Ação Facial (SCAF) em língua portuguesa, é um instrumento, de consenso científico, utilizado para mapear as expressões faciais que foi apresentado ao mundo em 1978, por Paul Ekman e Wallace Friesen. A taxonomia do FACS é realizada por meios das Action Units (AUs), ou unidades de ação, em que os códigos numéricos representam

determinadas ações faciais e, em algumas combinações, podem indicar a existência da manifestação de uma emoção (PEREIRA, GOUVEIA e FREITAS-MAGALHÃES, 2021). As AUs são descritas em termos de: Posição na face superior (testa, sobrancelhas e contorno dos olhos) e face inferior (nariz, boca e queixo), Intensidade (A, B, C, D e E) que podem variar desde a mais sutil expressão (designada pela letra A) até a mais evidente expressão facial (designada pela letra E) e, por fim, o tipo de Movimento (para cima/baixo, horizontal, oblíqua, orbital e mista).

De acordo com Freitas-Magalhães (2019) as expressões faciais das emoções, podem ser classificadas em Neuromacroexpressão que é expressa de forma involuntária, de acordo com as emoções vividas e tem um tempo de exibição na face entre 1/2 e 4 segundos, ou, Neuromicroexpressão que é uma breve expressão involuntária, mostrada na face, frente a situações em que a pessoa pretende ocultar a emoção genuína, em geral, o tempo de exibição na face é de 1/15 e 1/25 de segundos. Vale ressaltar, por exemplo, a emoção básica desprezo é nomeada de neuromacroexpressão (maior que 1/2 segundo), aparece de forma assimétrica na face humana (apenas de um lado), no entanto, a emoção básica surpresa é uma neuromicroexpressão facial (menor que ¼ de segundo), aparece configurada na face humana de forma simétrica (ocorre nos dois lados).

Em 2002, Paul Ekman, Wallace Friesen e Joseph Hager decidem atualizar o FACS, propondo pequenos ajustes em função do desenvolvimento de novas tecnologias, mas sua estrutura fundamental não é modificada. A ideia básica foi aumentar a confiabilidade do estudo da face humana e torná-lo mais fácil para o processo de aprendizagem (EKMAN, FRIESEN e HAGER, 2002).

Em 2017, Freitas-Magalhães lança o F-M FACS 2.0, que resulta de uma ampla revisão e atualização do material original de Ekman, Friesen e Hager, utilizando novas tecnologias 4K e 3D. Contudo, a quantidade de códigos do FACS não sofre qualquer alteração.

Em 2018, Freitas-Magalhães lança o F-M FACS 3.0, uma alteração pioneira com a inserção de 31 novos algoritmos desenvolvidos no FEELab. Torna-se, assim, a mais abrangente e significativa alteração já realizada no FACS. Estas mudanças envolvem a reclassificação e a criação de novas categorias dentro do sistema de codificação, portanto, quarenta anos após o lançamento do FACS, o material original é definitivamente atualizado.

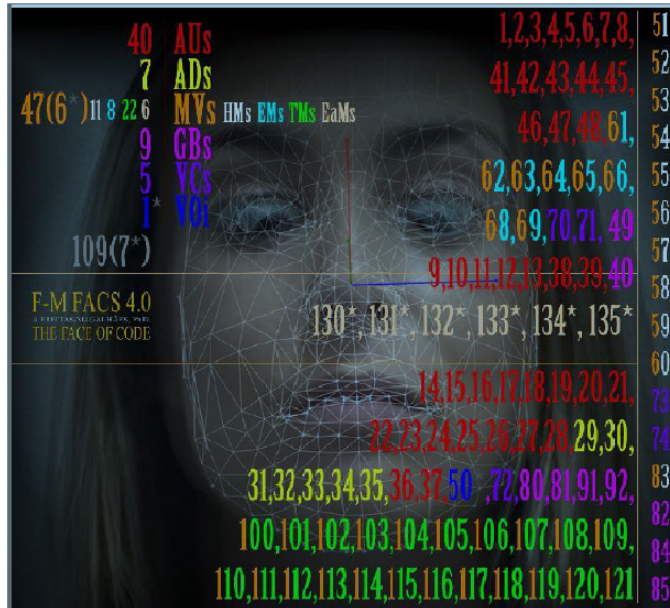
Em 2021, no dia 4 de maio, no Porto, em Portugal, é apresentado mundialmente a comunidade científica, o F-M FACS 4.0, nos idiomas português, inglês e espanhol. Essa nova versão conta com o acréscimo de 06 novos códigos e a inserção da voz tornando mais robusto o sistema de codificação da ação facial.

5 VISÃO GERAL DO FACS

A medição científica da expressão facial humana por meio do FM-FACS 4.0 foi um avanço enorme em termos de desenvolvimento, atualização e

aprendizagem das novas e pioneiras Unidades de Ação (AUs). Após 35 anos de dedicação à ciência e a pesquisa científica, Freitas-Magalhães, apresenta todos os 109 códigos do F-M FACS 4.0 reunidos em uma única imagem e organizados por diferentes cores. A figura 1 agrupa os 109 códigos do F-M FACS 4.0.

Figura 1: Facial Action Coding System 4.0
Manual de codificação científica da face humana, 2021



Fonte: Freitas-Magalhães, 2021, p. 30. © 2021, S.Po. Reprinted by permission

A tabela 1 apresenta o Sistema de Codificação da Ação Facial (FACS), em sua versão original de 1978, desenvolvido no trabalho inicial de Paul Ekman e Wallace Friesen e que em 2002, contou com a presença de Joseph Hager.

Tabela 1: FACS de 1978 e 2002

Identificação	Quantidade	Descritivo
AUs	32	Unidades de Ação
ADs	7	Descritores de Ação
MVs	19	Movimentos de cabeça e Olhos
GBs	9	Descritores de Comportamentos
VCs	5	Códigos de Visibilidade
Códigos	72	

Os autores propuseram em seus estudos: 32 unidades de ação (AUs), 07 descritores de ação (ADs), 19 movimentos da cabeça e olhos (MVs), 9 descritores de comportamento (GBs) e 5 códigos de visibilidade (VCs), totalizando 72 códigos.

A tabela 2 apresenta o Sistema de Codificação da Ação Facial (F-M FACS 3.0), em sua versão pioneira de 2018, desenvolvido no Laboratório de Expressão Facial da Emoção (FEELab), na Universidade Fernando Pessoa, cidade do Porto, Portugal.

Tabela 2: F-M FACS 3.0 de 2018

Identificação	Quantidade	Descritivo
AUs	40	Unidades de Ação (8)
ADs	7	Descritores de Ação
MVs	41	Movimentos de cabeça, Olhos e Língua (22)
GBs	10	Descritores de Comportamentos (1)
VCs	5	Códigos de Visibilidade
Códigos	103	

Ao descrever os dados da tabela 2, percebe-se que houve o acréscimo de 8 unidades de ação (AUs), 22 movimentos da língua (MVs), e aumento de 1 descritor de comportamento (GBs), totalizando 103 códigos. Os demais dados do FACS são mantidos.

A tabela 3 exibe o Sistema de Codificação da Ação Facial (F-M FACS 4.0), em sua versão inovadora de 2021.

Tabela 3: F-M FACS 4.0 de 2021

Identificação	Quantidade	Descritivo
AUs	40	Unidades de Ação
ADs	7	Descritores de Ação
MVs	47	Movimentos de cabeça, Olhos, Língua e Orelhas (6)
GBs	9	Descritores de Comportamentos
VCs	5	Códigos de Visibilidade
VOI	1	Voz falada (Sp50) ou cantada (Si50)
Códigos	109	

Ao analisar a tabela 3, percebe-se que houve o acréscimo de 06 movimentos das orelhas, passando para 47 a quantidade total de MVs e aumento de 1 código (VOI) referente a voz cantada (Sp50) ou falada (Si50). Resumindo, inicialmente o número total de códigos era de 72 (FACS 1978 e 2002) e, devido às

pesquisas de Freitas-Magalhães em 2018, esse número subiu para 103 códigos (F-M FACS 3.0) e atualmente, em 2021, no (F-M FACS 4.0) são 109 códigos.

No F-M FACS 4.0 a análise da fala ganha relevância ao se distinguir o discurso falado (Sp50) e o cantado (Si50), justamente por se tratar de duas dimensões da voz e que comunica a extensão vocal da emoção (Freitas-Magalhães, 2021). Portanto, a inclusão da voz no F-M FACS 4.0, possibilita a análise da mensagem verbal, mas, sobretudo, da Paralinguagem, incluindo o tom, pausas, velocidade, volume e a frequência fundamental (número de oscilações médias por segundo).

Freitas-Magalhães (2021) destaca que a frequência fundamental (F0) de um sinal de voz é definida como a estrutura quase periódica dos sinais vocalizados, sendo designada como o número médio de oscilações (nas pregas vocais) por segundo, podendo mudar em uma única frase para caracterizar uma ênfase ou indicar uma pergunta. Ademais, a F0 pode oscilar conforme indicado na tabela 4.

Tabela 4: Intensidade e Frequência da Voz

Intensidades	Denominações	Frequências Feminina (Hz)	Frequências Masculina (Hz)
A	Vestigial	100	80
B	Sutil	200	135
C	Marcado	300	190
D	Forte	400	245
E	Máximo	500	300

A tabela 4 descreve as diferentes intensidades (A até E) e as respectivas denominações (vestigial a máximo) de oscilações da voz emitida pelos gêneros feminino e masculino. Por exemplo, a emoção desprezo apresenta a seguinte codificação da voz (V50) F0 = vestigial e, por outro lado, na emoção raiva a designação da voz é: (V50) F0 = máximo.

É indiscutível que o papel da linguagem verbal na metodologia de mediação merece destaque central, pois contribui para os processos de individualização, interação e socialização formando um sistema de signos, onde possibilita a identificação do modelo de mundo das pessoas e sua relação com as emoções durante o discurso (GOTO, CAMBI e NETTO, 2021). Ademais, o estudo da expressão facial das emoções torna-se mais abrangente com o advento do F-M FACS 4.0 justamente, por congrega em um mesmo sistema a medição das expressões faciais e a variação da extensão vocal da emoção durante uma entrevista de audiência.

6 AS OITO EMOÇÕES BÁSICAS UNIVERSAIS

O homem se torna humano porque também se desenvolve emocionalmente. Contudo, ao longo da história de cada um, modificam-se os significados e os sentidos das emoções e sentimentos. Conforme alega Damásio (2018), a diferença principal entre emoção e sentimento é que a primeira produz alterações neuropsicofisiológicas

no corpo, em especial pode ser percebida na face humana, e que são de curta duração, já os sentimentos podem ou não gerar alterações fisiológicas, nem sempre aparecem na face humana e são duradouros (permanecem por anos).

As emoções exercem papel central em nossas vidas, regulando o convívio em sociedade. Segundo Goleman (1995), elas existem para garantir a nossa sobrevivência, são fundamentais para o desenvolvimento humano, sobretudo, a espécie humana deve grande parte de sua existência ao uso adequado das emoções.

Pesquisas científicas no campo das emoções humanas revelam que existem oito emoções básicas universais (FREITAS-MAGALHÃES, 2020a), independente da cultura, gênero, e idade, todas as pessoas saudáveis manifestam as seguintes emoções: alegria, desprezo, dor, medo, nojo, raiva, surpresa e tristeza. A melhor forma de combater o analfabetismo emocional é aprender a identificar e reconhecer as oito emoções básicas.

6.1 EMOÇÃO BÁSICA ALEGRIA OU FELICIDADE

Segundo Freitas-Magalhães (2021) esta emoção é representada pelas Unidades de Ação (AUs) 6+7+8+12+25+47 e possui (V50) F0 = máximo, conforme mostra a figura 2, face 5. Está diretamente relacionada a sensações agradáveis, vem acompanhada com sentimentos positivos e de bem-estar. Quando verdadeira, essa emoção provoca o chamado “pé de galinha” na altura dos olhos, contração das pálpebras inferiores, elevação dos cantos dos lábios, separação dos lábios e as pupilas se dilatam (midríase). O cérebro libera as substâncias químicas dopamina e ocitocina.

6.2 EMOÇÃO BÁSICA DESPREZO

O desprezo é representado pelas Unidades de Ação (AUs) U9+U10+U14+41+61 ou 62 e (V50) F0 = vestigial, conforme indica a figura 2, face 2. (FREITAS-MAGALHÃES, 2021). Está relacionada à sensação de superioridade em relação a outra pessoa. É impossível sentir desprezo por coisas ou objetos, ele é dirigido a pessoas. Quando surge na face, ocorre o franzimento do nariz, elevação do lábio superior da boca, aparece a retração dos lábios e estreitamento das comissuras, ocorre uma assimetria acentuada em um lado da face e os olhos ficam voltados para o canto da face. A letra “U” designa a unilateralidade muscular da ação facial.

6.3 EMOÇÃO BÁSICA DOR

Esta foi, portanto, a última emoção a ser reconhecida como pertencente ao grupo das emoções básicas. Tal feito, foi realizado por Freitas-Magalhães (2019) ao apresentar à comunidade científica internacional o

resultado meticuloso dos seus estudos. As Unidades de Ação (AUs) 1+2+3+4+6+7+9+10+20+21+25+26+27+43+47 e (V50) F0 = máximo e representam a codificação facial da dor, conforme apresenta a figura 2, face 6 (FREITAS-MAGALHÃES, 2021). Diante desta emoção, ocorrem as seguintes alterações faciais, as sobrancelhas se elevam, ocorre a contração da glabella, aparição de linhas verticais entre as sobrancelhas, aparecimento de pés de galinha junto aos olhos, tensão nas pálpebras inferiores, franzimento do nariz, elevação dos lábios superiores, estiramento horizontal da boca, tensão no pescoço, separação dos lábios, e as pupilas se dilatam (midríase).

6.4 EMOÇÃO BÁSICA MEDO

Freitas-Magalhães (2021) afirma que o medo está associado à percepção de perigo (real ou imaginado) e é representada pelas Unidades de Ação (AUs) 1+2+3+4+5+20+21+25+47 e (V50) F0 = máximo, conforme mostra a figura 2, face 4. Pode acontecer de forma breve ou longa e, ao experimentar a sensação de medo, dificilmente sentimos outras coisas em paralelo. O medo pode alternar para raiva, dependendo da situação. Quando surge na face, ocorre a elevação das pálpebras superiores, ocorre a contração da glabella, aparição de linhas verticais entre as sobrancelhas, elevação das pálpebras superiores, estiramento dos lábios na horizontal, tensão no pescoço, os lábios ficam separados e as pupilas se dilatam (midríase). O corpo libera a adrenalina, dispara o coração e aumenta o nível de glicose no sangue.

6.5 EMOÇÃO BÁSICA NOJO

O nojo é representado pelas Unidades de Ação (AUs) 3+7+9+10+21+25+48 e (V50) F0 = marcado, conforme indica a figura 2, face 3, e está diretamente relacionada à sensação de repugnância, vem acompanhada do sentimento de repulsa que pode ser por coisas ou pessoas (FREITAS-MAGALHÃES, 2021). Quando surge na face ocorre a contração da glabella, tensão nas pálpebras inferiores, franzimento do nariz, elevação dos lábios superiores, surge tensão no pescoço, os lábios se separam, e as pupilas se contraem (miose).

6.6 EMOÇÃO BÁSICA RAIVA

Está relacionada a diferentes experiências e estímulos, pode ser precedida de medo, culpa ou aversão. É representada pelas Unidades de Ação (AUs) 3+4+5+7+10+26+47 e (V50) F0 = máximo, conforme mostra a figura 2, face 1, e ocorre a contração da glabella, aparição de linhas verticais entre

as sobrancelhas, elevação das pálpebras superiores, tensão nas pálpebras inferiores, elevação dos lábios superiores, queda do mento e as pupilas se dilatam (FREITAS-MAGALHÃES, 2021). O corpo libera as substâncias químicas adrenalina e noradrenalina.

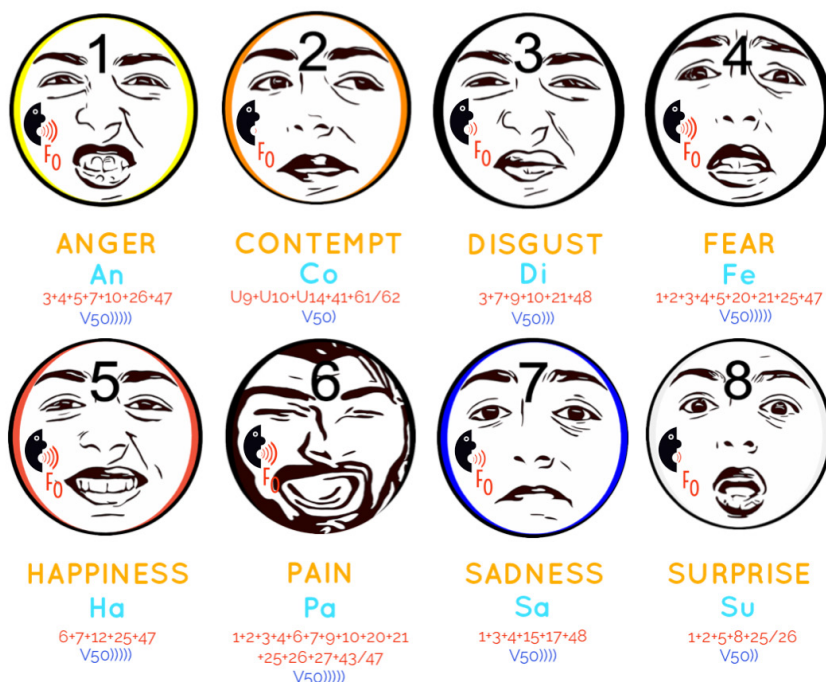
6.7 EMOÇÃO BÁSICA SURPRESA

De acordo com Freitas-Magalhães (2021) a surpresa é a mais rápida de todas, dura no máximo $\frac{1}{4}$ de segundo e está representada pelas Unidades de Ação (AUs) 1+2+5+8+25 ou 26 e (V50) F0 = sutil, conforme apresenta a figura 2, face 8. As alterações produzidas na face são a elevação das sobrancelhas, elevação das pálpebras superiores, separação dos lábios e abertura da boca em forma de elipse. Trata-se de uma experiência breve e inesperada, depois ela dá lugar para uma outra emoção que pode ser a alegria, medo, raiva ou tristeza.

6.8 EMOÇÃO BÁSICA TRISTEZA

A tristeza pode ser provocada por diferentes experiências, e vem acompanhada do sentimento de perda, baixa autoestima, rejeição, desagrado entre outros. É representada pelas Unidades de Ação (AUs) 1+3+4+15+17+48 e (V50) F0 = forte, conforme mostra a figura 2, face 7 (FREITAS-MAGALHÃES, 2021). As alterações faciais são elevação das sobrancelhas, ocorre a contração da glabella, aparição de linhas verticais entre as sobrancelhas, diminuição do ângulo da boca, elevação do queixo, e as pupilas se contraem (miose).

Figura 2: F-M Tabela Periódica das Emoções Básicas 2.0 (F-MPTBE2)



Fonte: Freitas-Magalhães, 2021, p. 93. © 2021, S.Po. Reproduzido com permissão

Conforme afirma Damásio (2012) as emoções existem em nossas vidas para garantir a sobrevivência da espécie. A alegria potencializa o centro cerebral e inibe pensamentos negativos; O desprezo provoca a sensação de superioridade em relação a alguém e afirma o próprio status de superioridade; A expressão facial da dor compartilha socialmente a necessidade de cuidados adequados para a manutenção da vida; O medo ativa os sinais de alerta e indica que algo perigoso está por perto; O nojo afasta de aquilo que potencialmente pode contaminar e, eventualmente atentar contra a saúde; A surpresa encanta ou assusta com algo surpreendente e inesperado; A raiva prepara o corpo para reagir e lutar no sentido de assegurar a manutenção da vida; A tristeza revela angústias, insatisfações e dor emocional. Portanto, todas as emoções têm as suas funções na manutenção da vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, a neurociência da face humana aplicada aos processos judiciais pode servir de ferramenta para auxiliar os juízes na tomada de decisão, e aos poucos, vem encontrando novos adeptos, inclusive com aplicação em pesquisas realizadas na área do Direito, ainda que de forma incipientes. Portanto, este estudo apresentou um instrumento de consenso científico, baseado na neurociência facial, capaz de contribuir com a área do Direito.

Considerando as principais características do F-M FACS 4.0 para a medição e análise pericial das neuromicroexpressões faciais, verifica-se a viabilidade de sua realização na esfera jurídica, sendo possível tanto em momento pré-processual, quanto durante o processo.

Assim, embora no Brasil não seja ainda possível a utilização da neurociência facial como meio de prova, vê-se plenamente possível sua utilização na condução das audiências para a colheita dos depoimentos das testemunhas, oitiva da vítima ou mesmo do interrogatório do réu, facilitando o diálogo em audiência, os questionamentos e a adequação. O Direito não deve estar isolado das demais ciências, uma vez que, a aplicação dos aspectos faciais pode auxiliar para uma prestação jurisdicional qualificada e eficiente.

REFERÊNCIAS

- BARTH, Rochelle Cardoso. Direito e Neurociência: Liberdade, Racionalidade e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº REsp 772103 / SC. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 15 de ago. de 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 30/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433136/false>. Acesso em: 15 de ago. 2021.
- DAMÁSIO, António. A estranha ordem das coisas: as origens biológicas dos sentimentos e da cultura. Editora Companhia das Letras, 2018.
- DAMÁSIO, António. O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano. Editora Companhia das Letras, 2012.
- DAVIDSON, Richard; BEGLEY, Sharon. O estilo emocional do cérebro. Rio de Janeiro. Sextante. 2013.
- EKMANN, Paul; FRIESEN, W. V.; HAGER, J. C. Facial action coding system: The manual on CD-ROM. Instructor's Guide. Network Information Research Co, Salt Lake City, 2002.
- FRANÇA, Aniela. Linguística I. Linguagem, Neurociência e Cognição. Disponível em: [file:///C:/Users/FABIO/Downloads/7284-Texto%20do%20Artigo-24641-1-10-20180925%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/FABIO/Downloads/7284-Texto%20do%20Artigo-24641-1-10-20180925%20(4).pdf). Acesso em: 14 ago. 2021.
- FREITAS-MAGALHÃES, A. A Neurociência da dor humana: o cérebro, a face e a emoção. Porto: FEELab Science Books. 2020a.
- FREITAS-MAGALHÃES, A. A Neurociência da mentira: o cérebro, a face, a voz e a emoção. Porto: FEELab Science Books. 2020b.
- FREITAS-MAGALHÃES, A. Facial Action Coding System 3.0: Manual de codificação científica da face humana. Porto: FEELab Science Books. 2018.
- FREITAS-MAGALHÃES, A. Facial Action Coding System 4.0: Manual de codificação científica da face humana. Porto: FEELab Science Books. 2021.
- FREITAS-MAGALHÃES, A. Inteligência Facial. Porto: FEELab Science Books. 2020c.
- FREITAS-MAGALHÃES, A. NeuroFACS 3.0 – A Neurociência da Face. Porto: FEELab Science Books. 2019.
- GOLEMAN, Daniel. Inteligência Emocional: A teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente. Rio de Janeiro. Objetiva. 1995.
- GOTO, Lilian Cristina Pinheiro; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; NETTO, José Laurindo de Souza. Neurociência Aplicada à Mediação. (Org.) GARCEL, Adriane; NETTO, Eleonora Laurindo de Souza; ZIMIANI, Laís Silva; GOTO, Lilian Cristina Pinheiro Goto. In: Mediação e Conciliação: métodos adequados de solução de conflitos (V. 1, p. 19-34). Curitiba: Clássica, 2021.
- GOTO, Lilian Cristina Pinheiro et al. A evolução da mediação: a neurociência e os aspectos faciais em audiências virtuais em tempos de pandemia. (Org.) GARCEL, Adriane; FOGAÇA, Anderson Ricardo; NOGUEIRA, Ramon de Medeiros. Direito, Justiça e Sociedade (V. 1, p. 299-308), Escola Judicial do Paraná. Curitiba: Clássica, 2021.
- MARDEN, Carlos. *Nudge* e Políticas Públicas: a *black friday* dos incentivos. (Org.) MARDEN, Carlos; MARTINS, Gabriela. Direito e Neurociência. Curitiba: Juruá, 2020.
- NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro. Forense, 2001.
- NETTO, José Laurindo de Souza et al. A evolução da mediação: a neurociência e os aspectos faciais em audiências virtuais em tempos de pandemia. (Org.) GARCEL, Adriane; FOGAÇA, Anderson Ricardo; NOGUEIRA, Ramon de Medeiros. Curitiba: Clássica, 2021.
- PEREIRA, S. Facial Expression of Emotion: The Use of Information and Communications Technology

(ICT) in Teaching-Learning Process. In A. Freitas-Magalhães & J. Borod (Eds.), Handbook on Facial Expression of Emotion (V. 3, pp. 207-238). Porto: FEELab Science Books. 2020.

PEREIRA, S; GOUVEIA, F; FREITAS-MAGALHÃES, A. Facial Expression of Emotion: The Use of Information and Communications Technology (ICT) in Teaching-Learning Process. In A. Freitas-Magalhães & J. Borod (Eds.), Handbook on Facial Expression of Emotion (V. 4, pp. 72-97). Porto: FEELab Science Books. 2021.

TOMADA DE DECISÃO APOIADA: UM PROCESSO PARA O EXERCÍCIO DE DIREITOS PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Edgard Fernando Barbosa⁶⁴¹

INTRODUÇÃO

Em 06 de julho de 2015 foi instituída no Brasil a Lei 13.146/2015, popularmente conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD)⁶⁴². Essa lei apresenta como uma de suas prerrogativas norteadoras promover e assegurar a igualdade de direitos e de liberdades para as pessoas com deficiência⁶⁴³. Para tanto, oferece como um dos seus recursos a chamada Tomada de Decisão Apoiada (TDA)⁶⁴⁴. O principal objetivo do instituto da TDA é proporcionar o livre exercício da capacidade da pessoa com deficiência. Apresentada no art. 116 da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (EPD), que estabeleceu sua definição no então criado art. 1.783-A do Código Civil (Lei nº10.406/2002), a TDA é um processo que apresenta como principal escopo a promoção de recursos necessários para que as pessoas com deficiência possam decidir livre e adequadamente a respeito dos atos da vida civil.

Assim, a TDA é um recurso instituído a partir dessa nova compreensão de deficiência presente no EPD. Por conseguinte, ao se refletir sobre o processo da TDA, pensa-se sim, em pessoas com deficiência, porém, em pessoas capazes⁶⁴⁵ e que podem requerer, se considerarem necessário, um apoio para suas deliberações cotidianas. Nesse contexto é que a presente pesquisa estrutura sua análise com base na afirmação de que a TDA é um processo judicial que objetiva proporcionar os elementos necessários para que a pessoa com deficiência possa exercer sua capacidade. A consideração dessa premissa é fundamental para uma adequada reflexão em torno das contestações

⁶⁴¹ Doutorando em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - Unibrasil. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Processual (IBEJ/PUC-PR), em Direito Processual Civil (IBEJ/PUC-PR) e em Direito Civil (IBEJ/Positivo). Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Paraná e advogado. E-mail: edgardfbarbosa07@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4842833590481289>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5315-7744>

⁶⁴² Doravante também referido apenas com a abreviatura EPD.

⁶⁴³ Lei 13.146/2015. Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. BRASIL. Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm. Acesso em: 07 mai. 2021.

⁶⁴⁴ Doravante também referida apenas com a abreviatura TDA.

⁶⁴⁵ A Lei 13.146/2015 revogou a deficiência do regime das incapacidades presente na Lei 10.406/2002.

suscitadas com o advento da TDA, uma vez que um dos aspectos responsáveis pela descrença em sua validação situa-se na própria compreensão do conceito de deficiência e a sua correspondência com o regime das (in)capacidades. Dessa forma, o presente debate pauta a TDA e as pessoas com deficiência sob os preceitos do EPD, e aventa sobre como capacidade e deficiência se coadunam na prática forense brasileira.

1 O INSTITUTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA (TDA)

A TDA foi criada pela Lei 13.146/2015, que por seu art. 116, acresceu o Capítulo III, do Título IV, do Livro IV, da Parte Especial do Código Civil (Lei 10.406/ 2002), o qual passou a conter o art. 1.783-A, composto pelo *caput* e por onze parágrafos.

A TDA é descrita como um processo judicial no qual a pessoa com deficiência recorre, de forma facultativa, a terceiros para auxiliá-la na deliberação sobre atos da vida civil. Esse auxílio é assegurado com base na prerrogativa de apreço pelo livre exercício da capacidade da pessoa com deficiência. Sendo assim, a TDA se apresenta como uma forma de garantir que a pessoa com deficiência possa livremente exercitar sua capacidade e atuar na sociedade no mesmo patamar de direitos e de liberdades que as outras pessoas. Logo, há a necessidade de se preservar, no pedido da TDA, a vontade, os direitos e os interesses da pessoa com deficiência, uma vez que essa pessoa recorre a esse tipo de apoio como uma alternativa para lhe assegurar e validar a sua própria autonomia.

O Decreto nº 6.949/2009 consolidou no ordenamento jurídico brasileiro as resoluções da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e Seu Protocolo Facultativo⁶⁴⁶, documentos estes que foram firmados em Nova York em 30 de março de 2007. Em seu preâmbulo reafirma o compromisso das nações aderentes de assegurarem que as pessoas portadoras de deficiência usufruam plenamente de todos os direitos e liberdades fundamentais, sob o pressuposto de que a pessoa com deficiência é uma pessoa plenamente capaz para exercer os atos da vida civil⁶⁴⁷. Em seu art. 5º, essa Convenção assevera o compromisso para com a igualdade e a não discriminação entre as pessoas ao afirmar que “os Estados Partes reconhecem

⁶⁴⁶ Doravante também referida apenas com a abreviatura CDPD.

⁶⁴⁷ Decreto 6.949/2009. c) *Reafirmando* a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação. BRASIL. Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 07 mai. 2021.

que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei”⁶⁴⁸.

A partir da CDPD instituiu-se no Brasil a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº13.146, de 06 de julho de 2015), habitualmente titulada como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). Tanto a CDPD quanto o EPD objetivam assegurar e promover o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência⁶⁴⁹. Nesse contexto de não discriminação e interação é que se apresenta o processo de TDA como uma forma de corroborar a integração da pessoa com deficiência na sociedade. Sendo assim, a TDA é pensada como um recurso integrado às novas prerrogativas e definições presentes na CDPD e no EPD; ou seja, ela está diretamente comprometida com o enriquecimento conceitual do termo deficiência.

Segundo o que restou consignado na CDPD no concernente à definição de deficiência, é possível se observar que houve uma expansão na compreensão de seu conteúdo nos últimos anos:

Muito mais atual e dinâmica é a compreensão da deficiência como parte da área de desenvolvimento social e de direitos humanos, conferindo-lhe uma dimensão mais personalizada e social. Esta concepção traduz a noção de que a pessoa, antes de sua deficiência, é o principal foco a ser observado e valorizado, assim como sua real capacidade de ser o agente ativo de suas escolhas, decisões e determinações sobre sua própria vida. Portanto, a pessoa com deficiência, é, antes de mais nada, uma pessoa com uma história de vida que lhe confere a realidade de possuir deficiência, além de outras experiências de vida, como estrutura familiar, contexto sócio-cultural e nível econômico⁶⁵⁰.

A importância de prezar pelo direito de a pessoa com deficiência manifestar sua autonomia é saliente no novo conceito de deficiência, e a TDA se inscreve nessa nova dinâmica de compreensão da própria deficiência. Nesse sentido é que o estudo objetiva entender como esse recurso se estrutura e opera no contexto da

⁶⁴⁸ Decreto 6.949/2009. Artigo 5 Igualdade e não-discriminação.

⁶⁴⁹ Decreto 6.949/2009. Artigo 4. - 1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a: Lei 13.146/2015. Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

⁶⁵⁰ BRASIL. A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada / Coordenação de Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria de Paiva Vital _ Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008, p.28.

legislação brasileira, para, então, classificá-lo como uma prerrogativa consistente a uma mais ampla compreensão do termo deficiência.

A TDA é um processo facultativo de apoio à pessoa com deficiência que busca um auxílio para deliberar sobre aspectos de sua vida civil. A pessoa com deficiência escolhe pelo menos duas pessoas com que tenha vínculo e laços de confiança para que lhe prestem as informações e suportes necessários para que, com base nesses elementos, possa tomar a sua decisão. Sendo assim, a TDA não restringe a capacidade da pessoa com deficiência, mas destina-se a lhe propiciar suporte para que obtenha suficiente esclarecimento para tomar sua decisão com a tão acalentada segurança jurídica.

Para Cristiano Chaves de Farias (2016), a TDA é um modelo que promove a autonomia das pessoas com alguma forma de impossibilidade física ou sensorial⁶⁵¹.

Esse modelo beneficiará, enormemente, pessoas com impossibilidade física ou sensorial (como, *verbi gratia*, tetraplégicos, obesos mórbidos, cegos, sequelados de AVC e com outras enfermidades que as privem da deambulação para a prática de certos negócios e atos jurídicos). Elas não serão interditas ou incapacitadas, pois a tomada de decisão apoiada apenas promove a autonomia, sem cerceá-la⁶⁵².

A implementação da TDA, como um modelo de apoio à pessoa com deficiência, encontra correspondência em outras legislações. Na Itália, o *amministratore di sostegno* – administrador de apoio – presente na Lei 6/04, se mostra como uma alternativa de apoio à pessoa com deficiência. O *Codice Civile* apresenta em seu *Libro Primo, Titolo XII- Delle misure di protezione delle persone prive in tutto od in parte di autonomia (artt.404-432), Capo I – Dell'amministrazione di sostegno*, a compreensão italiana correspondente à TDA. Em seu artigo 404 o *Codice* afirma que a pessoa que se encontre impossibilitada de atuar por conta própria, seja em função de uma doença ou de uma deficiência

⁶⁵¹ Thiago da Silva Sampaio e Vitor Siqueira Ferreira, com propriedade anotam que “A forma como determinada sociedade entende a deficiência interfere no modo como as pessoas com deficiência são tratadas. Conforme o modelo místico/caritativo, a deficiência é entendida como um déficit oriundo de castigo divino ou até mesmo um azar ocasional. Com a evolução da medicina, desenvolveu-se o modelo médico, que entendia a deficiência como uma lesão, uma doença, que deveria ser tratada, de modo a normalizar a pessoa que a detinha, possibilitando sua inserção no convívio social. Por fim o modelo social de deficiência provoca e trata a deficiência como manifestação da diversidade humana, mas que não deve implicar em exclusão e segregação. Pelo contrário, sendo a deficiência um fenômeno social, a sociedade deve prover meios que permitam às pessoas com deficiência a plena participação social”. SAMPAIO, Thiago da Silva; FERREIRA, Vitor Siqueira. Modelos de Deficiência. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 5, n. 11, p. 25676-25683, nov. 2019 p. 25676).

⁶⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de. Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo/ Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.337.

física ou psíquica, poderá requerer o auxílio de um *amministratore di sostegno*.

*Artt. 404 - Amministrazione di Sostegno. La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio*⁶⁵³.

Na mesma perspectiva de leitura da previsão legal italiana, foi aprovado em Portugal o Decreto-Lei nº. 49/2018 que institui, em seu art. 138, o regime do “maior acompanhado”, permitindo uma reinterpretação do tratamento previsto pela interdição e pela inabilitação no Código Civil português. O objetivo do instituto do “maior acompanhado” é propor uma maior inclusão das pessoas que apresentam alguma forma de vulnerabilidade ou de deficiência, revelando-se como um suporte necessário à pessoa que necessite de auxílio para exercer os seus direitos ou cumprir os seus deveres.

Artigo 138.º Acompanhamento. O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código⁶⁵⁴.

A Argentina também apresenta, em seu *Código Civil y Comercial de la Nación*, a previsão do *apoyo al ejercicio de la capacidad*⁶⁵⁵. No artigo 43 do *Libro Primero – Parte General*, Título I – *Persona humana*, afirma que *apoyo al ejercicio de la capacidad* é uma medida que auxilia a pessoa que precisa tomar decisões a gerenciar os seus atos. Sendo assim, o principal objetivo do *apoyo al ejercicio de la capacidad* é promover a autonomia e facilitar a comunicação, compreensão e manifestação da vontade da pessoa para que ela possa exercer os seus direitos.

Artículo 43. – Concepto. Función, Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones

⁶⁵³ *Codice Civile*. Art. 404. CODICE CIVILE 2020: aggiornato con le ultime modifiche legislative introdotte, da ultimo, dal D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40 e dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-civile/>. Acesso em: 08 mai. 2021.

⁶⁵⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº. 49 de 21 de junho 2018. Estabelece o regime de exercício de funções nos Centros Portugueses da Cooperação e altera o regime do agente da cooperação. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115553662/details/maximized> Acesso em: 08 mai. 2021.

⁶⁵⁵ Apoio ao exercício da capacidade.

para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Persona⁶⁵⁶.

Denota-se, pois, que as prerrogativas previstas na legislação argentina incidem diretamente com a premissa da promoção da autonomia da pessoa com deficiência e salientam a importância da comunicação, da compreensão e da manifestação da vontade como formas de corroborar o exercício dos direitos.

Nessa mesma projeção, se observa o instituto da *sauvegarde de justice*⁶⁵⁷ na França, que propõe distintas formas de manutenção da capacidade da pessoa com deficiência no exercício dos seus direitos. A *sauvegarde de justice*, que se apresenta a partir do *Article 433 do Code Civil (Livre Ier: Des personnes, do Titre XI: De la majorité et des majeurs protégés par la loi, Chapitre II: Des mesures de protection juridique des majeurs, Section 3: De la sauvegarde de justice)*, é inovadora em relação às outras legislações, pois apresenta a possibilidade de se requerer a *sauvegarde de justice* por meio de um provimento administrativo ou mediante um processo judicial. Segundo Jacqueline L. Pereira, essa distinção representa duas modalidades instituídas pelo Código Civil Francês, ou seja, a ordinária e a excepcional. A primeira é a *sauvegarde de justice* por julgamento e está prevista no art. 433 do *Code Civil*, enquanto que a segunda é a *sauvegarde de justice* por declaração, que está disposta no art. 434.

Article 433. Le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés.

Cette mesure peut aussi être prononcée par le juge, saisi d'une procédure de curatelle ou de tutelle, pour la durée de l'instance.

⁶⁵⁶ *Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Artículo 43. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. LEY 26.994. Promulgada: octubre 7 de 2014. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Acesso em: 08 mai. 2021.*

⁶⁵⁷ Salva-guarda de justiça.

Par dérogation à l'article 432, le juge peut, en cas d'urgence, statuer sans avoir procédé à l'audition de la personne. En ce cas, il entend celle-ci dans les meilleurs délais, sauf si, sur avis médical, son audition est de nature à porter préjudice à sa santé ou si elle est hors d'état d'exprimer sa volonté.

Article 434. La sauvegarde de justice peut également résulter d'une déclaration faite au procureur de la République dans les conditions prévues par l'article L. 3211-6 du code de la santé publique⁶⁵⁸.

Ao observar o propósito e as implicações da TDA, há um ponto que é recorrente, tanto na legislação brasileira, como nas demais legislações estrangeiras aqui referidas: as pessoas que apresentam alguma forma de vulnerabilidade, seja em razão de um quadro de saúde ou de uma deficiência propriamente dita, não devem ser tratadas como incapazes, mas devem receber as condições adequadas ao exercício de sua autonomia, que se constitui em prerrogativa preconizada na CDPD, em especial, à luz do reconhecimento da igualdade de todos perante a lei. Nessa premissa, “os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal⁶⁵⁹.”

A Convenção de Nova York apresenta, não só as prerrogativas a uma nova interpretação do conceito de deficiência, mas também subscreve os meios necessários para que seus Estados Partes possam expandir e aplicar essa nova formulação em seus territórios. Portanto, o processo da TDA está submetido a essa nova e oportuna compreensão de deficiência presente no EPD e se convalida como um instrumento de auxílio e expansão desse entendimento. Para, Jaqueline Lopes Pereira, o objetivo da TDA pode ser descrito como “a efetiva possibilidade de se fazer escolhas concretas, numa perspectiva de liberdade substancial”⁶⁶⁰. Assim sendo, a TDA se institui como um validador e um componente utilíssimo para a concretização do exercício da autonomia da pessoa com deficiência.

1 A PRÁTICA DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA (TDA)

Assegurar o pleno e livre direito ao exercício da capacidade da pessoa com deficiência é o desígnio central do processo de Tomada de Decisão Apoiada; todavia, a assertiva no sentido de que as pessoas com deficiência dispõem de capacidade para requerer o auxílio da TDA incide diretamente nas controvérsias relacionadas à determinação do que seja capacidade. Consoante

⁶⁵⁸ *Code Civil*. RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Légifrance. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 09 mai. 2021.

⁶⁵⁹ Decreto 6.949/2009. Artigo 12.

⁶⁶⁰ PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual/ Jacqueline Lopes Pereira – Curitiba: Juruá, 2019, p.157.

descrita a TDA no Código Civil, o apoio a ser prestado pelos apoiadores à pessoa com deficiência visa garantir que essa pessoa receba os elementos e as informações necessárias para o exercício de sua capacidade.

Como se anunciou, a instauração da TDA na legislação brasileira ocorreu com o advento da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que descreve deficiência como um “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”⁶⁶¹. A partir dessa definição é que se distingue o termo deficiência da ideia de impedimento para o exercício da capacidade, como anteriormente dispunha o Código Civil de 2002.

Com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência⁶⁶² foram alterados os arts. 3º e 4º do Código Civil. O art. 3º versava sobre a incapacidade absoluta⁶⁶³ e o 4º definia a incapacidade relativa⁶⁶⁴. De acordo com a redação dos artigos precedentes, a pessoa com deficiência estava circunscrita na descrição das incapacidades, seja de forma absoluta ou relativa. Sendo assim, os termos ‘enfermidade’, ‘excepcionais’ e ‘sem desenvolvimento’⁶⁶⁵ eram abordados como sinônimos no tratamento das pessoas com deficiência. Mas, com o advento do EPD, a questão da deficiência passou do debate em torno da capacidade para a avaliação de uma “participação plena e efetiva na sociedade”⁶⁶⁶.

A partir da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da instituição da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, não há mais correspondência entre a deficiência e a incapacidade no tratamento das pessoas com deficiência em nosso ordenamento jurídico; mas, sim, a proposição de uma avaliação a partir de sua interação social. De acordo com Rosalice F. Pinheiro e Flávia B. Brazzale (2017), o EPD representou uma ampliação do conceito de deficiência ao retirar do escopo da pessoa portadora de deficiência o próprio jargão “deficiência”, situando essa característica pessoal como um atributo que, por sua vez, atrai a responsabilidade de toda a sociedade. Sendo assim, a deficiência passa da análise singular para a coletiva, porquanto respaldada em fundamentos de inclusão.

⁶⁶¹ Lei 13.146/ 2015. Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

⁶⁶² Lei nº 13.146/2015, de 6 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

⁶⁶³ Lei 10.406/2002. Art.3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil (...). BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 09 mai. 2021.

⁶⁶⁴ Lei 10.406/2002. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer (...).

⁶⁶⁵ Lei 13.146/2015. Art. 3º. II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; Art.4º. III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

⁶⁶⁶ Lei 13.146/2015. Art. 2º *Caput*.

(A deficiência) passou a ser conceituada a partir de uma interação entre o impedimento e as barreiras sociais capazes de gerar sua exclusão social. Desse modo, a deficiência não está mais na pessoa, mas no meio social onde ela está inserida, delineando-se não mais sua integração, mas a sua inclusão na sociedade⁶⁶⁷.

Evidencia-se, portanto, como o EPD busca assegurar que a pessoa com deficiência não seja avaliada em termos de capacidade ou incapacidade, mas em termos de socialização. Contudo, quando o EPD apresenta a TDA como um instrumento para a realização da autonomia da pessoa com deficiência, uma interrogação exurge como impasse à compreensão desse processo judicial, a saber: qualquer pessoa com deficiência pode reivindicar o pedido de Tomada de Decisão Apoiada? Se sim, como é possível validar a TDA para pessoas que não possuem pleno discernimento para exercer os atos da vida civil, mas são catalogadas como capazes pelas disposições do Código Civil? Ou seja, como a TDA pode ser instrumento garantidor de autonomia para uma pessoa que não dispõe de autonomia plena?

Para Flávia Balduino Brazzale (2018), o debate entre discernimento e capacidade incide em aspectos singulares de observação da pessoa com deficiência. Desse modo, não há uma correspondência necessária entre falta de discernimento e incapacidade, pois cada caso deve ser avaliado nas suas minúcias. Segundo ela, o discernimento possui relação com aspectos da área da saúde e a capacidade com o debate jurídico, mas ambos não podem ser equiparados de forma direta.

enquanto ‘discernimento’ refere-se a características pessoalíssimas de saúde que denotam a presença de faculdades mentais para gerir pessoalmente a própria vida, a ‘capacidade’ é conceito jurídico que corresponde às consequências jurídicas da falta de discernimento. conseqüentemente, a presença de um transtorno mental não pode ser condição para conclusões precipitadas sobre a completa ausência de discernimento nem tão pouco de capacidade, posto que ambos os atributos são relativos a decisões e funções específicas⁶⁶⁸.

Desse modo, há que se observar da existência de uma errônea inferência entre capacidade e discernimento, posto que cada um desses atributos corresponde a aspectos distintos da compreensão de pessoa com deficiência.

⁶⁶⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. BRAZZALE, Flávia Balduino. O direito à diferença e à pessoa com deficiência: uma ruptura no regime das incapacidades. Revista Jurídica Cesumar. Maio/agosto 2017, v. 17, n.2, p. 345.

⁶⁶⁸ BRAZZALE, Flávia Balduino. A pessoa com deficiência e a ruptura no regime das incapacidades/ Flávia Balduino Brazzale. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p.48.

Segundo Vitor Almeida (2019), a interpretação da lei precedente ao EPD estava atrelada à concepção de que o discernimento era o critério discriminante à classificação da capacidade ou incapacidade; vale dizer, uma interpretação penosa ao Direito por corresponder a definições próprias da área de saúde que, por conseguinte, abarcava, como valor inerente, a própria compreensão do que se aceitava como normal ou anormal dentro dos padrões da sociedade.

As nuances do discernimento constituíam o critério limítrofe entre a capacidade e a incapacidade, mas que sempre se apresentou de difícil compreensão por parte do Direito, que em regra, sempre delegou para o campo da psiquiatria a definição do sujeito “anormal”. A noção de “discernimento” sempre foi de tormentosa interpretação e aplicação. Por consequência, o grau de discernimento ou o déficit psíquico sempre foram igualmente gradações de difícil compreensão e que carregavam consigo alto teor do “padrão de normalidade” insculpido pela estrutura social⁶⁶⁹.

Nesse contexto, se os critérios de classificação do discernimento são atributos de outras áreas do conhecimento, que não do Direito, como essas áreas poderiam auxiliar de forma efetiva para uma mais adequada interpretação do ordenamento jurídico nas ocasiões em que pessoas com deficiência optarem por requerer a homologação de uma TDA?

Uma discussão recorrente na jurisprudência brasileira é a determinação de um limiar entre a TDA e a curatela⁶⁷⁰. A dinâmica que se observa nos Tribunais do país resguarda a inquietante divergência entre a possibilidade de se optar pela aplicação da TDA ou da curatela no caso concreto; ou seja, como julgar da pertinência de uma e de outra em cada caso específico; ou, ainda, se haveria a necessidade e/ou a possibilidade de substituir uma pela outra mediante o aproveitamento do mesmo processado?

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) apresenta um caso que pode ser recebido para exemplificar da dificuldade de avaliação do conflito que rotineiramente permeia a aplicação alternativa dos processos de tomada de decisão apoiada e de interdição no âmbito dos tribunais do país. O julgado nº 0702476-71.2018.8.07.0000 evidencia a importância da perícia médica nos casos em que há o debate em torno da avaliação da pessoa com deficiência para averiguar a necessidade de aplicação

⁶⁶⁹ ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela/ Vitor Almeida. – Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 179.

⁶⁷⁰ Código Civil. Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; II - (Revogado); III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; IV - (Revogado) ; V - os pródigos.

da interdição ou da tomada de decisão apoiada⁶⁷¹. No referido agravo de instrumento, foi questionada a ocorrência de fraude na realização de exame psicológico, o que se constituiu de fator decisivo para a deliberação do tribunal quanto à pertinência da aplicação da TDA ou da interdição.

Em outro processo tramitado no mesmo ano de 2018 perante o mesmo TJDF, o entendimento da Corte considerou que a pessoa que apresenta algum impedimento no momento de expressar a sua vontade não pode ser considerada incapaz. Nesse processo, autuado sob o nº 0004190-66.2016.8.07.0004⁶⁷², o julgamento destacou que, com o advento da Lei nº 13.146/2015, afastou-se da legislação brasileira a incapacidade absoluta das pessoas maiores de 18 (dezoito) anos. Referido julgamento destacou a importância de se observar em quais hipóteses específicas podem ser empregadas a TDA e a curatela. Nessa ocasião, assentou-se que os efeitos da curatela estão restritos aos atos de natureza patrimonial e negocial e não compreendem os atos de natureza existencial, uma vez que para estes a pessoa continua dotada de poderes para exercê-los pessoalmente, cujo cenário, se necessário, poderá dar ensejo ao recurso da TDA. Entendimento este reiterado no ano de 2019, quando o tribunal sublinha a defesa do princípio da dignidade da pessoa humana e excepciona a curatela como um auxílio às pessoas com deficiência, mantendo em destaque a pertinência da TDA como medida assistencial menos invasiva⁶⁷³.

Desse modo, a jurisprudência demonstra como as sutilezas que permeiam a TDA e a curatela estão alargando o debate jurídico em nossas Cortes de Justiça no que respeita à compreensão desses institutos. No entanto, além da preocupação em assentar as hipóteses de incidência da TDA e da curatela, também há que se atentar para a discussão a respeito de se primar pelos recursos cabíveis a uma efetivação do direito ao exercício da vontade pelas pessoas com deficiência. Com o propósito de salvaguardar a liberdade das pessoas com deficiência de exercitarem suas próprias escolhas, Nishiyama e Toledo afirmam que “a restrição da capacidade civil das pessoas com deficiência deve ser a exceção e não a regra”⁶⁷⁴. De acordo com esses autores, a discussão em torno da capacidade civil das pessoas

⁶⁷¹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS – TJDF. Processo: 0702476-71.2018.8.07.0000. Relator: Des. Alfeu Machado. Órgão Julgador: 6ª Turma Cível. Data do Julgamento: 18/07/2018. Data de Publicação: 25/07/2018.

⁶⁷² BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS – TJDF. Processo: 0004190-66.2016.8.07.0004. Relator: Des. Gislene Pinheiro. Órgão Julgador: 7ª Turma Cível. Data do Julgamento: 16/05/2018. Data de Publicação: 18/05/2018.

⁶⁷³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS – TJDF. Processo: 0701171-16.2018.8.07.0012. Relator: Leila Arlanch. Órgão Julgador: 7ª Turma Cível. Data do Julgamento: 24/07/2019. Data de Publicação: 31/07/2019.

⁶⁷⁴ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões sobre a capacidade civil. Revista dos Tribunais | v. 974/2016 | p.35-62 | Dez. / 2016, p.3.

com deficiência abrange a interpretação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana⁶⁷⁵, da autodeterminação⁶⁷⁶ e da isonomia⁶⁷⁷; em decorrência disso, tanto o EPD, quanto a Constituição Federal, asseguram o direito à livre determinação das pessoas com deficiência.

De acordo com Sarmiento⁶⁷⁸, a palavra dignidade comporta múltiplos usos, mas os principais se distinguem em três sentidos, a saber: a dignidade como *status* superior de certas pessoas; a dignidade como virtude e a dignidade como valor intrínseco. O primeiro sentido compreende a posição social ocupada pela pessoa ou a função que exerce na sociedade. O segundo diz respeito aos atos e formas como alguns indivíduos são capazes de se portarem nas relações com os demais. E, por fim, o terceiro sentido abarca o valor próprio de cada pessoa enquanto ser humano. Assim, o senso de dignidade inscrito na acalentada Convenção de Nova York compreende o resguardo da dignidade como valor inerente a cada ser humano; ou seja, como o próprio alicerce para a consagração dos demais direitos fundamentais.

Há, pois, que se salientar o que a CDPD reafirma em seu preâmbulo: “os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”⁶⁷⁹. Nesse contexto, para Farias (2016), a justificativa da vulnerabilidade não é suficiente para desacreditar o processo da TDA. Segundo ele, a possibilidade de deliberar a respeito da aplicação da TDA é uma forma de resguardo da pessoa com deficiência pelo Poder Judiciário.

Em se tratando de pessoa com algum tipo de vulnerabilidade, nada impedirá que o mesmo procedimento utilizado para levantar a curatela sirva para encarecer ao Poder Judiciário a determinação, também, de Tomada de Decisão Apoiada, com a nomeação de dois apoiadores. Nesse caso, a mesma decisão judicial que libertará a pessoa das amarras da incapacidade, poderá nomear os apoiadores, garantido a sua proteção integral⁶⁸⁰.

Portanto, mesmo imersa em questões jurídicas delicadas, a TDA mantém seu atributo de recurso apto para um efetivo exercício da autonomia

⁶⁷⁵ Constituição Federal. Art. 1º, III. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

⁶⁷⁶ CF/1988. Art. 4º, III.

⁶⁷⁷ CF/1988. Art. 5º, caput, e inciso I.

⁶⁷⁸ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia/ Daniel Sarmiento. 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.103.

⁶⁷⁹ Decreto 6.949/2009. Preâmbulo, a).

⁶⁸⁰ FARIAS, 2016, p. 335.

pela pessoa com deficiência. Com efeito, os empecilhos que se verificam no emprego prático da TDA não se apresentam como suficientes para questionar de sua validade e de sua aplicação como um recurso útil à releitura do regime das incapacidades. É preciso reconhecer, no entanto, que as dificuldades em torno da validação da TDA estão presentes no contexto da praxe forense brasileira, o que sugere uma ponderada investigação de possíveis boas práticas para se corroborar a plena efetivação desse instituto, o que se propõe a partir do reconhecimento de seus atributos como instrumento conectado a uma mais adequada interpretação do conceito de deficiência⁶⁸¹.

2 AS PROJEÇÕES DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA (TDA)

A TDA representa um importante avanço na preservação da capacidade da pessoa com deficiência. Todavia, sua incorporação ainda incorre em dissensos, tanto legislativos, quanto de efetivação prática na vida daqueles que desejam dispor dessa sorte de recurso. Essa dissensão sinaliza com certa resistência ao aproveitamento dessa nova modalidade de processo no cenário da jurisdição brasileira e colide com a declaração de capacidade anunciada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em decorrência disso, há a necessidade de se aprofundar a releitura da TDA pelo conjunto dos atores que, de alguma forma, estejam envolvidos na questão da deficiência: operadores do Direito, profissionais da área da saúde ou de quaisquer outros setores da sociedade que estejam preocupados e dispostos a propor adaptações condizentes com as necessidades e aspirações das pessoas com deficiência.

Hoje, no Brasil tramita, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 11.091 de 2018⁶⁸², que objetiva fazer alterações no Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), cujo projeto precisa estar em consonância com as disposições da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). Esse projeto, oriundo do Senado Federal como PLS 757/2015, apresenta para o debate proposições relevantíssimas, que concitam repensar a própria noção de capacidade civil das pessoas com deficiência, como definida no recém reformulado art. 4º do Código Civil.

⁶⁸¹ Reporta-se, nesse sentido, às ponderações lançadas pelo autor as páginas 1.074-1.075 da obra Código de Processo Civil Comentado (BRASIL, 2016).

⁶⁸² BRASIL. Projeto de Lei 11.091/2018. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre o direito à capacidade civil das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas e sobre as medidas apropriadas para prover o acesso das pessoas com deficiência ao apoio de que necessitarem para o exercício de sua capacidade civil. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2187924> Acesso em: 10 mai. 2021.

Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre o direito à capacidade civil das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas e sobre as medidas apropriadas para prover o acesso das pessoas com deficiência ao apoio de que necessitarem para o exercício de sua capacidade civil.⁶⁸³

Essa proposição de alteração legislativa revela como a questão da capacidade e o seu vínculo com o conceito de deficiência não está claramente definido no direito brasileiro. Aludido projeto reapresenta o debate quanto ao regime das incapacidades e sobre como otimizar o acesso das pessoas com deficiência ao apoio de que necessitam para o pleno exercício de sua capacidade civil. Todavia, enuncia um problema recorrente em torno das pessoas com deficiência a partir da aprovação do EPD: qual o limiar discricionário entre a TDA e a curatela? Seria a capacidade? Mas como ser a capacidade, se com o advento do EPD a discussão em torno dela não deveria estar mais em pauta?

Para Joyceane B. de Menezes (2017), a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assenta a própria significação da igualdade de condições entre as pessoas com deficiência e as demais pessoas. De acordo com a autora, o cumprimento das advertências presentes na Convenção não permite que a deficiência seja abordada como um critério de restrição à capacidade; pelo contrário, a CDPD ressalva como um dos seus princípios “a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”⁶⁸⁴. Sendo assim, a Convenção preza pela seguridade de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, independentemente da natureza dessa deficiência. Portanto, o mérito da Convenção está em enunciar e reivindicar o definitivo reconhecimento dos princípios da dignidade, da igualdade, da acessibilidade, da liberdade e da diferença, que evidenciam, por conseguinte, a “deficiência como expressão da diversidade humana”⁶⁸⁵.

A dignidade se justifica em razão da natureza única e irrepetível da pessoa, um fim em si mesma que não podendo

⁶⁸³ OFÍCIO Nº 1.271 (SF). Brasília 28 nov. 2018. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=19B6F85B8E32917B92C2352697E5D018.proposicoesWebExterno1?codteor=1696382&filename=PL+11091/2018. Acesso em: 10 mai. 2021.

⁶⁸⁴ Decreto 6.949/2009. Artigo 3.

⁶⁸⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O Risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei nº13.146, de 06 de julho de 2015. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, vol, p.137-171, abr./jun.2017, p. 142.

ser instrumentalizada ou precificada. Considerando todas as possibilidades que a sua condição encerra, a dignidade representa apenas um ponto de partida, um projeto a se realizar e a se conquistar. Nessa trajetória, a dignidade deriva da ideia de autonomia ou capacidade de eleição, característica da pessoa humana que não é reconhecida nos demais animais ⁶⁸⁶.

Nesse contexto é que o Projeto de Lei nº 11.091⁶⁸⁷ apresenta alterações significativas com relação às premissas da CDPD, uma vez que recoloca a deficiência dentro de um panorama de discussão sobre capacidade/incapacidade, e recoloca as pessoas com deficiência nos quadrantes da incapacidade relativa, objeto do artigo 4º do Código Civil. Confira-se:

Art. 3º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º.....
.....
.....

§ 1º
.....

§ 2º As pessoas com deficiência, inclusive mental ou intelectual ou deficiência grave, maiores de 18 (dezoito) anos têm assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas, devendo-se, quanto aos apoios e às salvaguardas de que eventualmente necessitarem para o exercício dessa capacidade, observar o seguinte:

I – a curatela, regulada pelos arts. 1.781 e seguintes deste Código, poderá ser utilizada para as pessoas com deficiência apenas quando apresentarem as condições previstas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo;

II – a presença de deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, por si só, não configura a hipótese prevista no inciso III do caput deste artigo, sendo facultada a essas pessoas a tomada de decisão apoiada regulada no art. 1.783-A deste Código;

III – o acolhimento judicial do pedido de tomada de decisão apoiada pressupõe a vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, garantindo à pessoa apoiada a mesma proteção legal prevista neste Código e em outras leis às pessoas relativamente incapazes.

§ 3º A curatela das pessoas referidas no inciso III do caput deste

⁶⁸⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão – 2. ed. Ver. E ampliada/ Joyceane Bezerra de Menezes (organizadora) – Rio de Janeiro: Processo, 2020, p.673.

⁶⁸⁷ OFÍCIO Nº 1.271 (SF)/2018.

artigo outorga ao curador o poder de representação, e os atos por ele praticados, nessa qualidade, devem ter como parâmetro a potencial vontade da pessoa representada”.

De acordo com a leitura de Menezes do PL 11.091/ 2018 ou o PLS 757/2015, não há correspondência entre os preceitos defendidos na CDPD e as propostas de alteração legislativa. Contrário disso, a autora considera que o Projeto circunscreve uma restrição na autonomia da pessoa com deficiência. Sendo assim, a partir de uma já consolidada premissa de proteção a pessoa com deficiência, o Projeto acaba por descumprir com o sistema protetivo-emancipatório enunciado pela CDPD.

O PLS nº757/2015 representa uma certa ameaça ao teor da Convenção, ainda que o objetivo dos seus proponentes tenha sido o de proteger a pessoas com deficiência. Importa observar que, sob a perspectiva do sistema protetivo-emancipatório instituído pela Convenção, a proteção da pessoa com deficiência pode ser feita por meio de apoio e salvaguardas, e não pela restrição prévia da sua autonomia. Se houver necessidade de ajustes ao EPD, que estes sejam feitos em harmonia com a CDPD e os demais valores fundamentais do sistema jurídico consignados nas normas constitucionais.

Sendo assim, para Menezes (2020), não há plena consonância entre os dispositivos defendidos pela CDPD e as propostas de alteração legislativa do PL 11.091/ 2018 ou o PLS 757/2015. Todavia, ela observa que, em relação à TDA, há aspectos plausíveis presentes no projeto, em especial, quanto à distinção entre a TDA e a curatela, uma vez que o Projeto dispõe de diretrizes distintivas da aplicação de cada um desses processos. Portanto, ainda que se reconheçam pontos positivos na redação do PL 11.091/ 2018, é preciso considerar em que medida seriam preservados os valores fundamentais resguardados pela CDPD para o devido tratamento das pessoas com deficiência.

Referido Projeto tramita pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados e a expectativa é grande quando à sua avaliação por nossos congressistas que, em 10 de março de 2021, passou à Instalação da Comissão, com o Relator Deputado João Roma. Assim, espera-se que a Comissão não olvide dos princípios e fundamentos assentados na CDPD, já consolidados em nosso país via EPD, quiçá, oportunizando-se um amplo e efetivo debate pelo conjunto de toda a sociedade brasileira.

De acordo com Patrícia Cuenca Gómez (2011), mesmo as pessoas não consideradas deficientes buscam, no seu próprio contexto social, o apoio de conhecidos para deliberar a respeito das suas escolhas, e isso não representa,

necessariamente, que as escolhas que forem feitas possam ser qualificadas como as melhores possíveis; isto é, a perspectiva de alcançar um modelo ideal de normalidade não passa de um mito⁶⁸⁸. A partir dessa observação, a autora afirma que a sociedade não está dividida por sujeitos capazes e por sujeitos incapazes, mas é composta por sujeitos com habilidades distintas. Logo, as pessoas necessitam de diferentes formas de auxílio para tomar suas decisões. Nesse contexto, Gómez ressalta a diferença de habilidades e dificuldades que as pessoas apresentam, já que não devem elas ser consideradas a partir de seus traços distintivos, mas da maneira como é construído o ambiente, físico ou intelectual, no qual vivem⁶⁸⁹.

Em sua análise da possibilidade de apoio às pessoas com deficiência na legislação da Espanha, Gómez apresenta considerações pertinentes aos diferentes institutos de apoio elaborados em conformidade com a CDPD. Dessa forma, parece que incidir novamente na padronização de critérios de normalidade é desconsiderar a diversidade inerente entre as pessoas, uma vez que a legislação de um país deve representar a compreensão dessa diversidade entre seus cidadãos. Por conseguinte, uma possível reforma a lei nacional deve apresentar, como pressuposto, as garantias de cumprimento dos direitos fundamentais de todas as pessoas de forma igualitária e não-discriminatória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Tomada de Decisão Apoiada se apresenta como um recurso necessário para o efetivo reconhecimento e afirmação do direito ao exercício da autonomia pela pessoa com deficiência; no entanto, sua aplicação no dia a dia de nosso Judiciário está em fase de ajustes e adequações, uma vez que a própria compreensão do conceito de deficiência passa por certo amadurecimento no seio da sociedade. Sendo assim, a discussão em torno da TDA exige cautela, não só por ensejar criterioso e delicado debate, mas também porque reclama o resguardo dos avanços já consolidados pela CDPD e pelo EPD.

A correspondência com legislações estrangeiras contemporâneas, como a italiana, a portuguesa, a argentina e a francesa, aqui destacadas, justifica o processo da TDA como apto a supedanejar os princípios da liberdade e da autonomia assentados no CDPD. Por conseguinte, o questionamento em torno de uma possível retomada ao antigo regime das incapacidades, como aventado no PL 11.191/2018, não parece comportar toda a abrangência conferida pela TDA, que se afigura como um instrumento bem-vindo para assegurar a livre e plena manifestação de vontade pelas pessoas com deficiência.

⁶⁸⁸ GÓMEZ, Patricia Cuenca. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art.12 de la convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento español. *Derechos y Libertades*. Número 24, Época II, enero 2011, p. 221-257. ISSN: 1133-0937, p.236.

⁶⁸⁹ GÓMEZ, 2011, p. 236.

Há que se reconhecer que há um longo caminho a percorrer para uma segura adaptação da TDA em nosso país, seja na própria legislação, seja na praxe forense. Exemplo disso é a mencionada necessidade de mais claramente se identificar quais as hipóteses de aplicação dos processos de tomada de decisão apoiada e de interdição. Para tanto, e como já se frisou, necessária uma interação ativa entre as pessoas das áreas do Direito, da saúde e da sociedade em geral, muito especialmente daqueles que são os maiores interessados: os próprios destinatários da TDA.

A legitimidade da TDA concita para além de um aprofundado debate pelos mais variados eixos da sociedade: para a consideração de que essa modalidade de processo deve ser aplicada de forma consentânea com a realidade brasileira. A compreensível inquietação quanto ao correto modo de sua aplicação, por si só, não legitima um possível recuo em direção ao antigo regime das incapacidades; há, sim, que se pensar de que forma a TDA poderia ser mais adequadamente implementada, seja na legislação, seja na atuação concreta de nosso sistema de Justiça.

Em síntese, ecoa a vibrante advertência de Menezes, para quem a discussão em torno de um possível retorno ao antigo regime das incapacidades - sob a justificativa de assim auxiliar ainda mais as pessoas com deficiência - é temática já superada pela legislação em vigor, a qual já foi amplamente reconhecida e reafirmada pelos tribunais do país.

Não obstante, a aplicação prática da TDA não deve ficar afastada de pontuais revisões no campo legislativo, como ocorre com a tramitação do referenciado PL 11.091/2018⁶⁹⁰. Do mesmo modo, o manejo desse tipo de processo demanda tratamento humanitário e criterioso por parte dos operadores do Direito e demais profissionais nele envolvidos, eis que instrumento de convalidação do exercício pleno da autonomia de vontade das pessoas com deficiência que, como tal, não podem ficar à mercê de indesejáveis entraves burocráticos, mas sim, serem prestigiadas por um suporte célere, econômico, prático, eficaz e que, sobretudo, ofereça a tão cara e essencial segurança jurídica para todos.

⁶⁹⁰ Como concitam Luiz Alberto David Araújo e Paloma Mendes Saldanha, "... é necessário escolher se a prestação jurisdicional e, conseqüentemente, as relações jurídicas processuais trabalharão com um novo processo. Isto porque, todos e todas as relações precisam aprender com o processo de inclusão. Ou serão mantidos os excluídos, deixando-os à margem, mas dizendo que temos um Poder Judiciário preocupado com a inclusão? Aspirar o crescimento de um direito antidiscriminatório como ponto fundamental para o começo da finalização das práticas que insistem em criar situações que impossibilitam a atuação dos sujeitos processuais, já é um grande começo". ARAÚJO, Luiz Alberto David; SALDANHA, Paloma Mendes. Pessoa com deficiência e atuação processual. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 25, n. 3, set./dez. 2020, p. 278-279.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela/ Vitor Almeida. – Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; SALDANHA, Paloma Mendes. Pessoa com deficiência e atuação processual. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 3, set./dez. 2020, p. 258-28282.
- CODICE CIVILE 2020: aggiornato con le ultime modifichie legislative introdotte, da ultimo, dal D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40 e dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-civile/>. Acesso em: 08 mai. 2021.
- CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. LEY 26.994. Promulgada: octubre 7 de 2014. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Acesso em: 08 mai. 2021.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo/ Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 400 p.
- GÓMEZ, Patricia Cuenca. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art.12 de la convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento español. *Derechos y Libertades*. Número 24, Época II, enero 2011, pp. 221-257. ISSN: 1133-0937.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão – 2. ed. Ver. E ampliada/ Joyceane Bezerra de Menezes (organizadora) – Rio de Janeiro: Processo, 2020.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. O Risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei nº13.146, de 06 de julho de 2015. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte*, v., p.137-171, abr./jun.2017.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões sobre a capacidade civil. *Revista dos Tribunais | v. 974/2016 | p. 35-62 | Dez. / 2016*.
- OFÍCIO Nº 1.271 (SF). Brasília 28 nov. 2018. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=19B6F85B8E32917B92C2352697E5D018.proposicoesWebExterno1?codteor=1696382&filename=PL+11091/2018. Acesso em: 10 mai. 2021.
- PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual/ Jacqueline Lopes Pereira – Curitiba: Juruá, 2019.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. BRAZZALE, Flávia Balduino. O direito à diferença e à pessoa com deficiência: uma ruptura no regime das incapacidades. *Revista Jurídica Cesumar*. Maio/agosto 2017, v.17, n.2, p. 323-350.
- SAMPAIO, Thiago da Silva; FERREIRA, Vitor Siqueira. Modelos de Deficiência. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 5, n. 11, p. 25676-25683, nov. 2019
- SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia/ Daniel Sarmento. 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Esse artigo foi elaborado em 07/05/2021 e está disponibilizado no *Brazilian Journal of Development* (Curitiba, v. 7, n. 6, p. 54679-54699, jun. 2021 - DOI 10.34117/bjdv7n6-051).

O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA CIDADANIA E SEUS DESDOBRAMENTOS

Jorge de Oliveira Vargas⁶⁹¹

O homem somente pode vir a ser homem, através da educação. Cabe mencionar que o homem só pode ser educado por homens, que por sua vez foram educados.

Immanuel Kant

1 A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

A Constituição Federal de 1988 tem por objetivo promover o bem de todos e por isso é tão importante refletir-se sobre a cidadania, como princípio fundamental que é ali consagrada, no art. 1º, II. Essa Constituição tem como símbolo a cidadania, por isso foi chamada de “Constituição cidadã”.

Importa lembrar que os princípios fundamentais são normas superiores. Os princípios fundamentais são o gênero, enquanto que os direitos fundamentais são espécie daqueles. Dentre os princípios fundamentais tratar-se-á aqui o da cidadania e seus desdobramentos e espécies. Ela se faz presente, de maneira explícita ou implícita, em vários dispositivos constitucionais, como nos direitos individuais, coletivos e sociais (arts. 5º e 6º). O capítulo reservado à educação, revela, de maneira especial, preocupação com a cidadania (art. 205).

O cidadão é a razão de ser do Estado.

Assim como “o homem não foi feito para o sábado, mas o sábado para o homem” (Marcos 2:27), assim o cidadão não foi feito para o Estado, mas o Estado para o cidadão.

O Estado deve estar a serviço do cidadão.

O cidadão deve ser consciente de seu papel na sociedade e no Estado; não só de seus direitos, mas também de sua responsabilidade perante os outros.

⁶⁹¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná. Mestre, Doutor e Pós doutor pela Universidade Federal do Paraná; membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas; membro do Instituto de Direito Tributário do Paraná, membro fundador do Instituto Paranaense de Direito Processual; palestrante. Professor de direito constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Paraná; Professor de direito tributário no curso de direito da Universidade Tuiuti do Paraná e professor de direito constitucional no curso de direito do Centro Universitário Opet. E-mail: jorgedeoliveiravargas@yahoo.com.br

2 A CIDADANIA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL

O princípio da cidadania permeia a Constituição Federal como um todo. Está relacionado com o da dignidade da pessoa humana, princípio unificador que é do Estado Democrático de Direito, ou Estado de Justiça, o qual por sua vez se relaciona com a proibição de preconceitos e de qualquer forma de discriminação; com a erradicação da pobreza, com o direito de água potável e saneamento básico, com o direito a educação, com a diminuição das desigualdades econômicas, culturais e sociais, garantindo o mínimo vital.

A cidadania também está ligada com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, eis que esses têm por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170); e ainda com o pluralismo político que pode ser resumido no direito de ser diferente e de ser respeitado por suas diferenças.

3 O TRIÂNGULO DA REVOLUÇÃO FRANCESA

De igual forma o princípio fundamental da cidadania está conexo com os da liberdade, da igualdade material, da justiça e da solidariedade.

Uma palavra sobre a solidariedade; princípio constitucional pouco estudado. O art. 3º, I, da Constituição Federal reproduz o famoso triângulo da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), ao dizer que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre (liberdade), justa (igualdade material, no sentido de diminuir as desigualdades tanto econômicas, como sociais e culturais) e solidária (fraternidade).

Se um dos objetivos é construir uma sociedade justa, devemos considerar, então, que toda a lei injusta é inconstitucional, superando a tese Kelseniana de que a lei, justa ou injusta; moral ou imoral, deve ser observada.

Aqui cabe lembrar das palavras do imortal Rui: “A falta de justiça, Srs. Senadores, é o grande mal da nossa terra, o mal dos males, a origem de todas as nossas infelicidades, a fonte de todo nosso descrédito, é a miséria suprema desta pobre nação”.

A solidariedade tem por objetivo estabelecer um equilíbrio entre a liberdade e a igualdade. O abuso do direito de liberdade sufoca o da igualdade material, fazendo prevalecer o individualismo egoísta, semente do capitalismo selvagem; por outro lado a igualdade não pode suprimir a liberdade.

4 OS DIREITOS DOS CIDADÃOS

São direitos do cidadão, consagrados no art. 5º, a liberdade de ir e vir; de igualdade perante a lei, com a proteção dos hipossuficientes; de não ser obrigado a

fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; de intocabilidade do corpo; de não ser submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; a livre manifestação do pensamento (sendo vedado o anonimato); a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença; a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; a inviolabilidade da intimidade, da vida privada; a proteção da honra e da imagem; a inviolabilidade do domicílio, com as ressalvas previstas; direito à uma boa administração; ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas; o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; o direito do acesso à informação; o direito de reunião; a liberdade de associação; o direito de propriedade; o direito autoral; o direito de herança; o direito do consumidor; o direito de informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral; o direito de petição; o direito de acesso aos tribunais; o direito ao devido processo legal, procedimental e substantivo; o direito ao contraditório, a ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição; a inadmissibilidade das provas ilícitas nos processos; a presunção de inocência; o direito ao silêncio; a garantia do habeas corpus, do mandado de segurança, do mandado de injunção e do habeas data; o direito de propor ação popular; o direito da assistência judiciária; o direito a duração razoável do processo, dentre outros.

Destaquem-se também os direitos sociais (art. 6º) da educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados; ao salário mínimo constitucional previsto em seu art. 7º, IV, que hoje, segundo o DIEESE está em torno de R\$5.000,00. Esse sim capaz de atender as necessidades vitais básicas da pessoa e de sua família.

Tudo isso está relacionado com o direito ao exercício da cidadania; sem ignorar a relação da cidadania com os direitos políticos, ou seja, o direito de votar e ser votado; de poder escolher livremente nossos governantes (art. 14 da CF) e da legitimidade para a propositura da ação popular (art. 5º LXXIII) e do procedimento de *impeachment* (art. 14 da Lei 1079, de 10 de abril de 1950).

Direito à felicidade? Direito ao amor?

Existem?

5 DIREITO À FELICIDADE E AO AMOR

Na declaração de direitos do bom povo de Virgínia, de 16 de junho de 1776, já constava em seu art. 1º:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus

pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter **felicidade** e segurança.

E o direito ao amor?

Na Constituição Colombiana lê-se:

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y **amor**, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

No artigo “o amor como fundamento legitimador do Direito” Bernardo Azevedo propõe que o amor seja visto como o fundamento último do Direito.

“Do ponto de vista da ciência política, o Amor é decorrência da Democracia. Somente num Estado Democrático a ideia de Amor pode prosperar, vez que a Democracia em torno da (res)pública toma como espedaço a ideia de igualdade (justiça) e a negação da exploração. É com essas tintas, o Amor e a Democracia, que devemos pintar o Estado Contemporâneo, onde a essência e a legitimidade do Sistema jurídico não se encontram mais na figura do Estado e das normas produzidas por este [7], mas na Democracia [8] [9], a qual tem no Amor a expressão ideal do Direito”.⁶⁹²

Vale a pena lembrar que na nossa bandeira, a frase “Ordem e Progresso”, foi inspirada no lema positivista, criado por Augusto Comte: “O Amor por princípio, a Ordem por base e o Progresso por fim”. O “amor” ficou implícito, mas nem por isso deve ficar ignorado.

Portanto, esses direitos encontram-se implícitos na nossa Carta Magna.

Mas tudo isso parece uma utopia; meras promessas destinadas a serem ignoradas, como muitas vezes o foram. Tudo não passa de mero protocolo de intenções? Sem eficácia?

6 A EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição só se aperfeiçoa quando ganha eficácia.

Na lição de Norberto BOBBIO

⁶⁹² Azevedo, Bernardo Montalvão Varjão e. *O amor como fundamento legitimador do Direito*. Instituto Brasileiro de Direito de Família. <https://ibdfam.org.br/artigos/258/O+amor+como+fundamento+legitimador+do+Direito>

“O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.⁶⁹³

A eficácia da Constituição depende de nós, principalmente de nós julgadores, guardiães da Constituição, que necessitamos de constante aperfeiçoamento, nos transformando em “bocas da Constituição” e não apenas “bocas da Lei”.

7 A CONSTITUIÇÃO E A EDUCAÇÃO

Em relação a educação, o constituinte demonstrou uma preocupação especial, ao dispor em seu art. 205 que:

“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”.

A Constituição Federal trata do direito à educação nos arts. 205 a 214.

Conforme o art. 214 da nossa Carta da República é fundamental a erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar; a melhoria da qualidade de ensino; a formação para o trabalho; a promoção humanística, científica e tecnológica do País e o estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

Destaque-se também o previsto no art. 225 § 1º, VI da nossa Carta Magna que impõe ao Poder Público e a coletividade o dever de “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

Pelo art. 206 do nosso Estatuto Maior, o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III – pluralismo de ideias e de concepção pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

⁶⁹³ Bobbio, Norberto. *L'Età dei Diritti*, Roma: Giulio Einaudi, 1990. Coelho, p. 186.

V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
VII – garantia de padrão de qualidade;
VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

8 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO CONSTITUCIONAL SENSÍVEL

Para garantir a efetividade do direito a educação o constituinte inseriu o art. 212, que diz o seguinte:

“A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Esse é um princípio constitucional sensível, previsto no art. 34, VII, “e” da Constituição Federal, cuja inobservância dá ensejo a ADIn interventiva (art. 36, III), podendo ocorrer a intervenção da União nos Estados e dos Estados nos Municípios (art. 35, III).

9 A PRIMEIRA UNIVERSIDADE

A educação sempre foi deixada em segundo plano na nossa história, tanto é que nas colônias espanholas em 1538 já existia a Universidade de São Domingos e em 1551 a do México e a de Lima. No Brasil, a primeira universidade foi a Universidade Federal do Paraná, fundada oficialmente em 19 de dezembro de 1912, tendo iniciado suas atividades de ensino na segunda quinzena de março de 1913, portanto, antes da fundação da Universidade de Manaus, que data de 13 de julho de 1913.⁶⁹⁴

10 LEI N. 13.005, DE 25 DE JUNHO DE 2014

Essa Lei aprova o Plano Nacional de Educação, que tem como diretrizes: I – erradicação do analfabetismo; II – universalização do atendimento escolar; III – superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de

⁶⁹⁴ <https://www.ufpr.br/portalfupr/a-mais-antiga-do-brasil/> lido em 17/08/2021.

discriminação; IV – melhoria da qualidade da educação; V – formação para o trabalho e para a cidadania, com ênfase nos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade; VI – promoção do princípio da gestão democrática da educação pública; VII – promoção humanística, científica, cultural e tecnológica do País; VIII – estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto – PIB, que assegure atendimento às necessidades de expansão, com padrão de qualidade e equidade; IX – valorização dos (as) profissionais da educação; e X – promoção do princípio do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental.

Ali também são previstas as estratégias para alcançar esses objetivos.

11 DOS DEVERES

Mas a cidadania não é composta só de direitos? E os deveres?

O capítulo I do Título II do Texto Magno dispõe sobre os direitos e deveres individuais e coletivos.

Onde estão os deveres?

Cidadania é a prática dos direitos e deveres de um indivíduo em um Estado. Os direitos e deveres de um cidadão devem andar sempre juntos, uma vez que o direito de um cidadão implica necessariamente numa obrigação de outro cidadão.

Os direitos devem ser exercidos com responsabilidade.

12 DOS DEVERES E OBRIGAÇÕES

Os deveres fundamentais que normalmente estão implícitos na nossa Constituição, mas ficaram explícitos na Constituição da Colômbia, e com base no transconstitucionalismo são aplicáveis entre nós:

Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la

integridad nacionales. 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica; 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; 6. Propender al logro y mantenimiento de la paz; 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia; 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano; 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

Direitos e deveres são como as duas faces de uma moeda; não existe um sem o outro.

O exercício da cidadania envolve direitos e deveres. Os objetivos constitucionais permanecerão só no papel se não mudarmos o nosso comportamento. Muitas vezes mudamos de ideias, mas nosso comportamento continua o mesmo.

Não basta renovar a mente, é imprescindível mudarmos de comportamento.

Ao lado do direito à educação, há o dever de educar-se.

Sim, de pouco adiantaria o Estado fornecer meios adequados para a educação se as pessoas não se conscientizassem de seu dever de educar-se; se os pais não se conscientizassem de seu dever de encaminhar os filhos para as escolas. É um dever do Estado? Sim, mas da família também e é fundamental que cada um busque conhecimento. É necessário que cada um faça sua parte.

A educação não se limita a ensino fundamental, alcançando também ensino universitário e técnico profissionalizante.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino, cabendo a União organizar o sistema federal; os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil e os Estados e Distrito Federal no ensino fundamental e médio (art. 211 da CF).

13 O DIREITO AO ACESSO AOS NÍVEIS MAIS ELEVADOS DO ENSINO

Importa uma referência ao art. 208, V, da CF, que ao tratar do dever do Estado com a educação, diz que será efetivado mediante a garantia de “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.

Por tratar-se de garantia, a interpretação do dispositivo constitucional deve ser a mais ampla possível.

A questão é: é possível alguém entrar numa faculdade sem ter completado o ensino médio, apesar de ter sido aprovado no vestibular?

A questão é polêmica, existindo jurisprudência tanto de um lado como de outro. Destaca-se algumas que entendem pela possibilidade.

TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL AC 00019944720134013200 0001994-47.2013.4.01.3200 (TRF-1)

Jurisprudência•Data de publicação: 08/11/2016.

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. APROVAÇÃO EM VESTIBULAR ANTES DA CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. I - Na hipótese dos autos, tendo o autor logrado êxito no processo seletivo para ingresso na graduação, não se afigura razoável o indeferimento de sua matrícula pela ausência de comprovação, naquele momento, da conclusão do ensino médio, mormente no caso em análise, em que o requerente alcançou ótimas notas no aludido certame, devendo-se valorizar o mérito do estudante que, mesmo antes de concluir o nível médio, logrou aprovação no ENEM, tornando-se apto a ingressar na Universidade Pública requerida. Dessa forma, entender o contrário equivaleria a impedir injustamente a ascensão intelectual do aluno que já possui conhecimento suficiente para se matricular no curso superior pretendido. (Precedentes desta e de outras Cortes Regionais). II - Há de ver-se, ainda, que a tutela jurisdicional buscada nestes autos, além de se encontrar respaldada pela noticiada capacidade do autor da demanda, encontra-se em sintonia com o exercício do direito constitucional à educação (CF , art. 205) e com a expectativa de futuro retorno intelectual em proveito da nação, que há de prevalecer sobre formalismos eventualmente inibidores e desestimuladores do potencial científico daí decorrente. III - Apelação provida. Sentença reformada.

TJ-AM - Apelação APL 00015663320148047300 AM 0001566-33.2014.8.04.7300 (TJ-AM)

Jurisprudência•Data de publicação: 07/06/2019

MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. APROVAÇÃO EM VESTIBULAR ANTES DA CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. POSSIBILIDADE DE RESERVA DE VAGA E MATRÍCULA EM GRADUAÇÃO COM APRESENTAÇÃO DO RESPECTIVO CERTIFICADO. GARANTIA CONSTITUCIONAL DO PLENO ACESSO À EDUCAÇÃO – LIMINAR DEFERIDA E MANTIDA - TEORIA DO FATO CONSUMADO - APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. 1. Segurança em que se busca garantir a inscrição de menor em curso de ensino superior face aprovação em curso vestibular antes da conclusão regular do ensino médio. 2. Liminar deferida para garantir a reserva da vaga do menor no Curso de Licenciatura em Letras (Português), na Universidade do Estado do Amazonas – UEA, até a apreciação do mérito da

presente ação. 3. O direito a educação é constitucionalmente amparado a todos, além de dever do Estado, a luz dessa garantia constitucional, razoável que seja admitida a matrícula do Representado no curso de instituição de ensino superior. 4. O Apelado encontra-se cursando normalmente o referido curso, ou efetivamente já o concluiu, face a liminar concedida e não revogada. 5. A modificação de tal situação irá de encontro a Teoria do Fato Consumado, o que não se admite. 6. Recurso conhecido e desprovido, em consonância com o Parecer Ministerial.

TJ-AM - 40053424320178040000 AM 4005342-43.2017.8.04.0000 (TJ-AM)

Jurisprudência•Data de publicação: 22/05/2018

AGRAVO DE INSTRUMENTO - COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE – ART. 148, DO ECA - PRELIMINAR AFASTADA - APROVAÇÃO EM VESTIBULAR ANTES DA CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO - POSSIBILIDADE DE MATRÍCULA EM GRADUAÇÃO COM POSTERIOR APRESENTAÇÃO DO CERTIFICADO – REQUISITO JÁ SATISFEITO – GARANTIA CONSTITUCIONAL DO PLENO ACESSO À EDUCAÇÃO - LIMINAR DEFERIDA E MANTIDA - TEORIA DO FATO CONSUMADO -APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. - Mandado de Segurança no qual se busca garantir a inscrição de menor em curso de ensino superior face aprovação em vestibular antes da conclusão regular do ensino médio (ART. 148 DO ECA). Afasta-se a preliminar de incompetência de juízo; - O apelado foi aprovado em vestibular da Universidade do Estado do Amazonas UEA; - O direito a educação é constitucionalmente amparado a todos, além de dever do Estado, a luz dessa garantia constitucional razoável que seja admitida a matrícula da representada no curso de instituição de ensino superior; - Já encontram-se preenchidos todos os requisitos do edital para efetivação da matrícula; - O agravado encontra-se normalmente matriculado no referido curso, face a liminar concedida; - Recurso conhecido e desprovido.

TJ-AM - 06046006820168040001 AM 0604600-68.2016.8.04.0001 (TJ-AM)

Jurisprudência•Data de publicação: 29/01/2018

MANDADO DE SEGURANÇA – APELAÇÃO - COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE – ART. 148 DO ECA - PRELIMINAR AFASTADA - APROVAÇÃO EM VESTIBULAR ANTES DA CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO - POSSIBILIDADE DE MATRÍCULA EM GRADUAÇÃO COM POSTERIOR APRESENTAÇÃO DO CERTIFICADO – REQUISITO JÁ SATISFEITO – GARANTIA CONSTITUCIONAL DO PLENO ACESSO À EDUCAÇÃO - LIMINAR DEFERIDA E MANTIDA - TEORIA DO FATO CONSUMADO - APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. - Segurança em que se busca garantir a inscrição de menor em curso de ensino superior

face aprovação em curso vestibular antes da conclusão regular do ensino médio (ART. 148, DO ECA). Afasta-se a preliminar de incompetência de juízo; - A representada foi aprovada em vestibular da Universidade do Estado do Amazonas – UEA; - O direito a educação é constitucionalmente amparado a todos, além de dever do Estado, a luz dessa garantia constitucional razoável que seja admitida a matrícula da representada no curso de instituição de ensino superior; - Já encontram-se preenchidos todos os requisitos do edital para efetivação da matrícula; - A apelada encontra-se cursando normalmente o referido curso, face a liminar concedida e não revogada, a modificação irá de encontro a Teoria do Fato Consumado, o que não se admite; - Recurso conhecido e desprovido.

TRF-1 - Ementa. APELAÇÃO CIVEL: AC 19944720134013200 0001994-47.2013.4.01.3200

Jurisprudência•Data de publicação: 08/11/2016
ENSINO SUPERIOR. APROVAÇÃO EM VESTIBULAR ANTES DA CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA....do ensino médio, mormente no caso em análise, em que o requerente alcançou ótimas notas no aludido certame, devendo-se valorizar o mérito do estudante que, mesmo antes de concluir o nível médio, logrou...aprovação no ENEM, tornando-se apto a ingressar na Universidade Pública requerida.

Esses julgados merecem reflexão diante dessa garantia constitucional de acesso aos níveis mais elevados de ensino, segundo a capacidade de cada um.

CONCLUSÕES

O princípio da cidadania permeia a Constituição Federal como um todo;
A cidadania se relaciona com os demais princípios fundamentais, especificados nos direitos individuais e sociais;

O Estado está a serviço do cidadão e não o cidadão a serviço do Estado;
A cidadania está intimamente ligada com o princípio da dignidade da pessoa humana;

O direito à felicidade e ao amor também existem;

Educação prepara o homem para o pleno exercício da cidadania;

Os direitos fundamentais devem ser exercidos com responsabilidade;

A todo o direito corresponde um dever;

O cidadão tem o dever de educar-se e a seus filhos;

As garantidas constitucionais relacionadas com a educação precisam ser interpretadas da forma mais ampla possível, inclusive a de acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um.

REFERÊNCIAS

- Azevedo, Bernardo Montalvão Varjão e. O amor como fundamento legitimador do Direito. Instituto Brasileiro de Direito de Família. <https://ibdfa>
- Bobbio, Norberto. *L'Età dei Diritti*, Roma: Giulio Einaudi, 1990. Coelho, p. 186.
- Brasil:
Tribunal de Justiça do Amazonas.
Tribunal Regional Federal da Primeira Região.
Constituição da Colômbia. - https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_colombia_2000.pdt/files/sit_accion_files/siteal_colombia_2000.pd <https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/Image/Editais/Edital-EJUD-PRAZO-30-08-2021.pdf>

A CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COMO MEIO DE APRIMORAMENTO E VALORIZAÇÃO DA CIDADANIA

Tiago Domingues Brito⁶⁹⁵, Wellington Aparecido Prado Carvalho⁶⁹⁶

INTRODUÇÃO

Pelo decreto legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, o Brasil aprovou a Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência. Como é sabido, por intermédio dela, os Estados Partes acordaram e se obrigaram a reconhecer o direito de igualdade com as demais pessoas em favor das referidas pessoas com deficiência.

Dentre as obrigações contidas na convenção internacional destaca-se aquela de empregar pessoas com deficiência no setor público, bem como a de promover o emprego, das mesmas pessoas, no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas.

A promoção de emprego no setor privado no Brasil tem sido realizada mediante a aplicação da Lei nº 8.213/91, que determina que as empresas privadas com mais de cem empregados devem manter pessoas com deficiência em seus quadros.

Não há dúvida de que a *mens legis* da referida lei se reveste de propósitos altamente benéficos em favor das pessoas com deficiência. Entretanto, sua efetiva aplicação poderá trazer questionamentos e dúvidas que merecerão atenção especial no presente trabalho, que foi elaborado com adoção do método de pesquisa dedutivo, atrelado à análise bibliográfica que trata sobre o assunto.

Todavia, antes de realizar a análise da promoção do emprego, no setor privado, em favor das pessoas com deficiência, necessário se mostra que alguns aspectos conceituais sejam devidamente aplainados.

1 PESSOA E PERSONALIDADE

De Cupis⁶⁹⁷, ao analisar o conceito de personalidade, com esteio nas lições de Ferrara⁶⁹⁸, escreve que “A personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui pré-condição deles, ou seja, o

⁶⁹⁵ Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor do Curso de Graduação em Direito e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos.

⁶⁹⁶ Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

⁶⁹⁷ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961, p. 15.

⁶⁹⁸ FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, 1921, p. 458.

seu fundamento e pressuposto.” E prossegue De Cupis⁶⁹⁹:

Óbvio é que, enquanto simples susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, deve ser algo diferente destes; mas para ser ‘susceptibilidade’ é ao mesmo tempo fundamento sem o qual os mesmos direitos e obrigações não podem subsistir. Não se pode ser sujeito de direitos e obrigações se não se está revestido dessa susceptibilidade, ou da qualidade de ‘pessoa’. No que diz respeito particularmente aos direitos, tem-se recorrido à imagem da ossatura, que aliás se pode aplicar igualmente às obrigações: personalidade seria uma ossatura destinada a ser revestida de direitos, assim como os direitos seriam destinados a revestir a ossatura.

E, para se tratar especificamente das pessoas com deficiência aconselhável se mostra que se investigue, em primeiro lugar, o que se entende por pessoa e Maria Helena Diniz⁷⁰⁰, diz que o vocábulo “pessoa” é oriundo do latim *persona*, que, adaptado à linguagem teatral, designava máscara. *Persona* advinha do verbo *personare*, que significava ecoar, fazer ressoar, de forma que a máscara era uma *persona* que fazia ressoar, mais intensamente, a voz da pessoa por ela ocultada. Mais tarde *persona* passou a ser entendido como o papel do ator e, por fim, passou a indicar o próprio homem que representava o papel.

Pessoa, em verdade, pode ser tomada em três acepções: a vulgar, que significa o ente humano; a filosófica, quando se analisa o ente que realiza o seu fim moral e emprega sua atividade e modo consciente e, por derradeiro, no sentido jurídico, quando se considera o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Nessa última hipótese, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica.

O Código Civil de 1916, já em seu artigo 1º, relevando a importância da pessoa humana, estabelecia que seu objeto era exatamente o de regular os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações.

Já em seu artigo 2º trazia o Código anterior a disposição de que todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. O artigo 1º do Código Civil de 2002 repetiu os mesmos termos do de 1916.

Clovis Bevilacqua⁷⁰¹, com precisão, ao analisar o referido art. 2º do Código Civil de 1916, observa que “*Occupa-se este primeiro livro da parte*

⁶⁹⁹ DE CUPIS, ob. cit., p. 15

⁷⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 25. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 113.

⁷⁰¹ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 8. ed., Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1949, p. 180.

geral com as pessoas. Pessoa é o ser, a que se atribuem direitos e obrigações. Equivale, assim, a sujeito de direitos.”

Evidentemente que o estudo das pessoas e do conceito de personalidade se mostra fascinante. Como, entretanto, não há espaço para se avançar tão só nessa parte da investigação, ora fechando este tópico, pode-se dizer, conforme ensinamento de Maria Helena Diniz⁷⁰², que a personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.⁷⁰³ Além disso, como ensina Caio Mário da Silva Pereira⁷⁰⁴, a personalidade não se constitui em um direito, de modo que seria incorreto afirmar-se que a pessoa tem direito à personalidade. Antes, dela, da personalidade, é que se irradiam direitos. E, do conceito de personalidade é que se extrai o de capacidade. Esta última é a medida da personalidade. De qualquer forma, é a personalidade o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Até aqui analisou-se os conceitos de pessoa, personalidade e capacidade. Pois bem, como se disse, da personalidade é que se irradiam direitos. Nesse sentido, a Constituição enuncia os princípios fundamentais nos quais a República se fundamenta, assegurando e consagrando, pois, o princípio da dignidade da pessoa humana, como uma verdadeira cláusula geral da tutela da personalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido em favor de toda pessoa, independentemente de raça, credo, origem religiosa ou estado de saúde, elevou-se em decorrência das atrocidades praticadas contra milhões de seres humanos pelo Estado totalitário, principalmente durante o regime nazista. De fato, isso restou definido já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

Buscadas as bases de formação do princípio, constata-se que estão elas fincadas na filosofia estoíca, no pensamento judaico-cristão e, também, nos ensinamentos de Kant. Sérgio Alves Gomes⁷⁰⁵ muito bem destaca referidos elementos ao assim escrever:

⁷⁰² Ob. cit. p. 114.

⁷⁰³ Maria Helena Diniz escreve ainda que a consideração da pessoa natural como ser humano coaduna-se com o art. 4º do Cap. II da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e promulgada pelo Decreto nº 678/92 (p.114-115).

⁷⁰⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 240.

⁷⁰⁵ GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 276.

Fábio Konder Comparato ressalta a importância do pensamento estoíco em torno do princípio da dignidade humana: ‘Muito embora não se trate de um pensamento sistemático, o estoicismo organizou-se em torno de algumas idéias centrais, como a unidade moral do ser humano e da dignidade do homem, considerado filho de Zeus e possuidor, em consequência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais’.

Já Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁰⁶, a propósito da influência da religião como suporte do princípio da dignidade da pessoa, escreve:

Muito embora não nos pareça correto, inclusive por faltarem dados seguros quanto a este aspecto, reivindicar –no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos– para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo como no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência (...) de que o ser humano –e não apenas os cristãos– é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Por derradeiro, como dito, Kant⁷⁰⁷, de igual maneira, prestou enorme contributo ao estabelecer a distinção entre coisas e pessoas, bem como entre preço e dignidade.

Destaque-se, outrossim, que a ideia de dignidade variou muito ao longo da história e das sociedades: ora dava-se mais valor ao *status* social, ora aos atributos físicos, noutras oportunidades à capacidade econômica. Neste sentido, leciona Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁰⁸:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade,

⁷⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30. Apud GOMES, Sérgio Alves, ob. cit., p. 277.

⁷⁰⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 135. Apud GOMES, Sérgio, ob. cit. p. 277.

⁷⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3 ed. ver. atual. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 30.

no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas.

A respeito das pessoas com deficiência, por sua vez, relata Miguel Belinati Piccirillo⁷⁰⁹ que “Na Grécia antiga as crianças nascidas com alguma deficiência eram atiradas de um morro para que não atrapalhassem aos demais, ou seja, a pessoa deveria ser respeitada apenas enquanto conseguisse produzir.”

Assim, a dignidade constituiu por muito tempo uma espécie de resumo moral, rotulação axiológica, do indivíduo posto, do grupo, povo ou sociedade situada. Essa situação histórica do indivíduo objeto de valoração é que passou a ser relativizada a partir do momento em que se trouxe como elemento preponderante na escala de valores uma condição ou prerrogativa inerente aos indivíduos em geral: a condição humana.

O princípio dessa “generalização” da dignidade nas atuais sociedades ocidentais se operou principalmente com o cristianismo que, tomando todo homem como imagem e semelhança de Deus, fazia a todos dignos⁷¹⁰, ideia essa que migrou para a filosofia jurídica através do jusnaturalismo humanista e, depois, das filosofias políticas liberais, que partiam de concepções tais como ‘o bom selvagem’ de Rousseau e do ‘homem lobo do homem’ de Hobbes, tudo para dizer que os homens eram livres e iguais – ainda que uns fossem mais iguais do que os outros!

Então, como dito alhures, foi exatamente a partir principalmente dos horrores vivenciados durante o Segundo Grande Conflito Mundial, que se teve a reconstrução dos direitos humanos. A propósito Sergio Alves Gomes⁷¹¹ escreve:

A reconstrução dos direitos humanos tomou por fundamento o personagem mais vilipendiado no contexto do totalitarismo: a pessoa humana. Doravante, seria em nome de sua reconhecida dignidade que o Direito e os direitos passariam a ganhar sentido. E assim nasce a consciência da necessidade de uma nova Hermenêutica Jurídica, capaz de restabelecer as conexões entre o ser humano, o Direito e o Estado.

E conclui o autor acima:

Destarte, não foi por acaso que, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Direito Internacional passou a contar com

⁷⁰⁹ PICCIRILLO, Miguel Belinati. A dignidade da pessoa humana: fundamento do Estado democrático de direito brasileiro. In: GÖTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Coord.). Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de constituição brasileira. Barigüi: Boreal, 2008, p.222.

⁷¹⁰ Id. Ibid., p. 222-223, passim.

⁷¹¹ Ob. cit. p. 279.

uma segunda face: a do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Seu instrumental teórico e institucional colocou-se a serviço da salvaguarda da dignidade inerente à pessoa humana. (...) A partir de então, todo indivíduo passa a ser considerado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos como pessoa. E toda pessoa é tida como sujeito de direito internacional dos direitos humanos, dotado de personalidade e capacidade jurídicas internacionais.

Portanto, para se chegar ao princípio da dignidade da pessoa humana reconhecido contemporaneamente houve um largo processo de evolução – principalmente social, visto que, apesar das teorias humanistas serem antigas, ainda hoje há homens que escravizam homens. Entretanto, não há dúvida de que houve uma grande evolução a partir do momento em que a pessoa humana deixou de ser somente objeto e sujeito de valoração para se converter em um valor propriamente dito: o ‘valor humano’.

3 PESSOA COM DEFICIÊNCIA

3.1 BREVE RELATO HISTÓRICO A RESPEITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

É sabido que as pessoas com deficiência são discriminadas desde a mais remota Antiguidade. Realmente, Renata Malta Vilas-Bôas⁷¹² aponta que já Aristóteles salientava que as crianças que porventura venham a nascer mutiladas, faltando algum membro, deveriam ser proibidas de criar, devendo haver lei que determinasse a sua exposição pública.

Prossegue, ademais, Renata Malta Vilas-Bôas⁷¹³, no retrospecto histórico:

Segundo a Lei das XII Tábuas, que possivelmente foi uma ‘redução a escrito de costumes, sob e forma de fórmulas lapidares’. Apesar de sua existência ter sido contestada por alguns doutrinadores, já que o texto original se perdeu, podemos reconstruí-lo através de citações e comentários. Dessa forma, foi possível localizar na Tabula IV, item 1, a referência ao deficiente, onde determinava que aquela criança monstruosa deveria ser morta. (...).

Já Gisela Maria Bester Benitez⁷¹⁴, Professora das Faculdades Integradas de Curitiba, em excelente trabalho publicado em conjunto com seus orientados,

⁷¹² VILAS BOAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 75.

⁷¹³ Ob. cit., p. 75.

⁷¹⁴ BENITEZ, Gisela Maria Bester et. alli. *Princípio da dignidade da pessoa humana e ações afirmativas em prol da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho* In: REVISTA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 6, 2004, p. 88-89.

faz o seguinte retrospecto a respeito das pessoas com deficiência:

(...) Na Roma Antiga, a valorização da beleza física fez com que os portadores de deficiência física sofressem discriminação. (...) Em Esparta os deficientes eram jogados de um penhasco. Porém na Grécia Antiga a Constituição de Atenas “compilada por Aristóteles” disciplinava ser mais fácil ensinar um aleijado a desempenhar uma tarefa útil do que sustentá-lo como indigente, (...). O mesmo ocorria na Roma Imperial, que protegia e sustentava seus deficientes, possivelmente pela influência ateniense. Esses povos discutiam se lhes deveriam dar assistência ou a reabilitação profissional, observando-se assim, pela primeira vez, uma preocupação com a integração social das pessoas portadoras de necessidades especiais. (...) A Inglaterra (...) editou a Lei dos Pobres, diante da necessidade de o Estado proteger os deficientes, (...) com o enfraquecimento do Regime Feudal e o rompimento do rei Henrique VIII com o Vaticano, (...) A partir do Renascimento as questões sociais passam a ser analisadas sob uma ótica mais humanitária, especialmente em relação aos deficientes físicos. (...) No período (...) moderno várias foram as tentativas de superação das deficiências das pessoas, com as invenções de cadeiras de rodas, de muletas, de bengalas, de calçados especiais, de linguagem de Braille etc. (...) o número de mutilados da Revolução Industrial deu empuxo à criação da Seguridade Social (...). A partir da Segunda Guerra Mundial, (...) os deficientes passaram a ser mais respeitados, (...).

Eis aí, portanto, um breve relato histórico em torno de como as pessoas com deficiência têm sido tratadas, não restando dúvida, contudo, que, na atualidade, a maior parte dos ordenamentos jurídicos as reconhece como sujeitos de direitos.

3.2 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Após analisar as acepções da palavra deficiente e utilizar-se de vários dicionários que trazem o significado do vocábulo, Luiz Alberto David Araújo⁷¹⁵ escreve o seguinte:

O que define a pessoa portadora da deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador da deficiência.

⁷¹⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Brasília: CORDE, 2001, p. 8.

E cita, em seguida, como exemplo para dar respaldo à definição, a seguinte situação:

Imaginemos um operário que tenha um dedo amputado. Conforme o ofício por ele desenvolvido, encontrará sérias dificuldades para conseguir outro emprego na mesma atividade, até então desenvolvida. Na mesma hipótese, um trabalhador intelectual poderá sofrer muito menos diante da mesma perda. Ambos têm deficiência, ou seja, uma perda ou uma falha. No entanto, os resultados práticos são completamente distintos. (...) No primeiro caso, constata-se uma inferioridade (além de uma deficiência); no segundo, apenas deficiência.

Mais recentemente, Luiz Alberto David Araújo e Eliana Franco Neme⁷¹⁶ escreveram:

A Convenção, portanto, traz uma nova definição de pessoa com deficiência. O artigo primeiro, segundo parágrafo, na fixação dos propósitos, assim disciplina: 'Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Portanto, a Convenção trouxe novo conceito de pessoa com deficiência.

Assim, ora passando à resenha legislativa, verifica-se que o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinado em 30 de março de 2007 em Nova Iorque. Esse processo de incorporação ao ordenamento jurídico nacional ocorreu sob o rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 45 de 2004), pelo que dotou a norma da força de emenda constitucional, inserindo-a, inclusive, no âmbito de proteção do § 4º do artigo 60 da Constituição⁷¹⁷.

É de se atentar que a definição de pessoa com deficiência não era trazida pela legislação pátria, consubstanciada na Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, que:

Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências

⁷¹⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. NEME, Eliana Franco. *Proteção das pessoas com deficiência*. In Manual de interesses difusos. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 735-736.

⁷¹⁷ Ob. cit. p. 732-733.

Para sua aplicação, então, foi editado – dez anos depois! – o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que definia pessoa portadora de deficiência em seu artigo 4º. Referido dispositivo, como se sabe, sofreu a alteração pelo art. 70 do Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Cumpre destacar que o Decreto 5.296, também regulamentou as leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu ingresso no ordenamento jurídico interno, passou a existir “*norma clara e inequívoca definindo quem é pessoa com deficiência*”⁷¹⁸, qual seja, o artigo primeiro da Convenção:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Em seguida, no momento que referido artigo define pessoas com deficiência, nota-se de plano que se trata de um conceito abrangente, fluído, livre dos balizamentos técnicos estabelecidos pelos decretos que regulamentavam a matéria. De fato, o destaque que DAVID ARAÚJO e NEME fazem quanto a isso é que “*a aplicação desse conceito, que está ligado ao relacionamento da pessoa com deficiência, não fixa causas*”.

Essa falta de limitação técnica pela Convenção, obviamente liberta o jurista, mas não impede e nem o afasta de utilizar também de critérios técnico-científicos para comprovar a deficiência – e os mencionados diplomas legais dão um bom subsídio a isso. Todavia, apesar de facilitar a concreção normativa da noção de pessoa com deficiência, havendo conflito de regras entre a Convenção e outro diploma legal, aquela deverá prevalecer com seu conceito mais dúctil.

3.3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Carta Constitucional de 1988 estabeleceu, no § 2º de seu art. 5º, que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁷¹⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NEME, Eliana Franco. *Proteção das Pessoas com Deficiência*. p. 735.

Flávia Piovesan⁷¹⁹, a respeito do dispositivo, diz que ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.

Referida interpretação sem dúvida alguma se harmonizava com a melhor doutrina da ótima concretização da norma, de Konrad Hesse⁷²⁰, que leciona:

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Esse posicionamento, contudo, não prevalecia. Realmente, o Supremo Tribunal Federal tinha o entendimento de que os tratados internacionais dos quais o Brasil fosse parte eram considerados leis federais.

O precedente no qual restou erigido esse entendimento perante o Supremo Tribunal Federal decorreu do julgamento do RE nº 80.004 e Flávia Piovesan⁷²¹, ao analisar referida decisão, escreve:

Neste sentido, pronuncia-se o Ministro Francisco Rezek: 'De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e leis posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter prevalência garantida pela Justiça –sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional.

Ora, o recurso extraordinário nº 80.004 era de 1977 e anterior, portanto, à promulgação da Carta de 1988. Era de se esperar, portanto, que, em

⁷¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.52.

⁷²⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991p. 22-23.

⁷²¹ PIOVESAN. *Direitos humanos...Op. cit.*, p. 61.

face do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, novo entendimento surgiria em relação a causas que envolvessem tratados relativos a direitos humanos a ser apreciado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Este, contudo, permaneceu com a mesma orientação de 1977 e, em 1995, ao enfrentar a questão relativa ao impacto do Pacto de São José da Costa Rica posta em discussão no HC 72.131, manteve a prisão civil por dívida, sendo necessário ressaltar, por oportuno, que a votação foi não unânime, tendo ficado vencidos os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou, ao art. 5º, o § 3º, que assim dispôs:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.

Assim, seriam considerados como lei federal os tratados já ratificados anteriormente ao advento do referido parágrafo § 3º do art. da EC 45/2004? Haveria, ademais, a necessidade de submetê-los ao crivo de aprovação das duas Casas do Congresso Nacional para que fossem considerados parte integrante do bloco constitucional?

Flávia Piovesan⁷²² entende que não e escreve o seguinte:

Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quorum qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo.

(...)

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.

(...)

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente

⁷²² PIOVESAN. *Direitos humanos... Op. cit.*, p. 72.

em virtude de seu quorum de aprovação. A título de exemplo (...) o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último (...) fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal.

O impacto da inovação introduzida pelo § 3º do art. 5º e a necessidade de evolução e atualização jurisprudencial se fizeram sentir perante o Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o recurso extraordinário nº 466.343, em 22 de novembro de 2006, se conduziu por promover renovação em sua jurisprudência. Eis, outrossim, como isso se deu segundo as palavras do Ministro Gilmar Mendes e de André Rufino do Vale⁷²³:

O Supremo Tribunal Federal, levando em consideração essa tendência hodierna de inserção do Estado constitucional brasileiro em contextos supranacionais, promoveu uma vigorosa renovação de sua jurisprudência e passou a adotar a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, no histórico julgamento dos Recursos Extraordinários 349.703 (relator para o acórdão ministro Gilmar Mendes) e 466.343 (relator ministro Cezar Peluzo).

Portanto, pelo aqui demonstrado, é de se dizer que, com o advento do § 3º do art. 5º da CF, segundo Flávia Piovesan⁷²⁴:

(..) surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os materiais e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se a emendas à Constituição, no âmbito formal.

Eis aí destacado, dessa forma, o impacto da inovação que o § 3º do art. 5º da Constituição Federal trouxe para o sistema constitucional brasileiro.

⁷²³ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. In: Prof. Jeferson Botelho – Direito e Justiça. Disponível em: <http://www.jefersonbotelho.com.br/2009/04/18/a-influencia-do-pensamento-de-peter-haberle-no-stf/>.

⁷²⁴ PIOVESAN. Direitos humanos... Op. cit., p. 77.

3.4 ANÁLISE DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Pretende-se, agora, em largas linhas, analisar o conteúdo da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Na verdade, verifica-se que a convenção, no momento em que é aberta, ela sufraga e reconhece a dignidade e os valores inerentes e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Reconhece, ademais, que a deficiência é um conceito em evolução e que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades.

Ora, isso nos leva a buscar subsídios a respeito do que se entende por igualdade, sendo, então, oportuno, destacar a opinião sempre precisa de Celso Antonio Bandeira de Mello⁷²⁵, que escreve:

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende afirmar é a impossibilidade de desigualdades fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu a fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preconceitos genéricos os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.

Há, também, no preâmbulo, o reconhecimento de que: a) as pessoas com deficiência possuem potencial e podem prestar valiosos contributos às suas comunidades, vindo, assim, a ter pertencimento à sociedade (alínea “m”); b) existe importância em se reconhecer, em favor as pessoas com deficiência, a sua autonomia e independência individual, inclusive para fazer suas próprias escolhas (alínea “n”); c) mulheres e meninas com deficiência ficam frequentemente expostas a maiores riscos de sofrer violência, tanto no lar, como fora dele, por questões de negligência, descaso ou explorações (alínea “q”); d) as crianças com deficiência devem gozar plenamente de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de oportunidades (alínea “r”); e) a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza e, nesse sentido, há que lidar com o impacto negativo da pobreza sobre essas pessoas (alínea “t”); f) a alínea “w” conclama a que se preste solidariedade às pessoas com deficiência; g) há, também, o reconhecimento de que a convenção internacional e geral para promover e proteger os direitos

⁷²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. atual. 10 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 18.

e a dignidade das pessoas com deficiência prestará significativo contributo para corrigir as profundas desvantagens sócias das pessoas com deficiência e para promover a sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades.

Já o artigo primeiro, como destacado em linhas anteriores, ao arrolar os propósitos da Convenção, acaba por conceituar o que se entende por pessoas com deficiência e no artigo 3º são trazidos os princípios gerais, que envolvem: a) o respeito pela dignidade, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer suas próprias escolhas com independência; b) a não-discriminação; c) a plena participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte de diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade entre homem e mulher; f) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

O artigo 4º trata de obrigações gerais, havendo, nos artigos seguintes, disposições a respeito da igualdade de não-discriminação, tratamento específicos a respeito das mulheres com deficiência, a crianças com deficiência, estabelecimento de compromissos em relação à conscientização, acessibilidade, direito à vida, à situações de risco e emergências humanitárias, ao reconhecimento igual perante à lei, o acesso à Justiça, à liberdade e segurança da pessoa, prevenções contra tortura ou tratamentos, penas cruéis, desumanas ou degradantes, bem como contra exploração, violência e abusos que venham a ser praticados contras as pessoas com deficiência.

Destaque merece o tratamento que a Convenção empresta ao trabalho e ao emprego. Com efeito, a Convenção, no art. 27, após indicar que os Estados Partes reconhecem o direito de igualdade de oportunidades com as demais pessoas em favor das pessoas com deficiência, abrangendo, nesse direito, a oportunidade de se manter o trabalho da livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível à pessoa com deficiência, a Convenção estipula e destaca dois aspectos em duas de suas alíneas: g) Empregar pessoa com deficiência no setor público; e h) Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas.

No que se refere à promoção de emprego de pessoas com deficiência no setor privado, este trabalho dedica um tópico específico, no qual aponta algumas situações que haverão de ser resolvidas para que a implantação ocorra de forma regular.

Já no que tange a empregar pessoa no setor público, que envolve a aplicação do conteúdo do inc. VIII do art. 37 da Constituição brasileira, mostra-se

importante que se reflita em torno do aspecto de que referida contratação está atrelada à situação do concurso público (cf. inc. II do art. 37, da CF), o que provoca, evidentemente, barreiras para a efetividade do cumprimento dos compromissos.

Luiz Alberto David Araújo⁷²⁶ assim enfrenta a questão relativa ao concurso público que envolva pessoas com deficiência:

Trata-se, na realidade, de típica reserva de mercado às pessoas portadoras de deficiência. Evidentemente não se está tratando do princípio da igualdade, constante da regra da cabeça do artigo 5º. Nessa hipótese, a pessoa portadora de deficiência estaria, desde que habilitada, apta para disputar o cargo público. O inciso VIII do artigo 37 da Lei Maior, no entanto, determina que parte dos empregos e dos cargos públicos seja destinada às pessoas portadoras de deficiência. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a exigência de aprovação no concurso público onde a pessoa portadora de deficiência pretenda ocupar vaga reservada (cf. MI 153-7 (AgRg – DF – TPJ. 14.3.90, rel. Min. Paulo Brossard, DJU 30.3.90. in RT 655/205). Assim, como Supremo Tribunal Federal, acertadamente, determinou que houvesse aprovação (habilitação) em concurso público para o candidato pretender a vaga, pode-se extrair que todo o concurso público deverá ter a nota mínima de aprovação determinada no Edital.

É de se refletir em torno dessa orientação do Supremo Tribunal, porque, com o número reduzido de concursos que se realiza, o preenchimento das vagas destinadas para pessoas com deficiência, por óbvio, fica extremamente prejudicado e provoca, à toda evidência, desequilíbrio entre a quantidade de vagas que o setor privado deve absorver em relação ao setor público. Em outras palavras, enquanto este último somente franqueia, por assim dizer, vagas por concurso público, o setor privado terá de dar empregos de acordo com os percentuais estabelecidos em lei, consoante adiante se analisa em tópico próprio.

4 EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

4.1 DA OBRIGAÇÃO DAS EMPRESAS PRIVADAS EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

As empresas com mais de cem empregados estão obrigadas a manter, em seus quadros, pessoas deficientes, tudo de acordo com o que dispõe o art. 93, da Lei nº 8.213/91, *verbis*:

⁷²⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Brasília: CORDE, 2001, p. 35.

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (...) a 5% (...) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I – até 200 empregados 2%

II – de 201 a 500 3%

III – de 501 a 1.000 4%

IV – de 1.001 em diante 5%

A exigência para que o dispositivo legal seja cumprido se dá, no dia-a-dia, da seguinte maneira: a) fiscalização que é realizada pelo Ministério do Trabalho, que atua, por intermédio de seus inspetores, que podem, diante da constatação do não cumprimento das cotas, firmar, com a empresa, um termo de compromisso, a ela concedendo o prazo de 120 dias para regularizar a situação; b) não cumprido o termo, segue-se a autuação, com encaminhamento do respectivo auto para o Ministério Público do Trabalho que ajuíza, em face da empresa, a ação civil pública.

Segundo dados que podem ser verificados no trabalho de Gisela Maria Bester Benitez⁷²⁷, os resultados das ações civis públicas que têm sido manejadas no Paraná, têm sido altamente positivos.

Apesar disso, muita resistência ainda tem havido, e Renata Malta Vilas-Bôas⁷²⁸ chama a atenção para o fato de que, para não dar cumprimento às ações afirmativas proposta, algumas empresas se utilizam dos seguintes argumentos: a) alegam que, para contratar um determinado número de deficientes, terão de dispensar o mesmo número de empregados saudáveis, por razões econômicas e financeiras; b) sustentam, ainda, que inexistente transporte coletivo e acessos adequados para os deficientes; c) se apegam ainda ao fato de que, ao invés de contratar, poderiam pagar a respectiva multa estabelecida em lei.

São argumentos que não devem, em princípio, ser levados em consideração, exatamente como obtempera o Ministro Marco Aurélio⁷²⁹ em palestra em que clama pela efetividade dos direitos fundamentais e enaltece a ação afirmativa:

É preciso buscar a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se um fracasso.

(...) O Judiciário pode contribuir, e muito, nesse campo, como fez a Suprema Corte dos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial. Até então só o legislador atuava. Aquela Corte percebeu que precisava, realmente, sinalizar à população, de

⁷²⁷ Ob. cit., p. 104.

⁷²⁸ *Id. Ob. cit.* p. 80.

⁷²⁹ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *A Igualdade e as ações afirmativas*. In: Revista da Escola Nacional da Magistratura, v. 1, n. 1. Brasília: 82-91, 2006, *passim*.

modo que prevalecessem, na vida gregária, os valores básicos da Constituição americana. (...) é de responsabilidade do juiz ter sempre presente o mandamento constitucional de regência da matéria. Portanto, só teremos a supremacia da Carta quando implementarmos a igualdade jurídica, em que o conteúdo democrático desse princípio é evidenciado pela ação afirmativa. A correção das desigualdades é possível. Por isso, façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para o arrependimento, a acomodação, o misoneísmo. (...)

Apesar disso, é preciso levar em conta que, em determinadas circunstâncias, o cumprimento da lei nº 8.213, segundo os percentuais que dela consta, não se mostra possível.

Realmente, podem surgir problemas em relação à aplicação e interpretação dos percentuais constantes da referida lei. Se, por exemplo, em uma determinada empresa vários dos cargos apresentarem risco para à própria pessoa com deficiência, a aplicação da lei ou dos percentuais que dela constam deverá considerar e respeitar as características dos cargos a serem ocupados.

Resta evidente que, se todos os cargos ou funções que a empresa tem à disposição estiverem em condições para que as pessoas com deficiência venham a ocupá-las, a empresa terá de fazer a reserva do percentual previsto em lei. É a regra que prestigia a inclusão.

No entanto, é possível fazer uma reflexão atinente a empregos que representem risco ou periculosidade ou insalubridade para as pessoas com deficiência.

Em tal hipótese, se os cargos ou funções apresentarem riscos para a pessoa com deficiência, em princípio, a empresa não terá como cumprir o percentual. Imagine-se, por exemplo, uma empresa cujo ramo de atividade seja de elevado risco, não havendo, inclusive, como minimizar referido risco. O que fazer?

Nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho em face das empresas, essa situação não tem sido levada em conta. Apura-se o número de vagas e exige-se que a empresa contrate as pessoas com deficiência segundo os percentuais constantes da lei.

Entretanto, isso não se mostra razoável. De fato, se houvesse como a empresa se adaptar e oferecer as vagas, a questão estaria resolvida. Mas, diante da impossibilidade de adaptação, os termos da lei deverão ser revistos.

Outro aspecto que pode surgir, em relação à referida lei, é aquele que envolve a falta de pessoas com deficiência para ocupar as vagas previstas no comando legislativo. Nesse caso, a empresa poderia ser considerada inadimplente? Pensa-se que não. Se toma ela todas as cautelas, envida todos os esforços para selecionar e encontrar pessoas com deficiência para ocupar as vagas e não as encontra, não há como considerá-la inadimplente em face da lei.

Por último, outra questão que surgirá —e que se liga com a anterior— refere-se à situação de que a maioria das pessoas com deficiência pode estar em gozo do auxílio doença e, via de consequência, pode não ter interesse em buscar a vaga.

Há, ademais, um verdadeiro desequilíbrio no que tange à obrigação de contratação que se atribui às pessoas jurídicas de direito privado em relação às pessoas de direito público, posto que estas últimas só contratam quando da realização de concursos públicos, enquanto as primeiras ficam sob o comando da Lei nº 8.213, o que não se mostra razoável, carecendo, assim, que seja buscada solução para essa situação, como, por exemplo, mediante a exigência de que as pessoas públicas de direito público contratem tanto quanto se exige das pessoas de direito privado.

Assim, nova dificuldade certamente surgirá para o cumprimento da lei.

São esses, em linhas gerais, alguns dos problemas que poderão surgir na aplicação e interpretação da referida lei e que exigirão que se leve em conta a relatividade das coisas e exatamente aquilo que ocorre no dia-a-dia, sob pena de não se prestigiar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que orientam, como se sabe, o princípio da igualdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os conceitos de personalidade, de pessoa e de capacidade são de grande valia para a efetividade dos direitos da pessoa com deficiência.

É exatamente da personalidade que se irradiam direitos. É a personalidade o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.

A personalidade não é um direito. Mas é um objeto de direito. É um bem, no sentido jurídico. É o primeiro bem da pessoa, porque é o seu modo de ser.

A partir dos horrores da Segunda Guerra Mundial houve efetiva preocupação com a dignidade da pessoa humana, tendo isso ficado claro com o que restou definido já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

Com a inserção, na Constituição Federal, do § 3º ao artigo 5º, as Convenções Internacionais passaram a ter verdadeiro *status* de emendas constitucionais;

O advento da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência trouxe parâmetros que podem levar à efetividade dos direitos das referidas pessoas;

A toda evidência, em face de situação em que a Administração não venha a cumprir ou cumpra de modo incompleto as políticas públicas, o Poder Judiciário terá de tomar posicionamento efetivo para que essas políticas públicas voltadas para as pessoas com deficiência sejam cumpridas;

Em face de situações de conflito coloca-se à disposição das pessoas com deficiência, remédios processuais que podem atender às suas pretensões; isso se dá pelas tutelas coletivas ou pelas tutelas individuais; ao se dar atendimento às primeiras podem surgir dúvidas na aplicação da Lei nº 8.213/91 em relação à promoção de emprego do setor privado;

Há, portanto, sem dúvida alguma, um longo caminho a se percorrer para se atingir os propósitos fixados na Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. 3. ed. Brasília: CORDE, 2001.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. NEME, Eliana Franco. Proteção das pessoas com deficiência. *In*: Manual de interesses difusos. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.
- BENITEZ, Gisela Maria Bester et. alli. Princípio da dignidade da pessoa humana e ações afirmativas em prol da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho *In*: REVISTA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 6, 2004.
- BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 8. Ed., Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1949.
- DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 25. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- FERRARA, Francesco. Trattato di diritto civile italiano. Roma: Athenaeum, 1921.
- GOMES, Sérgio Alves. Hermenêutica constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. *In*: Prof. Jeferson Botelho – Direito e Justiça. Disponível em: <http://www.jefersonbotelho.com.br/2009/04/18/a-influencia-do-pensamento-de-peter-haberle-no-stf/>.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3 ed. atual. 10 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A Igualdade e as ações afirmativas. *In*: Revista da Escola Nacional da Magistratura, v. 1, n. 1. Brasília: 82-91, 2006.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 39. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PICCIRILLO, Miguel Belinati. A dignidade da pessoa humana: fundamento do Estado democrático de direito brasileiro. *In*: GÖTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Coord.). Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de constituição brasileira. Barigüi: Boreal, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 3. ed. ver. atual. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- VILAS BOAS, Renata Malta. Ações afirmativas e o princípio da igualdade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E TUTELA DA MATA ATLÂNTICA: RECOMPOSIÇÃO, EM TUTELA ANTECIPADA, DA VEGETAÇÃO ILEGALMENTE DESMATADA

Rogério Rudiniki Neto⁷³⁰

INTRODUÇÃO

Este trabalho defende a utilização da técnica da tutela antecipada como forma de se determinar a imediata recomposição do Bioma Mata Atlântica ilegalmente desmatado.

Essa tutela tem como principal fundamento o conceito de função social da propriedade (especialmente a projeção ambiental do instituto).

Inicialmente realizamos um mergulho histórico buscando investigar a construção e consolidação da noção de função social da propriedade, com especial enfoque na disciplina constitucional.

Ato contínuo, o estudo passa a focar no feixe ambiental do conceito de função social da propriedade, para então problematizar a proteção do Bioma Mata Atlântica e a responsabilidade civil ambiental (viabilizada por meio do processo civil).

O trabalho tem como inspiração a atuação Ministério Público paraense na tutela da Mata Atlântica (que abrange quase a totalidade do nosso estado). É realizado estudo de decisão da Corte Estadual e a bibliografia utilizada prestigia autores do Paraná. Obviamente, o Bioma Mata Atlântica abrange diversos outros estados brasileiros, onde a aplicação da tese aqui defendida é plena. Nada obstante, entende-se, *mutatis mutandis*, que o ferramental aqui proposto pode auxiliar na proteção dos outros biomas brasileiros.

1 A PROPRIEDADE COMO INSTITUTO JURÍDICO/POLÍTICO

O significado de uma palavra é dado pela língua e pela história. As significações possíveis inserem-se dentro de um discurso. O discurso forma-se por um conjunto de práticas peculiares a uma sociedade historicamente localizada. O discurso não é fechado, ele é um processo que se mantém pela constante reprodução das práticas a ele ligadas; ou que se transforma pelo surgimento de outras práticas (ORLANDI, 2000, p. 32).

Tal análise, conjugada com um estudo da história provido de contundente rigor metodológico, serve para problematizar a questão

⁷³⁰ Mestre em Direito pela UFPR e membro do Núcleo de Processo Comparado da instituição. Promotor de Justiça no MPPR. Autor do livro “Processo Coletivo Passivo: uma proposta de sistematização e operacionalização”.

da propriedade no direito. A forma pela qual concebemos a ideia de propriedade é uma construção histórica, delimitada temporal e espacialmente (GROSSI, 2006, p. 6).

Conforme ensina Luiz Edson Fachin (2011, p. 813), a conceituação do direito de propriedade ultrapassa o universo do direito positivo. Nas palavras do autor: “a propriedade como instituto jurídico e político, é uma das questões cruciais nos diversos momentos históricos, ainda que de modo diferenciado”. A relação do homem com os bens é um dos temas mais interessantes, e talvez tormentosos do direito, pois dialoga com vários interesses antagônicos e opções econômico-jurídicas que sofrem influências religiosas, éticas, políticas etc (GROSSI, 2006, p. 6).

Ademais, ainda que o conceito de propriedade apresente variações ao longo da história, a noção de apropriação (individual ou coletiva) de um espaço sequer é conhecida por diversos povos. Por exemplo, no contexto brasileiro, para povos que coexistem em nosso território, tais como os indígenas e os remanescentes de quilombos, a terra não é enxergada sob a ótica própria às culturas hegemônicas. A terra não é vista apenas como local destinado à moradia ou como mera fonte de riquezas, em verdade, trata-se da fonte de coesão grupal, que possibilita a continuidade da vida comunitária ao longo dos tempos. Na dicção de Daniel Sarmiento (2007, p. 83): “privado da terra, o grupo tende a se dispersar e a desaparecer, tragado pela sociedade envolvente. Portanto, não é só a terra que se perde, pois a identidade coletiva também periga sucumbir”.

Essa análise de outras experiências jurídicas serve para demonstrar que a forma pela qual a sociedade compreende um instituto jurídico é sempre temporal e espacialmente delimitada. Isso permite que façamos uma leitura crítica de elementos da nossa realidade, que também está em processos de constante transformação.

2 A NOÇÃO ABSOLUTA DE PROPRIEDADE

A noção de direito absoluto de propriedade (hoje superada), surgiu como a antítese da “propriedade” coletiva que perpassou o Medievo.

A ordem feudal sustentava-se na concessão de terras ao vassalo em troca da prestação de serviços ao senhor (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 23). A mesma gleba de terra poderia estar vinculada a vários indivíduos que dela usufruíam de maneira diferente – pelo cultivo, pelo pastoreio etc. O domínio sobre o bem era fragmentado, existiam vários titulares simultâneos.

As codificações do século XVIII foram decisivas para a superação desse modelo, pois acabaram com as várias fontes da Idade Média, dando maior segurança aos negócios da burguesia. Para essa classe, o *Code Civil* napoleônico

(que dedicou um livro inteiro à questão do direito de propriedade), consolidou os ideais iluministas ao criar uma lei geral, igualitária (no plano formal), simples, clara e capaz de dar maior segurança jurídica às relações econômicas. Doravante, a pretensão sistematizadora foi posteriormente aprofundada com o “BGB” (*Bürgerliches Gesetzbuch*) – o código civil alemão (HESPANHA, 2005, p. 159).

Essas codificações, somadas à noção de contrato e à ideia de sujeito de direito, guardam relações diretas com a chamada concepção analítica do direito de propriedade, a qual destaca os elementos essenciais desse direito, quais sejam: o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la em poder de quem injustamente a detenha (LOUREIRO, 2003, p. 40).

O instituto da propriedade foi umbilicalmente relacionado a uma ideia de liberdade acentuada (e até ilimitada) do indivíduo. Nas palavras de Eroulthys Cortiano Júnior:

“O modelo proprietário da modernidade tem profunda ligação com a visão atomística da sociedade, na qual o homem, enquanto indivíduo senhor de si e de seus atos, ocupa lugar especial. O indivíduo é proprietário de sua própria pessoa e tem capacidade de agir independente de outros. Essa autonomia significa liberdade de agir, e a liberdade confunde-se então com a propriedade. Ser proprietário significa ser livre.” (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 91).

Esse modelo, além de representar a transformação da propriedade comum em propriedade privada (FACHIN, 2011, p. 816), é marcado pela inexistência de deveres do proprietário para com terceiros. Ao proprietário era dado fazer o que bem entendesse com o objeto de sua propriedade: subutilizá-lo, inutilizá-lo e, quiçá, destruí-lo. O domínio era considerado um direito absoluto em dois sentidos: i) era exercido em detrimento de um sujeito passivo universal; ii) o proprietário tinha um direito irrestrito sobre a coisa, havia uma liberdade desprovida de limitações. Esse último aspecto consiste no chamado *jus abutendi*, o qual, de acordo com Darcy Bessone (1996, p. 77), “(...) exprimia um poder amplíssimo, legitimador até do abuso no exercício do direito de propriedade”, inclusive chancelando danosas intervenções no meio ambiente.

No entanto, diversos fatores levaram à crítica e superação desse modelo de propriedade absoluto, o qual, em um processo de mudança discursiva, ganhou novos contornos com a consolidação da ideia de que a propriedade deve cumprir sua função social.

3 O ADVENTO DA IDEIA DE “FUNÇÃO” NO DIREITO

Como ensina Luiz Edson Fachin (2011, p. 820), a noção de direito absoluto de propriedade passou a sofrer ingerências relacionadas à ideia de função social.

A atribuição de uma função social a determinado instituto jurídico faz com que ele se distancie de preocupações meramente técnicas e insira-se dentro de um contexto sociológico (LOUREIRO, 2003, p. 109). Esse processo está inserido na ruptura do Estado Liberal e surgimento do Estado Social (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 137).

José de Oliveira Ascensão (1993, p. 192) ressalta existirem dois tipos de intervenções dentro do conceito de função social, quais sejam: “intervenções limitadoras” e “intervenções impulsionadoras”. Nas limitadoras, a lei busca coibir que o titular de determinado direito funcionalizado pratique atos prejudiciais à comunidade. Nas impulsionadoras, a lei, por meio do agir administrativo ou pela atuação judiciária, intervém de forma ativa, fomentando a atuação do titular do direito real de forma a ensejar benefícios à coletividade.

A partir da ideia de função social, o direito de propriedade, assegurado nos limites do ordenamento jurídico, deixa de ser um direito absoluto (FACHIN, 2012, p. 77). Nesse contexto, a dicção da Constituição de 1988, como se verá adiante, apresenta central importância.

4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO

Conforme relembra Gustavo Tepedino (2004, p. 45), o direito brasileiro pela primeira vez reconheceu a função social da propriedade no texto constitucional de 1946. Estava-se diante de uma política intervencionista influenciada pela Europa do pós-guerra. Já na Constituição de 1967, a função social da propriedade foi erigida a princípio da ordem econômica e social (TEPEDINO, 2004, p. 307). Porém, tal ideal de restrição à propriedade privada mostrou-se incapaz de lidar com as injustiças sociais.

De maior relevância são as várias disposições da Constituição de 1988 que tratam do direito de propriedade. Dentro do art. 5.º, destacam-se o inc. XXII (garante o direito de propriedade) e o inciso XXIII (estabelece que a propriedade cumprirá com a sua função social). Nas palavras de Fachin (2002, p. 64): “A Constituição Federal de 1988 garante o direito de propriedade privada no estatuto dos direitos subjetivos essenciais e consagra a função social tanto nos alicerces da ordem econômica quanto no campo de realização de direitos fundamentais”.

A ideia de função social insere-se no movimento de “constitucionalização do Direito Civil e consequente” repersonalização” das relações jurídicas.

Exige-se que o Código Civil seja lido à luz da Constituição (FACHIN, 1999, p. 97-100).

Para que cumpra sua função social, a propriedade urbana deve atender às exigências previstas no plano diretor ao qual está submetida (art. 182, § 2.º, da CF). Digna de nota é a introdução no ordenamento jurídico brasileiro da usucapião coletiva, prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/01) – trata-se de figura umbilicalmente ligada à noção de função social da propriedade.

Quanto ao cumprimento da função social pela propriedade rural, o art. 186 da CF prevê que a função social é cumprida quando se atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: (i) aproveitamento racional e adequado; (ii) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; (iii) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; (iv) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Segundo Gustavo Tepedino (2004, p. 39), da leitura do supracitado dispositivo infere-se que proprietário deve exercer seu direito de propriedade respeitando os “múltiplos interesses não proprietários”, que abarcam a proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses mesmos trabalhadores etc.

A dicção constitucional influenciou a redação do Código Civil de 2002. Sobre o tema:

“O Código Civil de 2002, no art 1.228, submetido à diretriz constitucional reserva ao proprietário as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha; impõe, no parágrafo primeiro de tal dispositivo, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como impedida a poluição atmosférica e hídrica.” (FACHIN, 2012, p. 50).

Observa-se, portanto, que a própria codificação civil contempla na noção de função social da propriedade interesses que não são apenas do proprietário, mas sim da sociedade (FACHIN, 2012, p. 64).

Entre os múltiplos interesses não proprietários que são tutelados pela função social da propriedade, além do direito dos trabalhadores e da proteção do meio ambiente (tema que será aprofundado em momento oportuno neste trabalho), podemos citar o respeito a prerrogativas de comunidades tradicionais, as quais, mesmo não sendo “proprietárias” de determinado espaço, podem o utilizar de forma harmônica, de modo a garantir sua própria existência.

Nesse contexto, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski (2006) abordam a possibilidade de terceiros não proprietários (“quebradeiras de coco”, comunidades tradicionais de regiões do Norte e Nordeste do Brasil) extraírem, de forma racional, e não predatória, o coco babaçu mesmo em áreas de domínio privado.

Já no âmbito do estado do Paraná, é interessante mencionar os povos faxinais e as respectivas relações de pertencimento com a terra. Essas comunidades tradicionais convivem em um “(...) modelo de uso coletivo da terra para a pecuária, instrumentalizado pela cooperação mútua dos integrantes da comunidade, com a possibilidade, mediante a condescendência do titular do domínio aos seus pares, de acesso aos recursos inclusive por aqueles que não possuem títulos de propriedade”. Esse modelo produtivo “traz à baila uma relação de pertencimento com a terra que em muito difere da forma de apropriação privada peculiar ao modelo capitalista, que impera desde o advento das grandes codificações”. (HEEMANN, RUDINI NETO, 2018, p. 33).

Todos esses exemplos servem para a reforçar a ideia de que função social da propriedade está diretamente relacionada ao uso desse instituto para a promoção da dignidade da pessoa humana (FACHIN, 2012, p. 61) e, por consequência, também, da cidadania. Conforme Fachin (relacionando a noção de cidadania com a releitura da titularidade dos bens):

“o conceito de cidadania é continente que abriga essa dimensão fortificada da pessoa no plano de seus valores e direitos fundamentais, não mais, porém, como um sujeito de direitos virtuais, abstratos, ou atomizados para servir mais à noção de objeto ou mercadoria. Essa transposição de óbice também passa, necessariamente, pelo repensar da titularidade dos bens e do uso destes” (FACHIN, 1999, p. 103-104).

Essas considerações, que, como visto, perpassam a releitura da titularidade e uso dos bens, levam à inafastável conclusão de que a função social não é apenas uma limitação externa ao direito de propriedade. Em verdade, o conceito de função social integra o próprio núcleo do direito de propriedade. A observância da função social é condição para a proteção jurídica da propriedade (FACHIN, 1999, p. 103-104).

Adiante, passamos a aprofundar o estudo das relações entre a função social da propriedade e a proteção ambiental.

5 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E PROTEÇÃO AMBIENTAL

A Constituição prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). O fato de não estar previsto no rol de direitos

fundamentais do art. 5.º em nada influi na fundamentalidade deste direito. Por um lado, o rol do art. 5.º é apenas exemplificativo, por outro, é evidente que a Constituição pode prever direitos fundamentais ao longo do seu texto em outros artigos.

Fala-se no “Estado Socioambiental de Direito”. Superando a postura inerte de outrora, o Estado passa a exercer uma postura intervencionista, “ao qual se atribuem ações afirmativas específicas, cujo exercício e estrita observância são imprescindíveis à consagração de uma verdadeira ordem pública ambiental” (GAIO, 2018, p. 54-58).

Tanto a Constituição como o Código Civil relacionam a função social da propriedade rural à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e à preservação do meio ambiente.

É certo que, hoje, os atributos de usar, gozar, dispor da coisa e reavê-la (inerentes ao tradicional conceito analítico de propriedade) não são absolutos. Nesse contexto, o proprietário (e também o possuidor) de um imóvel rural deve fazer o uso desse bem em conformidade com a legislação ambiental, não podendo simplesmente aniquilar a vegetação ali existente com base na justificativa de que ela está situada em espaço de que é titular, ainda que o faça sob a argumentação de que a destruição da natureza ocorreu com propósitos pretensamente produtivos.

Inclusive, como preconizam Fachin e Pianovski (2006, p. 88-89), a Constituição, mesmo quando fala em aproveitamento racional e adequado da propriedade, não está se referindo apenas à questão da produtividade. O sentido da norma constitucional, em diversos contextos, “se refere a um uso que diz respeito à satisfação de necessidades de subsistência das pessoas que dependam da terra e de seus frutos, em comunhão com o meio ambiente”. A ideia remete especialmente ao uso da terra por povos e comunidades tradicionais, que secularmente exercem atividades extrativistas de forma racional e adequada, não predatória. Por conseguinte, não é adequado nenhum uso da propriedade que seja predatório e viole normas de proteção ambiental.

As recentes preocupações globais com as mudanças climáticas reforçam ainda mais o vetor da proteção ambiental no âmbito da função social da propriedade. A grande maioria dos processos ecológicos está sendo alterada pelas mudanças climáticas, gerando impactos na temperatura, na umidade, na delimitação e percepção das estações do ano, no solo, no volume e ocorrência de chuvas etc (YOUNG, BORK, 2021, p. 155).

A proteção ambiental, portanto, encontra respaldo em valores econômicos, ecológicos e éticos. Recursos fundamentais para os propósitos humanos tradicionalmente são protegidos no âmbito social, sendo que, em uma perspectiva antropocêntrica, a proteção do meio ambiente ecologicamente

equilibrado gera benefícios sociais. Em uma perspectiva ecológica, focando-se na tutela da flora, tem-se que as plantas e árvores em geral exigem especial proteção na medida em possuem importante papel em ecossistemas complexos, pelo processo de fotossíntese, por produzirem oxigênio e também por contribuírem para a biodiversidade. Como é evidente, a vida humana depende do oxigênio gerado pela flora (YOUNG, BORK, 2021, p. 156-157).

Neste aspecto da proteção ambiental, a experiência brasileira é pautada por contradições. Estudos internacionais apontam que o Brasil possui uma das legislações ambientais mais rigorosas e completas do globo, no entanto, é notória a falta de efetividade (MCALLISTER, 2008, p. 4).

Ato contínuo, com foco em nosso campo de trabalho, passamos a relacionar essa temática com a tutela e proteção do Bioma Mata Atlântica.

6 O REGIME ESPECIAL DE PROTEÇÃO DO BIOMA MATA ATLÂNTICA

A Mata Atlântica recebeu especial proteção em sede constitucional. O artigo 225, §4.º, da Constituição considera a Mata Atlântica patrimônio nacional, salientando que a sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Ao considerá-la patrimônio nacional, visou o legislador reconhecer a importância da Mata Atlântica para a sociedade. O legislador infraconstitucional cumpriu seu dever ao editar a Lei n. 11.428/2006 (Lei da Mata Atlântica), que possui disposições protetivas que são normas especiais em relação ao próprio Código Florestal. Registre-se que a Lei da Mata Atlântica possui a seguinte disposição (art. 6º, parágrafo único):

“na proteção e na utilização do Bioma Mata Atlântica, serão observados os princípios da função socioambiental da propriedade, da equidade intergeracional, de prevenção, da precaução, do usuário-pagador, da transparência das informações e atos, da gestão democrática, da celeridade procedimental, da gratuidade dos serviços administrativos prestados ao pequeno produtor rural e às populações tradicionais e do respeito ao direito de propriedade”.

O Bioma Mata Atlântica compreende 13% do território nacional, abrangendo exuberante biodiversidade e, em que pese os valores consagrados na legislação, pouco resta da vegetação nativa, sendo que o desmatamento da área ainda aumenta de forma galopante. Nesse sentido, discorre Alexandre Gaio (2018, p. 277):

“Não obstante o percentual de áreas de remanescentes de vegetação de Mata Atlântica no Brasil seja mínimo e que esse mínimo seja imprescindível para a manutenção de significativa biodiversidade no planeta e para qualidade de vida e da própria vida da maior parte da população brasileira, os desmatamentos, as ocupações e degradações dos citados remanescentes continuam a ocorrer. Em levantamento dos remanescentes de Mata Atlântica do Brasil realizado em conjunto pelo Instituto Nacional de Pesquisas Especiais (INPE) e pela Fundação SOS Mata Atlântica, tendo como referência temporal apenas o período compreendido entre os anos de 2011 a 2016, constatou-se que houve nesse período a manutenção e continuidade do desmatamento de Mata Atlântica: -2011-2012 – desmatamento de 23.548 hectares. -2012-2013 – desmatamento de 23.948 hectares. -2013-2014 – desmatamento de 18.627 hectares. -2014-2015 – desmatamento de 18.433 hectares. -2015-2016 – desmatamento de 26.075 hectares.”

A histórica exploração desse bioma, somada à análise dos dados recentes, demonstram que a Mata Atlântica sofreu, e continua sofrendo, exploração de forma irracional e predatória, em desconformidade com a legislação ambiental, o que evidencia que esse processo de contínuo desmatamento ilegal é perpassado pela violação dos ditames da função social da propriedade.

7 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

A Constituição Federal consagra a tríplex responsabilidade ambiental (art. 225, §3.º). A violação à legislação ambiental pode ensejar a atuação das instâncias administrativa, criminal e cível.

Este trabalho aborda parcela da atuação cível na tutela da Mata Atlântica. Neste contexto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é visto, essencialmente, como um direito de natureza difusa (de titularidade de toda a sociedade), cuja tutela processual civil é promovida pelos legitimados coletivos.

Entre esses legitimados, a atuação do Ministério Público na tutela do meio ambiente é reconhecida, inclusive, internacionalmente. A atuação do Ministério Público brasileiro tende a ter mais efetividade, e também mais contornos de legalidade, do que a das agências administrativas ambientais do país (muitas vezes sucateadas e, não raramente, suscetíveis a diversas influências de interesses políticos), além de representar um importante canal de comunicação com a comunidade, viabilizando o recebimento e processamento de denúncias (MCALLISTER, 2008, p. 14-15).

Observa-se que, em se tratando de responsabilidade civil ambiental, o objetivo primordial não é a punição, mas sim forçar o poluidor a recompor

o dano ambiental e pagar indenizações a serem revertidas a finalidades de proteção do meio ambiente (MCALLISTER, 2008, p. 89). Nesse sentido, reconhecendo a possibilidade de cumulação de pedidos nestes casos, a Súmula n. 629 do Superior Tribunal de Justiça prevê que: “quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar”.

No plano cível, a obrigação que tem como fonte um ilícito ambiental tem natureza *propter rem* (real), sendo transmitida àquele que, por qualquer título, sucede o responsável pelo dano ambiental, no caso de transferência de domínio ou posse de imóvel rural (cf. art. 2.º, § 2.º, do Código Florestal). Nesse sentido, reza a Súmula n. 623 do STJ: “as obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor”.

A natureza real da obrigação ambiental permite que, liminarmente, seja determinada a anotação da ação civil pública na matrícula do imóvel em que houve o desmatamento ilegal, por força da incidência do art. 167, I, “21”, da Lei de Registros Públicos: “no registro de imóveis, além da matrícula, serão feitos o registro () das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis”. Essa providência tem, inclusive, o condão de resguardar terceiros de boa-fé que venham a adquirir o imóvel envolvido nessa demanda. Ademais, reduz a possibilidade de o réu evadir-se de sua responsabilidade transferindo o bem.

Além disso, está consolidado em precedente do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a pretensão de reparação do dano ambiental é imprescritível (STF, Pleno, RE 654.833/AC “repercussão geral”, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 31/05/2018). Em que pese no ordenamento jurídico a imprescritibilidade seja exceção, considerou-se na decisão os valores constitucionais e o conteúdo de documentos internacionais, sendo que, diante da fundamentalidade e do caráter coletivo/intergeracional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o poluidor não pode se beneficiar da inércia do Poder Público em tomar as providências cabíveis.

Para além da natureza constitucional da responsabilidade civil ambiental, entendemos que a perpetuação do dano ao meio ambiente configura fato continuado (a projeção temporal do dano ambiental estende-se enquanto ele não for reparado, impedindo o início de fluxo prescricional).

Com base nessas considerações, podemos afirmar, com segurança, que dentro da tríplice responsabilidade ambiental, no plano prático, a esfera cível é a que melhor dialoga com a função estatal de intervir para a efetivação da função social da propriedade, inclusive mediante a imposição de obrigações positivas ao titular de determinada área.

8 PROJEÇÃO AMBIENTAL DA FUNÇÃO SOCIAL E TUTELA PROCESSUAL DA MATA ATLÂNTICA

Com foco na recomposição do Bioma Mata Atlântica, é preciso abordar a diferença entre vegetação primária e vegetação secundária. Essa classificação, que tem fundamento científico, surte efeitos no estudo e justificativa das tutelas processuais que serão expostas em momento derradeiro deste artigo.

O art. 4.º da Lei n. 11.428/2006 prevê que a definição de “vegetação primária” e de “vegetação secundária” nos estágios “avançado”, “médio” e “inicial” de regeneração do Bioma Mata Atlântica será de iniciativa do Conselho Nacional do Meio Ambiente. O CONAMA estabeleceu essas definições na Resolução 10/1993.

Sinteticamente, a vegetação primária representa a máxima expressão de diversidade biológica, sendo que os efeitos da atuação humana nessas áreas são quase inexistentes.

Por sua vez, a vegetação secundária da Mata Atlântica corresponde à floresta em processo de regeneração após supressão, total ou parcial, por ações humanas ou causas naturais.

A vegetação secundária subdivide-se em: (i) vegetação secundária em estágio avançado de regeneração: possui elevado índice de diversidade biológica, com predominância de indivíduos mais altos. A floresta suprimida leva cerca de quinze anos para alcançar esse estágio, sendo que uma área de Mata Atlântica já em estágio avançado de regeneração pode levar de 60 a 200 anos para atingir características de vegetação primária; (ii) vegetação secundária em estágio médio de regeneração: apresenta certa diversidade biológica e altura. São verificados arbustos e árvores, além da formação do subosque abaixo da copa das árvores mais altas; (iii) vegetação secundária em estágio inicial de regeneração: menor índice de diversidade biológica, com predominância de ervas e arbustos. Esse estágio tende a levar entre cinco a dez anos para atingir o estágio médio de regeneração (GAIO, 2018, p. 187-188).

Observa-se, portanto, que a regeneração do bioma suprimido demanda significativo lapso temporal. Logo, é evidente que a efetivação do direito material exige o emprego das melhores técnicas processuais, que devem ser adequadas às necessidades do direito tutelado. Em se tratando de tutela civil da Mata Atlântica, inclusive tendo em vista a projeção ambiental da função social, é fundamental o emprego da tutela antecipada com vistas a compelir o proprietário/possuidor a iniciar imediatamente o processo de recuperação do bioma degradado. Passamos a estudar a questão.

9 POSSIBILIDADE DE RECOMPOSIÇÃO, EM TUTELA ANTECIPADA, DA VEGETAÇÃO ILEGALMENTE DESMATADA

A legislação ambiental impõe condutas negativas (v.g., a proibição de desmatar determinada área) ou positivas (v.g., a obrigação de restaurar uma área ilegalmente desmatada). Caso essas regras sejam descumpridas, o processo civil deverá atuar para efetivá-las (MARINONI, 2019, p. 231).

Como visto, o principal objetivo da responsabilidade civil ambiental é a recomposição dos danos. No entanto, em se tratando de degradação do Bioma Mata Atlântica, aguardar o final de um longo processo e eventual fase de cumprimento de sentença, para que só então se iniciem os estudos e seja efetivado o replantio, não parece ser o caminho que mais se coaduna com as previsões do art. 225 da Constituição.

A depender do estágio em que se encontrava, o bioma levará décadas ou até mais de um século para – eventualmente – retornar ao *status quo ante*. Essa situação convive com o caráter inadiável da efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (direito difuso, de terceira geração), de titularidade das presentes e, também, das futuras gerações.

Diante de sua fundamentalidade, a efetivação do direito material exige o emprego da técnica processual da tutela antecipada, ontologicamente criada para proteger direitos cuja efetivação não pode esperar até o término do processo judicial.

A tutela antecipada é uma espécie de tutela de urgência, idônea a propiciar a própria satisfação do direito material veiculado no processo (MARINONI, 2017, p. 33). Como ensina Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 71): “na verdade, a tutela antecipada tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isso, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material”.

Nesse contexto, em se tratando de ação civil pública que busca a recomposição do Bioma Mata Atlântica ilegalmente desmatado, é correta a utilização da tutela antecipada para compelir o proprietário ou possuidor a iniciar imediatamente o replantio dos indivíduos suprimidos (inclusive com a realização de prévio estudo técnico).

Essa tutela dialoga com os atributos da função social da propriedade e serve para equilibrar a natural delonga do processo judicial, permitindo que se possa vislumbrar a possibilidade concreta de recomposição do dano ambiental em um horizonte temporal minimamente aferível.

Se a urgência para a concessão da tutela antecipada nesses casos é ululante, a probabilidade do direito estará demonstrada, por exemplo, pelos meios de prova colhidos pelo Ministério Público no respectivo inquérito

civil, tais como documentos obtidos mediante requisição, além de perícias e estudos técnicos feitos por outros órgãos públicos. Some-se a isso o fato de que hoje o uso de satélites vem sendo de grande utilidade na produção de imagens capazes de detectar situações que envolvem desmatamentos ilegais, permitindo, inclusive, que sejam comparadas imagens de determinada área ao longo dos anos (esse instrumento vem sendo amplamente usado pelas agências ambientais brasileiras).

Dentro do escopo de estudo de casos, é importante estudar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que possui acórdão chancelando a aplicação da técnica processual aqui defendida (TJPR, 5. CC, AI 0060602-38.2020.8.16.0000, rel. Des. Nilson Mizuta, j.13/03/2021). No caso, o Juízo *a quo*, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público, concedeu tutela antecipada determinando que o requerido promova a recomposição imediata da vegetação ilegalmente desmatada, sob pena de multa coercitiva. Referida decisão foi alvo de agravo de instrumento, o qual restou desprovido em acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR. INFRAÇÃO AMBIENTAL. DESTRUIÇÃO DE VEGETAÇÃO NATIVA SECUNDÁRIA DO BIOMA MATA ATLÂNTICA EM ESTÁGIO INICIAL DE REGENERAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA PARA DETERMINAR QUE O RÉU SE ABSTENHA DE REALIZAR NOVAS DEGRADAÇÕES AMBIENTAIS E PROMOVA A RECOMPOSIÇÃO DA ÁREA DE VEGETAÇÃO SUPRIMIDA. INSURGÊNCIA. NEGATIVA DOS FATOS IMPUTADOS. ALEGAÇÃO DE QUE A ÁREA SERIA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL, UTILIZADA PARA O SUSTENTO DA FAMÍLIA. INVOCAÇÃO DA RESERVA LEGAL PREVISTA NO CÓDIGO FLORESTAL. NÃO ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES. PREVALÊNCIA DA LEI Nº 11.428/2006 (LEI DA MATA ATLÂNTICA) SOBRE O CÓDIGO FLORESTAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. SUPRESSÃO DE PARTE DA VEGETAÇÃO NA PROPRIEDADE COMPROVADA PELOS DOCUMENTOS DO INQUÉRITO CIVIL. ÁREA LOCALIZADA NO BIOMA DA MATA ATLÂNTICA, CONSIDERADO PATRIMÔNIO NACIONAL. PROTEÇÃO ESPECIAL CONFERIDA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE PARA EVENTUAIS INTERVENÇÕES. NÃO DEMONSTRAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA QUE SE COADUNA COM OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

(grifou-se)

(TJPR, 5. CC, AI 0060602-38.2020.8.16.0000, rel. Des. Nilson Mizuta, j.13/03/2021).

Observa-se que o Tribunal, para além de abordar a discussão da especialidade da Lei da Mata Atlântica em relação ao Código Florestal, invocou os princípios da prevenção e da precaução (reconhecidos internacionalmente).

A técnica chancelada pela decisão da Corte Estadual é muito mais efetiva do que, por exemplo, decisões que, em sede de tutela de urgência, limitam-se a determinar que o poluidor abstenha-se de realizar novos danos ambientais, sob pena de multa coercitiva (uma decisão dessa natureza se restringiria a determinar que o indivíduo não faça o que a lei já o proíbe de fazer).

Alguém poderia argumentar que a tutela que determina o imediato início da recomposição do Bioma Mata Atlântica ilegalmente desmatado encontraria óbice na regra do art. 300, §3.º, do CPC, pelo qual o juiz estaria impedido de conceder a tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade

No entanto, como ensina Marinoni (2002, p. 232-233), com base no princípio da proporcionalidade, essa regra pode sofrer mitigações conforme as particularidades do caso concreto. Na ação civil pública que busca tutelar a Mata Atlântica ilegalmente desmatada, a aplicação pura e simples da art. 300, §3.º, do CPC gera um prejuízo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que, proporcionalmente, é muito maior do que o prejuízo imposto ao poluidor impelido a cumprir uma medida liminar para a recomposição da vegetação.

A função da tutela antecipada é justamente a de equilibrar a natural demora do processo judicial. O tempo do processo é incompatível com a necessidade de imediata tutela do meio ambiente, mormente quando se estiver diante de biomas que vão levar anos, até décadas, para que possam atingir o estágio em que estavam quando da atuação ilegal do poluidor.

Em arremate, para além da fixação da tradicional multa coercitiva para compelir o responsável a cumprir a tutela antecipada que ordena a realização de estudos e subsequente início da recomposição da vegetação, a depender das circunstâncias, é plenamente cabível o emprego das medidas atípicas que encontram fundamento no art. 139, IV, do CPC (como a suspensão da CNH ou apreensão do passaporte do devedor). O emprego desses meios é justificado em razão da fundamentalidade e do caráter difuso do direito protegido pelo processo.

CONCLUSÃO

Os contornos do conceito de direito de propriedade vêm sofrendo importantes transformações pautadas em mudanças discursivas. Em nosso contexto ocorreu a superação da concepção absoluta de propriedade, isso em razão da consolidação da ideia de função social.

A função social é valorizada dentro de um movimento de constitucionalização de institutos típicos do Direito Civil, perpassado pela

valorização da pessoa humana e da cidadania. Isso também repercute na compreensão das relações de titularidade dos bens. O proprietário deve respeitar os interesses “não proprietários”, sendo que nesse tocante a proteção ambiental é central (tendo em consideração, inclusive, as urgentes preocupações com as mudanças climáticas)

No contexto da proteção do Bioma Mata Atlântica, a incidência da noção de função social requer atuação estatal no sentido de exigir que o proprietário/possuidor assuma posturas positivas no tocante à proteção ambiental, o que é viabilizado notadamente pela promoção da responsabilidade civil ambiental.

Ao se estudar a classificação de vegetação primária e vegetação secundária (com os seus respectivos estágios), observa-se que (especialmente quando não for possível uma resolução consensual para a questão) não é adequado se aguardar o final de um longo processo de conhecimento e eventual fase de cumprimento de sentença, para que só então eventualmente se inicie a recomposição da vegetação.

Daí a importância do emprego da técnica processual da tutela antecipada, ontologicamente criada para proteger direitos cuja efetivação não pode esperar até o término do processo judicial. Presentes os demais requisitos, a técnica da tutela antecipada pode ser utilizada para compelir o poluidor a fazer estudos e, ato contínuo, iniciar desde logo a recomposição da Mata Atlântica ilegalmente desmatada.

Essa tutela tem como fundamento principal a própria noção de função social da propriedade.

REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- BESSONE, Darcy. Direitos reais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CORTIANO JÚNIOR. Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. Conceituação do direito de propriedade. *In: Doutrinas essenciais de Direitos Humanos*, v. 2. São Paulo: RT, 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. Da função social da terra à causa justificativa do direito de propriedade imobiliária: uma perspectiva da justiça e da cidadania contemporâneas. *Revista brasileira de direito comparado*. n.º17. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. O direito ao livre acesso as áreas de babaçu: notas sobre o PJ 747/03. *Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. n.º 7. Manaus: UEA, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. Pontes de Miranda “Tratado de Direito Privado, tomo XI” atualização. São Paulo: RT, 2012.
- GAIO, Alexandre. Lei da Mata Atlântica comentada. 2. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2018.
- GROSSI, Paolo. História da propriedade e outros ensaios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- HESPANHA, Antônio Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. A propriedade como relação jurídica complexa. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 6. ed. São Paulo: RT, p. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça. São Paulo: RT, 2017.
- MCALLISTER, Lesley K. Making law matter: environmental protection & legal institutions in Brazil. Stanford: Stanford Law Books, 2008.
- ORLANDI, Eni Puccineli. Análise de discurso: princípios e procedimentos. Campinas: Pontes, 2000.
- RUDINIKI NETO, Rogério; HEEMANN, Thimotie Aragon. Identidade coletiva faxinal na relação de pertencimento com a terra: o papel do Município no reconhecimento de direitos dentro da tipologia de competências da Constituição Federal de 1988. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*. n.º 8. Curitiba: MPPR, 2018.
- SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. *In: DUPRAT, Deborah*. (coord.). *Pareces jurídicos – direitos dos povos e das comunidades tradicionais*. Manaus: UEA, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da privada. *In: Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TJPR, 5.ª CC, AI 0060602-38.2020.8.16.0000, rel. Des. Nilson Mizuta, j.13/03/2021.
- STF, Pleno, RE 654.833/AC “repercussão geral”, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 31/05/2018.
- YOUNG, Katie; BORK, Karrigan. Protecting plants under the existing endangered species act. *Harvard Environmental Law Review*. v. 45, n.º1. Cambridge: Harvard Law School, 2021.

SOCIEDADE ABERTA E DIALÓGICA AOS DIREITOS HUMANOS: O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PENSADO A PARTIR E PARA A COMUNIDADE

Eduardo Cambi⁷³¹, Leticia de Andrade Porto⁷³², Melina Girardi Fachin⁷³³,
Anderson Ricardo Fogaça⁷³⁴

INTRODUÇÃO

A crise no modelo atual do Estado Democrático de Direito faz incidir diversos questionamentos no tocante à manutenção da democracia e à garantia dos direitos humanos. No cenário regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos busca garantir o padrão mínimo - basilar - ao traçar os *standards* interpretativos em direitos humanos, permeáveis aos Estados Partes da Convenção Americana.

O mecanismo do controle de convencionalidade, outrora exercido unicamente pelo Poder Judiciário, concebe uma nova roupagem por meio da interpretação extensiva da Estatalidade Aberta, colocando a sociedade como produtora do diálogo em direitos humanos. A presente pesquisa tem como objetivo a análise do controle de convencionalidade a partir das lentes do *Human Rights Approach*, a qual comporta e pugna por mecanismos de garantia e efetivação de direitos humanos pensados pelo povo e para o povo.

Nesse norte, a pergunta de pesquisa se baseia em questionar: Em que medida a comunidade de prática pode integrar o controle de convencionalidade de modo a torná-lo mais aberto e dialógico?

⁷³¹ Pós-Doutor pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Pós-Graduação (Doutorado e Mestrado) da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Promotor de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Presidente do Colégio de Diretores de Escolas do Ministério Público brasileiro (CDEMP). Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídica. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6446292329035065> E-mail: eduardocambi@hotmail.com Orcid: 000-0003-4944-1256.

⁷³² Mestra em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Ministério Público e Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR). Bacharel em Direito (UNIVALI) e Relações Internacionais (UNISUL). Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4957444327036996> E-mail: leticia.porto21@gmail.com Orcid: 0000-0002-7625-6139.

⁷³³ Estágio de pós-doutoramento pela Universidade de Coimbra no Instituto de Direitos Humanos e Democracia (2019-2020). Doutora em Direito Constitucional, com ênfase em Direitos Humanos, pela PUC-SP. Professora adjunta dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1368334568714375>. E-mail: melinafachin@gmail.com Orcid: 0000-0002-6250-1295.

⁷³⁴ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Juiz de Direito em 2º grau e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: andersonfog1977@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8495-9443> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/9343656785887913>.

Para tanto, será utilizada a matriz exploratória⁷³⁵ pautada no método dialético, mediante análise bibliográfica no que concerne ao estudo do controle de convencionalidade a partir da estatalidade aberta, sobretudo em razão da crise democrática no qual o continente latino americano está inserido.

1 A COMUNIDADE DE PRÁTICA EM UMA SOCIEDADE ABERTA DIALÓGICA EM DIREITOS HUMANOS

O sistema de *checks and balances*, ou de freios e contrapesos⁷³⁶, proposto por Montesquieu, procura amenizar tensões, separar e equilibrar os poderes, de modo a evitar uma tirania da maioria⁷³⁷. O poder deve frear o poder⁷³⁸. Em estabelecendo limites e autonomia para cada função do Estado, afasta-se a possibilidade da prática de excessos, tendo o condão de evitar a ascensão de um governo autoritário que unifica em si todos os papéis inerentes ao Estado, nos moldes da França de Luís XV e no autoritarismo delineado pelo “L’État c’est moi”.

O desarranjo da casa de máquinas⁷³⁹ da democracia tem origem em diversas causas. O próprio “conflito entre ricos e pobres, num país tão desigual como o Brasil, sempre tensionará a disputa política, favorecendo condutas populistas e oportunistas”⁷⁴⁰. O chamado “compromisso maximizador” previsto na Constituição Federal de 1988, com a previsão de um grande elenco de direitos sociais progressivos ou distributivos, contrasta com os privilégios destinados a setores específicos, corporativos, públicos e privados, que terminaram por concentrar riquezas e afloram, ainda mais, os conflitos e crises⁷⁴¹.

O “mal estar” constitucional produz reflexos em diversas áreas, sobretudo no descrédito nas instituições do Estado.

⁷³⁵ GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 41.

⁷³⁶ “Da expressão *checks and balances*, significa o sistema em que os Poderes do Estado mutuamente se controlam, como, por exemplo, o Legislativo julga o presidente da República e os ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade; o presidente da República tem o poder de veto aos projetos de lei e o Poder Judiciário pode anular os atos dos demais Poderes em casos de inconstitucionalidade ou de ilegalidade”. BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Glossário - *Freios e Contrapesos*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8040-freios-e-contrapesos> Acesso em: 28 mai. 2021.

⁷³⁷ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires, 2010.

⁷³⁸ BARBOSA, Oriana Piske de A. SARACHO, Antônio Benites. *Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)*. 2018. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske> Acesso em: 28 mai. 2021.

⁷³⁹ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014.

⁷⁴⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. Companhia das Letras. 2018. p. 12

⁷⁴¹ *Ibid.* p. 15.

GRÁFICO 01



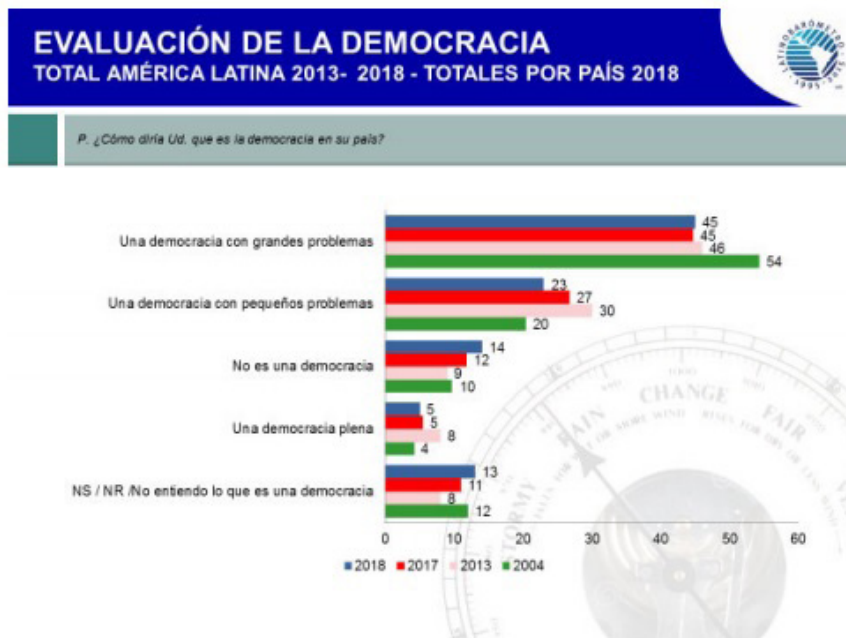
A pesquisa realizada em 2019, pelo Latino barômetro, demonstra que as pessoas tendem a migrar seu grau de confiança para a igreja quando a crise política e econômica desponta. Historicamente, os países latino americanos detêm maior confiança nas igrejas devido aos traços da colonização europeia católica.

Outro dado que pode ser extraído da pesquisa acima repousa no fato de que as Forças Armadas detêm um maior grau de confiabilidade do que o governo, partidos políticos e o Poder Judicial.

Vive-se um tempo de crises das instituições e de desencanto com a política, o que origina a fragmentação dos partidos políticos, a desconfiança na representação popular e a eleição de líderes populistas⁷⁴². A erosão democrática contemporânea abre espaço para um novo modelo deliberativo, cunhado na necessidade de protagonismo popular nas escolhas da sociedade.

⁷⁴² LATINOBARÔMETRO Database. *Informe Latinobarómetro 2018*. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>. Acesso em: 26 mai. 2021.

GRÁFICO 02



O constante declive democrático perceptível no gráfico acima, com a migração de avaliações para o item de “não reconhecimento de uma democracia”, pode ser chamado de “diabetes democrática”, por guardar similaridade com a enfermidade invisível, que não mata instantaneamente, sendo de difícil cura.

Os resultados obtidos no ano de 2018 mostram que o índice de confiança na democracia é o pior de todas as avaliações pretéritas, sendo denominado “*annus horribilis*” pelo Latinobarômetro. O grande problema reside nos países que não conseguem fazer funcionar suas democracias a contento, por apresentarem altos riscos de desencanto popular, o que abre a possibilidade para a fragilização deste regime político⁷⁴³.

Nesse cenário caótico, acrescenta-se o aumento da vulnerabilidade social, provocada pela pandemia da Covid-19, que colocou uma lupa sobre as desigualdades já existentes na América Latina, endossando a crise democrática e representativa pretérita.

⁷⁴³ LAGOS, Marta. *El fin de la tercera ola de democracias*. Latinobarómetro Database. Informe Latinobarómetro 2018. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp> p. 06. Acesso em: 26 mai. 2021.

Como forma de garantir um teto protetivo em direitos humanos, o controle de convencionalidade representa uma importante mudança no paradigma legal brasileiro, tendo em vista a premente necessidade de diálogo com o sistema regional de direitos humanos. O seu uso pode ser retratado como uma possibilidade de compatibilizar os instrumentos internacionais em direitos humanos com o ordenamento jurídico interno. O exercício do controle de convencionalidade consubstancia-se na harmonização do panorama legislativo nacional com as normas previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como em relação aos *standards* interpretativos firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na perspectiva latino-americana, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) desponta como expoente interpretativo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), de forma a firmar precedentes e *standards* interpretativos mínimos a serem seguidos pelos Estados parte⁷⁴⁴.

A vinculação às sentenças da Corte IDH decorre da própria CADH, enquanto *living instrument*, por meio dos princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé, e da submissão à jurisdição da Corte IDH, por força dos arts. 1.1. e 2 da CADH.

A Corte IDH decide com autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes do litígio⁷⁴⁵. Além disso, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, ex-Presidente da Corte IDH, ressalta a relevância da vinculação dos *standards* interpretativos em face do ordenamento jurídico interno dos Estados signatários da Convenção Americana. As sentenças emitidas pela Corte IDH permitem a construção de padrões interpretativos mínimos para a efetividade dos direitos humanos, os quais devem ser complementados e interpretados de acordo com a Convenção Americana, independentemente do Estado ter sido parte da relação jurídica processual⁷⁴⁶. Nesse ponto, o controle de convencionalidade revela-se como importante mecanismo de consenso e fortalecimento desses direitos na região.

Os Estados não são os únicos sujeitos de Direito Internacional Público aptos a amparar os direitos fundamentais de seus cidadãos. Pelo contrário, os indivíduos alçaram o lugar de sujeitos de direito internacional,

⁷⁴⁴ PORTO, Leticia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. “De fora” e “de dentro”: o controle de convencionalidade e sua aplicação no direito processual brasileiro. 2021. *No prelo*.

⁷⁴⁵ CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. *O Ministério Público Resolutivo e Proteção dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 46.

⁷⁴⁶ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, p. 618-671, 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31255.pdf> Acesso em: 06 abr. 2021.

com a possibilidade de utilização de mecanismos processuais eficazes para a salvaguarda dos seus direitos internacionalmente protegidos^{747 748}. Isso porque os Estados são organizações humanas, não entes abstratos e autônomos, os quais devem ser centrados na primazia da promoção universal da dignidade das pessoas humanas (princípio *pro persona*).

Pensando a partir do momento atual, o exercício do controle de convencionalidade vem a agregar no fortalecimento dos direitos humanos, assim como ser um mecanismo para inibir excessos legislativos e limitações de garantias e direitos. Sabe-se que o controle de convencionalidade, inicialmente idealizado por meio da jurisprudência da Corte IDH, merece ser concebido por meio de lentes de aumento, para ampliar seu exercício a atores públicos e sociais, recaindo sobre os protagonistas do sistema de justiça (Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia e Polícias), mas também se expandindo para a sociedade.

Em um contexto de crise democrática no continente latino americano, revela-se necessária a concepção de um modelo democrático idealizado a partir do povo e para o povo. Nesse norte, o advento de um controle de convencionalidade deliberativo - e democrático - se justifica na possibilidade da harmonização e compatibilização entre a ordem jurídica nacional e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela sociedade.

Entretanto, a pergunta que se faz é como realizá-lo dentro de uma sociedade plural e heterogênea. A concepção de uma comunidade de prática em direitos humanos, marcada por um grupo de pessoas que possuem engajamento mútuo, com o intuito de dialogar sobre a comunidade a qual pertencem, pode ser um modelo de resolução de problemas. Tal metodologia de trabalho colaborativo encontra amparo no processo de aprendizagem e organização social, além de ser uma importante forma de comunicação e integração⁷⁴⁹.

As comunidades de prática são formadas por voluntários que compartilham o mesmo interesse, trocando experiências e conhecimentos,

⁷⁴⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos e cidadania: uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. *Revista Justitia* - Ministério Público de São Paulo. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_doutrina_civel/civel%2033.pdf. Acesso em: 5 jun. 2021.

⁷⁴⁸ CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. *Constitucionalismo multinível. Pluralismo jurídico, Estado Democrático de Direito e Direitos Humanos no contexto latino-americano*. No prelo.

⁷⁴⁹ FERNANDES, Flávia Roberta; CARDOSO, Tiago Alves; CAPAVERDE, Lisiane Alves; SILVA, Helena de Fátima Nunes. Comunidades de prática: uma revisão bibliográfica sistemática sobre casos de aplicação organizacional. *AtoZ: novas práticas em informação e conhecimento*, Revista Eletrônica UFPR, vol 5(1), p. 44-52. Acesso em: 12 fev. 2021. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/atoz/article/view/46691/28744>.

com o objetivo de repartir esse aprendizado conjunto⁷⁵⁰. Essa metodologia se caracteriza pelo empreendimento conjunto, envolvimento recíproco e repertório compartilhado⁷⁵¹.

Sobre o tema, Armin Von Bogdandy tenta elucidar tal problemática a fim de contemplar o mosaico social em que vivemos,

The Latin American human rights community is a group of actors that interact, on the basis of the Inter-American Convention on Human Rights, to promote their agendas and to fulfill what they regard as their mandates. This community of practice is composed of different actors: transnational NGOs that bring cases before the Inter-American system, grassroots organizations that use these rights to protect victims on the ground, clinics at law schools that file amicus briefs, domestic courts that interpret and apply the Convention and IACtHR case law, civil servants that work on human rights for domestic governments, scholars writing and teaching Inter-American human rights law, the commissioners and judges of the Inter-American system, and also politicians with a human rights agenda⁷⁵².

Há de se pensar em uma sociedade aberta dos intérpretes dos direitos humanos, tendo como perspectiva operacional comunidades de práticas, que possam assimilar à participação e à colaboração de vários atores sociais, como as Organizações Não Governamentais transnacionais que trazem casos ao sistema interamericano, organizações locais voltadas à proteção de vítimas, clínicas em faculdades de direito que discutem e mobilizam causas de direitos humanos, tribunais nacionais que interpretam e aplicam a Convenção e a jurisprudência da Corte Interamericana, além de membros do Ministério Público, defensores e servidores públicos que trabalham com direitos humanos, os comissários e juízes do Sistema interamericano, juristas e professores universitários que discutem e argumentam sobre a melhor exegese dos tratados internacionais⁷⁵³.

O amplo leque de atores se complementam e dialogam por meio do exercício do direito de petição, da argumentação jurídica, do devido processo convencional, do fomento de audiências públicas e da presença de *amicus curiae* nos processos judiciais.

⁷⁵⁰ Ibid.

⁷⁵¹ WENGER, Etienne. Communities of practice and social learning systems: the career of a concept. In: *Social learning systems and communities of practice*. Londres: Springer, 2010. p. 179-198. Acesso em: 12 fev. 2021. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-84996-133-2_11#citeas.

⁷⁵² BOGDANDY, Armin Von. UREÑA, René. International Transformative Constitutionalism in Latin America. *The American Journal of International Law*, v. 114:3, 2020. p. 414.

⁷⁵³ Idem. Ibidem.

A comunidade de prática contempla a heterogeneidade social. Isso porque o diálogo comporta diferentes visões plurais; caso contrário, estar-se-ia fadado a um monólogo que serviria para a reprodução dos interesses hegemônicos.

O diálogo não combina com imposições ou hierarquias, mas com respeito, criatividade e trocas mútuas. Aliás, “a dimensão dialógica deve ser, assim, aqui compreendida como um exercício de alteridade e cooperação em que os sujeitos refletem entre si”⁷⁵⁴.

A perspectiva dialógica é a chave para mediar tensões e diferenças, propiciar meios inclusivos e abranger os cidadãos excluídos, com um “sentido educativo e civilizatório na medida que confronta posicionamentos distintos”⁷⁵⁵.

Deve prevalecer a interpretação que confere melhor sustentação no âmbito das ideias, porque “[...] coexistência não se traduz em consenso e concordância. O conflito produzido nessa aproximação tem resultado criativo e dessa catarse emerge uma pluralidade interna e internacional”⁷⁵⁶.

O respeito à pluralidade de ideias e visões é contemplado na comunidade de prática. Os membros da comunidade têm opiniões diferentes relacionadas aos direitos humanos, sendo formada não por apenas um único objetivo, mas guiada por práticas comuns, como uma “compreensão compartilhada do significado social dessas práticas”⁷⁵⁷.

Lado outro, mas guardadas semelhanças, conforme salientado alhures⁷⁵⁸:

A comunidade de prática se caracteriza por seu grupo de pessoas que possuem engajamento mútuo, que compartilham ações, conceitos, vivências, histórias ou experiências comuns sobre determinados assuntos relacionados às suas práticas.

Trata-se de um modelo de resolução de problemas e que busca engajar um grupo, habitualmente, com o intuito de dialogar sobre a comunidade a qual pertencem.

Esse grupo de pessoas não precisa ser, necessariamente, homogêneo; o importante é buscar a troca de pontos de vista, argumentos e compreensões da realidade social, em um ambiente de respeito e colaboração mútua.

⁷⁵⁴ FACHIN, Melina. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, Ano I, V. I, Núm. I, Jan/Abr 2020, p. 66 – 82. p. 72

⁷⁵⁵ Idem. *Ibidem*.

⁷⁵⁶ Idem, p. 70.

⁷⁵⁷ BOGDANDY, Armin Von. UREÑA, René. International Transformative Constitutionalism in Latin America. *Cit.* p. 415.

⁷⁵⁸ CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. *Constitucionalismo multinível. Pluralismo jurídico, Estado Democrático de Direito e Direitos Humanos no contexto latino-americano*. No prelo.

Além de se basearem na participação popular para uma democracia efetiva, a comunidade de prática contempla o exercício da cidadania, servindo de ponte entre Estado, sociedade e mercado⁷⁵⁹.

Entretanto, a implementação de uma comunidade de prática é uma atividade desafiadora, uma vez que demanda a reunião de lideranças engajadas com o bem-estar comunitário, por meio de planejamentos estratégicos e de ações integradas que possam superar as limitações impostas por um modelo estatal engessado e burocrático⁷⁶⁰. Também coloca em xeque um modelo de sociedade centrada no individualismo, padronizado pelo mercado que reduz o papel do cidadão a de mero consumidor, o que inviabiliza e exclui todos os que estão à margem do processo produtivo capitalista.

Como bem ressalta Yuval Noah Harari, a “globalização beneficiou grandes segmentos da humanidade, mas há sinais de uma crescente desigualdade, entre e dentro das sociedades. Alguns grupos monopolizam cada vez mais os frutos da globalização, enquanto bilhões são deixados para trás. Hoje, o 1% mais rico é dono de metade da riqueza do mundo. Ainda mais alarmante, as cem pessoas mais ricas possuem juntas mais do que as 4 bilhões mais pobres”⁷⁶¹.

Outra contribuição importante proporcionada pela comunidade de prática se traduz na promoção da educação e da cultura dos direitos humanos, concebendo uma nova forma de fazer política, por meio da facilitação da comunicação pelas redes sociais e aproximação com os indivíduos para quem são destinados às políticas públicas, garantias e direitos fundamentais e humanos.

2 O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM UM CONTEXTO DE ESTATALIDADE ABERTA

É relevante destacar a participação da sociedade plural no fomento de políticas públicas e legislativas, por meio da ideia da democracia participativa e cidadania efetiva⁷⁶². A ideia da estatalidade aberta (*offene Staatlichkeit*)⁷⁶³, proposta por Mariela Morales, pressupõe a “construção convergente e progressiva do constitucionalismo garantista dos direitos humanos e da

⁷⁵⁹ FERNANDES, Eduardo; TODESCAT, Marilda; CARDOSO, Jordana. Comunidades de prática: Contribuições para garantir o Direito à Cidadania. *Revista Interdisciplinar de Gestão Social*. Mai./ago. 2017. v.6, n. 2, p. 19.

⁷⁶⁰ CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. *Constitucionalismo multinível. Pluralismo jurídico, Estado Democrático de Direito e Direitos Humanos no contexto latino-americano*. No prelo.

⁷⁶¹ *21 Lições para o Século 21*. Trad. de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 81.

⁷⁶² CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. *Constitucionalismo multinível. Pluralismo jurídico, Estado Democrático de Direito e Direitos Humanos no contexto latino-americano*. No prelo.

⁷⁶³ VOGEL, Klaus. *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes fur die Internationale Zusammenarbeit*, Tubinge, Mohr, 1964, p. 42.

integração sob uma concepção multinível⁷⁶⁴. Tal compreensão abrange a cooperação internacional, assim como a subordinação do Estado frente à “ordem normativa emanada da comunidade internacional, a partir da ideia da dignidade da pessoa humana e do respeito aos Direitos Humanos”⁷⁶⁵.

Do mesmo modo, Manuel Eduardo Góngora-Mera⁷⁶⁶ defende que:

In Latin America, too, the perception of the constitution as a single and internally produced monolevel text is being replaced by an understanding according to which a block of constitutionality exists, comprising national constitutional norms and regional/universal human rights instruments.

A América Latina é marcada pela “miscigenação jurídica”, fruto das características do denominado *Ius Constitutionale Commune na América Latina* (ICCAL), a partir da “sobreposição, convivência e fusão das diferentes tradições jurídicas”⁷⁶⁷. O policentrismo jurídico⁷⁶⁸ é próprio de sociedades heterogêneas e multiculturais, especialmente aquelas presentes no continente latino americano, continente mais desigual e violento do mundo.

A influência e incorporação do multiculturalismo nas Constituições demonstra uma evolução em sentido à estatalidade aberta⁷⁶⁹, funcionando como mecanismo de inclusão dos diferentes grupos que compõem a sociedade.

Na América Latina, as Constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009) foram pioneiras em conceber a participação popular na condução de políticas públicas, contemplando o pluralismo jurídico comunitário-participativo⁷⁷⁰.

Essa participação ativa promove espaços amplos de deliberação, integrando minorias sociais, como os grupos étnicos tradicionalmente

⁷⁶⁴ ANTONIAZZI, Mariela Morales. El estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. 2014. p. 266.

⁷⁶⁵ *Ibid.* p. 269.

⁷⁶⁶ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. The block of constitutionality as the doctrinal pivot of a *Ius Commune*. In.: BOGDANDY, Armin Von. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. ANTONIAZZI, Mariela Morales. PIOVESAN, Flávia. *Transformative constitutionalism in Latin America - The emergence of a new Ius Commune*. Oxford, 2017. p. 236.

⁷⁶⁷ ANTONIAZZI, Mariela Morales. El estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. 2014. p. 271.

⁷⁶⁸ FERNANDEZ, Xavier Diez de Urdañivia. *El Estado en el contexto global*. Porruá: México, 2008.

⁷⁶⁹ ANTONIAZZI, Mariela Morales. El estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. *Op.cit.* p. 271-272.

⁷⁷⁰ VELASCO, Liziane Bainy; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A cidadania na América Latina: um olhar para as novas práticas emancipatórias. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito da FURG*, 2016, v. 16. p. 16.

afastados do processo político e excluídos do sistema de direitos quanto as suas demandas específicas⁷⁷¹. Permite, por exemplo, garantir os direitos aos recursos naturais em um patrimônio comum, que deve ser gerido de forma comunitária, participativa e plural.

A participação popular na política nacional na Constituição do Equador de 2008 prevê governos descentralizados autônomos, os quais deixam a cargo da população local a eleição de seus conselhos e governantes. A Constituição Equatoriana deve ser considerada uma constituição cidadã, ao prever garantias e direitos que promovem o "*buen vivir*" (*Sumak Kawsay*) equatoriano.

Tal Constituição também se destaca pela previsão de Conselhos Nacionais igualitários, que têm como escopo a observância e garantia dos direitos fundamentais, assim como dos Tratados Internacionais em Direitos Humanos,

Art. 156.- Los consejos nacionales para la igualdad son órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los consejos ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana, de acuerdo con la ley. Para el cumplimiento de sus fines se coordinarán con las entidades rectoras y ejecutoras y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de gobierno.

Art. 157.- Los consejos nacionales de igualdad se integrarán de forma paritaria, por representantes de la sociedad civil y del Estado, y estarán presididos por quien represente a la Función Ejecutiva. La estructura, funcionamiento y forma de integración de sus miembros se regulará de acuerdo con los principios de alternabilidad, participación democrática, inclusión y pluralismo⁷⁷².

A Constituição do Equador é pioneira em estabelecer o povo no poder - ou ainda, - o povo como idealizador, receptor de suas políticas públicas sociais e protagonista do controle social necessário para a efetivação dos direitos fundamentais.

Pode-se dizer que tal iniciativa é um embrião da expansão do controle de convencionalidade pelo povo e para o povo.

No Brasil, há vários mecanismos de participação da sociedade civil na proteção dos direitos humanos. Isso pode se dar por meio de comitês, comissões,

⁷⁷¹ BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: EducS, 2012. p. 27.

⁷⁷² EQUADOR. Republic of Ecuador. Constitution of 2008. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>. Acesso em: 01 jun. 2021.

conselhos, ou conferências municipais, estaduais e nacionais. Porém, é criticável a edição dos Decretos 9.759, de 11 de abril de 2019, e 9.812, de 30 de maio de 2019, que extinguiram diversas instituições participativas, entre as quais estão órgãos colegiados fundamentais para as políticas de promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil, como a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (CONAETI), a Comissão Nacional de Educação em Direitos Humanos, a Comissão Nacional de Política Indigenista, a Comissão Nacional de Alfabetização e Educação de Jovens e Adultos (CNAEJA) e a Comissão Nacional de Educação Escolar Indígena, bem como o esvaziamento e enfraquecimento de instituições como o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA), órgão fundamental na formulação da política de combate à fome no Brasil⁷⁷³. O cenário brasileiro atual é marcado por constantes retrocessos em direitos humanos, evidenciados pela crise sanitária provocada pela pandemia de Covid-19 - que só fez colocar uma lente de aumento nas desigualdades e nas violências já existentes.

Sendo assim, a abertura de um controle de convencionalidade exercido pelo e para os cidadãos permite a participação democrática da sociedade civil, de movimentos sociais, representativos dos interesses dos grupos mais vulneráveis, sendo imprescindível seu incentivo e percepção pelo Estado Democrático de Direito.

Para que isso aconteça, é importante assegurar a ampla liberdade de participação democrática, o que inclui o funcionamento adequado das instituições republicanas que efetivem programas protetivos, como o Programa Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos (criado pelo Decreto 8.724, de 27 de abril de 2016, e alterado pelo Decreto 9.937, de 24 de julho de 2019) e o Programa de Proteção às Vítimas e Testemunhas Ameaçadas de Morte (regulamentado pela Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999)⁷⁷⁴. Também, ao lançar um olhar sobre a história brasileira, necessário o engajamento da sociedade civil na constituição de Comissões junto ao Congresso, como na Comissão Nacional da Verdade - que buscou apurar crimes cometidos durante o período ditatorial no Brasil -, o que culminaria em uma maior representatividade daqueles que buscam, até hoje, uma resposta.

CONCLUSÃO

Conforme ressaltado na pesquisa Latinobarômetro, vive-se em um período de enfermidade da Democracia, em uma alusão à comorbidade de diabetes. Se nada for feito para estabilizá-la, corre-se o risco de matar lentamente a Democracia, por meio da perpetuação do populismo, da fragmentação de partidos políticos sem capacidade de dialogar com a

⁷⁷³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Situação dos direitos humanos no Brasil. 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf> Acesso em: 1 jun. 2021. p. 157.

⁷⁷⁴ Idem, p. 160-161.

população, do progressivo descrédito da representação política e da redução da cidadania ao consumo de bens e produtos, fator de alienação e estímulo ao agravamento das desigualdades sociais.

Ao remontar à pergunta de pesquisa, que buscava questionar se seria possível estabelecer o controle de convencionalidade a partir da sociedade aberta dialógica, percebe-se que o novo paradigma jurídico, pautado pela incidência do ICCAL e da estatalidade aberta, pugna pela cooperação entre atores, por meio de novos instrumentos que otimizem e aprimorem o diálogo, para que se concretize a máxima proteção dos direitos humanos, inerente ao princípio *pro persona*.

A sociedade aberta dos intérpretes dos direitos humanos contempla o método dialógico, de modo a permitir amplas interações sociais entre os mais variados atores, sem descuidar dos grupos mais vulneráveis, o que constitui importante fator de inclusão das minorias no processo de decisões legislativas e executivas.

As políticas públicas devem ser pensadas pelo povo e para o povo. A sociedade aberta e a comunidade de prática contemplam o engajamento social como forma de controlar políticas públicas e garantir a dimensão substancial da democracia, que consiste na efetivação dos direitos fundamentais e humanos.

Nessa perspectiva plural, inerente ao constitucionalismo multinível, expande-se a noção do controle de convencionalidade para possibilitar seja a retirada de norma jurídica que contrarie tratados internacionais em direitos humanos, ratificados pelo país, seja por meio da persecução de políticas públicas como forma de reparação ou de prevenção às violações em direitos humanos.

Um dos maiores desafios brasileiros do século XXI é consolidar o funcionamento das instituições democráticas para ampliar o engajamento social, à liberdade de expressão e à proteção da cidadania.

O risco de erosão democrática na América Latina serve para ampliar as desigualdades sociais, concentrar riquezas, gerar privilégios e fragilizar a tutela dos grupos mais vulneráveis. Para evitar retrocessos, e permitir que a história produza avanços no sentido da justiça social, é indispensável concretizar a dimensão do diálogo e a perspectiva da sociedade aberta dos intérpretes dos direitos humanos, de modo a evitar perseguições e assassinatos de cidadãos que, corajosamente, buscam fazer a diferença em meio aos artifícios de promessas falsas, *establishments* políticos e violações sistemáticas de direitos humanos.

Portanto, não há mais espaço para concepções ultrapassadas baseadas na justificativa de soberania estatal, que ignora que os Estados são organizações humanas voltadas para a concretização da dignidade (princípio *pro persona*), além de limitar a incidência e o alcance dos diplomas protetivos e garantidores de direitos fundamentais. É tempo de radicalizar o paradigma jurídico baseado no *human rights approach*⁷⁷⁵, fundado na cooperação internacional e na solidariedade humana.

⁷⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. *Ius commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del*

REFERÊNCIAS

- ANTONIAZZI, Mariela Morales. El estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. 2014.
- BARBOSA, Oriana Piske de A. SARACHO, Antônio Benites. Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System). 2018. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske> Acesso em: 28 mai. 2021.
- BELLO, Enzo. A cidadania no constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul: Educus, 2012.
- BOGDANDY, Armin Von. UREÑA, René. International transformative Constitutionalism in Latin America. *The American Journal of International Law*. v. 114:3. 2020.
- CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. O Ministério Público Resolutivo e proteção dos Direitos Humanos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível. Pluralismo jurídico, Estado Democrático de Direito e Direitos Humanos no contexto latino-americano. No prelo.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Situação dos direitos humanos no Brasil. 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf> Acesso em: 1 jun. 2021.
- FACHIN, Melina. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, Ano I, v. I, Núm. I, Jan/Abr 2020.
- EQUADOR. Republic of Ecuador. Constitution of 2008. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html> Acesso em: 01 jun 2021.
- FERNANDES, Eduardo; TODESCAT, Marilda; CARDOSO, Jordana. Comunidades de prática: Contribuições para garantir o Direito à Cidadania. *Revista Interdisciplinar de Gestão Social*. Mai./ago. 2017. v. 6, n. 2.
- FERNANDES, Flávia Roberta; CARDOSO, Tiago Alves; CAPAVERDE, Lisiane Alves; SILVA, Helena de Fátima Nunes. Comunidades de prática: uma revisão bibliográfica sistemática sobre casos de aplicação organizacional. *AtoZ: novas práticas em informação e conhecimento*, Revista Eletrônica UFPR, v. 5(1), p. 44-52. Acesso em: 12 fev. 2021. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/atoz/article/view/46691/28744>.
- FERNANDEZ, Xavier Diez de Urdanivia. El Estado en el contexto global. Porruá: México, 2008.
- GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires, 2010.
- GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.
- GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. The block of constitutionality as the doctrinal pivot of a *Ius Commune*. In.: BOGDANDY, Armin Von. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. ANTONIAZZI, Mariela Morales. PIOVESAN, Flávia. *Transformative constitutionalism in Latin America - The emergence of a new Ius Commune*. Oxford, 2017.
- HARARI, Yuval Noah. 21 Lições para o Século 21. Trad. de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
-
- sistema interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos. In.: BOGDANDY, Armin Von. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en America Latina*. Una aproximación conceptual. México, Porruá, 2013.

LAGOS, Marta. El fin de la tercera ola de democracias. Latinobarómetro Database. Informe Latinobarómetro 2018. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp> p. 06. Acesso em: 26 mai. 2021.

LAFER, Celso. A internacionalização dos Direitos Humanos. Constituição, Racismo e Relações Internacionais. 2005.

LATINOBARÓMETRO Database. Informe Latinobarómetro 2018. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp> Acesso em: 26 mai. 2021.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) y indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). Estudios constitucionales, Santiago, v. 11, n. 2, p. 618-671, 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31255.pdf> Acesso em: 06 abr. 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos e cidadania: uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. Revista Justitia - Ministério Público de São Paulo. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_doutrina_civel/civel%2033.pdf. Acesso em: 5 jun. 2021

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Convenção Americana de Direitos Humanos. Forense, 2019.

PIOVESAN, Flávia. Ius commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos. In.: BOGDANDY, Armin Von. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en America Latina. Una aproximación conceptual. México, Porruá, 2013.

PORTO, Leticia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. "De fora" e "de dentro": o controle de convencionalidade e sua aplicação no direito processual brasileiro. 2021. No prelo.

VELASCO, Liziane Bairy; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A cidadania na América Latina: um olhar para as novas práticas emancipatórias. JURIS - Revista da Faculdade de Direito da FURG, 2016, v. 16.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes. Companhia das Letras. 2018.

VOGEL, Klaus. Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes fur die Internationale Zusammenarbeit. Tubinge: Mohr, 1964.

WENGER, Etienne. Communities of practice and social learning systems: the career of a concept. In: Social learning systems and communities of practice. Londres: Springer, 2010. p. 179-198. Acesso em: 12 fev. 2021. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-84996-133-2_11#citeas.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 01 - Fonte: LATINOBARÓMETRO Database. Informe Latinobarómetro 2018. Acesso em: 26 mai. 2021. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>

Gráfico 02 - Fonte: LATINOBARÓMETRO Database. Informe Latinobarómetro 2018. Acesso em: 01 out. 2020. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>

ENTRE O DIREITO E O AFETO: OS ALIMENTOS DEVIDOS AO GENITOR IDOSO AUSENTE NA VIDA DOS SEUS FILHOS

Cynthia Maria de Almeida Pierri⁷⁷⁶, Jorge Luiz Rodrigues Campanharo⁷⁷⁷,
Julia Hannah Santos Pereira⁷⁷⁸, Marinara Pontarolo⁷⁷⁹,
Vitor Hugo Carvalho Miranda⁷⁸⁰

INTRODUÇÃO

Comumente, chega ao conhecimento da Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso situação de risco ou vulnerabilidade social a envolver uma pessoa idosa em razão de negligência familiar, principalmente no quesito auxílio material. Quando contatado os interessados, idoso e filhos, percebe-se uma desavença motivada por um prévio abandono afetivo e/ou material da pessoa idosa para com os filhos à época que deveria desempenhar o poder parental⁷⁸¹, promovendo cuidado e proteção. Mas, agora na velhice, demanda por um cuidado que em outro momento não foi capaz de oferecer.

Nesse sentido, a presente pesquisa busca compreender a tratativa jurídica dada pela doutrina e jurisprudência no cenário acima retratado. Para tanto, a metodologia utilizada é da revisão bibliográfica e jurisprudencial.

Para enfrentamento do objeto da pesquisa, o trabalho é dividido em quatro momentos. Primeiramente, analise-se os aspectos jurídicos da obrigação

⁷⁷⁶ Bacharel em direito pela Universidade Federal do Paraná. Promotora de Justiça titular da 2a Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso. E-mail: cynthiap@mppr.mp.br.

⁷⁷⁷ Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Positivo (UP). Pós-graduando em Processo Civil. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”, vinculado à Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, tecnologia e desenvolvimento: organizações econômicas e sociais, da Universidade Positivo. E-mail: jorgelrcampanharo@hotmail.com.

⁷⁷⁸ Pós-Graduanda em Gestão de Conflitos. Bacharel em Psicologia pela Universidade Positivo. Integrante do Grupo de Pesquisa em Métodos Autocompositivos da Escola Superior do MPPR e Estagiária de Pós-Graduação em Psicologia no Ministério Público do Paraná. E-mail: juliahpsico@gmail.com.

⁷⁷⁹ Pós-graduanda em Psicologia Jurídica. Bacharel em Direito pelo Centro Autônomo do Brasil - UniBrasil. Integrante do Grupo de Pesquisa de Estudos Interdisciplinares entre o Direito e Neurociência - NEUROLAW e Estagiária de Pós-Graduação em Psicologia Jurídica no Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: marinara.pontarolo@gmail.com.

⁷⁸⁰ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Integrou o Grupo de Pesquisa Direito e Liberdade, do Centro Universitário Curitiba. E-mail: vitorhgc1@outlook.com.

⁷⁸¹ O Poder Parental deve ser compreendido, à luz da Constituição, como a tarefa de criar, educar e assistir os filhos enquanto menores, o que, necessariamente, demanda por uma assistência material/financeira. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança. Uma reflexão sobre o caso Ashely. Revista de Informação Legislativa, v. 180, p. 293-304, 2008, p. 295-296.

alimentar, como pressupostos, sujeitos e sua natureza. Depois, busca-se compreender como o impacto psicossocial das famílias disfuncionais repercutem no dever alimentício. Em um terceiro momento, é estudado como a doutrina e a jurisprudência tratam casos em que há um prévio abandono afetivo e/ou material por parte do idoso com os filhos e aqueles, ainda assim, desejam ser assistidos. Por fim, verifica-se qual é papel do Ministério Público na defesa dos direitos e garantias da pessoa idosa à luz da Constituição Federal e da lei específica, Estatuto do Idoso, a fim de assegurar um processo de envelhecimento digno à pessoa idosa.

Antes de debruçar-se sobre o tema, é importante a exposição dos limites desta pesquisa a fim de situar o leitor quanto ao âmbito de análise do problema, bem como sua utilidade para fins práticos.

Primeiro, a pesquisa jurisprudencial limita-se ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Isto por três razões: 1) pesquisa relacionada com o presente tema no âmbito do STJ e STF resultou infrutífera, portanto, conclui-se que problemática aqui enfrentada não foi objeto de análise por aqueles tribunais; 2) as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná devem ser observados pelas órgãos jurisdicionais inferiores, a fim de garantir uma segurança jurídica e uniformização das decisões judiciais⁷⁸²⁻⁷⁸³, portanto, devem ser respeitadas pelas Varas Cíveis de Curitiba; 3) a atuação da Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso, circunscrito na comarca de Curitiba, limita-se ao domicílio da pessoa idosa, conforme art. 80, do Estatuto do Idoso⁷⁸⁴. Assim, como Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso tem atribuições nos limites territoriais da comarca de Curitiba, revela-se mais adequado o estudo da presente temática perante Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, já que suas decisões, além de vincular órgão jurisdicional singular, também orienta e vincula⁷⁸⁵ a atuação do Órgão Ministerial. Esses são os limites da pesquisa que justificam os contornos citados.

Além disso, como exposto alhures, o conflito relativo à obrigação alimentar limita-se entre idosos e filhos. Essa linha de parentesco delimitada

⁷⁸² Código de Processo Civil. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁷⁸³ Código de Processo Civil. Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

- I - preservar a competência do tribunal;
- II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

⁷⁸⁴ Art. 80. As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do domicílio do idoso, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores.

⁷⁸⁵ Dada a independência funcional e institucional do Ministério público, este não fica subordinado às decisões dos tribunais estaduais se entender pela inconstitucionalidade e atuar em defesa de tal tese. Vide art. 127, da CF/88.

é proposital justamente para elucidação do problema prático desta pesquisa. Assim, a hipótese fática que guiará o desenvolvimento deste trabalho é: a) a discussão da obrigação alimentar limita-se a genitor idoso e filhos adultos, inexistindo, portanto, outros parentes elegíveis para assumir obrigação alimentar em caso de impossibilidade/negativa dos filhos.

Portanto, não se ignora a possibilidade de a pessoa idosa demandar alimentos em face do cônjuge ou companheiro ou conclamar os parentes ascendentes e os descendentes⁷⁸⁶. Sabe-se que o parentesco em linha reta é extensiva e que obrigação alimentar é recíproca e independe da ordem de preferência, ou melhor, de responsabilidade disposta em lei^{787,788}, considerando tratamento especial dado pelo art. 12, do Estatuto do Idoso⁷⁸⁹. Nesse sentido, exemplificando, filhos, netos, bisnetos, devem alimentos a pais, avós, bisavós e assim por diante⁷⁹⁰.

O que se busca sustentar é que a delimitação da linha de parentesco exposta para fins de dever alimentício tem um propósito prático: orientar o trabalho ministerial da Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso à luz da realidade dos casos enfrentados.

1 ASPECTOS JURÍDICOS DOS ALIMENTOS

Os alimentos, em seu conceito jurídico, podem ser descritos como todos os aspectos da manutenção de uma vida digna para aquele que o recebe, compreendendo as necessidades vitais da pessoa, cujo objetivo é a manutenção da sua dignidade: a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, a educação, entre outros. Segue o mesmo entendimento Anderson Schreiber⁷⁹¹ e Flávio Tartuce⁷⁹², bem como o próprio Código Civil, em seu art. 1.694.

Dos conceitos acima expostos, já se entende que, apesar do nome, os alimentos não se referem apenas ao que é necessário para alimentação da pessoa, mas, sim, a tudo que lhe seja vital para garantir o seu mínimo

⁷⁸⁶ Código Civil. Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

⁷⁸⁷ Código Civil. Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

⁷⁸⁸ Código Civil. Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

⁷⁸⁹ Art. 12. A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.

⁷⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 590.

⁷⁹¹ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 955.

⁷⁹² TARTUCE, Flávio. Direito Civil - Direito de Família - V. 5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 619

existencial⁷⁹³. Por isso que não se pode criar um rol taxativo do que, *a priori*, é tido como necessário para manter o mínimo de uma vida digna, devendo a fixação dos limites da obrigação alimentar observar o caso concreto⁷⁹⁴.

A obrigação alimentar tem como pressupostos principais (mas não únicos): i) o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CR/88); ii) solidariedade familiar (art. 229, CR/88), dos quais decorrem diversas normas infraconstitucionais que os concretizam, tais como as dos arts. 1.694 a 1.710 do Código Civil; 11 a 14 do Estatuto do Idoso; as presentes na Lei 5.478/68, ainda vigente, que regula a Ação de Alimentos e os arts. 911 a 913 do CPC/15, dentre outras.

Das normas citadas, verificam-se alguns requisitos que podem ser denominados de pressupostos legais, segundo Jefferson Daibert⁷⁹⁵:

a) o vínculo de família⁷⁹⁶ entre o alimentando e a pessoa obrigada a suprir alimentos;

b) o estado de necessidade do alimentário (aquele que receberá os alimentos), que não pode prover suas necessidades por trabalho próprio;

c) as possibilidades econômico-financeiras do alimentante.

Dos segundos, aí entendidos os de índole antropológica, sociológica, econômica e ético-moral, se pode dizer que o dever de prestar alimentos se funda na “[...] ideia de solidariedade humana e econômica que existe entre os membros da família ou os parentes”⁷⁹⁷ que devem se ajudar mutuamente em momentos de necessidade.

Quanto à natureza jurídica do instituto discutido, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, certa corrente sustenta ser de direito pessoal extrapatrimonial (ao lado do direito à honra, por exemplo, e demais direitos da personalidade) e outra, é direito patrimonial apenas. Porém, o autor, influenciado pelos ensinamentos de Orlando Gomes, entende possuírem os alimentos natureza mista, pois possuem conteúdo patrimonial (porque são, em regra, mensurados em dinheiro) mas finalidade pessoal (qual seja, o sustento do alimentando)⁷⁹⁸.

⁷⁹³ O mínimo existencial deve ser compreendido de uma forma mais ampla, para englobar as condições básicas para uma vida digna e também o chamado “mínimo sociocultural”. Tratam-se de prestações materiais que não se configuram indispensáveis para a sobrevivência física, mas são condições elementares para uma vida digna, como, por exemplo, o acesso à educação básica, que também devem estar abrangidos sob o seu manto. In: SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 210.

⁷⁹⁴ MADALENO, Rolf. Direito de Família. 11.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021, p. 948.

⁷⁹⁵ DAIBERT, Jefferson. Direito de Família. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, p. 344.

⁷⁹⁶ Aqui, com certeza, o termo “família” é referente à sua compreensão contemporânea, como todo núcleo composto por pessoas ligadas por vínculos afetivos e/ou sanguíneos. In: DAIBERT, Jefferson. Direito de Família – 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, p. 344.

⁷⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil: Parte Geral. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 198

⁷⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito de Família. v. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 198.

Ainda, segundo entendimento doutrinário, os alimentos podem ser divididos em civis e naturais. Estes são, conforme Caio Mário da Silva Pereira, os indispensáveis à subsistência “[...] (tais como alimentação, vestuário, habitação); aqueles, são os destinados a manter a qualidade de vida do credor, de acordo com as condições sociais dos envolvidos (como educação, instrução e assistência)”⁷⁹⁹.

Em relação aos sujeitos da obrigação alimentícia, estes são, em regra, os parentes, os cônjuges ou companheiros (e também ex-cônjuges e ex-companheiros)⁸⁰⁰. Para evitar redundâncias, deixa-se de explorar os sujeitos, vez que tal tema foi objeto de discussão na introdução deste artigo, momento que foi delimitada a linha de parentesco a ser analisada.

O que é importante pontuar é que as normas relativas aos sujeitos da obrigação alimentar explicitam a relação do direito a alimentos com a solidariedade familiar, pois esta obrigação não se estende a membros fora de seu seio. Nesse sentido, também há de se atentar ao fato que os alimentos são devidos não apenas pelos pais em relação aos filhos, mas por estes em relação àqueles também.

Por fim, outro ponto importante é a da diferença da prestação alimentícia ao idoso, que possui regulamento próprio no Estatuto do Idoso (arts. 11 a 14) e que não é absolutamente igual ao do Código Civil, apesar do art. 11 ditar que os alimentos serão prestados de mesmo modo ao previsto na legislação civil. O art. 12 do referido Estatuto afirma que o idoso pode optar entre os prestadores, sendo a obrigação alimentar solidária, aparentemente indo na contramão do que dispõe o art. 1.196 do Código Civil. Como lei mais especial que é, aplica-se o Estatuto em desfavor do Código, naquilo que lhe for contrário⁸⁰¹. O que a lei do idoso faz é apenas lhe dar um tratamento diferenciado nessa matéria (alimentos), ao permitir que a referida escolha, dentre os legitimados, recaia sobre aquele que possui melhores condições de prestar alimentos, mesmo que não seja o que esteja em grau mais próximo⁸⁰².

⁷⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. - v. V. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 628.

⁸⁰⁰ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

⁸⁰¹ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 93-98.

⁸⁰² [...] Para tanto, mudou a natureza da obrigação alimentícia de conjunta para solidária, com o objetivo de beneficiar sobremaneira a celeridade do processo, evitando discussões acerca do ingresso dos demais devedores, não escolhidos pelo credor-idoso para figurarem no pólo passivo. Dessa forma, o Estatuto do Idoso oportuniza prestação jurisdicional mais rápida na medida em que evita delonga que pode ser ocasionada pela intervenção de outros devedores. [...] Por fim, a Lei Especial, art. 12, permite ao idoso optar entre os prestadores, litigar com o filho que lhe interessar, [...]. Por conseguinte, e em conclusão, não há violação ao art. 46 do CPC, por inaplicável na espécie de dívida solidária de alimentos. Forte nestas razões, e obediente

Lembrando que isso não retira o poder do demandado de, em posterior ação regressiva, cobrar dos demais legitimados a sua quota-parte, observada as possibilidades dos referidos⁸⁰³.

2 CONTRIBUIÇÕES PSICOSSOCIAIS SOBRE O ENVELHECIMENTO HUMANO E OS PADRÕES FAMILIARES DISFUNCIONAIS

Após análise dos aspectos jurídicos da obrigação alimentar, com especial análise do impacto do Estatuto do Idoso, é importante também analisar os aspectos psicossociais envolvidos nesses casos em que existe uma “estranheza” por parte dos filhos de uma pessoa idosa em prover por aquele que não estabeleceu laço familiar com eles.

As pesquisas brasileiras apontam uma projeção de um país cada vez mais envelhecido, a previsão para 2022 é que aproximadamente 10,49% de toda a população brasileira terá 60 anos ou mais⁸⁰⁴, isso devido à diminuição de níveis de mortalidade, provocando conseqüentemente a longevidade das pessoas, mas também influenciado pela diminuição das taxas de fecundidade da população brasileira no geral⁸⁰⁵. Com esse percurso ao envelhecimento populacional, as discussões sobre as condições de vida, saúde e bem-estar dos idosos ganham mais espaço na organização e elaboração de políticas públicas e na atenção com famílias que vivenciam o envelhecimento de um de seus elementos.

O envelhecimento humano é caracterizado por mudanças multidimensionais que envolvem variáveis biológicas, sociais, culturais e psicológicas⁸⁰⁶. É comum que nessa fase a pessoa passe por perdas típicas como, por exemplo, o afastamento do trabalho remunerado, o afastamento de amigos e a diminuição nas capacidades físicas⁸⁰⁷. Como se trata de um processo progressivo, a

à natureza solidária dos alimentos, ditada pelo art. 12 do Estatuto do Idoso, mantenho o dispositivo do acórdão recorrido, para limitar o pólo passivo da ação ao filho-devedor de alimentos indicado, porém, com fundamento diverso. REsp nº 775.565-SP sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

⁸⁰³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 563.

⁸⁰⁴ Instituto Brasileiro de Geografia Estatística. (2015). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores 2018. Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE.

⁸⁰⁵ ARAÚJO, Ludgleyson Fernandes de.; CASTRO, Jefferson Luiz de Cerqueira; SANTOS, José Victor de Oliveira. A família e sua relação com o idoso: Um estudo de representações sociais. Rev. Psicologia em Pesquisa, Juiz de Fora, v. 12, n. 2, jul. 2018, p. 14.

⁸⁰⁶ ARAÚJO, Ludgleyson Fernandes de.; CASTRO, Jefferson Luiz de Cerqueira; SANTOS, José Victor de Oliveira. A família e sua relação com o idoso: Um estudo de representações sociais. Rev. Psicologia em Pesquisa, Juiz de Fora, v. 12, n. 2, jul. 2018, p. 15-23.

⁸⁰⁷ LOPES, Ruth Gelehrter da Costa; CALDERONI, Sila Zugman. O idoso na família: expansão

pessoa o percorre de forma singular, a depender de como as experiências pessoais o fizeram elaborar o conceito do envelhecimento. A família possui um papel de suma importância nessa transição, sendo a principal rede de apoio⁸⁰⁸.

De acordo com Fritjof Capra, um dos grandes autores e precursores da Teoria Sistêmica utilizada pela psicologia, é possível definir a estrutura familiar como um sistema. Não se deve limitar esse sistema como a soma das partes que nele estão inseridas (as pessoas), pois a organização dessa dinâmica familiar envolve toda a complexidade da construção de suas interações, valores e hierarquias. No ciclo vital de um sistema familiar naturalmente há fases de crise, provocadas por mudanças estruturais que exigem reorganização e adaptação de seus membros. Dentre elas, pode-se citar os casamentos, a aposentadoria, a morte, o nascimento. Na etapa senil de um ciclo vital, como pontuado por Capra, além de todos os vieses envolvidos nessa fase, é natural que os membros familiares passem a se relacionar com o “velho” de acordo com os valores e tradições desenvolvidos e repassados dentro desse sistema familiar. Se a história é marcada pela baixa valorização do vínculo afetivo, existe a dificuldade de a pessoa em processo de envelhecimento buscar reintegrar-se na família⁸⁰⁹, bem como ser assistido.

Ao entrar na fase senil, os parentes mais próximos desse idoso são atingidos pelas mudanças que devem ser feitas nessa organização familiar. Os papéis geracionais são invertidos, aqueles que no passado foram cuidadores de seus filhos, passam a demandar cuidado⁸¹⁰. Naturalmente, a transição pode despertar conflitos internos e externos. De acordo com Lopes e Calderoni, em relações familiares traumáticas marcadas pela ausência de afetividade, o envelhecimento pode ser assombrado por inseguranças, medos, baixa tolerância a frustrações e, muitas vezes, projetando hostilidades àqueles que estão próximos, dificultando que familiares exerçam qualquer tipo de assistência⁸¹¹. É possível relacionar que esses comportamentos pautados em violência, abandono e negligência contra idosos são mais comuns quando aprendidos dentro do próprio sistema familiar, repetindo um padrão de funcionamento já presente em um histórico de ausência de afeto.

de possibilidades ou retração?. Cartilha Gerontologia da Prefeitura de São Paulo, 2020, p. 226.

⁸⁰⁸ VERA, Ivania.; LUCHESE, Roselma.; NAKATANI, Adélia Yaeko Kyosen.; SADOYAMA, Geraldo; BACHION, Maria Márcia.; VILA, Vanessa da Silva Carvalho. Fatores associados à disfuncionalidade familiar em idosos não institucionalizados. *Rev. Texto & Contexto Enferm*, Florianópolis, 2015, p. 495.

⁸⁰⁹ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Ed. Cultrix, 1.ed., 2012, p. 36-45.

⁸¹⁰ ARAÚJO, Ludgleyson Fernandes de.; CASTRO, Jefferson Luiz de Cerqueira; SANTOS, José Victor de Oliveira. A família e sua relação com o idoso: Um estudo de representações sociais. *Rev. Psicologia em Pesquisa*, Juiz de Fora, v. 12, n. 2, jul. 2018, p. 19.

⁸¹¹ LOPES, Ruth Gelehrter da Costa; CALDERONI, Sila Zugman. O idoso na família: expansão de possibilidades ou retração?. Cartilha Gerontologia da Prefeitura de São Paulo, 2020, p. 226.

Conhecida como família disfuncional, é comum perceber “ruídos” na comunicação e/ou desrespeito e sobreposição de papéis e hierarquias, indicando relações frágeis, em que durante o ciclo vital dessa pessoa idosa, não foi possível o fortalecimento de laços no contato com familiares e na criação de seus descendentes⁸¹².

A pergunta que permeia os familiares nesse processo é: quem deve exercer os cuidados ao idoso? De acordo com Lopes e Calderoni, ao atribuir o papel de cuidador ou responsável a algum membro desse sistema, é importante estar atento ao perfil familiar e a sinalizações de sofrimento que essa incumbência pode causar. As autoras colocam que “[...] os níveis de tolerância e compreensão com relação aos idosos variam em cada grupo familiar”⁸¹³.

Manter essas relações familiares sobre o embasamento de que a família é a principal rede de apoio da pessoa idosa pode trazer riscos a partir do momento em que os cuidados oferecidos não são adequados, causando sofrimento ao idoso e seus familiares, que, não raro, nunca construíram qualquer vínculo entre si para assumir a importante tarefa de ser responsável pelos cuidados ou pelo sustento de, por exemplo, um pai que no passado não exerceu qualquer tipo de assistência a seus filhos.

Com isso, considerando que a relação de assistência entre pais e filhos em hipótese de necessidade é um fato social de relevância jurídica, vez que conta com amparo no ordenamento jurídico, ou seja, é possível sua subsunção a uma norma que abstratamente aplica-se ao caso⁸¹⁴, cabe verificar como a doutrina e a jurisprudência compreendem a obrigação alimentar em situação de ausência de vínculo afetivo e/ou exercício do poder parental⁸¹⁵ da pessoa idosa para com seus filhos, mas que na velhice necessita de suporte.

Portanto, as hipóteses a serem enfrentadas no capítulo abaixo são: a) obrigação alimentar deve ser analisada à luz do princípio da reciprocidade; b) a obrigação alimentar é um direito potestativo da pessoa idosa, por isso independente de fatos pretéritos, devendo a lei, quando preenchidos os requisitos, ser aplicada ao caso concreto.

⁸¹² ROSSET, Solange. Pais e Filhos: uma relação delicada. Ed. Artesã, 4. ed, 2014, p. 66.

⁸¹³ LOPES, Ruth Gelehrter da Costa; CALDERONI, Sila Zugman. O idoso na família: expansão de possibilidades ou retração?. Cartilha Gerontologia da Prefeitura de São Paulo, 2020, p. 228.

⁸¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. Revista Brasileira de Direito Civil, Rio de Janeiro, p. 08-38, jul-set 2014, p. 12-15.

⁸¹⁵ Aqui, poder parental deve estar englobado o dever de assistência material como moradia, alimentação, educação etc. Todo aquele cuidado que representa um aspecto financeiro. Está embutido no dever de assistência o dever de sustento, sendo este, portanto, inerente ao poder familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e dignidade humana. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006, Belo Horizonte. Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB Thomson, p. 103-123, 2006, p. 113-114.

3 PARADOXO DO GENITOR QUE NÃO EXERCEU DEVERES PARENTAIS E DESEJA NA VELHICE SER ASSISTIDO: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Quanto à primeira hipótese, para Maria Berenice Dias é imprescindível não considerar o princípio da reciprocidade, o qual está interligado com o direito de prestar alimentos. Em outras palavras, segundo o princípio da reciprocidade, aquele que cumpre com sua responsabilidade, também tem direito futuramente a receber esse auxílio de acordo com suas necessidades; seria, portanto, uma inversão da relação jurídica alimentar. Embora exista o dever da solidariedade alimentar, a reciprocidade será invocada quando houver a configuração de aspectos éticos, ou seja, a lei irá trazer expressamente a hipótese de cessação do direito a alimentos quando simplesmente o credor agir de forma não digna⁸¹⁶. Em outras palavras, o proceder indigno do credor desonera o devedor do dever de prestar-lhe alimentos.⁸¹⁷

A característica da reciprocidade pode ser sintetizada de forma que, se eu tiver a oportunidade de receber alimentos, então brevemente terei que prestá-los. Se na infância há a necessidade de receber auxílio, e com o passar do tempo aquele que te auxiliou, pode, quando chegar a terceira idade, necessitar também dessa assistência e, então, por isso, só terá obrigação de ajudar quem um dia foi ajudado⁸¹⁸.

Nesse sentido, para Rodrigo Cunha Ferreira, a indignidade autoriza a exoneração do devedor da obrigação alimentar. Esse entendimento vem do Código Civil de 2002 ao elencar as hipóteses em que essa obrigação alimentar não existirá ou não persistirá⁸¹⁹.

Segundo o autor, a indignidade como causa da extinção da obrigação alimentar não se limita às relações conjugais. O parentesco também se enquadra no comando do parágrafo único do artigo 1.708 do CC/2002. Neste caso, mesmo existindo o binômio necessidade-possibilidade, extingue-se a obrigação de pagar alimentos. Este é o significado da regra do artigo 1.708, parágrafo único: Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor. Exemplificando, um pai que atente contra a vida do filho ou lhe negue socorro, assistência e cuidados em momentos de desamparo não é digno de receber sustento material daquele a quem ele se negou a amparar⁸²⁰.

⁸¹⁶ DIAS, Maria Berenice. Alimentos: Direito, Ação, Eficácia, Execução. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 57.

⁸¹⁷ DIAS, Maria Berenice. Alimentos: Direito, Ação, Eficácia, Execução. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 56.

⁸¹⁸ ROSA, Conrado Paulino da. Curso de Direito de Família Contemporâneo. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 477-478.

⁸¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 298-299.

⁸²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 298-299.

A doutrina passou a interpretar tal hipótese, a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, com o espectro do princípio da dignidade da pessoa humana, levando em conta o comportamento familiar do alimentando em relação ao alimentante, quando este viesse a pleitear alimentos. Frente ao posicionamento do doutrinador Madaleno, o qual defende a tese de que no caso em que o pai idoso venha a pleitear alimentos de seu filho, deve ser observado o comportamento que este pai teve enquanto provedor de alimentos a este filho, podendo a obrigação alimentar recíproca ser relativizada⁸²¹.

O entendimento jurisprudencial, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, coaduna com a doutrina. Sustenta-se que a obrigação alimentar devida pelos filhos ao genitor não se baseiam, unicamente, no parentesco, sendo indevidos os alimentos para o pai que não cumpriu com os deveres inerentes ao poder familiar.

Na análise de um caso em que o pai abandonou a filha com três anos de idade, sem efetuar prévio contato afetivo ou auxílio material por mais de três décadas, ressurgiu para pedir alimentos. O Tribunal de Justiça entendeu como evidente o abuso de direito, que justifica a causa de indignidade, que afasta a obrigação alimentar⁸²².

No caso supra, o Tribunal de Justiça ponderou que

[...] postura indigna tanto impede a concessão dos alimentos como serve de justificativa para pleitear a exoneração. A possibilidade de excluir o encargo alimentar em face do procedimento indigno do credor tem como conteúdo ético e deveria abranger toda e qualquer obrigação alimentar, inclusive a decorrente do vínculo de filiação e de parentesco⁸²³.

Em julgamento de outro caso, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná argumentou pela relativização do princípio da solidariedade familiar, bem como o não preenchimento do trinômio da necessidade-possibilidade-razoabilidade, para exonerar os filhos do dever de alimentos ao pai, o qual se manteve afastado daqueles por mais de trinta anos, incorrendo em abandono afetivo e material⁸²⁴.

Isto posto, entende-se que a prática de abandono material e afetivo pelos pais em relação aos filhos pode, sim, ter uma consequência futura em seu

⁸²¹ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, 80-83.

⁸²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12ª C.Cível - 0047498-39.2017.8.16.0014 - Londrina - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU LUCIANO CARRASCO FALAVINHA SOUZA - J. 11.06.2020.

⁸²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12ª C.Cível. 0047498-39.2017.8.16.0014. Londrina. Rel.: Juiz de Direito substituto de 2º grau Luciano Carrasco Falavinha Souza. J. 11.06.2020.

⁸²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12ª C.Cível. 0057064-75.2018.8.16.0014. Londrina. Rel.: Desembargador Luís Cesar de Paula Espíndola. J. 03.05.2021.

pleito de alimentos recíprocos. Esta situação estabelece uma limitação ética à reciprocidade, sendo este um importante ponto a ser avaliado nos casos em que os pais idosos venham a cobrar alimentos recíprocos a seus filhos adultos. Portanto, uma vez que o pai age indignamente, descumprindo os deveres inerentes ao poder familiar, não tem legitimidade para pleitear alimentos dos filhos quando eles atingirem a maioridade⁸²⁵.

Percebe-se, com isso, que, conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira, a reciprocidade “[...] é condicional e variável, porque depende dos pressupostos, visto que a obrigação alimentar entre parentes é recíproca, no sentido que a relação alimentar-jurídica, no qual o parente seja o devedor, poderá reclamá-lo se vier necessitar deles”⁸²⁶.

Portanto, a hipótese da obrigação alimentar de pessoa idosa como direito potestativo não subsiste, uma vez que possibilitar tal interpretação seria esvaziar o princípio da reciprocidade, o qual, claramente, é baseado no postulado da dignidade humana, uma vez que a existência de conduta indigna, como abandono material, a dignidade do devedor de alimentos, no caso o filho, somente será respeitada se a indignidade do credor for considerada⁸²⁷.

Outra interpretação possível de se extrair à luz do princípio da solidariedade e reciprocidade familiar é que, mesmo inexistente prévio afeto e carinho entre pai e prole, mas presente suporte material daquele que possibilitou subsistência e desenvolvimento digno deste último, parece razoável que o idoso possa exigir assistência, nos limites daquilo que foi capaz de ofertar, ou seja, apenas suporte financeiro/material. Além do mais, o direito não pode obrigar filho amar pai e vice versa. O que o direito impõe aos pais é o dever de cuidado, como alimentação, educação, saúde, moradia. Se esse dever foi cumprido, o genitor idoso tem o direito, se necessário e possível, de ser assistido pelos filhos na velhice.

Mas, se inexistente o dever do filho adulto em assistir o genitor idoso, como garantir a este um envelhecimento digno? Esse questionamento que se busca responder com o capítulo a seguir.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA IDOSA À LUZ DO ESTATUTO DO IDOSO

O Ministério Público, conforme dispõe o art. 127, caput, da CF/88, é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado,

⁸²⁵ DIAS, Maria Berenice. Alimentos – Direito, Ação, Eficácia, Execução. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, 57-59.

⁸²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições do direito civil. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 621.

⁸²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 299.

incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis mesmo que em face do próprio Estado. Por isso, o Ministério Público é uma instituição de garantias dos direitos fundamentais⁸²⁸ que age em nome e em defesa da Constituição.

No tocante à defesa dos direitos da pessoa idosa, limitando a discussão à problemática do presente artigo, o Órgão Ministerial poderá atuar tanto na forma extrajudicial quanto judicialmente.

Na primeira hipótese, o *Parquet*, por meio de Procedimento Administrativo⁸²⁹, pode promover um acordo entre a pessoa idosa e sua prole. Trata-se de uma forma de atuação tradicionalmente denominada “meios alternativos de resolução de conflitos”, que representa a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem. Mas, contemporaneamente, a doutrina convencionou a chamar de “justiça multiportas”⁸³⁰.

A resolução colaborativa de conflitos não é uma técnica exclusiva da advocacia privada. Exemplificado, a Resolução 118/2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, dispõe sobre mecanismos consensuais de solução de controvérsias aplicados pelo Ministério Público, prevendo expressamente a possibilidade de “[...] implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais [...]”

Além disso, o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público constitui-se título executivo extrajudicial, conforme art. 784, inciso IV, do Código de Processo Civil⁸³¹ e art. 13, do Estatuto do Idoso⁸³². Assim, no eventual descumprimento dos deveres acordados, os envolvidos têm legitimidade para demandar em juízo aquele que mostrar-se inadimplente.

⁸²⁸ ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e o Novo Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 55.

⁸²⁹ Ato Conjunto nº 001/2019-PGJ/CGMP

Art. 82. O procedimento administrativo é o instrumento destinado a:

[...]

III - apurar fato que enseje a tutela de interesses individuais indisponíveis.

⁸³⁰ A expressão multiportas é uma metáfora no sentido de que para determinado conflito existe uma porta que as partes são encaminhadas para tratativa do problema, podendo ela ser a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Antonio do Passo. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “mediação sem mediador”. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 259, p. 471-489, set. 2016, p. 471-472.

⁸³¹ Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.

⁸³² Art. 13. As transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça ou Defensor Público, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil.

Contudo, caso os mecanismos de autocomposição mostrem-se infrutíferos ou inadequados para a solução do problema (o interesse do idoso em receber alimentos), estar-se-á diante da possibilidade de judicialização, que é uma outra forma de atuação ministerial. Nessa hipótese, o Ministério Público poderá promover Ação de Alimentos em face dos descendentes da pessoa idosa ou, ainda, caso esta decida judicializar a questão na condição de autora, acompanhar o processo como fiscal do ordenamento jurídico⁸³³, conforme, inciso II, do art. 74, do Estatuto do Idoso⁸³⁴.

Independentemente da posição que o Órgão Ministerial ocupe, este poderá atuar na defesa dos direitos da pessoa idosa. Isto porque o inciso II, do art. 74 do Estatuto do Idoso⁸³⁵ faculta ao *Parquet* atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, além dos alimentos estarem ligados a direitos individuais indisponíveis⁸³⁶.

Ressalta-se que o direito a alimentos depende do preenchimento dos requisitos do binômio da necessidade e possibilidade⁸³⁷. Nesse sentido, verificado pelo *Parquet*, mesmo que em âmbito extrajudicial, a ausência daquele binômio, não há que se falar em obrigação alimentar entre a pessoa idosa e sua prole, haja vista que o direito de um não pode ameaçar a subsistência de outrem ou legitimar o enriquecimento sem causa.

Mais importante do que a constatação da possibilidade da prole da pessoa idosa em prestar alimentos para esse último, é importante verificar a existência da necessidade do idoso em receber os alimentos.

⁸³³ Para Cândido Rangel Dinamarco, independentemente da posição jurídica ocupada pelo Ministério Público, seja como agente ou como interveniente, ele sempre atuará como fiscal do ordenamento jurídico, uma vez que sua atuação está subordinada à Constituição, assim “[...] uma distinção verdadeiramente científica das posições que assume a instituição no processo é a seguinte: a) defesa imparcial do cumprimento da lei; b) defesa de certos pares”. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 327.

⁸³⁴ Art. 74. Compete ao Ministério Público:

[...]

II – promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco.

⁸³⁵ Art. 74. Compete ao Ministério Público:

[...]

III – atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei.

⁸³⁶ Código de Processo Civil. Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.

⁸³⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. Os alimentos entre dogmática e efetividade. Revista Brasileira de Direito Civil - RBD Civl, Belo Horizonte, v. 12, p. 75-92, abr./jun. 2017, p. 78-79.

Como discutido, o dever de assistir o genitor na velhice é dos filhos maiores, daí nasce a obrigação alimentar como prevista no art. 229, da CF/88. Contudo, é possível que o Poder Judiciário entenda que, mesmo presente o binômio da necessidade-possibilidade, a pessoa idosa não faça jus à assistência, pois não agiu dignamente à época em que tinha o dever de assistir e proteger, não podendo agora na velhice gozar de um direito que quando em outra ocasião não foi capaz de prover⁸³⁸.

Constatada a necessidade dos alimentos, mas a impossibilidade ou a negativa dos filhos de prestá-los, nasce a obrigação do Estado, vez que os arts. 203 e 230, da CF/88⁸³⁹⁻⁸⁴⁰ atribuem também ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade, bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Nessa hipótese de negativa do dever de alimentar, pode o Ministério Público, até por uma questão de celeridade processual, requerer o chamamento do Estado para integrar a ação na posição de demandado, conforme enunciado 523, da V Jornada de Direito Civil⁸⁴¹.

A afirmação se sustenta uma vez que, com o advento do Estatuto do Idoso, nasce de modo explícito a obrigação alimentar do Estado⁸⁴². Na ausência de parentes em condições econômicas ou na negativa da daqueles em de prover o sustento de quem tiver idade igual ou superior a 60 anos, a obrigação passa a ser do Poder Público, no âmbito da assistência social (Estatuto do Idoso, art. 14)⁸⁴³.

O idoso de 65 anos de idade sem condições de prover sua subsistência, não tendo nem sua família como meio de assegurar-lhe o sustento, faz jus a um benefício mensal no valor de um salário mínimo (Estatuto do Idoso, art. 34)⁸⁴⁴.

⁸³⁸ DIAS, Maria Berenice. Alimentos: Direito, Ação, Eficácia e Execução, 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 57.

⁸³⁹ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

⁸⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 419.

⁸⁴¹ Enunciado 523: O chamamento dos codevedores para integrar a lide, na forma do art. 1.698 do Código Civil, pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público, quando legitimado.

⁸⁴² Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

⁸⁴³ Art. 14. Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.

⁸⁴⁴ Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal

Proposta a ação por maior de 65 anos, a obrigação nem sequer necessita ser alvo de quantificação, pois já dispõe de um valor prefixado na lei, qual seja, um salário mínimo.

Como o valor do encargo já está definido, o objeto da demanda limita-se à prova da ausência de condições dos obrigados de atender ao dever de sustento. Frente a esta comprovação, é de ser condenado o Estado a pagar os alimentos. Em relação a quem tem capacidade laborativa, desonera-se o Poder Público de tal dever. A quem não tem capacidade laborativa, este encargo deve ser assumido pelo Estado, que tem, como dever maior, assegurar a dignidade da pessoa.

Com a exposição acima, o que se busca sustentar é que a pessoa idosa, na ausência de assistência familiar, não deve ficar sem assistência. Isto porque, à luz da proteção integral e a prioridade de tratamento à pessoa idosa, postulados orientados pela dignidade da pessoa humana, que atribuem ao idoso qualidade jurídica singular, reconhecendo-o como sujeito distinto substancialmente das demais pessoas em razão da sua vulnerabilidade decorrente de um peculiar processo de envelhecimento, justifica-se a prioridade na defesa e efetivação de direitos a fim de garantir à pessoa idosa um envelhecimento digno⁸⁴⁵. Interpretação em sentido diverso, seria permitir o esvaziamento do princípio da dignidade humana e condenar a pessoa idosa a uma vida de miserabilidade.

Apoiando-se na expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, por óbvio que não se busca tornar o Estado em uma seguradora universal⁸⁴⁶, até porque existe à disposição da pessoa idosa a possibilidade de demandar outros obrigados, conforme art. 12, do Estatuto do Idoso. A presente pesquisa, para além de sua utilidade prática, serve para esclarecer que, inexistindo parentes que possam assistir a pessoa idosa, ou, existindo, estes forem exonerados do dever de prestar alimentos, nasce a obrigação do Estado em garantir a subsistência da pessoa idosa.

CONCLUSÃO

Verificou-se que o direito a alimentos exige o preenchimento do binômio da necessidade-possibilidade. Contudo, constatou-se, à luz da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, que, muito embora presente a necessidade de alimentos por parte do idoso e possibilidade de prestar alimentos pelos filhos,

de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas. Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

⁸⁴⁵ OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. Tutela do Idoso e da Pessoa com Deficiência. In: Edilson Vitorelli. (Org.). Manual de Direitos Difusos. 2 ed. São Paulo: Juspodivm, 2019, p. 1395-1396.

⁸⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 979.

se inexistente prévio cuidado material e afetivo da pessoa idosa no exercício do seu poder parental quando tinha o dever de cuidar da prole, acaba por exonerar os filhos na idade adulta da obrigação de alimentos.

Nesse contexto, considerando a importância do papel do Ministério Público na defesa dos direitos individuais indisponíveis, bem como seu dever de proteger as garantias da pessoa idosa consubstanciada na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso, sustentou-se a importância da atuação ministerial para efetivação do dever de integral proteção ao idoso, provocando o Estado para prestar alimentos à pessoa idosa, a fim de garantir-lhe um envelhecimento digno.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Ludgleyson Fernandes de.; CASTRO, Jefferson Luiz de Cerqueira; SANTOS, José Victor de Oliveira. A família e sua relação com o idoso: Um estudo de representações sociais. *Revista Psicologia em Pesquisa, Juiz de Fora*, v. 12, n. 2, jul. 2018.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12. C.Cível. 0047498-39.2017.8.16.0014. Londrina. Rel.: Juiz de Direito substituto de 2º grau Luciano Carrasco Falavinha Souza. J. 11.06.2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12. C.Cível. 0057064-75.2018.8.16.0014. Londrina. Rel.: Desembargador Luís Cesar de Paula Espíndola. J. 03.05.2021.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Ed. Cultrix, 1. ed, 2012.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Antonio do Passo. *Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 259, set. 2016.
- ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito de Família Contemporâneo*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DAIBERT, Jefferson. *Direito de Família – 3. ed.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.
- DIAS, Maria Berenice. *Alimentos: Direito, Ação, Eficácia e Execução*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.
- Instituto Brasileiro de Geografia Estatística. (2015). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores 2018*. Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE.
- LOPES, Ruth Gelehrter da Costa; CALDERONI, Sila Zugman. *O idoso na família: expansão de possibilidades ou retração?*. *Cartilha Gerontologia da Prefeitura de São Paulo*, 2020.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 11.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. *Os alimentos entre dogmática e efetividade*. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDClvil*, Belo Horizonte, v. 12, abr./jun. 2017.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. *Tutela do Idoso e da Pessoa com Deficiência*. In: Edilson Vitorelli. (Org.). *Manual de Direitos Difusos*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2019.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. - V. V. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- ROSSET, Solange. *Pais e Filhos: uma relação delicada*. Ed. Artesã, 4. ed. 2014.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Direito de Família - v. 5*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e dignidade humana. *In*: V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006, Belo Horizonte. Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança. Uma reflexão sobre o caso Ashely. *Revista de Informação Legislativa*, v. 180, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, jul-set 2014.

VERA, Ivania.; LUCHESE, Roselma.; NAKATANI, Adélia Yaeko Kyosen.; SADOYAMA, Geraldo; BACHION, Maria Márcia; VILA, Vanessa da Silva Carvalho. Fatores associados à disfuncionalidade familiar em idosos não institucionalizados. *Rev. Texto & Contexto Enfermagem*, Florianópolis, 2015.

ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e o Novo Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2018.

DEVIDO PROCESSO LEGAL, DIREITO DE DEFESA, FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE ADVOGADOS CRIMINAIS *DATIVOS*

Luiz Antonio Câmara⁸⁴⁷, Victor Hugo Caparica Câmara⁸⁴⁸

INTRODUÇÃO

A qualidade da educação no Brasil, como ressabido, é o retrato de uma grande tragédia. Da pré-escola à universidade o ensino se encontra entre os piores do mundo. E, infelizmente, a esfera jurídica não é exceção: com a disseminação indiscriminada de escolas de Direito, não é incomum que ao fim da graduação o aprendizado seja escasso.

Sendo evidentes as falhas de formação do graduado na área jurídica elas, evidentemente, têm sérios reflexos na construção da carreira de defensores penais, cuja função essencial é a de oposição *séria* à acusação, representada pelo Ministério Público, em regra bem formado e treinado. Aí, então se põe em destaque a dificuldade de conferir efetividade ao *devido processo legal*, destacadamente à *paridade de armas*.

No confronto dialético com o órgão acusatório se encontram no Brasil três espécies de defensores: os *constituídos*, os *públicos* e os *dativos*. A eles, com destemor e valentia, cabe o papel de velar efetivamente pelos direitos do acusado.

E aí se impõe questionamento sobre o papel que tais *sujeitos* processuais têm representado quanto ao *devido processo legal* e sua efetividade.

Encontra-se consolidada a noção de que o *devido processo legal*, na esfera penal, ostenta duas faces: a de processo *necessário* (entre o fato-crime e a pena há a necessária intermediação do processo) e processo *adequado* (qualificado pela garantia à *ampla defesa*). Além desta, também ganham corpo a *presunção de inocência*, o *juiz natural* e o *direito à não autoincriminação*.

A *ampla defesa*, por sua vez, é qualificada por uma série de consectários: acusação formal, citação válida, contraditoriedade, fundamentação e recorribilidade das decisões.

Da contraditoriedade, objeto do presente trabalho, decorre o *direito à defesa técnica*, por profissional contratado pelo acusado ou por advogado nomeado pelo Estado. No Brasil, quando a defesa é incumbência estatal, pode ser realizada pelas defensorias públicas e por advogados *dativos*.

⁸⁴⁷ Doutor e Mestre em Direito Penal e Processual Penal (UFPR). Ex-professor da PUCPR e do UNICURITBA. Advogado criminal. E-mail: lcamara@camaraeassociados.com.br <http://lattes.cnpq.br/6478500089371217> <https://orcid.org/0000-0001-5570-6404>

⁸⁴⁸ Graduado em Direito (PUCPR). Pós-graduando em Direito Ambiental (FGV-SP). Email: victor.h.c.c@hotmail.com <http://lattes.cnpq.br/3481259164595910> [orcid: https://orcid.org/0000-0002-2249-2304](https://orcid.org/0000-0002-2249-2304)

Sendo o defensor *escolhido, público* ou *nomeado* pelo Estado, deve, para a instalação da *paridade de armas*, atuar *efetivamente*. Assim, o direito à defesa e sua ancoragem no princípio do *devido processo legal* constituirá o primeiro dos capítulos.

Portanto e a rigor, tanto aos abastados quanto aos menos favorecidos deve se garantir o direito à defesa, quer ela seja, para os primeiros realizada por advogados altamente remunerados e para os últimos por advogados *low-cost* ou dativos ou, ainda, pela defensoria pública. Entretanto a atuação desta não é objeto do presente trabalho e, havendo indicação à sua atuação, ela será acidental.

É fato que raramente os acusados em processo penal têm condições de contratar advogado de renome, razão pela qual recorrem à advocacia dativa, cuja atuação se marca pela baixa remuneração, ausência de estrutura pessoal e material e de treinamento.

No Estado do Paraná, trabalho vigoroso realizado pela Ordem dos Advogados, tem tentado atenuar os problemas dos dativos: entre as conquistas se editou Lei (a 18.664/2015) que regulamenta os honorários da categoria; criou-se um *painel* pelo qual é a OAB quem indica os dativos que atuarão e, ainda, lançaram-se as sementes para a preparação e treinamento dos advogados que objetivem se inscrever no *painel*.

No presente trabalho serão oferecidas sugestões para aperfeiçoamento da advocacia dativa paranaense e, também, apontados os vácuos de formação ainda existentes, especialmente aqueles relacionados à atuação nos Juizados Especiais.

Ainda se oferecerá contribuição sobre o suprimento das lacunas na atuação defesa dativa do Paraná para que continue a caminhar no atendimento aos ditames decorrentes do princípio do *devido processo legal*.

Oferecem-se, mais, sugestões para formação e aperfeiçoamento de advogados, especialmente dativos, a serem ofertados pela Escola de Advocacia Criminal.

Observe-se que as traduções no texto são realizadas pelos autores.

Por fim, afirme-se que, em linha com o ilustre homenageado, Ministro Luiz Edson Fachin⁸⁴⁹, o presente trabalho almeja, sobretudo, a alteração jurídica da posição dos menos afortunados e que constituem o grosso da *clientela* criminal.

⁸⁴⁹ FACHIN, Luiz E. Limites e Possibilidades do Ensino e da Pesquisa Jurídica: Repensando Paradigmas. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 15, 1999, p. 32.

1 DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DEFESA TÉCNICA

A Constituição Federal de 1988 no art. 5º, LIV⁸⁵⁰ apresenta o princípio do *devido processo legal* e no inciso LV⁸⁵¹, os princípios da *ampla defesa* e do *contraditório*.

Tratam-se *ampla defesa* e *contraditório* de garantias constitucionais *materiais* de estreita correlação. Conforme GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO⁸⁵²: “defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas - como poder correlato ao de ação - que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida”.

O *processo adequado* reclama *ampla defesa*, decorrendo dela: acusação formal, citação válida, instrução contraditória, fundamentação das decisões e, por fim, recorribilidade destas.

A propósito, na definição de GRECO FILHO⁸⁵³ “o contraditório pode ser definido como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em poder contrariar a acusação, poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção das provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis, falar sempre depois da acusação, manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais deve estar presente e recorrer quando inconformado”.

O *contraditório* reclama que se possibilite a *autodefesa*, pelo próprio acusado (em ambas as feições: direito de *audiência* e direito de *presença*) e *defesa técnica efetiva*.

A *defesa técnica*, por advogado, é essencial e indisponível, na medida em que é condição de *paridade de armas*, imprescindível à concreta atuação do contraditório, e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz⁸⁵⁴.

E mais: tratando-se a *ampla defesa* e, especialmente, o *contraditório*, de garantias *materiais* não se oferece ao réu somente a *possibilidade* de se defender. Há, tendo como destinatária a *defesa técnica*, um verdadeiro *dever*

⁸⁵⁰ Assim redigido: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

⁸⁵¹ Cujo teor é o seguinte: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A Convenção Americana de Direito Humanos contempla os mesmos direitos no art. 8.

⁸⁵² GRINOVER, Ada. FERNANDES; Antonio. GOMES FILHO; Antonio. As Nulidades no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 87.

⁸⁵³ GRECO FILHO. Vicente. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79.

⁸⁵⁴ GRINOVER *et alii*, *Op. cit.*, p. 79.

de atuação. Tal dever é corolário lógico da indisponibilidade pelo acusado do direito à defesa técnica⁸⁵⁵. E, para além disso, *dever* de atuação *qualificada*, em conformidade com YAROCHEWSKY⁸⁵⁶ para quem a defesa técnica deve ser exercida por um advogado criminal, com conhecimento técnico-jurídico e com o devido preparo para se pôr em defesa da liberdade alheia. Como salientam os processualistas Rubens Casara e Antonio Pedro Melchior, de nada valeria ‘*alçar a defesa a um dos pilares estruturais do processo penal democrático se, na prática, ela for entregue a profissionais despreparados e/ou pouco combativos*’.

Como visto, o *contraditório*, instrumento da *ampla defesa*, reclama defesa técnica *qualificada* (eficaz na busca da captura psíquica do julgador⁸⁵⁷).

Portanto, para que a defesa seja eficiente é necessário não apenas que o defensor seja inscrito nos quadros da OAB. É essencial que atue em *paridade de armas* com a acusação na “busca de uma efetiva igualdade processual”, conforme atesta PACELLI⁸⁵⁸.

A propósito, o autor mineiro, indicando a “nova formulação” do *contraditório* a partir do ideário de ELIO FAZZALARI, afirma que o *contraditório*, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos - vistos, assim, como garantia de participação -, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma *intensidade* e *extensão*”. Arremata afirmando que o *contraditório* exige a garantia de participação em simétrica paridade⁸⁵⁹.

CARNELUTTI⁸⁶⁰, aliás, afirma que a contradição é necessária ao juiz como o oxigênio no ar que ele respira. Para ele, não somente a possibilidade como também a efetividade do *contraditório* são garantias imprescindíveis da instrução. Vale mais tal garantia tanto quanto mais são equilibradas as forças dos dois contendores.

Para NAPPI⁸⁶¹ a contraposição dialética entre as teses da acusação e da defesa frente a um juiz, destinatário das argumentações de ambos, torna efetivos também os direitos e garantias reconhecidos, em abstrato, à defesa durante o processo.

⁸⁵⁵ Para PEDROSO a defesa técnica é irrenunciável em razão de que se estampa como exigência indeclinável da própria justiça (PEDROSO, Fernando A. Processo Penal. O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitudes e Limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 249).

⁸⁵⁶ Paridade de Armas – Busca pela Punição não pode prejudicar Defesa Técnica. In <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/leonardo-yarochewsky-defesa-tecnica-direito-irrenunciavel>. Acesso em: 07 set. 2021.

⁸⁵⁷ A propósito, LOPES JR. AURY. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 532.

⁸⁵⁸ PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43.

⁸⁵⁹ PACELLI, *op. e p. cit.*, com base no magistério de HAROLDO GONÇALVES

⁸⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. Principi del Processo Penale. Napoli: Morano, 1960, p. 139.

⁸⁶¹ NAPPI, Aniello. Guida al Codice de Procedura Penale. Milão, Giuffrè, 1996, p. 70.

É claro que, para que haja equilíbrio e igualdade no embate entre acusação e defesa, é necessário que, no confronto, à tese acusatória do Ministério Público se oponha a *defesa técnica*. Esta, exercida por advogado, deve atuar de maneira *efetiva*, opondo-se à acusação em decorrência da estrutura dialética do processo (a tese acusatória reclama a *antítese* defensiva para que o julgador chegue à *síntese* expressiva do justo para o caso).

A respeito, LOPES Jr⁸⁶² atesta que “o contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética”.

Em processo que contempla *tese* não contraposta por *antítese* não há decisão justa.

A *síntese*, é nítido, não pode ser o resultado da atuação exclusiva de um dos sujeitos processuais, a acusação.

ROXIN⁸⁶³ atesta que o defensor deve apresentar da melhor maneira possível os fatos favoráveis ao acusado, fazendo valer todos os direitos a ele conferidos, tendo, mais, uma função processual que nem o ministério público, nem o juiz e nem o imputado podem desempenhar por si mesmos. Afirma, ainda, que o defensor cumpre uma função pública, devido a que, faticamente, faz valer a presunção de inocência e, também, todas as circunstâncias que favorecem o culpado e, juridicamente, garante e vela pela legalidade formal do processo. Arremata afirmando que se quer ser reconhecido como Estado de Direito o Estado tem interesse em ambas as funções⁸⁶⁴.

A estrutura dialética do processo, no Direito brasileiro, impõe atuação *efetiva* do defensor. Dele se requer que atue atendendo a todas as intimações judiciais, apresentando resposta à acusação, requerendo todas as provas que devem ser produzidas em favor do réu, fiscalizando a decisão judicial autorizativa da produção probatória, participando ativa e eficazmente da instrução probatória, juntando documentos e realizando requerimentos na fase de diligências finais, apresentando alegações finais com argumentos defensivos robustos e aptos a convencer o juiz. Esse conjunto de atos expressa a *atuação contraditória* exigida dos defensores competentes, preparados, combativos.

O *contraditório*, tendo como principal instrumento de consolidação a *defesa técnica*, impõe um *dever* de atuar. E reclama atuação *qualificada*: o advogado se obriga a promover em favor do cliente a melhor defesa possível. Não o fazendo, apresentando defesa despida de conteúdo, há deficiência de defesa, equivalente à falta.

⁸⁶² LOPES JÚNIOR, AURY. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 221.

⁸⁶³ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Trad. De Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 134.

⁸⁶⁴ *Op. cit.*, p. 135.

A propósito da qualidade da defesa, o STF emitiu a Súmula 523⁸⁶⁵.

A partir do referencial sumular, a jurisprudência se consolidou no sentido de que a deficiência da defesa pode ser tão expressiva que equivalha à sua falta. Porém, não há como negar que, nos últimos anos, a sensibilidade dos tribunais para as defesas ruins tem se alterado, somente se decretando nulidade se a falha defensiva for escandalosa⁸⁶⁶.

Na maioria dos casos se refuta a nulidade afirmando ausência de prova do prejuízo para o réu. E isso quando ele, estando materialmente indefeso, sofre claro prejuízo. E mais: “quando a defesa técnica, não é benéfica ao réu, em sua sorte processual final, defesa não é”⁸⁶⁷.

Entretanto, não há como negar que são garantias constitucionais de todo acusado o direito à ampla defesa e ao contraditório marcando-se este pela necessidade de defesa técnica **efetiva**, considerando-se sua *intensidade* e *extensão*.

2 EFETIVIDADE DAS DEFESAS PENAIS – INTENSIDADE E EXTENSÃO

Consolidado o contraditório como direito *material* do acusado, em decorrência do princípio se estatuiu no Direito brasileiro, além da *autodefesa* (expressa no direito de *participação* dos atos processuais, realizada pelo próprio acusado e que se cristaliza no interrogatório), a essencialidade da defesa *técnica*. São, ambos, compositivos do direito de defesa, definido por EDWARDS como “a faculdade que tem todo acusado de se manifestar e demonstrar sua inocência ou atenuar sua responsabilidade penal”⁸⁶⁸.

Para enfrentar em pé de igualdade o órgão acusatório estatal, a defesa técnica é, obrigatoriamente, atribuída a advogado inscrito na Ordem dos Advogados. E pode ser realizada por três sujeitos distintos: a) por defensor

⁸⁶⁵ Cujo teor é o seguinte: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

⁸⁶⁶ A propósito, no STJ se encontram algumas decisões recentes com destaque para anulações em casos onde a defesa foi realizada pela Defensoria Pública: HC 659188/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. J. em 11/05/2021. DJe de 14/05/2021; em que a defesa reiterou memoriais da acusação e requereu a condenação do acusado; STJ - HC 452791/ES. Rel. Min. Laurita Vaz. J. em 15/10/2019. DJe de 25/10/2019, em que a Defensoria, intimada para razões de apelação não o faz, respondendo que impetrou *habeas corpus*; STJ - HC 419157/RJ. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. em 28/11/2017. DJe de 04/12/2017, decretando-se a nulidade em razão de que a defensoria apresenta razões recursais genéricas e relacionada a outro crime; STJ - HC 130941/RJ. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. em 20/09/2012. DJe de 01/10/2012, em que defensor suspenso dos quadros da OAB apresenta alegações finais de cunho genérico. No STF, antes pródigo em decisões reconhecedoras da ausência de defesa não há nenhuma a respeito do tema nos últimos cinco anos.

⁸⁶⁷ LOPES, Maurício A.R. Direito à Defesa Efetiva, *in* Revista dos Tribunais, v. 727, p. 406.

⁸⁶⁸ EDWARDS, Carlos. Garantias constitucionais em matéria penal. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 102.

constituído e pago pelo próprio imputado; *b*) por defensor público ou *c*) por defensor dativo.

Com qualquer dos sujeitos indicados atuando no palco processual a defesa deverá ser *efetiva*. A noção de *efetividade* compõe o conceito de *direitos de defesa*. Consoante CORNU⁸⁶⁹ eles são o conjunto de prerrogativas que garantem à pessoa investigada ou acusada a possibilidade de assegurar efetivamente sua defesa no processo penal.

Todavia, a *praxis* judiciária tem se distanciado do ideal: não raro o papel da defesa técnica é tão inexpressivo que equivale à falta de defesa.

A postura dos tribunais brasileiros, deixando de reconhecer nulidade quando se trata de defensor constituído, pode ser debitada à escolha *livre* do acusado e reina também no Direito estrangeiro: na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos se firmou posição no sentido de que o Estado não pode ser responsabilizado por todas as falhas do advogado nomeado ou escolhido pelo acusado (*Lagerblom x Suécia*, § 56; *Kamasinski x Áustria*, § 65). E mais: não deve o Estado intervir senão quando a carência da atuação do advogado *dativo* é manifesta (*Imbrioscia x Suíça* § 41; *Daud x Portugal*, § 38). A responsabilidade do Estado pode ser reconhecida quando um advogado não adota qualquer atitude em favor do acusado (*Artico x Itália*, §§ 33 e 36)⁸⁷⁰.

Relativamente aos defensores constituídos a posição consolidada no Direito europeu se firmou no sentido de que, em razão da independência das ordens de advogados frente ao Estado, a conduta da defesa interessa essencialmente ao acusado e ao advogado.

A posição implícita nas decisões das cortes brasileiras, quando se encontram defesas meramente formais patrocinadas por advogado *escolhido* ou *constituído*, se mostra crescente também no sentido de que o Estado não deva intervir⁸⁷¹.

Quanto ao *dativo* é razoável afirmar que dele se reclama atuação especial, pois, conforme LOPES⁸⁷², exige-se que seja capaz de superar na atuação patrocinadora de interesses de hipossuficientes as limitações destes para gerar condições de desenvolvimento de um processo efetivamente isonômico.

⁸⁶⁹ CORNU, G. Vocabulaire Juridique, Quadrige, PUF, in SAAS, Clair. Droits de la défense et alternatives aux poursuites: des (r)apports reciproques au soutien d'une politique criminelle pragmatique. Archives de Politique Criminelle. Paris: Pédone, 2015, p. 70.

⁸⁷⁰ Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable (volet pénal). Mis à jour au 31 août 2021.

⁸⁷¹ É o que, aliás, reconhece a Res. 305/2014 do CJF, que regulamenta a defesa dativa na Justiça Federal. No art. 10, *caput*, se atribui ao juiz o controle sobre a atuação do advogado dativo ou voluntário, permitindo a substituição deles, vedando-a no parágrafo único quando o advogado é constituído.

⁸⁷² LOPES, Maurício A.R., *Op. cit.* p. 402.

Porém, se consolidou no meio jurídico brasileiro⁸⁷³ e do exterior⁸⁷⁴, tendência não recente, no sentido de que falta efetividade às defesas dativas. Para que não haja injustiça, é importante afirmar que boa parte das defesas *constituídas* não pode ser taxada de brilhante. E mesmo as de algumas defensorias. Há muitas defesas inexpressivas.

Com base em TIRELLI⁸⁷⁵ é importante reiterar que se impõe ao defensor, tanto o *escolhido* pelo acusado quanto o *nomeado*, que se oponha à acusação, buscando a absolvição do seu cliente ou o julgamento mais clemente. E isso mesmo nos casos em a condenação é certa, devendo o advogado buscar a menor pena, demonstrando a presença de privilegiativas, minorantes e atenuantes, requerendo, fundamentadamente, pena mínima, a substituição da pena de prisão, o regime mais ameno, etc.

Conforme o mesmo autor, a defesa de ofício deve ser sempre competente, diligente e eficaz⁸⁷⁶.

Infelizmente, nem sempre é assim. Como alerta MAGADJU⁸⁷⁷, é rotineiro que a assistência de defensor de ofício equivalha a uma espécie de concha vazia.

Considerando as fases processuais do Código de Processo Penal brasileiro para o procedimento comum ordinário, no cotidiano forense se veem atuações defensivas pouco inspiradas. E que se expressam com grande e indesejável regularidade. Marcam a atuação de *dativos* e *causídicos* constituídos *low-cost*⁸⁷⁸:

⁸⁷³ A propósito, TERÇAROLI, em crítica recente à atuação de dativos: “O que se verifica na imensurável maioria dos casos, é uma imaginária reação à acusação, muitas vezes, para o espanto de qualquer leigo, representando verdadeiro reconhecimento jurídico do pedido postulado pelo Ministério Público. Para a infelicidade do Estado Democrático de Direito e do princípio da ampla defesa, o sistema de justiça brasileiro conforma-se que exista defesa em tais casos, quando a bem da verdade se está fechando os olhos para a realidade”. (TERÇAROLI, Andre F. Reflexões sobre as mazelas práticas na atuação dos advogados dativos. Canal Ciências Criminais. 26.07.2010. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/author/andre-tercarolli/> Acesso em: 30 set. 2021.

⁸⁷⁴ V. a seguinte passagem de CORDERO, referindo-se aos dativos: “Figura malfamata nella tradizione; spesso rendeva una svogliata corvée de pura scena; bastava che fosse lì, inerte, spendendo ala fine poche e vuote parole” (CORDERO, Franco. Procedura Penale. Milão: Giuffrè, 1996, p. 278).

⁸⁷⁵ TIRELLI, Ludovic. Défense d’office, défense de seconde classe? *In* *Anwalts, Revue de l’Avocat*, 8/2019, pp. 323/324.

⁸⁷⁶ *Op. cit.*, p. 325.

⁸⁷⁷ MAGADJU, Pacifique M. Quelle réalité des droits de la défense devant les tribunaux répressifs en République Démocratique du Congo. Disponível em: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/2363-6270-2018-1-105/quelle-realite-des-droits-de-la-defense-devant-les-tribunaux-repressifs-en-republique-democratique-du-congo-volume-21-2018-issue-1?page=1>. Acesso em: 29 set. 2021.

⁸⁷⁸ As falhas defensivas noticiadas adiante são facilmente constatáveis com o exame da jurisprudência do Tribunal de Apelação paranaense e de acesso aos sistemas informáticos da

a) Apresentação de *resposta à acusação* com negativa geral, sem requerimento de provas e repetição de testemunhas arroladas pelo Ministério Público.

b) Na *audiência* impera o silêncio, mesmo quando há perguntas relevantes que devem ser feitas às testemunhas ou ao réu; ou, ao contrário, ânsia participativa, com perguntas prejudiciais aos acusados; não identificação de quais, entre os presentes são *sujeitos* ou *participes* processuais⁸⁷⁹; atuação com evidente temor reverencial⁸⁸⁰; passagem *in albis* do dativo nomeado *ad hoc* pelo interrogatório do réu, desatento à oportunidade de entrevista prévia.

Na instrução são inadmissíveis tais posturas apáticas em razão de que, como leciona CINTRA JÚNIOR⁸⁸¹, na audiência não basta que o advogado esteja presente e se manifeste; é necessário que atue de maneira adequada a defender efetivamente o réu, contrapondo-se, em igualdade de condições, à acusação. É que, no curso da instrução, conforme LOPES⁸⁸², se exige do defensor - constituído ou dativo - que cumpra sua função com o máximo de eficiência.

c) Não apresentação de requerimento na fase de *diligências finais* (art. 402, CPP).

d) Apresentação de alegações finais irrelevantes, às vezes longas, mas simbólicas, com argumentos contraditórios, incongruentes ou meramente retóricos. São rotineiras as peças escritas ou defesas orais desconexas, expressivas de pouco conhecimento dogmático do defensor e que apresentam decisões jurisprudenciais que não se aplicam ao caso. Flagram-se situações que causam perplexidade pelo evidenciamento da desproporção de forças entre defesa e acusação⁸⁸³. E outras em que o defensor dativo ofende pesadamente o réu⁸⁸⁴; que requer absolvição mesmo quando o réu, na fase policial e na judicial confessou o crime, não alegando qualquer causa que o exclua.

Justiça Estadual do Paraná (*projudi*) e da Justiça Federal da 4ª Região (*e-proc*).

⁸⁷⁹ Exemplifica-se com a atuação de um advogado na Justiça Federal que durante o interrogatório do réu, se espantou e se incomodou vivamente com a atuação do Procurador da República, que atuava por videoconferência, querendo saber “quem era aquela testemunha na televisão que acusava tão duramente o seu cliente”. E que, a muito custo, tomando ciência do que ocorria, nada perguntou ao réu.

⁸⁸⁰ Perguntas dirigidas a delegado federal, antepostas da expressão “se o senhor lembrar...”, oportunizando que a autoridade pouco lembre.

⁸⁸¹ CINTRA JÚNIOR. O devido processo legal e a defesa efetiva, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais 5 – abr.-jun. 1995, p. 190.

⁸⁸² LOPES, *op. cit.*, p. 404.

⁸⁸³ É possível flagrar situações em que a defensora dativa, em alegações orais, enfrentando acusação oficial destemida, que apresentou a acusação em diversas páginas, opta por fazer defesa oral e, tendo muitos minutos para isso, o faz em 24 segundos, requerendo o reconhecimento da *imputabilidade* do réu.

⁸⁸⁴ Afirmando que merece ser condenado “não pelo crime, mas pela ignorância, retardado, mesquinho, frívolo e peralta, paspalhão desde fedelho: tipo do sujeito que, se morresse, nem faria falta...”.

Recorde-se que, sendo esse o momento de maior relevância para apresentação dos argumentos defensivos, há autores asseverando que a exigência de um contraditório efetivo e equilibrado impõe a análise do próprio conteúdo das alegações oferecidas, sob pena de transformar a participação nessa fase em mera finalidade inócua, desprovida de qualquer aptidão para influenciar o convencimento do julgador⁸⁸⁵.

e) Não interposição de recursos ordinários, especialmente apelação ou repetição de conteúdo das alegações finais nas razões recursais.

O exame detido de peças defensivas escritas ou intervenções orais de advogados criminais evidencia um triste quadro:

Escancara-se a ausência de conhecimento mínimo de direito material e processual. Não é exagero dizer que parte dos advogados criminais não compreende a estruturação do conceito analítico de crime (*conduta típica, ilícita e culpável*); que não sabe qual é o conteúdo das *condições* para a ação penal (especialmente a *justa causa*, confundindo-a com inépcia da denúncia) e ignora a extensão dos direitos fundamentais do acusado.

É uma realidade inarredável que a elite da advocacia criminal é composta por um número restrito de advogados, altamente especializados, formados e pós-graduados em escolas de renome e quase sempre atuantes na esfera do *Direito Penal Econômico* (crimes *empresariais* ou não *convencionais* - contra o meio ambiente, o consumidor, a administração pública, o sistema financeiro nacional, a ordem tributária, etc.).

Tais profissionais não são acessíveis à maior parte da *clientela* da esfera penal, pobre e processada por crimes *convencionais* (homicídio, furto, roubo, extorsão, crimes contra a dignidade sexual, etc.). Para FERRAJOLI, é evidente que as garantias penais e processuais em grande parte não são aplicadas, sobretudo em prejuízo dos sujeitos mais débeis e que o processo devido, aquele que se desenvolve publicamente e que é submetido a debate contínuo do qual participa a defesa, representa, cada vez mais, um grande luxo reservado apenas àqueles que podem pagar advogados caros⁸⁸⁶.

Ainda conforme o mestre italiano, é no terreno da defesa que se mede, mais do que em qualquer outro, a desigualdade entre os cidadãos frente à lei penal. Que é a desigualdade mais odiosa: porque se junta às desigualdades econômicas e materiais; porque é um multiplicador das conotações de classe da justiça penal orientada sobretudo para a criminalidade de rua e famélica e porque, finalmente, se traduz em uma desigualdade relacionada às liberdades fundamentais e, por isso, em uma discriminação e um menoscabo para com a dignidade do cidadão⁸⁸⁷.

⁸⁸⁵ GRINOVER *et. Alii, op. e p. cit.*

⁸⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo y Defensa Penal. Revista das Defensorias Públicas do Mercosul, nº 1, 2010, p. 9.

⁸⁸⁷ *Op. cit.*, p. 9.

Em razão da carência financeira, para a maioria dos acusados sobram advogados constituídos não reconhecidos e às vezes inábeis e inexperientes, a defensoria pública e, na impossibilidade de atuação desta, os *dativos*. E, tirante o órgão público, que também tem mostrado falho, conforme jurisprudência constante do presente trabalho, o parco interesse pelos fatos e ausência de conhecimento jurídico são a tônica. O que pode levar a crer que realmente haja *advogados de segunda ou classe ou segunda linha*⁸⁸⁸.

Sendo evidente a precariedade no conhecimento de conceitos legais, o despreparo para o exercício da advocacia se escancara ao longo dos processos. Constantemente flagram-se os erros e omissões antes exemplificados, excepcionais ou inexistentes na atuação de advogados de *primeira classe ou primeira linha*.

Tal realidade impõe reações fortes, especialmente do órgão de classe que serão abordadas adiante (**5, C**), tratando-se do preparo e aperfeiçoamento do advogado.

3 INDEPENDÊNCIA DO DATIVO E CONTROLE DA SUA ATUAÇÃO

Para que a atuação defensiva seja eficaz e expressiva de paridade, deve, claro, ser independente: o defensor não pode se subordinar ao Ministério Público ou ao julgador. Vigorosamente e com destemor deve se voltar preponderantemente aos interesses do réu. Para MALAN⁸⁸⁹ o advogado “deve ser *insubmisso*, não prestando vassalagem a autoridades públicas, nem colegas. O verdadeiro criminalista sabe que seu único suserano é o direito de liberdade. Para tanto, ele deve desenvolver olhar aguçado sobre excessos do poder punitivo e fazer críticas — respeitosas, porém incisivas — a tais atos excessivos, sem receio de desagradar quem quer que seja”.

No entanto, uma série de situações põe em xeque a independência do advogado nomeado. Destaquem-se: **a)** a forma de nomeação, **b)** variação na fixação dos honorários; e **c)** a titularidade do controle da atuação do advogado nomeado. Veja-se:

A nomeação, conforme o próprio Código de Processo Penal (art. 396-A, § 2º), ocorrerá, se, citado, o acusado não apresentar resposta à acusação⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ TIRELLI, Ludovic. Défense d’office, défense de seconde classe? In *Anwalts, Revue de l’Avocat*, 8/2019, pp. 323/328. A propósito, utilizando expressão similar (“advocacia de segunda linha”), juiz José Augusto GUTERRES, referindo situações em “que a presença do defensor se materializa apenas ‘pro forma’, mas não se traduz em real atuação defensiva em prol dos direitos e interesses do assistido, na medida em que não é considerada com sua devida seriedade e importância”. (Advocacia Dativa na Esfera Penal. Entrevista ao Portal da OAB/PR – 01.10.2018).

⁸⁸⁹ MALAN. Diogo. A Advocacia Criminal e as Habilidades do Defensor. *Conjur*, 27.01.201. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-27/diogo-malan-advocacia-criminal-habilidades-defensor>. Acesso em: 20 set. 2021.

⁸⁹⁰ “Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor,

Tal nomeação se dá por escolha do juiz, diante advogados que livremente se candidatem para as defesas.

A concessão de tal poder ao juiz compromete a independência do advogado que, não raro, para se ver nomeado continuamente, tende a ser amistoso com o julgador.

No Paraná, em razão da regulação da atuação dativa pela Lei 18.664/15, a OAB envia ao Tribunal de Justiça e este às varas criminais a relação de advogados que atuarão como dativos. Conforme o art. 6º, §2º a “nomeação de advogado obedecerá à ordem de inscrição contida na relação, podendo ser repetida, desde que observada a mesma ordem”.

A normativa paranaense milita em favor da independência e autonomia do advogado: a indicação se dá pela OAB e o juiz, para a nomeação, apenas deve atentar à relação de dativos e à ordem nela contida.

Os honorários fixados em favor do dativo, em regra, são variáveis e tendem a impor a ele atuação consentânea com o querer do julgador. Um advogado adestrado tende a obter melhores honorários que outro mais combativo. Na Justiça Federal, onde os honorários são inegavelmente parcos, a variação entre o mínimo e o máximo é grande⁸⁹¹. O ideal, para garantir a independência ao defensor, é que sejam fixos. Variações pequenas, como aquelas da tabela paranaense, não comprometem a independência.

c) Quanto ao *controle* da atuação defensiva é comum atribuí-lo ao juiz. Seria dele, o dever de destituir o dativo que não atue a contento. No entanto, não pode ser ignorado que “não cabe à justiça, evidentemente, traçar a orientação a ser articulada pelos defensores em processos criminais⁸⁹². Há, aí, conforme LOPES, um sério problema na compatibilização da liberdade profissional de que desfruta o advogado (mesmo o dativo) e o controle pelo Poder da efetividade de defesa como pressuposto de validade da ação penal e de observância do devido processo legal⁸⁹³.

O fato é que, tendo sido o juiz a nomear, deverá ser ele próprio a afastar o dativo havendo motivo justo. Em situações como a do Paraná, em que a nomeação se dá através da relação da OAB, parece que se retira do julgador tal poder. Deparando-se ele com atuação inadequada do defensor, deve comunicar o órgão de classe.

o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”.

⁸⁹¹ O valor mínimo é de R\$ 212,49 e o máximo de R\$ 536,83, com variação de 152,63%

⁸⁹² Decisão do TACrimSP – Ap. Crim. 1.001.885/7. Rel. Juiz Mathias Coltro, j. em 14.02.96, in LOPES, Maurício A.R. Direito à Defesa Efetiva, in Revista dos Tribunais, v. 727/398.

⁸⁹³ LOPES, *op. cit.* p. 403.

4 ESTRUTURA, REMUNERAÇÃO E FORMAÇÃO

A precariedade ou inexistência de estrutura, a remuneração não expressiva e ausência de formação adequada são relevantes para a atração e manutenção de dativos.

O exercício do mister pelos dativos no Brasil é marcado pela atuação de cavaleiros solitários, o que traz grandes dificuldades e também deve ser considerado quando se trata de *paridade de armas*. Isso em razão de que, na acusação, o Promotor ou Procurador da República, sempre atuam amparados por assessores e estagiários. Além disso, há equipes de *experts* altamente especializados em matérias complexas (por exemplo: tributária, financeira, meio ambiente, lavagem de dinheiro) embasando a atuação ministerial.

Trata-se de cenário preocupante e que também pode ser qualificado como universal. A advocacia dativa nos Estados Unidos possui muitas semelhanças com sua contraparte brasileira, a exemplo das dificuldades enfrentadas para a qualidade da atuação. Lá, os advogados dativos (*CJA Panel Attorneys*, nomenclatura decorrente da inclusão dos nomes dos procuradores - *attorneys* - em *painéis* ou *listas* constantes nos distritos judiciais) previstos pela *CJA*, ou *Criminal Justice Act*, o dispositivo legal que disciplina, entre outros assuntos, o exercício da advocacia dativa na Justiça Federal⁸⁹⁴ também enfrentam grandes dificuldades no cotidiano profissional.

Destacam-se os maiores empecilhos enfrentados pela defesa dativa daquele país em três categorias: **(A)** decorrentes de questões envolvendo recursos e instituições; **(B)** resultantes de má remuneração, e; **(C)** consequentes de preparo, formação e treinamento insuficientes. Tais dificuldades relacionadas à atuação são examinadas abaixo, traçando-se um quadro comparativo com a realidade brasileira:

(A) A primeira categoria se refere à deficiência institucional experienciada pelos *Panel Attorneys*, atuantes em sua grande maioria sozinhos e, por conseguinte, desprovidos de recursos para, por exemplo, requerer a produção de prova pericial, demonstrando a disparidade de capacidade de adequada representação entre os advogados dativos e os defensores públicos ou promotores, que possuem toda a estrutura dos órgãos aos quais pertencem para analisar seus feitos e promover as medidas cabíveis para a salvaguarda de seus interesses nas demandas judiciais patrocinadas.

⁸⁹⁴ A atuação judiciária federal nos EUA é dividida em noventa e quatro cortes distritais (equivalentes ao primeiro grau de jurisdição) e treze cortes de circuito (equivalentes ao segundo grau de jurisdição) e, por fim, abrangida pela Suprema Corte OFFICES OF THE UNITED STATES ATTORNEYS. Introduction to the Federal Court System. Disponível em: <https://www.justice.gov/usao/justice-101/federal-courts>. Acesso em: 27 set. 2021.

No Brasil, para ficar num só exemplo da ausência de estrutura, conforme FERENCZY, um dos baluartes da assistência jurídica gratuita no Paraná, o réu ignora “que lhe foi nomeado um defensor dativo” ou não sabe “aonde em que horário o localizar para consultar-se e fornecer os elementos de provas e de defesa”⁸⁹⁵.

A diferença entre os recursos de advogados dativos e a promotoria são bastante evidentes⁸⁹⁶. E se distanciam, também, daqueles dos defensores públicos, o que é reconhecido, inclusive pela própria defensoria⁸⁹⁷.

(B) A segunda categoria se refere aos problemas de remuneração dos dativos. De fato, parece lógica a conclusão de que um trabalho bem remunerado possui chances muito superiores de ser bem executado frente àquele para o qual a contraprestação é mais baixa.

E a realidade da advocacia dativa é, infelizmente, exemplo disso. No Brasil, talvez em nenhum outro momento se trate tanto o dativo como profissional de *segunda classe* como naquele em que se fixa a sua remuneração. Há situações que causam perplexidade: tomando como referencial a atuação em defesas criminais, na Justiça Federal, desde 2014, paga-se entre 212,49 e R\$ 536,83⁸⁹⁸ para cada processo.

Tal situação é preocupante, pois evidentemente desmotiva o advogado a defender aqueles que não possuem condições financeiras. E, ainda, faz com que os advogados que insistem em atuar como dativos sejam incentivados a realizar trabalhos de baixa qualidade, com poucas horas de dedicação aos casos. Assim a tônica é a ausência de requerimentos, especialmente de produção de provas e de posturas essenciais à defesa do réu. Some-se a isso a ausência de estrutura material e se tem um quadro trágico.

⁸⁹⁵ FERENCZY, Peter A. Defesa Dativa. O Elo Frágil na Relação Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 52.

⁸⁹⁶ A respeito, afirma o advogado dativo Daniel Albrechts, atuante no Distrito de Nevada: “Num caso de fraude em hipoteca que já estava sendo investigado há anos, fui designado como defensor do acusado, que foi sentenciado a uma pena extremamente alta. Eu quero apenas mostrar como é ser um *CJA Panel Attorney*. Eu atuo sozinho. Quando eu me reuni pela primeira vez com a equipe da acusação, eu me encontrei com quatro promotores, dois agentes em tempo integral – um *expert* em crimes financeiros do Departamento de Polícia Metropolitana de Las Vegas e um agente do FBI – e ainda tinham um analista financeiro e mais dois ou três paralegais, e do outro lado da mesa estava eu”. *AD HOC COMMITTEE TO REVIEW THE CRIMINAL JUSTICE ACT. 2017 Report of the Ad Hoc Committee to Review the Criminal Justice Act.* Disponível em: <https://files.deathpenaltyinfo.org/legacy/files/pdf/Ad%20Hoc%20Report%20June%202018.pdf>. p. 147.

⁸⁹⁷ A propósito, depoimento do defensor público federal Jason Hawkins, do Distrito Norte do Texas: “Eu tenho dez investigadores e paralegais em meu gabinete. Quando eu tenho um grande caso de fraude de ‘colarinho branco’, eu tenho uma investigadora que é contadora e examinadora certificada de fraudes. Eu apenas entrego o caso a ela. Simplesmente não há comparação entre os recursos disponíveis para nosso gabinete em face daqueles dos *CJA Panel Attorneys*”. *Op. ep. cit.*

⁸⁹⁸ Anexo Único da Resolução 305/2014.

A tendência é que, no Brasil, no âmbito da Justiça Federal, haja fuga de dativos.

No cenário norte-americano, a situação é similar. A baixa remuneração é causa do êxodo de advogados dativos⁸⁹⁹, o que se mostra expresso, inclusive, no depoimento de juízes⁹⁰⁰. Tal percepção se espalha por todo o território dos EUA, de Oeste a Leste⁹⁰¹.

Nos EUA a remuneração é considerada tão ínfima que vários advogados dativos aconselham os clientes a admitir a culpa. Isso de modo a encurtar os seus serviços, possibilitando o recebimento dos honorários pelo trabalho “realizado” o mais rapidamente possível, em clara violação da Sexta Emenda à Constituição, que garante ao acusado, entre outros, o direito a uma defesa legal⁹⁰².

Ainda quando se trata de remuneração é importante tratar de eventuais adiantamentos ao advogado para o adequado desempenho do seu *múnus*.

Nos Estados Unidos, na esfera federal, os advogados requerem ao juiz os recursos para arcar com as despesas necessárias ao seu trabalho, e somente se deferido o pedido poderão utilizar tais recursos. Tal situação é evidentemente atentatória à independência profissional do dativo, que pode ser discriminado caso não se relacione bem com o juiz.

Na Suíça, a partir de 2011, conforme o art. 135, al. 1, CPP, o juiz fixará a remuneração do dativo no fim do processo. Alguns cantões preveem a possibilidade de o Estado de oferecer adiantamentos sem aguardar o fim do processo⁹⁰³, o que se justifica, principalmente, pela duração do processo

⁸⁹⁹ A propósito, Mark Windsor, advogado dativo no Distrito Central da Califórnia afirma que seu Distrito “está experimentando a perda de uma geração inteira de seus melhores e mais inteligentes advogados dativos”. 2017 Report of the *Ad Hoc* Committee to Review the Criminal Justice Act, p. 158.

⁹⁰⁰ A magistrada federal do Distrito Leste de Nova York Cheryl Pollak também atesta a baixa remuneração como causa de fuga, ao dizer que “apenas espera e reza para que se aumente a remuneração [do trabalho do advogado dativo], de modo a manter o painel na mesma qualidade. *Op. e p. Cits.*

⁹⁰¹ Em Boston, Massachusetts, Mark Shea, dativo, atesta que os advogados dativos mais qualificados estão saindo do painel por razões financeiras: “A situação econômica de se fazer defesa dativa em Boston é bastante complicada. Estamos dispostos a enfrentar certos riscos para fazer o trabalho que nós amamos, mas se chega a um ponto em que, algumas pessoas, que talvez tenham um senso financeiro melhor que o meu, vão embora. E a qualidade da defesa cairá quando isso acontecer”. *Op. Cit.*, p. 159.

⁹⁰² Veja-se a reveladora declaração de Edward Hunt, dativo no Distrito Leste de Wisconsin: “Existem advogados dativos que querem encerrar seus casos rapidamente. Temos um apelido que usamos para eles durante conversas nos cafés dos tribunais, que eles eram os “V6”. Eles são violações ambulantes da Sexta Emenda”. (Relatório e *p. cits.*)

⁹⁰³ BYDZOVSKY, Pierre. ROSSELET, Sébastien e LAZARO, Pablo. Le Droit de l’avocat d’office à des avances em procédure pénale, in *Anwalts – Revue de l’Avocat*, 3/2020, p. 114.

e pela amplitude da atuação⁹⁰⁴. Em alguns cantões não se contempla a possibilidade de adiantamentos que, em regra, são requeridos ao Ministério Público. Conforme BYDZOVSKY, ROSSELET e LAZARO a ausência de regulamentação conduz certos órgãos acusatórios a se aproveitar dela para negar o direito do advogado ao adiantamento. Os autores referem que, em Genebra, curiosamente, os defensores dativos atuantes na esfera civil ou administrativa “que desenvolveram uma atividade importante em processos de longa duração” podem solicitar adiantamento. Os atuantes na esfera penal, não⁹⁰⁵. Conforme os mesmos autores, a realidade da prática e a análise das soluções cantonais deixam transparecer disfunções e disparidades que comprometem as garantias de um processo igualitário⁹⁰⁶.

No entanto, como afirmam BYDZOVSKY, ROSSELET e LAZARO⁹⁰⁷ nada justifica deixar o advogado dativo suportar os encargos financeiros da defesa, que pode se estender por diversos anos e necessitar de numerosas horas de trabalho. A defesa dativa, ainda conforme os autores⁹⁰⁸, na ausência de adiantamentos, põe em perigo a segurança econômica dos advogados dativos em razão de diversos fatores cumulativos: *a)* o advogado deve, ele mesmo, fazer certos desembolsos para acesso aos autos do caso (por exemplo, despesas com cópias de peças que, em casos de processos muito volumosos, pode ter altíssimo custo); *b)* ele somente receberá os honorários diversos anos após findar sua atuação em processos complexos e *c)* por fim, os honorários recebidos ao término do processo mal cobrem as despesas operacionais.

Na Alemanha se prevê o direito do defensor dativo (*Pflichtverteidiger*) ao recebimento de adiantamentos, notadamente em nome da garantia de liberdade econômica. A respeito, se o processo é demorado, há decisão do Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgesicht*)⁹⁰⁹.

No plano legislativo a Lei alemã de 1.7.2004, garante o direito dos advogados dativos de solicitar adiantamentos para as despesas do advogado. Funda-se a autorização notadamente na longa duração do processo e no montante a ser despendido pelo defensor, não sendo razoável aguardar que o montante definitivo de honorários seja fixado e pago⁹¹⁰.

⁹⁰⁴ BYDZOVSKY *et alii*. *Op. e p. cit.*s.

⁹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 115.

⁹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 114.

⁹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 115.

⁹⁰⁸ *Op. e p. cit.*s.

⁹⁰⁹ “O art. 12, parágrafo 1, da Constituição exige ... que o defensor dativo (*Pflichtverteidiger*) receba um adiantamento se o processo penal dura muito tempo e não é razoável que o advogado de defesa espere que os honorários definitivos sejam determinados” (*in* BYDZOVSKY *et alii*, *op. cit.* p. 113).

⁹¹⁰ *Idem, ibidem*.

Consoante BURHOFF DETLEF o objetivo perseguido pelo legislador alemão é o de fornecer ao dativo uma certa segurança econômica e evitar que ele suporte o peso financeiro da defesa penal pondo em risco a própria atividade. Permite-se com isso que siga atuando profissionalmente de maneira apropriada. Se ele requer um adiantamento e os requisitos legais são observados, o adiantamento *deve* ser dado pela autoridade⁹¹¹.

No Brasil, havendo silêncio sobre adiantamentos ao dativo, na Justiça federal, se prevê já há alguns anos, que ao perito poderá ser oferecido adiantamento de 30%⁹¹². Com isso se apequena ainda mais o tratamento deferido ao dativo: a ele, *sujeito* processual, não é deferida tal possibilidade, sendo-o a um *partícipe* processual.

No Paraná é essencial que haja mudança de regulação, prevendo a possibilidade de adiantamentos para advogados nomeados para réu preso e que se obriguem a realizar diligências em estabelecimentos prisionais para entrevista anterior à resposta à acusação.

C) Por fim, a terceira categoria, talvez a mais relevante e de maior relevo no presente trabalho, é a relativa à formação, preparo e treinamento dos advogados dativos.

É evidente que o advogado bem formado e preparado atua com maior segurança frente aos órgãos estatais acusador e julgador. E, com isso, tende a equilibrar o jogo processual, contribuindo para a consolidação da *paridade de armas*. É clara a necessidade de ampliação na qualificação de advogados criminais (dativos ou não), pois ainda são comuns defesas não *efetivas*, sendo meramente *formais* ou deficientes. E, em tais casos, há, sempre, prejuízos irremediáveis para os acusados.

Explicações para defesas deficientes ou ausentes são simples, destacando-se a má formação básica e anterior ao ensino superior e o baixo nível do ensino nas faculdades de Direito. Mesmo em instituições consagradas é rotineiro que o quadro de professores dos núcleos de prática seja composto por jovens inexperientes e sem titulação. Na faculdade há preocupação exclusiva com a redação de peças processuais. E que, em boa parte, tratam de casos hipotéticos. Contudo, nas escolas de renome o estudante ao menos apreende o básico, inclusive de ciências penais.

É impossível negar que os melhores advogados ou, ao menos, os de maior sucesso, são egressos das melhores faculdades no Brasil⁹¹³ e no exterior.

⁹¹¹ *in* BYDZOVSKY *et alii*, *op. cit.* p. 113

⁹¹² Na Resolução 305/2014-CJF tal normativa está contemplada no parágrafo único do art. 29: “Poderá haver adiantamento de até 30% da verba honorária arbitrada se o perito, comprovadamente, necessitar de valores para satisfação antecipada de despesas decorrentes do encargo assumido”.

⁹¹³ Aqui, segundo dados do RUF 2019, as escolas de Direito classificadas entre as 50 melhores ocupam 41 posições entre as mais bem avaliadas do mercado. A partir da 63ª posição geral, oscilam os cursos no posicionamento de avaliação do mercado, aparecendo com nota insuficiente

Tal situação é visível nos Estados Unidos, onde a aferição da qualidade do ensino jurídico é também feita com a utilização da taxa de empregabilidade dos alunos, além dos cálculos de média do *GPA* e do *LSAT*, bem como os índices de aprovação no *Bar*. Embora existam várias listagens das melhores faculdades de Direito norte-americanas, seus resultados são consistentes entre si: diversas universidades da *Ivy League* (em especial as de Yale, de Harvard e da Pensilvânia⁹¹⁴) em conjunto com escolas de outras regiões (como as Universidades de Chicago, Stanford, e Columbia⁹¹⁵) ocupam as primeiras posições nesses indicadores.

Profissionais formados em faculdades ruins concorrem de forma desigual com os egressos de escolas de ponta. Lá as participantes da *Ivy League* e aqui, as universidades públicas ou particulares confessionais, detêm preferência para as vagas de emprego em escritórios renomados e com capacidade de prover treinamento.

Conforme SHULTZ e ZEDECK, deve se montar uma estrutura de graduação que, ao mesmo tempo, forneça o máximo de preparo acadêmico-teórico e de treinamento profissional. Para eles “a discussão de pesquisa acadêmica *versus* educação profissional não precisa e não deve ser relacionada como ‘um ou outro’. Ambos são essenciais para o preenchimento/realização das responsabilidades e oportunidades da escola de Direito.”⁹¹⁶

Nos EUA, é na graduação em que normalmente se põe foco quando o assunto é qualidade profissional. Não é surpresa, portanto, que lá as universidades adotem sistemas complexos de filtragem dos estudantes:

Dá-se ênfase ao filtro no acesso às escolas de Direito, com a utilização em conjunto do histórico de notas escolares (conhecido como *GPA*) e do resultado no *LSAT* (*Law School Admission Test*), uma prova padronizada e utilizada por universidades norte-americanas para diferenciar e escolher candidatos aptos às escolas jurídicas.

Enquanto estudos estatísticos comprovam que a aplicação de provas como o *LSAT* são eficazes na descoberta de bons profissionais, tal medida não pode ser utilizada por si só, devendo se complementar com o preparo acadêmico e profissional nas universidades.

para qualificação ou, se qualificados, ocupantes da última posição (61º) deste critério.

⁹¹⁴ PUBLIC LEGAL. 2020 Raw Data Law School Rankings. Disponível em: <https://www.ilrg.com/rankings/law/1/desc/EmployGrad?name=&state>. Acesso em: 04 out. 2021.

⁹¹⁵ BUSINESS INSIDER. The 25 best law schools for landing a high-paying job at a big firm. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/best-law-schools-for-landing-a-job-at-a-mega-firm-2016-7#1-columbia-university-25>. Acesso em: 30 set. 2021.

⁹¹⁶ SHULTZ, Marjorie M.; ZEDECK, Sheldon. Identification, Development and Validation of Predictors for Successful Lawyering. Berkeley Law School, 2008. Disponível em: <https://www.law.berkeley.edu/files/LSACREPORTfinal-12.pdf>. p. 90. Acesso em: 28 set. 2021.

No Brasil, parece difícil, contudo, contemplar um papel a ser desempenhado pelas instituições de ensino superior na formação de advogados. E, diante da altamente provável resistência das universidades consagradas, não parece aconselhável qualquer tentativa voltada à adoção de posturas visando formar advogados.

Ainda aqui, os cursos de pós-graduação *lato sensu* ou *especializações*, sem qualquer controle externo, em regra, não se preocupam com a formação de advogados, contentando-se com um *mais do mesmo*: os conteúdos da graduação são repetidos acriticamente, sendo desnecessária a presença do aluno para que, ao final, obtenha o título almejado. As monografias são construídas sem orientação suficiente, caso houver, e são, invariavelmente, aprovadas. O nível de evasão em tais cursos é altíssimo e a formação é deficiente e irrelevante na construção da vida profissional dos pós-graduandos.

Como, entretanto, há, ao menos no Paraná, grande demanda para a formação dos quadros de advogados dativos, é razoável pensar na realização de convênios entre a OAB e as escolas de Direito por ela recomendadas ou com bom nível de aprovação no exame de admissão, na formação de *advogados criminais*.

Quanto ao aperfeiçoamento de advogados *dativos*, no Paraná, já há algum tempo, tem se intensificado a preocupação com ele, inclusive na área penal. A OAB/PR oferece micro-cursos remotos por meio da Escola Superior da Advocacia.

Todavia, exame atualizado de processos em que há assistência do acusado por defensores *dativos* demonstra que o trabalho embrionário realizado pela Escola dos Advogados paranaenses requer continuidade e aprofundamento.

No Paraná inexistem maiores exigências para que o advogado se candidate a dativo. Basta ser inscrito nos quadros da OAB e que se cadastre no site do órgão profissional. Este, após, encaminha as litas à Procuradoria Geral do Estado e ao Tribunal de Justiça que, por sua vez, as envia às Comarcas. Exige-se do candidato que curse 4 horas de cursos oferecidos *on line* pela ESA.

Constata-se uma tendência, não só no Brasil, no sentido de que a defesa *de ofício* seja realizada por jovens advogados ou que recentemente se inscreveram nos quadros da advocacia. Na França, mesmo que sejam claras as dificuldades estruturais e remuneratórias, com nítida degradação das condições de exercício da função e ainda que não pagos adequadamente e sobrecarregados de trabalho, os novos advogados se mostram bastante numerosos na busca da defesa dos jurisdicionados de precárias condições financeiras⁹¹⁷. No Paraná, em agosto de 2018, o segundo cadastramento

⁹¹⁷ Disponível em: <https://start.lesechos.fr/travailler-mieux/metiers-reconversion/malgre-les-difficultes-les-jeunes-avocats-veulent-a-tout-prix-etre-commis-doffice-1174676>. Acesso em: 30 set. 2021.

de dativos da OAB/PR recebeu 13.648 inscrições⁹¹⁸. E dos 3600 inscritos para atuar como *dativos penais* em Curitiba, a maioria absoluta é de advogados inscritos nos últimos 7 anos⁹¹⁹.

Com o já expressivo, porém crescente, número de advogados se inscrevendo para atuar em defesas dativas, vê-se que, em muitos casos, a representação jurídica é deficitária, por uma grande variedade de razões já tratadas neste artigo.

A concretização da boa formação de advogados, contudo, demanda complementação por meio de medidas que podem ser tomadas pela Seccional paranaense.

Assim, diante da desigualdade formativa, os profissionais alheios à esfera de formação privilegiada, têm menos opções de carreira, normalmente são menos bem remunerados e optam por fazer aquilo que os “privilegiados” não se interessam em fazer, a exemplo do trabalho *dativo*. E, ao atuarem como defensores sem conhecimento jurídico mínimo, tendem a reproduzir trabalho que consolida a ausência de *paridade* de armas no processo penal: diante de acusadores, em regra formados pelas escolas de ponta, atuam de maneira automática e subordinada. É aí que se impõe a necessidade de treinamento.

O advogado deve se aprimorar tecnicamente de modo a desempenhar seu papel profissional da melhor forma possível, consolidando a isonomia entre acusação e defesa no processo penal. E esta é a deficiência-chave na atuação *dativa*.

Embora o treinamento possa não afastar todos os problemas enfrentados pelo *dativo*, como a falta de recursos, ele os ameniza. E é imperativo à manutenção e ao aprimoramento da sua *expertise*, essencial para uma boa representação judicial. Todavia, também aqui se acentua a desigualdade, pois os dativos recebem pouco ou nenhum treinamento em comparação com defensores públicos e promotores ou procuradores⁹²⁰.

Portanto, o treinamento continuado do advogado dativo é de suma importância para o bom desempenho de tais profissionais, que são inegavelmente relevantes, nobres e essenciais. E que merecem ser melhor recompensados.

⁹¹⁸ Advocacia Dativa na Esfera Criminal. OAB/PR “ Notícias “ 01.10.2018. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/advocacia-dativa-na-esfera-criminal/>. Acesso em: 30 set. 2021.

⁹¹⁹ De tal número, 2.644 ou 69,5% se inscreveram na OAB nos últimos 7 anos. Apenas 30,5% têm inscrições mais antigas. Apenas 10% têm mais de 10 anos de advocacia.

⁹²⁰ Frederick T. Heblich, defensor público na Virgínia, afirma que “muitas das deficiências no painel não vêm da falta de habilidade ou da falta de empenho, mas simplesmente da falta de conhecimento”AD HOC COMMITTEE TO REVIEW THE CRIMINAL JUSTICE ACT. 2017 Report of the Ad Hoc Committee to Review the Criminal Justice Act. Disponível em: <https://files.deathpenaltyinfo.org/legacy/files/pdf/Ad%20Hoc%20Report%20June%202018.pdf>. p. 160.

A Escola Superior de Advocacia da OABPR tem, ao longo dos últimos anos, tem oferecido uma série de cursos para advogados criminais, não só da esfera dativa.

A oferta de cursos tem crescido: em 2019 foi editado no Paraná o Regulamento da Advocacia Dativa (Resolução do Conselho Pleno 21/2019). Ele estabelece que, na inscrição para atuar como dativo, o advogado comprovará 4 horas de carga-horária mínima. A Escola Superior da Advocacia, em conjunto com a Comissão da Advocacia Dativa ofereceram então o *Curso de Formação da Advocacia Dativa*, com alguns módulos penais: júri, penal militar, execução da pena, instrução criminal, infância e juventude e violência doméstica e familiar. Cada um dos módulos é de duas horas.

Não há dúvidas de que o oferecimento de formação complementar pela Escola é de extrema importância. No entanto, o exame da sua duração e do conteúdo programático evidencia que, embora bons, são ainda insuficientes. Ou seja, servem - e negavelmente bem - ao fornecimento de noções muito embrionárias de como atuar na advocacia dativa, faltando, no entanto, cursos para atuação nos Juizados Especiais Criminais.

Mostra-se essencial, entretanto, como em outros lugares do mundo⁹²¹, a criação de uma *Escola de Advogados Criminais*. É adequada, também, a exigibilidade de exame de admissão e avaliações periódicas para aqueles que frequentem o curso, como já ocorrente no *Barreau* referido.

Com base na experiência relevante da OAB/PR, para cada uma das especializações hoje existentes (à qual devem ser somadas a atuação na *audiência de custódia* e nos *Juizados Especiais*), o mínimo de treinamento a ser oferecido deve ser de 40 horas para cada módulo. Exceto o de instrução criminal (que deve ser cumulado aos módulos das *especialidades*) e contemplar ao menos 60 horas. Assim, quando o dativo participar de seu primeiro ato processual, terá ao menos 100 horas de formação.

Ultrapassada a formação básica, deve se oferecer ao dativo e dele exigir formação *contínua* e *obrigatória*, com imposição ao advogado de um número mínimo de horas anuais de cursos complementares.

Com o intuito de que haja poucos impactos financeiros nas contas da OAB os cursos de formação, ao menos num momento inicial, podem ser ministrados por *voluntários*, escolhidos preferencialmente entre advogados experientes na esfera penal e que exerçam ou tenham exercido o magistério superior.

Para as aulas uma opção simplificadora é a utilização da via remota, cujas vantagens foram demonstradas durante o período de pandemia de COVID-19. Um sistema de aulas e avaliações remotas facilitará a participação dos advogados nos cursos.

⁹²¹ O *Barreau* de Paris, por exemplo, oferece cursos continuados de aperfeiçoamento de advogados, além de realizar testes seletivos para a admissão de advogados de ofício.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *direito de defesa* é essencial ao asseguramento de direitos individuais de pessoas menos favorecidas economicamente que, em casos penais, recorrem à defesa dativa. Esta, para proporcionar defesa efetiva aos acusados, reclama formação, preparo e aperfeiçoamento contínuo de advogados que podem se dar através de diversas medidas.

Há medidas que, em razão da singularidade no processo de nomeação e remuneração, no Paraná podem – e devem – ser adotadas por órgãos diversos:

1. Pela OAB:
 - 1.1. Implantação imediata, independentemente de qualquer outra medida:
 - 1.2. Instituição da *Central de Dativos*, que permitirá ao acusado manter contato com o nomeado, através de telefone ou de *whatsapp*, que atenderá os réus soltos;
 - 1.3. Imposição ao dativo de obrigação de comparecimento a estabelecimento prisional ou penitenciário, mediante adiantamento de despesas, para contato pessoal com o acusado, anteriormente à apresentação da resposta à acusação.
2. Quanto à formação de advogados criminais:
 - 2.1. Criação de um Curso de Especialização de Advogados Criminais pela ESA em que os ministrantes sejam advogados experientes, escolhidos, preferencialmente entre professores e ex-professores universitários;
 - 2.2. Replicação do mesmo curso nas faculdades recomendadas pela OAB ou que, nos últimos 5 anos tenham tido índice de aprovação superiores, na média a 30%, cujo corpo docente atenda às mesmas exigências da letra anterior;
 - 2.3. Oferta de cursos de aperfeiçoamento (educação jurídica continuada) a *especialistas* e obrigatoriedade, para continuar no painel de dativos, de cursar ao menos 20 horas anuais.
3. Pelo Tribunal de Justiça:
 - 3.1. Determinação aos Juízos criminais que façam constar do mandado de citação os contatos da *Central de Dativos* e
 - 3.2. Determinação ao oficial de justiça para que faça constar da certidão de citação os contatos eletrônicos do réu.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, James M. How Much Difference Does the Lawyer Make? The Effect of Defense Counsel on Murder Case Outcomes. *The Yale Law Journal*, 2012. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/1105_8izvsf8m.pdf. Acesso em: 28 set. 2021. p. 212.
- ANITUA, Gabriel I. *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*. Buenos Aires, Editores de Puerto, 2010
- BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti e delle Pene*. Milão: Bonfanti, 1823.
- BYDZOVSKY, Pierre et alii. Le Droit de l'avocat d'office à des avances em procédure pénale, in *Anwalts – Revue de l' Avocat*, 3/2020, pp. 111-116
- CARNELUTTI, Francesco. *Principi del Processo Penale*. Napoli: Morano, 1960.
- CINTRA JÚNIOR. O devido processo legal e a defesa efetiva, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 5 – abr.-jun. 1995, p. 188-192.
- CNJ - Justiça em Números, 2017. Secretaria de Comunicação.
- CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Milão: Giuffrè, 1996.
- EDWARDS, Carlos. *Garantias constitucionais em matéria penal*. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- FACHIN, Luiz E. Limites e Possibilidades do Ensino e da Pesquisa Jurídica: Repensando Paradigmas. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 15, 1999, p. 25-34.
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo y Defensa Penal*. *Revista das Defensorias Públicas do Mercosul*. Nº 1, 2010, p. 8 – 15.
- FERENCZY, Peter A. *Defesa Dativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GRÉCO FILHO. Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRINOVER, Ada P. FERNANDES; Antonio S. GOMES FILHO; Antonio M. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004.
- LOPES JR., AURY. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES, Maurício A.R. *Direito à Defesa Efetiva*, in *Revista dos Tribunais*, v. 727, p. 397/406.
- MAGADJU, Pacifique M. *Quelle réalité des droits de la défense devant les tribunaux répressifs en République Démocratique du Congo*. Disponível em: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/2363-6270-2018-1-105/quelle-realite-des-droits-de-la-defense-devant-les-tribunaux-repressifs-en-republique-democratique-du-congo-volume-21-2018-issue-1?page=1>.
- NAPPI, Aniello. *Guida al Codice de Procedura Penale*. Milão, Giuffrè, 1996.
- PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.
- PEDROSO, Fernando A. *Processo Penal. O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitudes e Limites*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2001.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. De Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- SAAS, Clair. *Droits de la défense et alternatives aux poursuites: des (r)apports reciproque au soutien d'une politique criminelle pragmatique*. *Archives de Politique Criminelle*. Paris: Pédone, 2015, p. 69-81
- SHULTZ, Marjorie M.; ZEDECK, Sheldon. *Identification, Development and Validation of Predictors for Successful Lawyering*. Berkeley Law School, 2008. Disponível em: <https://www.law.berkeley.edu/files/LSACREPORTfinal-12.pdf>.
- TERÇAROLI, Andre F. *Reflexões sobre as mazelas práticas na atuação dos advogados dativos*. *Canal Ciências Criminais*. 26.07.2010. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/author/andre-tercarolli/>
- TIRELLI, Ludovic. *Défense d'office, défense de seconde classe?* In *Anwalts, Revue de l' Avocat*, 8/2019, p. 323-328.
- YAROCHEVSKI. *Paridade de Armas – Busca pela Punição não pode prejudicar Defesa Técnica*. In <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/leonardo-yarochewsky-defesa-tecnica-direito-irrenunciavel>. Acesso em: 07 set. 2021.

OS AVATARES IDEOLÓGICOS DO ENSINO JURÍDICO MACROFILOSOFIA E CRÍTICA DA EDUCAÇÃO JURÍDICA

Luiz Fernando Coelho¹

1 IDEOLOGIA, INTENCIONALIDADE E AVATARES DA JURIDICIDADE

O estudo a seguir em homenagem ao Ministro do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, Professor Doutor Luiz Edson Fachin, pretende reunir apontamentos selecionados em duas palestras que proferi sobre o ensino do direito. A primeira, intitulada “A Crítica da Ideologia Jurídica na Formação Acadêmica”, foi proferida em Belo Horizonte, quando da fundação da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito – ABRAFI – em 23 de abril de 2002. A segunda, “A Crítica do Direito na Contemporaneidade”, foi apresentada no dia 13 de fevereiro de 2014, em Brasília, em evento comemorativo dos 25 anos de instalação do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Além da honra que significa a participação em obra jurídica tão relevante, abre-se a oportunidade de sistematizar teses já discutidas, todavia renovadas com aportes originais, especialmente no que diz respeito à temática indicada no título.

Em vista dos trágicos acontecimentos neste início do terceiro milênio, com a persistência de problemas que afetam toda a humanidade, tais como as ameaças do terrorismo internacional, a migração de populações inteiras para fugir da fome, do desemprego e das guerras e a pandemia da COVID-19, cujas consequências estão ainda por ser avaliadas, é possível acreditar que estamos no limiar de grandes transformações, o que certamente repercute nas instituições e no modo como as vivenciamos. Daí a indagação inicial, que deve conduzir as reflexões a seguir: no futuro que ora se vislumbra, terá o direito mantido as características ontológicas a que estamos habituados? Que novas responsabilidades pesarão sobre os futuros profissionais? Que mudanças podem ocorrer em função das condições atuais do exercício da advocacia? Quanto ao ensino do direito, que papel terão os operadores encarregados da preparação dos futuros profissionais? Considerando que um dos poderes da República é exercido exclusivamente por bacharéis em Direito, são as nossas escolas aptas a formá-los?

¹ Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro fundador da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Membro emérito da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito (ABRAFI), seção brasileira da Internationale Vereinigung für Rechts- Und Sozialphilosophie (IVR). Professor “honoris causa” da Faculdade CESUSC - Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina. Doutor em Ciências Humanas e Livre-Docente de Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor aposentado da Universidade Federal do Paraná. Professor do Centro de Ensino Superior CESUL de Francisco Beltrão.

O propósito de unificar teses já apresentadas está atrelado ao passado acadêmico, mas há outra motivação, tão presente quanto prosaica, a inspiração advinda de uma película cinematográfica, o premiado “Avatar” narrativa da experiência de seus personagens no ano de 2154, em dois mundos ao mesmo tempo, separados por 4,4 milhões de anos-luz.² Não vou dar *spoiler* do filme, mas a referência às duas sociedades paralelas possibilita a comparação com dois contextos do direito,³ um imaginário, construído pela teoria e transmitido através do ensino, e outro real, correspondente ao direito enquanto experiência concreta.

A escolha de uma narrativa ficcional para ilustrar o texto responde ao desiderato de ingressar nas investigações sobre direito e literatura: estudar as formas de narrativa na teoria jurídica e na práxis judicial, sua importância para a hermenêutica, e o histórico das que subsidiaram a construção de convicções hoje integrantes da sabedoria jurídica universal, é objetivo que demonstra a relevância do assunto.

O texto a seguir procede a uma análise de conceitos básicos geralmente aceitos em Teoria Geral do Direito e do Estado e sua projeção no ensino acadêmico. É um ensaio de ontologia jurídica e política, portanto, mas também uma narrativa destinada a levantar controvérsias e reflexões.

Na base deste estudo radica uma postura intelectual definida como “crítica”, palavra que nos anos 80 aludia às situações de “crise” em todos os espaços da vida social. A crise do direito era um dos temas mais recorrentes, no sentido indicado por Orlando Gomes,⁴ referindo-se ao permanente anacronismo das instituições, incapazes de acompanhar a dinâmica histórico-social do direito.⁵ Mas após a constitucionalização dos direitos humanos ditos de segunda geração - direitos sociais – a crítica social estendeu-se ao direito e imprimiu-lhe um sentido epistemológico que veio a subsidiar a teoria crítica do direito. Este é o viés que passa a prevalecer nesta crítica à educação jurídica.

Mas a crítica é fundamentalmente um modo de conhecimento e lida, portanto, com formas *a priori* de pensamento, denominadas “categorias”, tradicionalmente divididas em dois tipos: formais, segundo a concepção estabelecida por Kant, e reais, engendradas a partir da fenomenologia de Husserl. Mas em se tratando do social suscitou-se um tipo alternativo, a que denominei “categorias críticas” conceitos elaborados para atuarem como instrumentos do saber, expressadas como sociedade, ideologia, alienação

² AVATAR – filme produzido em 2009 pela 20th Century Fox, dirigido por James Cameron.

³ Emprego a palavra “Direito” com a inicial maiúscula para identificar os estudos científicos do direito e o nome dos respectivos cursos e faculdades. A grafia em minúscula simboliza o direito como fato da experiência social, inclusive na acepção subjetiva.

⁴ GOMES, Orlando. A Crise do Direito. São Paulo, 1955.

⁵ CARVALHO, Joaquim de. Prefácio a E. Husserl, A Filosofia como ciência de rigor. Trad. Albin Beau, 2. ed. Coimbra: Atlântida, LIII-LIVI

e práxis; mas também poder, hegemonia, legitimação, trabalho, liberdade, direitos humanos e democracia. Ao estabelecer-lhes conteúdos significativos não se as está acorrentando a nenhum critério semântico, pois não passam de universais cujos sentidos são produzidos para instrumentalizar o cumprimento do compromisso essencial do pensamento crítico, a verdade.

Entre todas, merece destaque especial o conceito de *ideologia*, a autorrepresentação da sociedade e seu entorno, alcance que a distingue das ideologias racionais, crenças religiosas, políticas, filosóficas e outras a que os indivíduos estão vinculados por uma adesão consciente.

Além de fato da experiência coletiva, a ideologia é também forma de conhecimento, e nesta condição caracteriza-se por uma intersubjetividade comunicacional correspondente ao conceito fenomenológico de *intencionalidade*. Para Husserl, o objeto de conhecimento é correlato intencional da consciência cognitiva,⁶ que se projeta como união das subjetividades individuais em torno de ideias que aos poucos se generalizam, configurando o que tem sido analisado como inconsciente coletivo.⁷

Quando articulada com o poder, outro fator da vida comunitária, a intencionalidade converge para a ideologia, manipulada por indivíduos e grupos através dos meios de comunicação cada vez mais aperfeiçoados e, principalmente, da educação. O resultado prático é a aceitação da ordem social vigente pela maior parte da população, tudo voltado para a manutenção e reprodução da ordem social no interesse dos que dela se beneficiam.

A imagem ideológica da sociedade envolve um conjunto de crenças profundamente arraigadas no imaginário popular, que singularizam uma forma de normatividade que, embora coercitivamente imposta, deve ser por todos aceita em função de características próprias e, principalmente, de suas virtudes. A missão de apresentá-las, as crenças, as características e as virtudes, cabe aos cursos de Direito, os quais estão ideologicamente programados para formar profissionais treinados para o cumprimento das leis, interpretá-las e aplicá-las de acordo com os interesses de grupos sociais que detêm a maior parcela de poder.

O detalhamento destas crenças extravasa os limites deste artigo, todavia, o conhecimento de algumas é necessário para a compreensão do alcance ideológico do ensino jurídico, pois delas dimana toda a estrutura doutrinária construída desde a modernidade sobre os fundamentos ontológicos, lógico-metodológicos e epistemológicos das instituições jurídicas e políticas. Nada obstante, salvo a disciplina de Filosofia do Direito, a maioria

⁶ HUSSERL, Edmund *Investigações Lógicas*, trad. Zelyko Loparic e André M. C. Loparic, 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, col. «Os Pensadores», 1985. Ver texto introdutório de Marilena de Souza Chauí.

⁷ JUNG, Carl Gustav. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*, trad. de Maria Luiza Appy e outros, Petrópolis: Vozes, 2016.

das matérias de legislação deles não se dá conta. Eu as equiparo aos avatares, no sentido da palavra no hinduísmo.⁸ Na narrativa que apresento, os avatares surgem da transfiguração dos institutos engendrados ao sabor das doutrinas jurídicas e políticas, e podem ser equiparados às formas do platonismo, aos universais da metafísica medieval e ao espírito universal do idealismo hegeliano. São pressupostos ideológicos que concebem o direito como entidade ontologicamente autônoma, intrinsecamente justa e objetivamente racional, atributos que se estendem ao Estado.

São quatro, portanto, os seres imaginários que a ideologia oferece: três dizem respeito ao direito, o avatar ontológico, o axiológico e o racional; o quarto é o avatar político, o Estado.

2 O AVATAR ONTOLÓGICO

O avatar ontológico é a transfiguração das duas expressões mais transparentes do fenômeno jurídico, a normatividade e a instituição, entendida como ideia que se realiza e mantém juridicamente no meio social.⁹ Esta configuração infirma a realidade existencial de algo imaginário, mas supostamente dotado de unidade estrutural, tido por princípio e fundamento da facticidade do que existe fora da consciência e critério de verdade para as características essenciais da juridicidade. Sobre estas, existe controvérsia quanto à região ôntica do direito, e teorias as mais diversas o situam na natureza, na idealidade dos conceitos lógicos e matemáticos, no mundo da cultura ou ainda na transcendentalidade religiosa ou o metafísica. Estas concepções refletem-se na metodonomologia hermenêutica quando se trata de interpretar e aplicar as regras positivas.

É a questão ontológica basilar da filosofia do direito, que espelha a oposição entre jusnaturalismo e juspositivismo, idealismo e empirismo, culturalismo e utilitarismo, teorizações que não se esgotam no exame dos distintos momentos do ser, mas que se estendem à relação entre a normatividade jurídica e seus destinatários, as pessoas reais.

Na indagação sobre a essência universal do direito impõe-se a distinção estabelecida por Hartmann entre objetualidade e essencialidade, o que suscita o paradoxo da possível incongruência entre um conceito objetivamente considerado e o ente ontologicamente autônomo ao qual

⁸ Avatar provém do sânscrito, “avatāra”, com o significado no hinduísmo de manifestação terrena de uma divindade ou demônio. Também equivale a “encarnação” em outras religiões e, na linguagem informática, é a representação de uma pessoa na internet.

⁹ HAURIOU, Maurice. Teoria dell’istituzione e della fondazione, trad. de Cesarini Sforza, Milão, 1931. Tb. DELOS, J. T. «La Théorie de l’Institution», in Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, 1931, 97.

se refere.¹⁰ O paradoxo fica mais patente na indagação sobre os critérios de verdade dos enunciados linguísticos que expressam o direito na forma de leis e princípios,¹¹ não sendo preciso confiná-los a uma objetividade cognoscitiva, pois a verdade jurídica extraída dos mesmos no momento de sua aplicação não é necessariamente a verdade universal do direito.

A distinção entre direito como objeto e como essência está subentendida na separação estabelecida por Kelsen entre normas e proposições jurídicas,¹² do mesmo modo que na distinção entre linguagem jurídica e sua metalinguagem. Donde a condição ideologicamente atribuída ao direito, a de um ente cujo ser se reveste de singularidade que o distingue no universo das regiões do ser, inconfundível com suas expressões normativas.

Nada obstante, admitindo-se que o social seja portador de uma essência, esta identifica seu horizonte interno como algo que se apresenta como objeto. Mas além do horizonte interno, o conhecimento atinge seu horizonte externo, a abrangência de seu significado em função das circunstâncias *hic et nunc*. À proporção que estas são determinadas pelo sujeito no encontro entre as condições subjetivas do cognoscente e as características ontológicas que emanam do objeto, este não será portador de significado autônomo, como algo que dele sai e o qual a mente acessa, mas heterônomo, porque atribuído ou influenciado pelo sujeito, e este pelo seu entorno ambiental e comunitário.

Ao tratar-se do social, bem como das regras da moralidade e da juridicidade que o integram como expressões comunicativas, mesmo o significado essencial resulta heterônomo, pois não existe essência prévia do social, como não existe essência anterior do jurídico; é o sujeito quem as constrói, edificação que ocorre no plano concreto mediante a participação do sujeito em seu objeto pelo próprio ato de conhecer, e no conceptual por meio da elaboração teórica na conformação de um paradigma de saber racionalmente escolhido. É uma dinâmica que se apresenta como atividade empírica a revelar o real e suas variáveis, bem como as relações manifestas por induções, deduções e intuições; uma organização de ações a revelar uma objetividade, não como *a priori* universal, à moda do platonismo, mas situado, imanente ao objeto, todavia passível de apreensão pela consciência, e também de transformação em consequência da relação sujeito/objeto, a qual não traduz um pensamento abstrato, mas uma vivência.

¹⁰ HARTMANN, Nicolai. Ontologia, México: Fondo de Cultura Económica, 1905, 189.

¹¹ DWORKIN, Ronald. Is Law a System of Rules? In DWORKIN, R. M. (editor) et al. The Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press, 1979, pp. 38 e ss. Tb. CHUEIRI, Vera Karam de. A Filosofia Jurídica e Modernidade. Ronald Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM editores, 1995.

¹² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, 2. ed., trad. João Baptista Machado, Coimbra: Arménio Amado, 1962, 137 e s.

Ao infirmar esta ideologia, a educação jurídica corrobora uma falácia, pois o direito não tem um ser em si que se possa considerar objetivamente, não se forma por si em virtude de potencialidade ontológica, mas é permanentemente constituído pela experiência à medida que se problematizam os conflitos sociais e respectivas soluções normativas. Razão assiste a Castanheira Neves, ao asseverar que o direito é resultado de uma *poiesis* normativo-constitutiva, cujo referencial de validade é a evidência de uma historicidade autônoma e condicionada;¹³ é o *factum* da experiência imediata que se objetiva em padrões estandardizados de comportamentos.¹⁴ O direito é atualidade, não *factum*, mas *fieri*, possibilidade a determinar, *transcendens* de uma validade a predicar, problema a resolver. Não é realidade objetiva, mas objetivo para uma realidade”.¹⁵

O avatar ontológico é a transfiguração de um ser que não existe como real, mas que pode ser pensado como experiência presente que constrói o futuro.

3 O AVATAR AXIOLÓGICO

Os objetos do conhecimento, não importando sua materialidade ou idealidade, são passíveis da incidência de valores, os quais se polarizam em sentido positivo ou negativo. Tendo em vista essa polaridade, a ideologia não se limita a estabelecer a objetividade ontológica do ser jurídico, também lhe atribui uma qualidade positiva.

Lembrando que os avatares podem ser deuses ou demônios, não é preciso muita elucubração para dizer que o direito é o anjo da guarda da sociedade, seu bom avatar. É um pressuposto que omite os valores negativos da experiência histórica, quiçá presentes, como a escravidão, o despotismo e o desprezo pelos direitos humanos, para enfatizar seu correspondente positivo; e assim o direito é *ars boni et aequi*, identificado na justiça, no bem comum, na igualdade, na liberdade, que são os valores históricos do liberalismo. O direito é tido como mínimo ético,¹⁶ arte do bom e equitativo - *ars boni et aequi* - e vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o que é seu - *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* -. E os preceitos jurídicos - *praecepta iuris* - de Ulpiano o definem como regras morais: viver honestamente - *honeste vivere* -, não lesar o outro - *alterum non laedere* - e atribuir a cada um o que é seu - *suum cuique tribuere* -.

¹³ NEVES, António Castanheira. «Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito — ou as condições da emergência do direito como direito», in Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Coimbra: Almedina, 2002, 839.

¹⁴ BRONZE, Fernando José. Lições de Introdução ao Direito. Coimbra: Coimbra Editora, p. 120.

¹⁵ NEVES, António Castanheira. Questão-de-facto — Questão-de-direito, ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica), 1. ed., Coimbra: Almedina, 1967, p. 41.

¹⁶ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Trad. Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000 (Política y Derecho).

A educação jurídica, apegada ao dogmatismo exegético e ao culto à lei, não consegue vislumbrar e muito menos transmitir que a bondade essencial do direito não passa de artifício retórico para sua imposição ao consenso da macrossociedade, e que seu caráter ético está na dependência de seu uso como instrumento de controle social. Mas para obter o consenso com um mínimo tolerável de dissenso, interessa a ocultação dos aspectos perversos, o uso das leis para semear o ódio, a discórdia e o desejo de vingança, que em nome dos nobres valores que dignificam o avatar da juridicidade são cometidos os crimes mais hediondos contra a humanidade.

A distância que vai da teoria jurídica à sua prática configura autêntica aporia, beco sem saída, a mesma que Nietzsche suscitara em relação à moralidade, ao afirmar que esta não passa de interpretação moral de fenômenos da existência.¹⁷ Nesta perspectiva, pode-se asseverar o direito não passa de modo de interpretar fatos da vida, e que tal compreensão conduz à noção otimista de que o direito é uma ordem voltada para que todos sejam felizes. É o sentido que levou Miguel Reale a definir o direito como ordem na procura do bem,¹⁸ Ronald Dworkin a postular a integridade da ordem jurídica como virtude social a impor a todos que levem os direitos a sério,¹⁹ e John Rawls a referir-se à *well ordered society* como comunidade ideal.

Os valores sociais do direito, como justiça, paz, segurança, ordem, cooperação etc., e outros engendrados pelas ideologias racionais, como democracia, progresso, desenvolvimento e modernidade, devem ser encarados em função de seu contexto histórico do grau de intensidade da manipulação de que são objeto. À afirmação da neutralidade ideológica, a educação jurídica deve opor a evidência da operosidade ideológica dos valores, enfatizando que eles integram a essência da juridicidade e interferem na conduta dos cidadãos. O que deve ser esclarecido é que em todas as expressões normativas e decisórias do direito estão compreendidos os grandes valores multilaterais, como a segurança, a ordem, a paz e a justiça, os quais incidem sobre as normas e as instituições. O direito, sem deixar de ser direito, pode ser utilizado tanto para o bem quanto para o mal, e a prevalência de um ou de outro depende do grau de alienação da sociedade por ele regida. No plano individual, a opção entre a positividade e a negatividade é uma escolha racional que depende do caráter de quem escolhe. Como disse o poeta luso-brasileiro Sidônio Muralha: “se caráter custa caro pago o preço”.²⁰

¹⁷ NIETZSCHE, Friedrich. Genealogia da Moral: uma polêmica, trad. Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

¹⁸ REALE, Miguel. Fundamentos do Direito, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais e Universidade de São Paulo, 1972.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

²⁰ MURALHA, Sidônio. Obras Completas do Poeta. Lisboa: Universitária, 2002, p.200

4 O AVATAR RACIONAL

A analítica ontológica revelou os dois aspectos determinantes da configuração ideológica do direito, sua essencialidade e característica axiológica positiva, ambas fundamentais para a respectiva legitimação perante a sociedade. Mas há um terceiro fator, a atribuição ao jurídico de uma racionalidade que se manifesta nas teorizações que o concebem como norma, ordenamento e decisão, elaboradas a partir de sua pretensa sistemicidade analítica. A primeira asserção sobre a racionalidade é a afirmação do caráter científico dos estudos jurídicos, a segunda é a projeção desta cientificidade nos objetos a que se referem.

Desde que no contexto do Iluminismo se atribuiu à racionalidade o papel de instrumento para superar o obscurantismo medievo, assumiu relevância o problema das formas que a razão assume para a consecução de objetivos específicos. Ainda que anterior a Kant, a polêmica adquire maior relevância a partir de seus critérios de distinção entre a razão pura teórica e a razão prática, os quais não levavam em conta as atividades da consciência não redutíveis à pura racionalidade, nem as condições ambientais e sociais exteriores que interferiam no uso da razão.

Tal enfoque começa a mudar com a crítica de Schopenhauer ao conceito kantiano de razão prática, particularmente com referência à moralidade. Kant concebera a razão prática dentro do mesmo purismo gnoseológico com que tratara a razão especulativa, ou seja, como estrutura *a priori* encarregada de fornecer os princípios para a tomada das decisões. Daí o conceito de imperativo categórico, que o filósofo de Königsberg apresenta como fundamento apriorístico da moral e do direito.²¹ Schopenhauer, porém, ponderou que a finalidade das ações não é critério exclusivo, eis que a razão prática se refere a todas as ações humanas, inclusive as decorrentes de motivações que possam ser tidas por irracionais, cujo móvel não é a razão, mas a vontade. Se o caráter racional de um conhecimento, atitude ou ação concreta não pode ser negado, ainda que discutível, a vontade pode sê-lo à vista dos objetivos que levam o indivíduo a desejá-los ou não. Os motivos para a negação da vontade não estão atrelados a uma intenção ou sentimento de dever, mas emana de um contato imediato da interioridade do homem com sua realidade externa.²² E assim, a racionalidade adequada a esse tipo de decisão tem outra forma, que o filósofo denomina *ético-mística*.

²¹ V. o texto da palestra sobre Kant, que proferi na Universidade de Coimbra, no dia 24 de fevereiro de 2014. V. COELHO, Luiz Fernando. A Fundamentação Metafísica da Moral e do Direito: Repensando o Imperativo Categórico. In Boletim da Faculdade de Direito. V. XV, Tomo I, Coimbra, 2014, pgs. 315/330.

²² SCHOPENHAUER, Arthur. Aforismos para a sabedoria de vida. Trad. Jair Barboza. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2017.

Avulta então o papel da imaginação, que não constitui condição prévia e imanente à consciência somente, mas é fruto das condições exteriores que interferem na intersubjetividade. Donde a formação de um tipo de racionalidade que Max Weber nominou como substantiva, distinta da meramente formal ou teórica, que Mannheim concebeu como voltada para a compreensão da realidade e busca da liberdade, distinta da racionalidade funcional, voltada para os fins a serem alcançados.

Estes autores conceberam a racionalidade dentro de seus respectivos contextos sociais, cabendo a pergunta se suas noções permanecem na sociedade contemporânea. Foi o que levou os juristas filósofos da Escola de Frankfurt a pesquisar como a racionalidade intersubjetiva poderia ser definida em face das condições diferenciadas da sociedade pós-moderna. Nesse diapasão, suscitou Marcuse a racionalidade tecnológica como instrumento de dominação,²³ e veio a subsidiar Habermas em sua teoria da razão comunicacional, em oposição à ideia de dominância pela razão, caminho para um modelo ideal de ação comunicativa instrumentalizada na linguagem e no consenso. Na atualidade surgem novos tipos de racionalidade que ainda carecem de análise mais aprofundada. É uma forma que pode ser designada como digital ou algorítmica.

A teoria do direito pode alimentar-se das ciências particulares, mas o saber jurídico é uma retórica destinada ao convencimento a respeito do que se supõe verdadeiro. Deve-se levar em conta que o jurídico não antecede o conhecimento, não o descreve como objeto, mas o constitui permanentemente pelo próprio ato de conhecê-lo; o jurista cria e modifica o direito à medida que, em o conhecendo, o interpreta; afirma-se por isso o caráter problemático do saber jurídico, eis que seu objeto somente se constitui como um problema a ser solucionado e não como um objeto a ser descrito.^{24,29}

Quanto à neutralidade, trata-se de pressuposto da concepção positivista de ciência, que recomenda cientista que não se deixe envolver por convicções pessoais em seu labor de investigação. Reforçado pelo princípio néo-positivista da verificação,²⁵ o credo positivista exige que o saber não esteja contaminado por valorações. No caso do saber jurídico, além de impossibilidade epistêmica dessa neutralidade, já que o jurista é parte do objeto que descreve, não importando seu *status* profissional, é cidadão igual aos demais e *ipso facto* responsável pelos problemas enfrentados pela sociedade e possíveis soluções.

²³ MARCUSE, Herbert. A Ideologia da Sociedade Industrial. Trad. Giasone Relená, 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

²⁴ 29. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1973.

²⁵ FARREL, Martín Diego. La Metodología del Positivismo Lógico. Buenos Aires: Astra, 1976, cap. II. Tb. WARAT, Luís Alberto. O Direito e sua Linguagem, 2ª versão, Florianópolis: UFSC, 1983. Do mesmo autor, em colaboração com Albano M. B. Pêpe. Filosofia do Direito – uma introdução crítica, 1. ed. São Paulo: Editora Moderna, 1996.

A racionalidade do direito veio a constituir o pressuposto ideológico mais expressivo da concepção dogmática. Mas não se trata da racionalidade conceitual que a doutrina jurídica projeta na experiência, mas de uma racionalidade objetiva, pela qual se entende que a ordem jurídica é racional em si mesma, característica a ser descoberta e revelada pela ciência do direito. É um atributo a mais do avatar ontológico, que induz ao predomínio dos métodos ditos rigorosos de interpretação das leis, quais sejam, a análise linguística e os procedimentos da lógica formal, estabelecendo liames analíticos entre princípios e regras, bem assim, entre normatividade e subsunção. E assim, a teoria do direito absorve o conceito analítico de sistema e vê-se como padrão técnico e funcional, articulação de elementos e coerência de formas.²⁶

Dentro desta perspectiva, o direito não é somente norma racional, ele é um conjunto normativo organizado, um complexo lógico-formal dotado de completude, definido como ordem jurídica, da mesma forma vista como objetivamente racional nas articulações entre os elementos que a compõem, formando um sistema cujo critério é a coesão de suas normas singulares. A completude do sistema jurídico se expressa pelo princípio da plenitude, pelo qual se entende que a ordem jurídica não tem lacunas, porque envolve em si mesma os instrumentos para colmatar eventuais falhas na legislação.

O resultado mais expressivo dessa ideologia foi a construção de uma noção principiológica de constituição e ordenamento jurídico. Principiológica, porque constituída por princípios que pairam acima das demais normas jurídicas, as quais se relacionam com aquelas numa relação analítico-dedutiva. Aceita-se que a inserção na carta magna da nação de declarações relativas aos direitos básicos é garantia da efetividade de tais direitos.

Os princípios constitucionais são reconhecidos como valores superiores, em dada sociedade política, materializados e formalizados. Isso não obstante, embora se conceda prevalência ao aspecto formal, normativo, conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado, a teoria constitucional tem assinalado seu aspecto sociológico, distinguindo entre constituição efetiva ou material, conjunto dos fatores reais de exercício do poder, e constituição formal, que não passa de enunciados linguísticos e outras formas de expressão. E Carl Schmitt enfatizou o lado político, definindo-a como decisão política fundamental do Estado e da nação.²⁷

Tal conceito pressupõe uma racionalidade analítica que se objetiva ideologicamente na concepção piramidal, kelseniana. Entende-se que as normas jurídicas formam um sistema analítico encimado pela constituição, onde a lei

²⁶ SALDANHA, Nelson. Sociologia do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 140 s.

²⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 10.

escrita tem o primado sobre as demais fontes do direito, sendo considerada portadora de um significado autônomo que cabe ao intérprete descobrir e ao Estado aplicar na solução dos conflitos. Isso mediante a progressiva abstração de conteúdos outros que refletissem a concreta realidade a normatizar, o esvaziamento dos conteúdos valorativos do direito.

Mas a ideologia jurídica não se detém na alegada cientificidade do saber jurídico, pois incute a noção de que o direito é também racional em si mesmo, visto que se concretiza numa estrutura analítica como norma, ordenamento e decisão. Embora pareça evidente que a racionalidade é uma característica subjetiva dos indivíduos e não das coisas materiais que eles criam, a ideologia apresenta o próprio ser jurídico como objetivamente racional, mais um atributo a reforçar a imagem do avatar da juridicidade.

Esta coisificação da razão jurídica pode ser compreendida a partir da noção de intencionalidade referida no item inicial. Consoante expõe Husserl, é um processo envolvendo dois fatores que se dialetizam, *noema* e *noese* (*noesis*). O primeiro são os dados que defluem do objeto, e deles dimana um significado decorrente de sua essência e circunstância envolvente. O segundo é o aspecto subjetivo da atribuição de significados, compreendendo todas as atitudes que interferem na apreensão intelectual dos noemas, a cognição através da percepção, imaginação, ideologias racionais ou psicossociais, vivências místicas e religiosas, bem como o próprio saber como atitude consciente direcionada ao que se postula como verdadeiro.²⁸ A racionalidade pode então ser vista como propriedade noemática do direito, o que reforça a ideia de sua transfiguração ficcional.

Quando a racionalidade é circunscrita ao pensamento jurídico, a análise das formas de razão vincula-se ao problema metodológico do acesso e assimilação da normatividade especificamente jurídica, revelada nos parâmetros normativos dos juízos decididos. Essa atitude exige a constituição de instrumentos específicos de avaliação da interpretação jurídica nas suas dimensões de pressupostos intencionais, cuja racionalidade é apontada por Fernando Bronze segundo três critérios: as valorações como razão fundamentante, objetivos pragmáticos como razão finalística e a articulação de formas comportamentais, para atenuar a complexidade inerente ao sistema jurídico, uma racionalidade sistêmica.²⁹ O alcance dessa metodologia é a afirmação da autonomia do direito também no campo lógico-metodológico, sem necessidade de buscar os fundamentos da decisão em outros domínios culturais

²⁸ CARVALHO, Joaquim de. Prefácio a E. Husserl, *A Filosofia como ciência de rigor*, trad. de Albin Beau, 2. ed., Coimbra: Atlântida Editora, LIII-LIV.

²⁹ BRONZE, Fernando. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

Não obstante, se tivermos em mente a ideia de racionalidade sistêmica fulcrada na concepção luhmanniana da sociedade complexa,³⁰ poder-se-ia objetar que a complexidade do jurídico induz à sua desconstrução como ontologicamente autônomo. Para responder a esta questão, releva a separação inicial entre objetualidade e essencialidade, pois a metodologia a que se refere Bronze diz respeito ao momento existencial consubstanciado no juízo decisório, e não à aproximação intelectual ao fenômeno objetivado mediante fundamentos e critérios. É justamente esta aproximação que induz a autonomização do direito, como forma de pensar que se incorpora ao ente ontologicamente autônomo em que a ideologia o transformou, seu avatar.

Trata-se, portanto, de uma racionalidade ontológica que impregna o avatar hipostasiado do ente jurídico-político e sustenta outras, a da cientificidade do conhecimento jurídico, o entendimento da ordem jurídica como pirâmide analítica normativa, a racionalidade das decisões judiciais através do procedimento lógico da subsunção e, finalmente, sustenta o pressuposto da neutralidade do Estado e do próprio ordenamento jurídico.

Outro corolário do pressuposto da racionalidade ontológica é o princípio da plenitude do ordenamento jurídico.

O sistema jurídico só pode ser objetivamente considerado como contexto interdisciplinar, onde se articulam os vários subsistemas sociais, os quais são estudados como instituições políticas, econômicas, profissionais, sindicais, associativas, familiares etc. Ele não forma um sistema fechado e coerente, ele está cheio de normas contraditórias, sob a forma de regras ilegais, inconstitucionais, mas eficazes, porque impostas pela autoridade, ou seja, o sistema jurídico está integrado nos demais microsistemas sociais e é com eles permanentemente articulado. Por isso, a ordem jurídica contém lacunas, inclusive intencionais, que o digam os criminosos de colarinho branco e os políticos e autoridades corruptos que saqueiam o país sob a proteção das leis do Estado.

O direito não é racional, ele é emocional, intuitivo, prático. A racionalidade do direito é um mito, pois a forma ou aparência de racionalidade é somente um meio de legitimar o direito e as decisões jurídicas. Na verdade, o direito não pode desligar-se de seus operadores, os quais lhe incutem elementos de irracionalidade quando objetivam, através das regras e decisões, suas crenças, emoções, valores e sentimentos.

³⁰ LUHMANN, Niklas. *Ilustración Sociológica y otros ensayos*. trad. de H. A. Murena, Buenos Aires: SUR, 1973. Tb. *La Differenziazione del Diritto*. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Trad. de R. de Giorg e M. Silbemagi, Bolonha: Mulino Spa, 1990.

5 O AVATAR POLÍTICO

O derradeiro fator a consolidar a imagem ideológica do direito como algo em si é a transformação do Estado em um ser igualmente imaginário, acima da sociedade, voltado para o bem comum e supostamente real; em tais condições, ele integra o avatar ontológico em plano idêntico ao dos avatares axiológico e racional.

Sua configuração inicial é a figura do Leviatã, o monstro marinho de que fala o livro de Jó, utilizado por Hobbes para simbolizar o Estado e tendo por referencial a Europa do século XVI; neste lugar fictício, o soberano, mesmo sendo iníquo, é a própria encarnação da justiça, pois o intuito hobbesiano não foi a descrição de uma entidade violenta que, em estado selvagem, justificasse o pacto social, pois mais importante no Leviatã é o plano axiológico em que se considera o Estado, princípio da desigualdade entre os homens; e a ordem social, centrada na propriedade, não é decorrência da natureza original do ser humano, mas dádiva do soberano.

Essa ligação do Estado com a desigualdade correspondeu ao ambiente da Europa seiscentista, porém, no cenário da Inglaterra do século 17, que se estendia às florescentes colônias americanas, os interesses da nobreza fundiária impunham a ligação do Estado com a ideia liberdade. Os teóricos posteriores a Hobbes são apresentados como construtores de uma teoria da limitação dos poderes do Estado, mas o que na realidade fizeram foi legitimar o princípio da soberania, deixá-la derivar, não da vontade do soberano *tout court*, como em Hobbes e Luís XIV, mas de entidades metafísicas como a onipotência divina, uma natureza humana imutável, o direito natural, a sociedade abstrata, a *volonté générale*, o *Volksggeist*, a vontade do povo.

Enquanto na Inglaterra Sir Robert Filmer ressuscitava a vetusta teoria do poder divino dos reis e John Locke embasava os fundamentos do pacto social nos direitos naturais de subsistência e propriedade, na Europa continental Jean Bodin assentava os limites da soberania no direito natural, na tradição e no direito das gentes, Bossuet, De Maistre e De Bonald retomavam no plano metafísico as antigas doutrinas teológicas que viam a gênese do Estado em um direito divino sobrenatural ou providencial.

Eram os avatares da época, cujas pinceladas modernistas eram dadas por Montesquieu, ao assentar as bases teóricas do Estado moderno pós-iluminista, definir com nitidez suas funções e concebê-las de forma a exercer o mútuo controle.³¹ Em Rousseau, finalmente, o Estado fica sendo corpo social

³¹ MONTESQUIEU, Charles L. S. Baron de la Bréde et de. O Espírito das Leis. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, col. "Os Pensadores", 1985.

em que se concretiza a vontade comum, a *volonté générale* que se expressa pela lei, mas que respeita a liberdade e a igualdade política. É a nova feição do avatar, que pode ser concebido como democrático, mas que não reconhece nenhum poder superior ao seu e nenhum direito que não suas próprias leis.

Com efeito, em Rousseau pode-se detectar a construção do Estado metafísico, tendo em vista que ocorre a substituição da vontade real do soberano, cifrada no *l'État c'est moi* de Luís XIV, pela vontade metafísica do Estado. E com esta constrói-se paralelamente a metafísica da liberdade, entendida como o direito natural abstrato de agir na conformidade das leis estatais. Essa noção está igualmente presente em Kant, como princípio subjetivo expresso no imperativo categórico da liberdade, que também é limite e fundamento da soberania, desde que a regra das ações externas esteja desvinculada dos motivos do agir.

O apogeu desse processo de substituição da vontade real do soberano pela vontade metafísica do Estado é Hegel, para quem o avatar retorna ao seu lugar de origem, mas já desprovido de concreticidade. O espaço político hegeliano é o lugar da máxima realização do espírito objetivo que, para levar a cabo seu desiderato de autoconsciência, é também o palco de realização da autonomia individual; em Hegel, a liberdade consiste na consciência que o povo só adquire no Estado.

O pensamento dominante no século XVIII havia acolhido uma concepção individualista de liberdade, proveniente da tradição jusnaturalista, que a entendia como autodeterminação subjetiva. Mas Hegel, ao situar o Estado como recinto de realização da liberdade, tornou-a objetiva na medida em que o Estado era reificado. Ademais, deslocou o centro epistemológico de sua teorização, direcionada para um objeto que, de constituído pelas relações entre o Estado e os cidadãos, passa para o *Estado em si* como entidade real que é ao mesmo tempo racional; e assim, a legitimidade do avatar, que radicava na natureza dessas relações, nas garantias da ordem e segurança, passa a apoiar-se na atividade própria e independente que se manifesta por meio da lei e do governo. E o Estado volta a ser ilimitado, não porque as vontades reais que o constituem sejam infinitas, mas porque sua completa irresponsabilidade e seu poder sem limites são uma necessidade ontológica, exigência inexorável de sua plena realização. E assim, a doutrina hegeliana da soberania completa o ciclo histórico de afirmação doutrinária da organização social burguesa, a qual vai consolidar-se no século 19. Mas seu alcance foi muito além, e chegou ao século XX como fundamentação metafísica dos totalitarismos apregoados pelas ideologias racionais negadoras da dignidade da pessoa humana, nazismo e fascismo.

Nesse plano da inculcação do Estado como pressuposto do direito, prospera paralelamente uma postura filosófica que procura arrancá-lo de seu contexto histórico-social para alçá-lo a uma, condição de a-historicidade:

o Estado como símbolo da dominação real sai de seu casulo para coisificar-se no imaginário metafísico que o legitima, para depois retomar sua própria ideia como algo real em seu *Dasein*, sem necessidade de legitimação heterônoma. É o avatar ontopolítico a instituir-se como Estado totalitário, legítimo por si mesmo e triunfante na ocupação de todos os espaços normativos da sociedade.

O Estado é, portanto, o pressuposto basilar de toda essa mitologia, considerado o criador do direito ou cooptador das regras de conduta pertencentes a ordens normativas tidas por não jurídicas. O ensino jurídico, que também prepara políticos, administradores, contabilistas e cientistas sociais, o apresentado como ente real e transparente, uma essência não histórica que sempre existiu, embora revestida de formas históricas variáveis. É o que está implícito no adágio *ubi societas ibi ius*, que a filosofia política explica como um dito além e acima dessas aparências temporais. E o caráter transitório das organizações sociais reais serve para justificar as tiranias, consideradas anomalias que não comprometem o Estado mitológico, o avatar definido desde Platão como entidade ideal que se reflete nos Estados históricos. Nos manuais destinados aos estudantes, o avatar político é o ente que representa a nação, o povo e a sociedade, orientado para o bem comum, para a proteção dos fracos e oprimidos, para fazer as leis e administrar a justiça.

Os manuais refletem o atraso da filosofia política, que continua subordinada ao conceito positivista da objetividade científica. Partem da falsa evidência de que o Estado a antecede como objeto e cujas características essenciais determinam a correspondência semântica entre seu próprio ser e o saber que sobre ele se constrói; e quando verificam a impossibilidade de rigorosa correspondência com os fatos, procuram identificar o direito e o Estado segundo uma objetividade intelectualística de caráter analítico: o Estado e o direito como estrutura lógico-formal objetiva. Foi o caminho trilhado por Kelsen, cuja teoria do Estado baseada em seu purismo metodológico permanece altaneira a seduzir as mentes jovens e mal informadas. A educação jurídica brasileira não se dá conta de que a objetividade metodológica em ciências sociais prescinde do rigoroso sentido positivista da ciência, e adota paradigmas alternativos oriundos da filosofia existencial: o Estado e o direito como concreção dialética de fatores de diferentes estatutos ontológicos, seja como superposição, seja como unidade dialetizada. O atraso epistemológico e didático também leva a ignorar as manifestações do realismo jurídico na abordagem psicológica e sociológica, e, *last but not least*, ignoram as posturas críticas que denunciam a tendência a considerar o Estado e o direito, identificados em certas manifestações da vida social, como evento anterior à experiência gnósica. Assim, Olivecrona, após definir o direito como imperativo independente, conceitua o Estado em uma linha de pretensa objetividade

fática: o Estado como instituição social destinada ao monopólio da força.³² Curiosa é a analogia entre a tese de Olivecrona e a de Poulantzas, que define o Estado como “código da violência pública organizada” ou como “organização do monopólio da violência”.³³ Nessa mesma linha, Althusser insere no fato Estado a existência de dois aparelhos, destinados à manutenção do poder e confundidos nas instituições políticas, um repressivo e outro ideológico.³⁴

Identificados o direito e o Estado em sua dimensão existencial com a violência legitimada e institucionalizada, a exigência de objetividade fica responsável pela descrição semântica do *poder*, ao registrar idêntica equivocidade, tanto em relação às formas sob as quais ocorre, como em sua explicação genética, de conteúdo metafísico ou sociológico.

Assim é que a doutrina do poder irrompe na cultura europeia em torno da questão dos limites da potestade divina — a *potentia absoluta* ou *potentia ordinata Dei* —, passa ao plano político por meio da teoria do poder divino dos reis, seculariza-se pelo racionalismo e adentra a filosofia da vida e da existência por Nietzsche. Finalmente, verifica-se o retorno da antiga distinção entre a potestade absoluta e a ordenada, no contexto do pensamento existencial: em Sartre, a potência absoluta não reside em Deus, mas no ser humano.

A transição da metafísica para a sociologia e desta para a psicologia do poder opera-se segundo um determinismo que considera os conteúdos espirituais como sublimação das forças elementares da natureza.

Em Schopenhauer, os fatores determinantes da racionalidade são constituídos por um impulso natural instintivo e primário, que o filósofo definiu como *vontade*. O intelecto é apenas o produto da vontade vital em si inconsciente, um instrumento e uma arma na luta pela existência, a qual ocorre tanto no reino animal quanto no humano. Mas com a ressalva de que, no homem, o intelecto se desprende aos poucos da vontade e pode levá-lo a apreender o mundo de modo completamente objetivo e, então, ele configura, poetiza e pensa.³⁵

Esta brecha na filosofia da vontade instintiva é contestada por Nietzsche, para quem a objetividade desinteressada do pensamento, caminho para a liberação do homem da vontade primária irracional, só serviu para criar uma falsa hierarquia, que conduz ao poder. E Nietzsche paga seu tributo ao contratualismo quando assevera que os homens, para minimizar os efeitos da “guerra de todos contra todos”, fixaram por acordo o que no futuro deveria ser considerado verdade:

³² OLIVECRONA, Karl. *El Derecho como Hecho*. Trad. Gerónimo Cortés Funes. Buenos Aires: Lib. Jurídica, 1953.

³³ POULANTZAS, Nicos. *A Lei*. In *Crítica do Direito I*, São Paulo, 1977. Tb. *O Estado em crise*. Rio de Janeiro, 1977.

³⁴ ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado*. Lisboa, 1974.

³⁵ WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid, 1971, p. 211.

colocar em ação um exército de metáforas, metonímias e antropomorfismos para encobrir os impulsos que constituem a vontade de poder.

Em Marx, essas forças elementares, que condicionam a superestrutura ideológica — região ôntica do direito e das instituições —, são as relações econômicas, as quais determinam a divisão da sociedade por classes, na qual a pugna pela hegemonia faz com que a ideologia dominante seja a da classe no poder. Nietzsche inverte a ordem pois, segundo ele, a vontade é que leva o homem a apoderar-se das coisas; na perspectiva marxiana, o “apoderar-se” caracteriza o início da dominação política.

A descrição objetiva do poder está presente igualmente em Weber, que também o concebe como vínculo concreto, caracterizado pelo fato de alguém dar ordens a certo número de pessoas, na convicção de que será obedecido.

O poder é então visto como algo objetivo, como controle do Estado, noção metafísica que elide o fato social da obediência real ou potencial a que as pessoas estão inclinadas, seja por motivações autônomas, como certos imperativos éticos de consciência, seja por determinações heterônomas, nas quais o constrangimento jurídico é o meio mais eficaz.

A dominação surge na sociedade como difusa manifestação em todos os agrupamentos humanos, com grau variável de eficácia, o que repercute nas teorias que tratam do pluralismo das ordenações normativas.

Essa profusão de doutrinas evidencia a impossibilidade de um discurso semântico, quando se trata de objetos cujo ser não suporta a objetividade científica no seu entendimento tradicional: o *jurídico* e o *político*, na condição de objetos cientificamente cognoscíveis, constituem-se pela constante problematização de certa realidade, que não é de modo algum pressuposta, mas uma construção teórica da filosofia e das ciências sociais.

Questionam-se destarte os fundamentos epistemológicos da ciência política, tornando-se necessário distinguir seus requisitos ideológicos, porquanto os níveis de pura especulação acham-se extremamente difusos e entremeados com a elaboração ideológica. Hartmann já havia detectado esta dimensão do saber dirigido ao Estado, ao nominá-lo *teoria ideológica*, e Cabral de Moncada chegou a predicar como missão da filosofia o desmascaramento de seus impuros momentos ideológicos, ao reduzi-los ao seu justo significado de mitos ou postulados da ação, realizando-se a crítica das teorias políticas analogamente à crítica kantiana do conhecimento físico e matemático.

Fica demonstrado, portanto, o real alcance da narrativa ideológica, que é o de construir entes imaginários — os avatares da juridicidade e da politicidade — os quais se sobrepõem à realidade social concreta, ao substituí-la como objeto de uma teorização que postula o estatuto positivista da cientificidade. De maneira mais prosaica, poder-se-ia asseverar que nós acreditamos no direito e no Estado de igual modo que os antigos acreditavam nos deuses do Olimpo.

Assim como a jusfilosofia em relação ao direito, a doutrina do Estado elaborada pelo senso comum apresenta-o como entidade perfeita, produto da evolução de formas históricas de organização social, mas uma *persona* situada fora da história, neutra, criadora do direito no sentido do bem comum. Desta maneira, o pensamento conservador cumpre sua tarefa de propagar a imagem do Estado como um *ente* que sempre existiu e que sempre existirá. A *polis*, o império e o feudo são propostos como formas históricas de um ser real, que evoluiu até a perfeição consubstanciada no *Estado de Direito*: este é o mito que a ideologia jurídica e política inculca na macrossociedade.

Quando se aprofunda a crítica a esta concepção, que corresponde ao senso comum, o caráter lacunar do discurso ideológico torna-se evidente, pois seus enunciados coincidem apenas parcialmente com a realidade, em virtude da manipulação no interesse dos que dela se beneficiam. A ciência política, na impossibilidade de estabelecer a correspondência semântica entre uma realidade objetiva e o conceito de Estado, primeiro o constrói como objeto, como se o resultado dessa obra correspondesse à realidade da vida. Só que o objeto fica então constituído por essa realidade construída, ou seja, a própria ideologia, ao se reduzir o discurso que dele trata a simples metalinguagem dessas expressões ideológicas.

A ciência política, assim como a jurisprudência, trata então de elaborar categorias que representem certos fatos psicológicos ocultos sob o significante *poder*. Não obstante, as dogmatiza, ao transformar a ideologia em objeto de uma investigação que precisa ser objetiva para suportar o estatuto da cientificidade. Se tivermos presente o constituir-se em concreto das relações sociais, veremos quão fictício é o método de fabricação dos objetos das ciências que devem estudar esses eventos, sob a forma jurídica ou política. Pode-se dizer o mesmo do processo de institucionalização, igualmente ilusório, seja ele interpretado em suas conexões semiológicas ou simplesmente conceituais, seja ainda em suas expressões abstratas, de natureza lógica ou axiológica.

O Estado não passa de abstração, um mito; nós acreditamos no Estado tal como os gregos acreditavam nos deuses do Olimpo; ele surgiu historicamente após a consolidação de uma forma de controle social a que se convencionou denominar *direito* e só se antepõe a ele para dar legitimidade a suas próprias normas. O Estado é criação histórica dos que detêm a hegemonia na sociedade, e é por estes colocado a serviço de seus interesses.

6 SACRALIDADE, CARNAVALIZAÇÃO E TRANSFIGURAÇÃO NO ENSINO DO DIREITO

Como visto nos itens anteriores, tanto a linguagem quanto a metalinguagem do discurso jurídico partem de uma objetualidade configurativa,

como se o direito correspondesse a uma verdade objetiva à qual se reportam as normas jurídicas, diretamente, e os respectivos enunciados doutrinários, indiretamente. É uma dualidade discursiva reproduzida no discurso educacional sobre o direito, o Estado e seus institutos, com um sentido basilar de transmissão de conteúdos resultantes interpretações as mais das vezes subjetivas. E assim, prevalece um discurso dogmático cuja verdade é meramente consensual, muitas vezes legitimador do ilegítimo e justificador do injustificável.

A constatação desta insuficiência tem levado à busca de novas linguagens em setores do saber que extravasam os discursos científicos usuais, e mesmo o discurso crítico que, elaborado dentro dos paradigmas tradicionais, padece de caráter aporético aparentemente inafastável. Daí o desafio inicial, por que não se valer então de outros meios, a exemplo das expressões estéticas da ficção literária, da música, das artes plásticas e outras que o imaginário possa engendrar?

Difícil responder, pois toda inspiração nesse sentido se esgota na denúncia desprovida de soluções, embora alguns conteúdos tenham enriquecido o viés do pensamento crítico na tarefa pedagógica de conscientização. Nada obstante, permanece o impasse diante das enumeráveis interpretações da realidade contemporânea, nossa néo-modernidade, pós-modernidade, hiper-modernidade ou transmodernidade.³⁶ Ademais, o recurso à metáfora dos avatares não pode ignorar a referida conotação denunciativa, a qual tem seguido a constituição da normatividade. Os avatares engendrados situam-se em patamar igual ao das metáforas míticas e religiosas, não a personificação das divindades que interferiam nas relações entre os humanos, mas a configuração de seres de outra estirpe, construídos a partir dos universais da ciência e da filosofia.

Entidades míticas personalizadas, as encontramos nas antigas civilizações, quando os humanos atribuíam a entes sobrenaturais os acontecimentos que não podiam explicar e os tinham como origem de suas regras comportamentais, para o bem e para o mal. Entre os persas, Ormuzd seria a fonte de todo o bem, enquanto Ariman era um deus subalterno que, após haver se revoltado contra o primeiro, ter-se-ia tornado a origem do mal. No antigo Egito, os faraós consideravam-se reencarnação do deus supremo Amon- Rá, e o Livro dos Mortos faz referência ao Tribunal de Osíris e à deusa Maat, que simbolizava a lei e a ordem universais. Entre os povos

³⁶ WARAT, Luiz Alberto. Del discurso alienante de la modernidad a la semiología de la autonomia en la transmodernidad. Elementos para una semiología ecológica del Derecho. Hacia una teoría lingüística de la transmodernidad. Conferência pronunciada en la Universidad Hispanoamericana de Santa María de la Rábida, Huelva, ago. 1996. Apud MARTÍN, Nuria Belloso. Paradigmas ecológicos de la Filosofía del Derecho en la transmodernidad. In: OLIVEIRA Jr., Alcebíades (Org.) et alii. O Poder das Metáforas. Homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 25.

da Mesopotâmia havia o culto a Shamash, deus do sol e da justiça, mas as principais deidades sumérias representavam os quatro elementos da natureza: Na, Ki, Enlil e Enki, respectivamente o céu, a terra, o ar e a água, responsáveis em conjunto pelas leis imutáveis que a todos obrigavam. Também os assírios e babilônios adoravam Anu, o deus do céu, Enlil, o deus da terra, do ar e da tempestade, e Ea, o deus das águas, e tinham uma trindade de demônios, Labartu, Labasu e Akkhazu. Na época de Hamurábi, o deus protetor da cidade da Babilônia, Marduk, passou a reunir os atributos dos outros deuses e a ser venerado como o principal, presidindo o céu, a luz, a guerra e a fertilidade.

O tema bíblico do paraíso perdido aparece em quase todas as religiões, mas é a partir da filosofia, quando a religião cede espaço para a razão, que as crenças jurídicas e políticas assumem a forma de narrativa alegórica, o que encontramos em Homero, Hesíodo, Píndaro e Sófocles. A narrativa homérica ensina que a de origem divina não pode ser ofendida impunemente, e para Hesíodo a justiça é filha de Zeus. A supremacia absoluta da lei, a ordem cósmica que os pré-socráticos projetavam na cidade-Estado, era simbolizada pela inclusão de Têmis entre os titãs, os deuses da primeira geração que haviam se revoltado contra Cronos, o tempo, e se retirado para o Olimpo após a vitória. A fantasia mitológica ainda engendrou Dike, a justiça, nascida da união de Têmis com Zeus, o mais poderoso dos deuses.

A proposta inclusão dos avatares na mitologia jurídica respondeu ao desafio inicial de valer-se de linguagem literária, no caso a cinematográfica, para simbolizar a criação de novas deidades que possam encarnar as crenças jurídicas e políticas da época atual, infirmadas e transmitidas através da educação jurídica; uma narrativa doutrinária e ficcional com antecedentes bastante expressivos.

Neste sentido, a morte de Deus apregoada por Nietzsche entrevê as novas religiões da pós-modernidade, a religião capitalista referida por Walter Benjamin e a substituição da Igreja e seus sacerdotes pelas instituições bancárias, na observação de Agamben.³⁷ É a sacralização dos institutos, começando pela constituição e a democracia, e continuando nas instituições estatais, inclusive os partidos políticos, as novas divindades que não admitem profanação. Quanto à democracia, os estudos políticos atuais voltam-se para uma profusão de formas que demonstram mais dúvidas do que certezas quanto à sua capacidade de oferecer soluções para os problemas sociais. Com efeito, ela é designada como democracia liberal, populista, participativa, social, deliberativa etc., sendo estudada em seus benefícios, mas também em seus paradoxos e desarmonias, como o fazem Bobbio³⁸, e Habermas. E Jean Baudrillard refere-se ao mundo

³⁷ AGAMBEN, Giorgio. O uso dos Corpos (Homo Sacer N° 2). São Paulo: Boitempo, 2017.

³⁸ BOBBIO, Norberto. Qual Socialismo? 2. ed. Tradução de Iza de Salles Freara. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. Cf. OLIVEIRA Jr., José Alcebiades de. Bobbio e a Filosofia dos Juristas.

artificialmente criado como hiperrealidade, extensão do hiperrealismo estético, um espaço onde não há fronteiras entre o real e o ficcional.

Outro conceito, mais diretamente relacionado ao ensino jurídico, é o de carnavalização, empregado por Warat. Evocando Baudrillard e Bakhtin, denunciou Warat a alienação no ensino do direito, resultante de práticas didáticas que mantêm o aluno “... prisioneiro de uma censura que não poderá ser abalada por nenhuma prática de autonomia.”³⁹ É uma observação pessimista, que o autor enfrenta com sua proposta de carnavalização do ensino do direito, reavaliação linguística e simbólica das práticas voltadas para a definição e implementação de valores humanísticos, especialmente no que tange aos direitos humanos e à democracia.

Para melhor compreensão do alcance metafórico do carnaval, levado a efeito por Warat, é preciso afastar a imagem pantagruélica do carnaval carioca e paulistano, para ater-se ao horizonte do carnaval medieval e renascentista estudado por Mikhail Bakhtin.⁴⁰ Para o linguista russo, a carnavalização não se confunde com a eventual inversão de valores e papéis, mas traduz vivência e participação, não se deixando exaurir no esteticismo do espetáculo. É o que Warat reafirma, a carnalidade como atributo atuante no desfazimento das representações ideológicas e na implosão da microfísica dos segredos que sustentam as ordens totalitárias das verdades.⁴¹ E a carnavalização pedagógica tem seu complemento na epistemologia carnavalizada.

O recurso à mitologia tem tido o caráter de resposta aos problemas que a racionalidade não pôde solucionar, e o recurso à irracionalidade alegórica dos avatares não foge à regra. Se Warat falava em carnavalização das práticas jurídico-pedagógicas, e Aganbem referia-se à santificação das instituições, forma-se um contexto que inclui a transfiguração do direito e do Estado através de seus avatares. Mas a finalidade deste recurso à ficção cinematográfica deve ser atrelada à contemporaneidade, admitindo-se que as soluções historicamente aventadas podem não servir para o estado atual da sociedade.

A modernidade já fora caracterizada como situação histórica de crise religiosa, filosófica e política, no sentido de que os sustentáculos da civilização ocidental implicados pela religião, tradição filosófica e autoridade política já não se apresentavam como legítimos aos olhos do povo.⁴² Pode-se asseverar

Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. esp. p. 141 s.

³⁹ WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. O direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Safe, 1997, p. 60

⁴⁰ BAKHTIN, Mikhail M. A Cultura Popular na Idade Média e no Renascimento: o contexto de François Rabelais. 7. ed. São Paulo: Hucitec, 2010.

⁴¹ WARAT, Luis Alberto. Manifesto do surrealismo jurídico. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 71.

⁴² ARENDT, Hanna. As Origens do Totalitarismo. Tradução de Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Documentário, 1975 a 1979. V. ADEODATO, João Maurício Leitão. O Problema da Legitimidade.

que os tempos atuais são prolongamento dessa situação, que também enfrenta sua crise, decorrente da perda dos referenciais⁴³ que levavam o ser humano a sentir-se protegido como seguidor de uma religião, partícipe de comunidades mais ou menos definidas e, principalmente, como nacional de um país que considera sua pátria. Como enfatizou Lyotard, na sociedade pós-moderna a fragmentação e sensação de insegurança invadem o devir vital.⁴⁴ E Julios-Campuzano complementa, ao constatar a morte do sujeito como unidade histórica da razão, o que importou na quebra definitiva do projeto moderno em sua radical integridade.⁴⁵ Ademais, enfrenta-se uma crise de paradigmas,⁴⁶ diante do fracasso da ciência na solução dos problemas materiais que afligem a maior parcela da sociedade globalizada, informatizada e liberal-capitalista.

A sociedade atual tem sido descrita como pós-moderna, pós-industrial, do conhecimento, de risco, de massa, do medo e da exclusão,⁴⁷ entendimentos estanques que sinalizam as relações humanas na contemporaneidade, e que convergem para a ideia mais abrangente de sociedade complexa.

O conceito deve-se a Niklas Luhmann, em sua crítica epistemológica à sociologia positivista, que tinha como princípio metodológico a exigência de neutralidade ideológica do sujeito. Como demonstrado por Popper e Bachelard,⁴⁸ tal pressuposto traduzia uma aporia, pois o fato da imersão do sujeito em seu objeto determinava necessariamente certo nível de parcialidade. A solução encontrada por Luhmann foi substituir a relação sujeito-objeto pela distinção entre sistema e ambiente, nuclear em sua teoria dos sistemas.

Nessa linha de investigação, os sistemas sociais são encarados do ponto de vista das interações entre sistemas grupais menores e o maior, que forma o ambiente; donde a ideia de complexidade, conceito relacional vinculado à variedade e quantidade de interações entre os indivíduos, a nível macro

Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

⁴³ GODOY, Horácio. El Derecho y la Informatica. Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. La Plata, n. 17, oct. 1984.

⁴⁴ LYOTARD, J. F. La diferencia. Barcelona: Gedisa, 1996. p. 95.

⁴⁵ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. La Dinámica de la Libertad. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997, p. 262.

⁴⁶ KUHN, Thomas. La structure des révolutions scientifiques. Paris: Flammarion, 1983.

⁴⁷ GIDDENS, Anthony e PIERSON, Christopher. O Sentido da Modernidade - Conversas com Anthony Giddens. Política da Sociedade de Risco. Faculdade Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1. ed., 2000, pp.139-148. GIDDENS, Anthony. As Consequências da Modernidade. Segurança e Perigo. São Paulo: UNESP, 1991, pp. 16-19. GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich e LASH, Scott. Modernização Reflexiva - política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Raul Sikeri. São Paulo:UNESP. 1991. LUHMANN, Niklas. Sociología del riesgo. México:Universidad Iberoamericana e Universidad de Guadalajara, 1992.

⁴⁸ POPPER, Karl. A Lógica da Pesquisa Científica. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny S. da Mota. São Paulo: Cultrix e Universidade de São Paulo, 1975. Tb. Conhecimento Objetivo. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia e Universidade de São Paulo, 1975.

e micro, bem como as respectivas formas de expressão. E todo esse processo se viabiliza mediante a comunicação, outro fator inerente ao sistema.⁴⁹

As ideias de Luhmann serviram para uma noção mais realista da sociedade no presente. Vejo-a formada pelos grupos microssociais componentes da macrosociedade. Seu desenho perde a feição da ordem piramidal, e assemelha-se à intersecção de formas ovaladas, onde cada oval representa um microssistema, atravessa os demais e é por eles permeado. Há por conseguinte um núcleo comum que, ao mesmo tempo em que aparentemente é uma redução dos ovais, representando o ponto para o qual todos convergem, a exemplo do sentimento nacional, os envolve na mesma esfera social.

A configuração real e formal dos grupos é permeada pelo direito positivo, e cada qual institui em seu âmbito regras de conduta e comprometimento bem definidas, e seus membros possuem um traço cultural comum no que concerne a valores e objetivos. Não quer isso dizer que sejam monolíticos, homogêneos, nem movidos por amplo consenso, contudo, sempre que sua segurança e sustentabilidade corre algum risco, reúnem-se em torno de um objetivo que os une. Por essa razão e sem perder a identidade, perpassam seus limites territoriais e invadem o espaço de outros microssistemas, na busca de certo equilíbrio. Com efeito, um idoso pode pertencer, simultaneamente, ao seu próprio microssistema, a comunidade dos idosos, bem como ao familiar, ao dos consumidores e ao dos trabalhadores. Um narcotraficante, do mesmo modo, pode pertencer simultaneamente ao microssistema dos narcotraficantes, ao da família e ao dos presidiários. É ilusório imaginar que, numa sociedade organizada, um único grupo consiga limitar o raio de penetração de suas próprias raízes dentro de sua órbita de atuação, dada a imprescindível interdependência que naturalmente os norteia.

Os interesses desses conjuntos de microssistemas que se entrecruzam formam o macrosistema, que se identifica com a sociedade como um todo. São agrupamentos dotados de peculiaridades específicas que buscam, dentro do possível, uma convivência harmônica com as demais. Mas nessa articulação, alguns acabam por impor-se aos outros, seja por razões históricas que os dotaram de força política, seja porque conseguiram alguma espécie de liderança. Surgem então os grupos microssociais hegemônicos que, da mesma forma, se articulam para manter a hegemonia e se apoderam dos instrumentos de controle social, infiltrando-se nas organizações sociais, inclusive órgãos governamentais. Os conflitos intergrupais que então se formam são de magnitude tal que chegam a frear ou ameaçar a hegemonia do grupo e até sua continuidade.

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, sem indicação de data, p. 168)

Daí que a sociedade, para ser segura e estável, requer uma ordem normativa superior apta a dominar todos os microssistemas sociais, de forma a poderem evitar ou postergar o aparecimento de conflitos, sanando-os quando inevitáveis. A forma mais sofisticada de controle dos comportamentos individuais no meio social é o direito, que impregna os microssistemas ao sabor desses conflitos potenciais. Na sua compreensão usual como direito positivo, é o conjunto das normas comportamentais tornadas obrigatórias em virtude do poder de coação do Estado.

Na sociedade contemporânea verifica-se uma complexidade extrema na articulação de interesses, valores, projetos e exigências de indivíduos e grupos, uma rede de dimensões globais expressada mediante estruturas dos mais diversos aspectos, formadas por amplas redes comerciais, sistemas de produção e distribuição, pelo sistema financeiro mundial e também pelo mercado de trabalho, estruturas que transcendem as fronteiras geopolíticas e culturais. Não se acha vertical e hierarquicamente escalonada, mas horizontalmente articulada, uma estrutura que se projeta em micro-ordenamentos integrados no macro-ordenamento formado pelo direito positivo. É a antiga tese do pluralismo jurídico, que encontra nova fundamentação na teoria dos sistemas.

Assim é que não temos uma ordem jurídica única, estatal, racional e legítima, e sim, diversas micro-ordens normativas à disposição dos membros do agrupamento. Como cada microssistema é composto de indivíduos com características próprias, na maioria das vezes diversas das características de indivíduos de outros microssistemas, estes, cada um por si ou em conjunto, tendem a impor-se aos demais, o que está na gênese dos conflitos interindividuais, classistas, religiosos, políticos, etc., numa escala avassaladora que leva aos grandes conflitos identificados nas revoluções político-jurídicas e nas guerras. É o resgate da teoria da gradação da positividade jurídica, proposta por Miguel Reale, a qual oferece bastante similitude com a que ora desenvolvo. Só para completar esta noção sistêmica, é preciso considerar que a ordem normativa interna de cada grupo tende a positivar-se como ideal a atingir, na medida em que o direito positivo é o sistema que atinge maior grau de sofisticação, inclusive tecnológica.

No plano sociológico e sistêmico em que situo as presentes reflexões, as regras de comportamento engendradas no interior dos grupos microssociais refletem, na ordem jurídica, a vontade e interesses individuais e grupais. Onde a realidade nem sempre harmoniosa da convivência grupal, o que demonstra a extrema dificuldade na busca de soluções para a insuficiência de um ensino dogmático, estereotipado e alienante, ofertado à juventude acadêmica nas centenas de cursos jurídicos espalhados pelo país.

REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado. Lisboa, 1974
- ARENDT, Hanna. As Origens do Totalitarismo. Tradução de Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Documentário, 1975 a 1979
- ADEODATO, João Maurício Leitão. O Problema da Legitimidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989
- AGAMBEN, Giorgio. O uso dos Corpos (Homo Sacer N° 2). São Paulo: Boitempo, 2017
- BAKHTIN, Mikhail M. A Cultura Popular na Idade Média e no Renascimento: o contexto de François Rabelais. 7. ed. São Paulo: Hucitec, 2010
- BOBBIO, Norberto. Qual Socialismo? 2. ed. Tradução de Iza de Salles Freara. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 198.
- BRONZE, Fernando. A metodonomia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 1994
- BRONZE, Fernando José. Lições de Introdução ao Direito. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, sem indicação de data
- CARVALHO, Joaquim de. Prefácio a E. Husserl, A Filosofia como ciência de rigor. Trad. Albin Beau, 2. ed. Coimbra: Atlântida, LIII-LIVI
- CHUEIRI, Vera Karam de. A Filosofia Jurídica e Modernidade. Ronald Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM editores, 1995
- COELHO, Luiz Fernando. A Fundamentação Metafísica da Moral e do Direito: Repensando o Imperativo Categórico. In Boletim da Faculdade de Direito. V. XV, Tomo I, Coimbra, 2014
- DELOS, J. T. «La Théorie de l'Institution», in Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, N° 193
- DWORKIN, Ronald. Is Law a System of Rules? In DWORKIN, R. M. (editor) et al. The Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press, 1979, pp. 38 e ss.
- DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977
- FARREL, Martín Diego. La Metodología del Positivismo Lógico. Buenos Aires: Astra, 1976
- FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1973
- GIDDENS, Anthony. As Consequências da Modernidade. Segurança e Perigo. São Paulo: UNESP, 1991
- GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich e LASH, Scott. Modernização Reflexiva - política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Raul Sikeri. São Paulo: UNESP, 1991
- GIDDENS, Anthony e PIERSON, Christopher. O Sentido da Modernidade - Conversas com Anthony Giddens. Política da Sociedade de Risco. Faculdade Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1. ed., 2000
- GODOY, Horácio. El Derecho y la Informática. Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. La Plata, n. 17, oct. 1984
- GOMES, Orlando. A Crise do Direito. São Paulo, 1955
- HARTMANN, Nicolai. Ontologia, México: Fondo de Cultura Económica, 1905
- HAURIOU, Maurice. Teoria dell'istituzione e della fondazione, trad. de Cesarini Sforza, Milão, 1931
- HUSSERL, Edmund Investigações Lógicas, trad. Zelyko Loparic e André M. C. Loparic, 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, col. «Os Pensadores», 1985
- JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Trad. Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. La Dinámica de la Libertad. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997
- JUNG, Carl Gustav. Os arquétipos e o inconsciente coletivo. Trad. de Maria Luiza Appy e outros, Petrópolis: Vozes, 2016
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, 2. ed., trad. João Baptista Machado, Coimbra: Arménio Amado, 1962

- KUHN, Thomas. *La structure des révolutions scientifiques*. Paris: Flammarion, 1983
- LUHMANN, Niklas. *Ilustración Sociológica y otros ensayos*. trad. de H. A. Murena, Buenos Aires: SUR, 1973
- LUHMANN, Niklas. *La Differenziazione del Diritto*. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Trad. de R. de Giorg e M. Silbemagi, Bolonha: Mulino Spa, 1990
- LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Universidad Iberoamericana e Universidad de Guadalajara, 1992
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, sem indicação de data
- LYOTARD, J. F. *La diferencia*. Barcelona: Gedisa, 1996
- MARCUSE, Herbert. *A Ideologia da Sociedade Industrial*. Trad. Giasone Relená, 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- MURALHA, Sidónio. *Obras Completas do Poeta*. Lisboa: Universitária, 2002
- MONTESQUIEU, Charles L. S. *Baron de la Bréde et de. O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, col. "Os Pensadores", 1985
- NEVES, António Castanheira. «Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito — ou as condições da emergência do direito como direito», in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, Coimbra: Almedina, 2002
- NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto — Questão-de-direito, ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, 1. ed., Coimbra: Almedina, 1967, p. 41.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: uma polémica*, trad. Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- OLIVECRONA, Karl. *El Derecho como Hecho*. Trad. Gerónimo Cortés Funes. Buenos Aires: Lib. Jurídica, 1953.
- OLIVEIRA Jr., Alcebíades (Org.) et alii. *O Poder das Metáforas. Homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998
- OLIVEIRA Jr., José Alcebíades de. *Bobbio e a Filosofia dos Juristas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994
- POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny S. da Mota. São Paulo: Cultrix e Universidade de São Paulo, 1975.
- POPPER, Karl. *Conhecimento Objetivo*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia e Universidade de São Paulo, 1975
- POULANTZAS, Nicos. *A Lei*. In *Crítica do Direito I*, São Paulo, 1977. Tb. *O Estado em crise*. Rio de Janeiro, 1977.
- REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais e Universidade de São Paulo, 1972
- REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*, 4. ed. São Paulo, 1984
- SALDANHA, Nelson. *Sociologia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980
- SCHOPENHAUER, Arthur. *Aforismos para a sabedoria de vida*. Trad. Jair Barboza. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2017.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992
- WARAT, Luís Alberto. *O Direito e sua Linguagem*, 2ª versão, Florianópolis: UFSC, 1983. Do mesmo autor, em colaboração com Albano M. B. Pêpe. *Filosofia do Direito — uma introdução crítica*, 1. ed. São Paulo: Editora Moderna, 1996.
- WARAT, Luiz Alberto. *Del discurso alienante de la modernidad a la semiología de la autonomia en la transmodernidad. Elementos para una semiología ecológica del Derecho. Hacia una teoría lingüística de la transmodernidad*. Conferência pronunciada en la Universidad Hispanoamericana de Santa María de la Rábida, Huelva, ago. 1996
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito. O direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Safe, 1997
- WARAT, Luis Alberto. *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo: Acadêmica, 1988
- WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid, 1971

AMARTYA SEN E A JUSTIÇA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PARÂMETRO SENIANO DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL E A EDUCAÇÃO COMO PROPULSORA DE MUDANÇAS

Eduardo Ressetti Pinheiro Marques Vianna¹,
Regina Martinello Lins Pinheiro Vianna²

INTRODUÇÃO

A situação carcerária do país faz emergir reflexões das mais diversas, visando uma otimização nos procedimentos de ressocialização, recuperação dos apenados, e também da distribuição da justiça de forma ampla e condizente com a realidade nacional.

Ao se observar o espelho do sistema carcerário, com superlotação, condições longe do ideal dos estabelecimentos prisionais, ausência de servidores e investimento não condizente com um aumento da população carcerária exponencial, é de pensar em que termos a justiça se encontra presente em tais locais permeados por violência e violações de direitos.

Amartya Sen, indiano, vencedor do prêmio Nobel de Economia, em sua obra “A ideia de Justiça” traçou apontamentos sobre o distanciamento da teoria de justiça de John Rawls, da realidade vivenciada pelo economista em seu país natal e, deste ponto, buscou aproximar seus estudos sobre a justiça de escolhas e liberdades que permitam um funcionamento institucional que busque efetivamente a sua concretização.

Assim, buscou-se direcionar as considerações do autor indiano sobre ideia de justiça para o sistema carcerário nacional, adicionando-se dados sobre grau de escolaridade dos aprisionados, aumento da população carcerária e a educação como fator de realização da justiça e cidadania.

A escolha do parâmetro seniano para o presente trabalho deve-se à proximidade da vivência de seu Autor com a realidade de seu país que possui, assim como na atualidade brasileira, desequilíbrio social, abismos econômicos entre seus cidadãos e, segundo o *World Prison Brief*, um número elevado de presos provisórios³, fato este que deve ser temperado ante o número absoluto de habitantes na Índia.

¹ Pós-graduado e especialista em Direito Tributário, Juiz de Direito da Comarca de Francisco Beltrão/PR. E-mail: erpm@tjpr.jus.br

² Pós-graduada em Direito Previdenciário, Advogada. E-mail: reginamglins@outlook.com

³ De acordo com a publicação, a Índia é o único país que supera o Brasil em número de presos provisórios, contando com 323 mil presos nesta condição - <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>.

1 A IDEIA DE JUSTIÇA

O presente trabalho traz considerações de Amartya Sen acerca da sua “Ideia de Justiça” e, ao final, destacar um apontamento sobre a justiça no âmbito nacional, a utilização da educação como fator de redução de injustiça e inserção da cidadania.

Conforme observa o supramencionado autor em sua obra “A Ideia de Justiça”, duas seriam as posições adotadas para o estabelecimento do ideal de justiça. Uma primeira abordagem, trazida por Hobbes no século XVII, afirma que:

“(…) concentrou-se na identificação de arranjos institucionais justos para uma sociedade. Essa abordagem, que pode ser chamada de ‘institucionalismo transcendental’, tem duas características distintas. Primeiro, concentra a atenção no que identifica como a justiça perfeita, e não as comparações relativas de justiça e injustiça. (...) Segundo, na busca da perfeição, o institucionalismo transcendental se concentra antes de tudo em acertar as instituições, sem focalizar diretamente as sociedades reais que, em última análise, poderiam surgir. É claro que a natureza da sociedade que resultaria de determinado conjunto de instituições depende necessariamente também de características não institucionais, tais como os comportamentos reais das pessoas e suas interações sociais.” (2011, p. 36).

Em uma segunda abordagem, como desenvolvimento da primeira, há a estipulação do chamado “contrato social” hipotético, assunto tratado por autores como Kant, Locke e Rousseau, sendo considerada da seguinte maneira:

“(…) alternativa ideal para o caos que de outra forma caracterizaria uma sociedade, e os contratos que foram mais discutidos por tais autores lidavam sobretudo com a escolha de instituições. O resultado foi o desenvolvimento de teorias da justiça que enfocavam a identificação transcendental das instituições ideais.” (SEN, 2011, p. 36).

Um dos principais teóricos da concepção atual de justiça, John Rawls, estabelece sua teoria de justiça sobre instituições perfeitamente justas e sólidas. Nesse sentido, a proposta de Amartya Sen pode ser sintetizada em uma pergunta, pelo menos para o fim proposto no presente ensaio: “O que seriam instituições perfeitamente justas?”

A passagem a seguir do autor indiano, sobre o contraste de sua investigação conceitual de justiça para a utilizada atualmente, é de extrema importância para se compreender a sua formatação conceitual:

“Em segundo componente da divergência diz respeito à necessidade de focar as realizações e os feitos, em vez de apenas o que se identifica como as instituições e as regras certas. O contraste aqui se relaciona, como mencionado anteriormente, a uma dicotomia geral – e muito mais ampla – entre uma visão de justiça focada em arranjos e uma compreensão de justiça focada em realizações. A primeira linha de pensamento propõe que a justiça seja conceitualizada quanto a certos arranjos organizacionais – algumas instituições, algumas regulamentações, algumas regras comportamentais - cuja presença ativa indicaria que a justiça está sendo feita. Nesse contexto, a pergunta a ser feita é: a análise da justiça necessita limitar-se ao acerto das instituições básicas e das regras gerais? Não deveríamos também examinar o que surge na sociedade, incluindo os tipos de vida que as pessoas podem levar de fato, dadas as instituições e as regras, e também outras influências, incluindo os comportamentos reais, que afetam inescapavelmente as vidas humanas?” (SEN, 2011, p. 40)

Portanto, para Sen há diferença entre a justiça focada em arranjos e uma compreensão de justiça focada em realização, onde devem-se observar os comportamentos da sociedade, pois a cultura, a realidade social, os afazeres concretos, são fatores de modificação das ações dos indivíduos que fazem parte da comunidade.

Seguindo essa linha, Sen define a justiça norteada em realização:

“(…) A necessidade de uma compreensão da justiça que seja baseada na realização está relacionada ao argumento de que a justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem viver de fato. A importância das vidas, experiências e realizações humanas não pode ser substituída por informações sobre instituições que existem e pelas regras que operam. Instituições e regras são, naturalmente, muito importantes para influenciar o que acontece, além de serem parte integrante do mundo real, mas as realizações de fato vão muito além do quadro organizacional e incluem as vidas que as pessoas conseguem – ou não – viver.” (2011, p. 48)

Sendo assim, as instituições devem estar atentas não apenas aos seus deveres programáticos formalmente instituídos através de veículos introdutórios de normas regentes, mas sim à sociedade e ao maior número de aspectos reais que dela exsurgem, afim de elaborar e colocar em prática regras que estejam de acordo com os anseios da destinatária do bem-estar social, com vistas atentas às suas pretensões idôneas, experiências e realizações.

Pois bem, voltando à ideia de justiça sob a regência de Rawls, verifica-se que o mencionado autor traz a “justiça como equidade”. Para a compreensão

de equidade, é de extrema importância a lição de Amartya Sen:

“O que é então equidade? Essa ideia fundamental pode ser conformada de várias maneiras, mas em seu centro deve estar uma exigência de evitar vieses em nossas avaliações levando em conta interesses e as preocupações dos outros também e, em particular, a necessidade de evitarmos ser influenciados por nossos respectivos interesses pelo próprio benefício, ou por nossas prioridades pessoais ou excentricidades ou preconceitos. Pode ser amplamente vista como uma exigência de imparcialidade.” (2011, p. 84)

Sendo assim, a equidade deve ser vista de forma isenta, sem levar em conta os interesses pessoais de cada indivíduo, sendo vista como uma premissa de neutralidade em face da realidade experimentada em cada localidade ou situação. Parte-se, logo, de uma premissa de isonomia de condições quanto à implementação das bases da justiça.

Nesse sentido, para Rawls:

“Na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos uma condição primitiva da cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. (...) Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância.” (1997, p. 56)

Portanto, se todos estão numa situação semelhante e ausente a ideia de se designar princípios para favorecer condição particular de um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo. Esta maneira de considerar os princípios da justiça é chamada pelo autor como equidade. (RAWLS, 1997, p. 33)

Tem-se que, na publicação “Uma Teoria da Justiça”, Rawls acaba por fundamentar a “justiça como equidade” e, logo em seguida, os princípios da justiça sob instituições sólidas e em obediência aos seus fins.

Sobre os princípios, Rawls cita dois:

“Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo:

as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.” (1997, p. 64)

E neste ponto reside a observação do Prêmio Nobel indiano Amartya Sen. Há, nas bases da teoria analisada, um afastamento da realidade social, política e cultural, o que é visto pelo mesmo ante sua realidade vivenciada na Índia, mas que pode ser trazida para os trópicos brasileiros sem adequações que lhe retirem a profundidade analítica e o sentido.

2 DAS INSTITUIÇÕES CARCERÁRIAS BRASILEIRAS

As instituições brasileiras não podem ser vistas como sólidas e em obediência aos seus fins de forma absoluta e isenta de observações importantes. Visualiza-se, em muitos dos seus aspectos e organismos, uma falta de estrutura básica para a consecução de seus objetivos.

Exemplo notável é a estrutura prisional brasileira, com todos os seus pontos legislativamente previstos, e situações de omissões práticas e executivas para a consecução de seus objetivos.

Não é exagero expor que tal segmento não pode ser visto de forma equânime para o alcance de uma noção de “justiça no cárcere”.

Instituições, na visão de Rawls, estão assim definidas:

“Por instituição entendo um sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, etc. Essas regras especificam certas formas de ação como permissíveis, outras como proibidas; criam também certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrem violações. Como exemplos de instituições, ou, falando de forma mais geral, de práticas sociais, posso pensar em jogos ou rituais, julgamentos e parlamentos, mercados e sistemas de propriedade. Pode-se considerar uma instituição de dois modos: o primeiro, como um objeto abstrato, ou seja, como uma forma possível de conduta expressa por um sistema de regras; segundo, como a realização das ações especificadas por essas regras no pensamento e na conduta de certas pessoas em uma dada época e lugar. Há uma ambiguidade, portanto, quanto ao que é justo ou injusto: a instituição como realização concreta ou a instituição como um objeto abstrato. Parece melhor dizer que justa ou injusta é a instituição concreta e administrada efetiva e imparcialmente. A instituição como um objeto abstrato é justa ou injusta na medida em que qualquer realização concreta dela poderia ser justa ou injusta.” (1997, p. 58)

Algumas instituições no Brasil passam por crises internas que não contribuem para suas ilustrações como entes sólidos e suficientes para fomentarem a aplicação da justiça amplamente.

As realizações concretas do sistema carcerário, que na atualidade não refletem as necessidades e anseios sociais, são omissas quanto à população menos favorecida, seus direitos e garantias.

Esta constatação não é de difícil verificação em um país em que a atribuição para consecução das demandas sociais vem sendo confundida com interposições cada vez mais amplificadas e variadas de demandas judiciais, dependendo de um protagonismo nem sempre previsto ou desejado do Poder Judiciário, mas que ante anseios concretos e postos da sociedade, não pode deixar de entregar a justiça em concreto⁴. Não são raros os pedidos por entes legitimados de construção de presídios, reformas em prédios carcerários, contratação de agentes de segurança, entre outros, todos tomando por base um dever e consequente omissão do Poder Público nesta área.

Adotando a lição do Professor indiano, a ideia de justiça no contexto nacional passa por necessidades que não são supridas pelos meios constitucionalmente previstos, em que pese o caráter satisfativo nas previsões constitucionais da Carta de 1988.

As instituições responsáveis por aparelhar e oferecer o mínimo constitucional encontram dificuldades em fazê-lo ante os mais diversos obstáculos, mas obstáculos estes que se escoram em realidade social, financeira, cultural que não podem ser omitidas ou afastadas sob o argumento da justiça pela equidade.

A ausência de previsão orçamentária, a escassez de recursos, a ausência de vagas e estabelecimentos prisionais (provisórios e definitivos), a insuficiência dos modelos tradicionais de ressocialização, a inação na atuação da prevenção criminal, são situações concretas que acabam por atingir frontalmente uma população desamparada da justiça em seu conceito básico. A ausência de justiça carcerária reflete-se nos direitos à liberdade e dignidade, sendo certo que a adequação da teoria de Rawls possui, quando posta na prática neste campo apontado, uma desconexão que acaba por limitar o acesso à tão preciosas garantias constitucionais⁵.

⁴ Neste ponto é importante estabelecer que a justiça em concreto não se confunde com a “ideia de justiça” ou “teoria de justiça” objeto deste artigo. A justiça aplicada em processos judiciais, em que pese a busca pelo operador do direito pela mais ampla e profunda análise do caso posto, dificilmente se atará a previsões programáticas, mas sim à legislação e outros veículos construtores da norma jurídica, restando não tanto espaço para construções programáticas. Na criação da legislação, especialmente em seu momento de enunciação – conforme lições de Gregório Robles em seu “O direito como texto” e Tárek Moysés Moussallem em seu “Fontes do Direito Tributário” – que possuem como fim o processo de promoção do enunciado, isto é, a construção das diretrizes legislativas que orientarão o aplicador do direito.

⁵ Toma-se a liberdade aqui, de utilização dos termos direitos e garantias constitucionais sem

Em estudo realizado no ano de 2019⁶, observou-se que, em apenas um semestre, a população carcerária no Brasil aumentou 3.89%, ou seja, em seis meses a ocupação de estabelecimentos prisionais, que já extrapola os limites físicos, foi elevado em percentual significativo para período mínimo de tempo, considerando políticas públicas de periodicidade maior.

De acordo com o mesmo Depen, a taxa de encarceramento no Brasil a cada 100 mil habitantes passou de 137, no ano 2000, para 367,91 até junho de 2019, sendo que em 1990, a mesma taxa era de 61 pessoas presas a cada 100 mil habitantes⁷.

Ou seja, a ideia de justiça no sistema prisional brasileiro dificilmente pode se dar ausente da consideração da realidade dos ergástulos, e tão importante quanto, de uma das razões pelas quais tais aumentos vegetativos prisionais não arrefecem.

Aqui está o enlace dos temas tratados nestas observações. É possível que o Poder Judiciário, diante da realidade extremamente complicada das instituições atuais, em especial a carcerária, venha a prover uma justiça baseada na equidade proposta por Rawls?

É difícil afirmar-se positivamente, uma vez que os números acima acabam por sugerir um aumento gradativo da população carcerária, e de taxa de encarceramento no Brasil, e os números deixam claro que do ano de 2010 a 2019, a média de investimento na Segurança Pública dos Estados aumentou em 35%⁸ (trinta e cinco por cento), enquanto apenas dos anos entre 2010 a 2019, a média de população carcerária aumentou de aproximadamente 500.000 (quinhentos mil) presos, para 755.274 (setecentos e cinquenta e cinco mil, duzentos e setenta e quatro) encarcerados, ou seja, um aumento de mais de 50% (cinquenta por cento).

A justiça aplicada nos corredores dos Fóruns não deve ser aquela almejada em uma visão ampla de sociedade, com suas nuances particulares e realidade posta. Ao se adotar a teoria de justiça sem adentrar nos aspectos profundos das mazelas de cada ponto da cultura e sociedade de um país de dimensão continental, estar-se-á a retirar daqueles menos privilegiados a possibilidade de alcance e albergue da justiça constitucionalmente prevista e garantida.

adentrar nas lições distintivas do Professor Paulo Bonavides (2016), que certamente são de valia ímpar, mas destacam, no presente artigo, liberdade e dignidade como bens garantidos constitucionalmente em seu mais elevado grau.

⁶ <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>

⁷ <https://www.gazetadopovo.com.br/república/populacao-carceraria-triplica-brasil-2019/>

⁸ <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>

3 A EDUCAÇÃO COMO BALIZA DA JUSTIÇA NO SISTEMA PRISIONAL

Uma forma de adequação da ideia de justiça de Amartya Sen no Brasil, seria garantir educação básica e de qualidade para a população mais vulnerável, que impositivamente, ante a fotografia da realidade do cárcere hoje, possui maior chance em se tornar a população carcerária no país, confirmando a necessidade de se visualizar a justiça em conjunto com a realidade social.

Em pesquisa realizada pelo Governo Federal e pelo Ministério da Justiça, mais de 75% (setenta e cinco por cento) da população carcerária não chega ao ensino médio, sendo que poucos destes, conseguem, efetivamente, finalizar o ensino básico.

Ou seja, aqueles a quem se dirige a norma penal no Brasil, em regra, não possuem, sequer, um ensino mínimo.

No *site* “Educa Brasil”, tem-se o conceito do que é o ensino fundamental:

“O atual ensino fundamental de 9 anos (anos iniciais e finais) tem uma base nacional comum, que é complementada pelas instituições de ensino de acordo com a sua proposta pedagógica e as características regionais e sociais de onde ela se localiza. Nesta etapa da educação são difundidos os valores sociais, os direitos e os deveres dos cidadãos, bem como a noção de respeito ao bem comum e à ordem democrática. É no ensino fundamental também que os estudantes são incentivados a ter iniciativa, a desenvolver sua autonomia e várias outras coisas.”

De outro lado, o ensino médio é assim qualificado:

“O que é o ensino médio? Última etapa da educação básica brasileira, o ensino médio tem duração de três anos e seu principal objetivo é aprimorar os conhecimentos obtidos pelos estudantes no ensino fundamental I e II, além de prepará-los para o mercado de trabalho, seja para ingressar imediatamente em uma profissão (possível com a união entre ensino médio e técnico) ou conseguir uma vaga numa Universidade e assim construir aos poucos uma carreira de nível superior. Durante o ensino médio o adolescente já possui mais independência e está apto para tomar suas próprias decisões. Sendo assim, todo o esforço envolvendo os estudos deve partir dele, e não dos professores, que estão nas salas de aula prontos para ensinar e auxiliar no processo, mas só isso: estudar nas horas vagas, desenvolver trabalhos e pesquisas e investir no futuro profissional só o aluno pode fazer. Além disso, a adolescência é uma fase que envolve não só questões relacionadas aos estudos, mas também a personalidade do jovem. O ensino médio é, então, uma etapa que permite a criação e o fortalecimento de laços de amizade que podem até mesmo

durar a vida toda, além de proporcionar atividades que envolvem o autoconhecimento e outras questões.”

Pois bem, é claro que, se a maioria da população carcerária sequer possui este ensino fundamental, não foi prestigiada com a mínima noção de respeito ao bem comum, à ordem democrática, ao desenvolvimento de sua autonomia, enfim, segmentos básicos e basilares de formação do ser humano.

Na lição seniana, esta ausência de educação básica deve ser levada em conta para a construção da ideia e ideal de justiça, ainda que o próprio autor reconheça que a justiça de forma absoluta não será possível, especialmente pela variedade infundável de injustiças e realidades obscuras que uma sociedade possui.

É importante recordar que não se trata de uma escolha do encarcerado não ser educado, pois é dever do Estado propiciar, prover e estimular o jovem e adolescente ao estudo. Neste raciocínio, não é demais afirmar que o Estado falha ao não prover educação mínima à mais de 75% (setenta e cinco por cento) da população que se encontra encarcerada. Mas apesar de não propiciar o arcabouço para que o mesmo possua o discernimento e conhecimento sobre direitos, deveres, formação social, cultural, o Estado não se omite no momento de remeter ao cárcere estes cidadãos. (NOVO, p. 01)

A educação é o caminho constitucional e de estabelecimento de política pública mais seguro para a aproximação da justiça condizente com a realidade social suportada neste momento. É importante destacar que, conforme exposto no capítulo anterior, a população carcerária no Brasil aumentou em quase 50% (cinquenta por cento) nos últimos dez anos. De outro lado, o analfabetismo foi reduzido entre 2007 a 2015, de 10,1% para 8,0%, sendo que em 2020 a taxa ficou ainda menor, em 6,6% em 2020.

Ou seja, o cenário atual afirma que a taxa de alfabetização aumentou, o que evidentemente é positivo e denota que há avanço em tal base de dignidade, mas a população carcerária aumentou ainda mais, e o perfil deste segmento não foi alterado. A conclusão que se pode chegar é que os encarcerados são em maior número, mas concentrados em uma parcela da população menor, ou seja, os menos favorecidos, aqueles que são mantidos afastados da educação básica, em sua imensa maioria. Os cidadãos que não alcançam a educação são em menor número, mas são cada vez mais os alvos do encarceramento, sendo certo afirmar, portanto, que o caminho para uma justiça programática seniana passa necessariamente pelo acesso da educação a uma parcela menos favorecida da população, evitando-se, assim, o desconhecimento de valores, direitos, deveres e sentimento de não pertencimento à cidadania.

Em estudo realizado no sistema carcerário do Estado do Rio de Janeiro, Elionaldo Fernandes Julião detectou redução significativa quando há a opção

de estudo dentro da prisão. Neste sentido:

“Diante dos dados levantados na pesquisa, levando-se em consideração as diversas ressalvas explicitadas no decorrer da análise, pode-se constatar que realmente é diferente o perfil social dos reincidentes em comparação aos não reincidentes: os reincidentes são, na grande maioria, do sexo masculino, solteiros, jovens, pretos e com uma escolaridade deficiente. Além disso, os dados permitem afirmar que os internos que participam dos projetos educacionais e laborativos apresentam predisposição à ressocialização, assim como também apresentam características distintas daqueles que não estudam nem trabalham. O estudo da regressão evidenciou que os fatores que aumentam a reincidência penitenciária são: ser homem; ser jovem; ter cometido os crimes de roubo, furto e estelionato/fraude (em comparação com o tráfico). Além disso, mostrou que para cada ano de liberdade o réu tem mais chances de reincidir e que quem trabalha têm menor chance de reincidir, assim como quem estuda. Quando comparamos o trabalho ao estudo, evidencia-se que ambos são significativos, porém, enquanto o estudo no cárcere diminui a probabilidade de reincidência em 39%, o trabalho na prisão diminui essas chances em 48%. Ou seja, os referidos dados não ratificam uma das hipóteses iniciais desta pesquisa de que o efeito do estudo é superior ao do trabalho na inserção social do apenado. Na análise dos dados referentes aos indivíduos que estudaram e trabalharam no sistema penitenciário fluminense, foi possível verificar que a elevação de escolaridade é inversamente proporcional ao tempo dedicado ao estudo. Ao contrário, o interesse pelo trabalho aumenta com a elevação do nível de escolaridade. Ou seja, quanto mais elevada a formação educacional, menos tempo, por exemplo, foi dedicado ao estudo. Em contrapartida, quanto mais elevada a sua formação mais tempo foi dedicado ao trabalho. Em linhas gerais, como resultado da pesquisa, pode-se afirmar, por um lado, que o trabalho e o estudo representam papel significativo na reinserção social dos apenados, diminuindo consideravelmente sua reincidência; quem tem disposição para se reinserir tem mais predisposição a estudar e trabalhar. Por outro lado, ao contrário do que se imaginava, o efeito da educação é inferior ao do trabalho como programa de reinserção social para a política de execução penal, apresentando dados menos significativos. Embora os projetos laborativos e educacionais para jovens e adultos privados de liberdade acumulem uma longa história no país, pode-se tacitamente afirmar que ainda não existe uma política pública de educação e de trabalho para o sistema penitenciário e que ainda são ações isoladas (realizadas como projetos) sem a institucionalização de uma proposta político-pedagógica que abarque as características

e finalidades de tal realidade, bem como de investimentos e repasses de recursos financeiros. (2010, p. 01)

O estudo realizado relata a importância do trabalho e da educação nos casos de reincidência criminal. Apesar do destaque para os efeitos da educação, Julião conclui que falta investimentos públicos e projetos para que o encarcerado não seja mais reincidente e saia da vida do crime.

CONCLUSÃO

Assim, a conclusão é que a ideia de justiça não dependa, em última análise, apenas e tão somente do Poder Judiciário e sua aplicação de encarceramento baseada em dispositivos legais. A justiça deve ser construída através de liberdades e escolhas de uma população levada efetivamente em conta, com suas pretensões, mazelas, aspectos sociais e culturais.

A Constituição Federal elegeu a educação como valor máximo, havendo espaço apenas para avanços em tal pilar. O acesso a este direito deve ser entendido como um dos alicerces para a efetivação da justiça em um plano viável e que seja condizente com a realidade nacional.

As instituições deverão analisar e, se constatadas, retificar suas deficiências relativas ao distanciamento da realidade social, para que através do aprimoramento institucional conjunto, seja possível a construção de regras programáticas para a efetivação da justiça em senso amplo.

No campo específico das instituições carcerárias, o investimento no mastro regente da cidadania, a educação, demonstra com base em dados e estudos que tal percurso é acertado, especialmente para moldar-se uma teoria de justiça reconhecida e aplicada. Todavia, é carente de efetividade no espelho carcerário local, possibilitando visualizar-se uma ideia de justiça próxima e orgânica que, ante a liquidez da modernidade e as transformações sociais cada vez mais rápidas e profundas, possui como norte observar e permitir que aspectos subjetivos de uma sociedade, suas variedades e particularidades junto às instituições, influenciem na construção e nas escolhas para a formação de uma Justiça alcançável e abrangente a um maior número de cidadãos.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2016.
- Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225 de 31/05/2016 do CNJ. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- Educa Mais Brasil. Ensino Fundamental. Brasília/DF; 2021. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/etapa-de-formacao-e-series/ensino-fundamental-i>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- Educa Mais Brasil. Ensino Médio. Brasília/DF; 2021. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/etapa-de-formacao-e-series/ensino-medio>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- Governo do Brasil. Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados. Brasília/DF; 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- Instituto Humanitas Unisinos. Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. São Leopoldo/RS; 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>. Acesso em: 30 ago. 2021.
- JULIÃO, Elionaldo Fernandes. O impacto da educação e do trabalho como programas de reinserção social na política de execução penal do Rio de Janeiro. Revista Brasileira de Educação. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbedu/a/Vn78Jnjd4pwJdzkXVXmsyWB/?lang=pt#>. Acesso em: 29 ago. 2021.
- KADANUS, Kelli. População carcerária triplica em 20 anos; só 11% são presos por crimes contra a pessoa. Gazeta do Povo, 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/populacao-carceraria-triplica-brasil-2019/>. Acesso em: 29 ago. 2021.
- Ministério da Justiça e Segurança Pública. Há 726.712 pessoas presas no Brasil. Brasília/DF; 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- MOUSSALEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/05/Fontes-do-Direito-Tribut%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.
- NOVO, Benigno Núñez. A Educação Penitenciária no Brasil e no Paraguai. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/etapa-de-formacao-e-series/ensino-medio>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- REINACH, Sofia. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ISSN 1983-7364, ano 14 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.
- ROBLES, Gregorio. O Direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. tradução de Roberto Barbosa Alves; Imprensa: Barueri, SP, Manole, 2005.
- SEN, Amartya. A Ideia de Justiça. São Paulo, 2011: Companhia das Letras, 2ª reimpressão.

O DIREITO À EDUCAÇÃO PARA A CIDADANIA DIGITAL

Heros Thiago Moreira¹, Katia Krüger², Marcel Gustavo Corrêa³

INTRODUÇÃO

O conceito de cidadania pode ser explicado sob diversos aspectos, a depender da ótica utilizada. Etimologicamente, o termo vem do latim *civitas*, cujo significado remete à palavra cidade. Na Grécia antiga, somente era considerado cidadão aquele nascido nas terras gregas. Já em Roma, a palavra cidadania era utilizada para indicar a situação política da pessoa, indicando se poderia ou não fazer uso de determinados direitos⁴.

No conceito jurídico da expressão, cidadão é o indivíduo que está em gozo de seus direitos civis e políticos perante um determinado Estado. E, se de um lado o cidadão participa do Estado enquanto sujeito de direitos, de outro, o Estado mantém uma relação com o cidadão devendo observar determinados princípios e preceitos.

Todas as conceituações possuem em comum o elemento sociedade, que os liga de forma ímpar perante um determinado Estado, enquanto ente de poder, num determinado espaço territorial – elemento cidade ou urbe, onde vivem as pessoas.

E se essa cidade habitada pelos indivíduos começa a se tornar virtual em diversos aspectos? Ao invés das ruas, praças públicas, assembleias, o trato público e as interações começam a se realizar no ciberespaço, em ambientes digitais de compartilhamento de informações e dados, tudo de forma remota? Tal realidade parece muito mais atual e paradoxalmente palpável do que o conceito de cidade moderna – assim como o conceito de cidade antiga, explorado por Fustel de Coulanges⁵.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Bacharel em Comunicação Social com habilitação em Publicidade e Propaganda pela Faculdade Sul Brasil, Assistente de Promotoria 5-C do Ministério Público do Estado do Paraná, Toledo/PR, Brasil. E-mail: htmoreira@mppr.mp.br, LATTES:<http://lattes.cnpq.br/0250218540066087>, ORCID: 0000-0002-9546-4312.

² Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM, Licenciada em Pedagogia pela Faculdade Estadual de Ciências e Letras de Paranavaí – FAFIPA, Especialista em Administração Pública pela Faculdade Estadual de Ciências e Letras de Campo Mourão – FECILCAM, Promotora de Justiça do Estado do Paraná, titular da Promotoria de Justiça de Defesa à Criança, Adolescente e Educação, em Toledo/PR, Brasil. E-mail: katiakruger@mppr.mp.br, ORCID: 0000-0003-2337-0189.

³ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estadual de Maringá – UEM, Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil, pela Universidade Estadual de Londrina - UEL, Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Paraná, Toledo/PR, Brasil. E-mail: mgcorrea@mppr.mp.br. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/4366807382406267>. ORCID: 0000-0003-4162-8294.

⁴ PARANÁ. Secretaria da Justiça, Família e Trabalho. O que é cidadania? Disponível em: <https://www.justica.pr.gov.br/Pagina/O-que-e-Cidadania>. Acesso em: 27 ago. 2021.

⁵ COULANGES, Numa-Denys Fustel de. A cidade antiga. Editora das Américas S.A.

Novas abordagens das relações humanas implicam, por óbvio uma ética própria e um comportamento padronizado, afinal *ubi societas ubi ius*. Não é diferente no ambiente digital ou, com licença poética, nas cidades digitais da atualidade.

Este ambiente que é democrático, acessível e tem espaço para todos que possuem acesso à internet, preconiza meios e técnicas educativas para que não ocorram graves violações de direitos, principalmente para crianças e adolescentes.

A velocidade com que as mudanças no ambiente digital ocorrem, sua lógica temporal, desafiam o ordenamento jurídico: é possível criar um ambiente de promoção geral de educação para o exercício da cidadania no ambiente virtual? Este é o debate que se pretende fazer.

Ademais, de que maneira o arcabouço jurídico existente poderia ser capaz de ser aplicado aos novos conflitos e relações que podem advir do relacionamento virtual, principalmente quando um dos polos da relação é pessoa em desenvolvimento que carece de proteção integral? Parece haver respostas corretas para as indagações à luz de uma ótica de proteção do indivíduo e atuação da sociedade, da família e do Estado.

Neste trabalho, mais do que elencar os principais dispositivos legislativos que garantem a implementação de uma educação para a cidadania digital, pretende-se discutir a funcionalização do dever geral de proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para fins de aplicação ao ambiente digital que não existia quando de sua confecção nos idos dos anos 90 e trabalhar termos de vanguarda, que se atrelam com o artigo 70, do ECA: cidadania digital, abandono digital e parentalidade distraída.

Por fim, serão abordadas as possíveis consequências de uma falta de educação para a cidadania digital, que permeiam o campo social e jurídico.

2 O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO SOCIAL E COMO DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL

O direito à educação é direito social previsto no artigo 6º, da Constituição Federal e será trabalhado neste texto com base em duas premissas básicas: como direito fundamental propriamente dito e como dever de proteção geral.

A adoção da concepção unitária dos direitos fundamentais, ou seja, reconhecendo os direitos sociais como direitos fundamentais significa que a educação está sob o signo da vedação do retrocesso, da necessidade de implementação direta sem mediação legislativa ordinária, da vinculação com a dignidade da pessoa humana, entre outros atributos próprios dos direitos individuais, os direitos fundamentais por excelência da concepção liberal burguesa.

EDAMERIS, São Paulo, 1961.

A segunda premissa é que além de direito social e fundamental, a educação é também faceta do dever de proteção geral de pessoas em desenvolvimento, crianças e adolescentes, previsto no artigo 70, ECA, que aduz ser dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação de direitos da criança e do adolescente.

Neste espectro, sabe-se que o dever de educação, no sentido amplo do termo, implica no atendimento de todas as necessidades intelectuais e morais do indivíduo, sendo o instrumento por meio do qual se propiciam oportunidades de desenvolvimento dos mais diversos níveis, inclusive promovendo a pessoa enquanto cidadão inserido em determinado contexto social⁶.

A justificativa da educação como direito social fundamental parece um pouco mais tranquila. Para além da discussão entre a fundamentalidade ou não dos direitos sociais, travada por grandes constitucionalistas, materialmente e empiricamente, está clara a fundamentalidade do direito à educação para qualquer ator do sistema de justiça que aplique o teste da realidade.

O contexto social e cultural do Brasil, indica que a discussão entre a fundamentalidade ou não dos direitos sociais e, em especial à educação, não faz sentido. Em uma sociedade profundamente desigual na qual milhões de brasileiros passam fome⁷, dentre os quais crianças e adolescentes, a educação pode ser o único caminho de mudança.

Num mundo cada vez mais conectado e desterritorializado, o acesso à educação é um requisito para a garantia da dignidade da pessoa, vetor e núcleo maior da fundamentalidade dos direitos.

Mas, não é só isso, é preciso reconhecer os direitos prestacionais, por parte do Estado, como fundamentais. Como dito, nessa quadra da história, não faz sentido que os Estados não sejam organizadores e prestadores de direitos sociais. A pandemia do novo coronavírus demonstrou que algumas teses de autorregulação dos mercados, sobretudo dos que exploram a atividade educacional não passam também pela contraprova da realidade preconizada pelo professor Luiz Edson Fachin: sem a atuação do Estado, escolas precarizam o ensino, exploram professores e minimizam os alunos; salvo escolas de elite, que cobram preços de elite, as demais, em nome dos lucros, certamente não enxergam problemas em comprometer a educação e o ensino, principalmente frente ao caos e às perdas econômicas que ocorrem pós – covid-19⁸.

⁶ ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente, Doutrina e Jurisprudência. 19 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODVM, 2018. p. 229.

⁷ GANDRA, Alessandra. Pesquisa revela que 19 milhões passaram fome no Brasil no fim de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/pesquisa-revela-que-19-milhoes-passaram-fome-no-brasil-no-fim-de-2020>. Acesso em: 26 ago. 2021.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil: Sentidos, Transformações e fim.1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2015, p. 42.

De outra banda, a discussão acerca do direito à educação como um dever de proteção geral – contido expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 70, mas também enquanto imposição constitucional do artigo 227 – surge como uma responsabilidade não somente do Estado, que tem o dever de implementar políticas voltadas ao acesso e inclusão digital de pessoas ou de destinar orçamento (aqui de forma prioritária) para tais finalidades, mas cuja responsabilidade recai também de forma compartilhada perante a sociedade e principalmente família, que devem garantir de forma mais próxima e concreta esse direito dotado de essencialidade.

Este sentido de dever é essencial e fundamental em países com democratização tardia como é o Brasil, sendo impossível discutir a formação de cidadania em um povo que tem acesso precarizado a tantos outros direitos básicos e carente de políticas prestacionais positivas por parte do Estado.

Claro que, quando se fala em dever, também se fala em cidadania e, este conceito apenas poderá ser construído com a noção de que educação vai além do ensino formal das escolas, devendo incutir na sociedade uma verdadeira revolução, uma transformação cultural.

Referida transformação implica chamar à responsabilidade o Estado, os pais e a sociedade civil. A cidadania apenas poderá ser construída com o engajamento e a consciência de todos para sua importância e da importância do aspecto educacional na formação das pessoas.

3 A FUNCIONALIZAÇÃO DO DEVER DE PROTEÇÃO GERAL PREVISTO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DIREITO À EDUCAÇÃO PARA A CIDADANIA DIGITAL

Quando da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, no início da década de 90, o Brasil vivia uma intensa transformação política. Recém saído do regime militar e com uma constituição ainda incipiente. Foi neste contexto que, albergado pelos movimentos mundiais pós-guerra e mesmo internos (como o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, pela Comissão Nacional Criança e Constituinte), a temática da criança e do adolescente ganhou especial atenção perante o país.

Pela primeira vez na história, os direitos infantojuvenis ganharam protagonismo, inicialmente na constituinte de 1988 e, depois, com a promulgação da Lei Federal 8.069/90, abandonando a situação irregular enquanto premissa e adotando, doravante, a Doutrina da Proteção Integral.

Assim, a criança e o adolescente deixaram de ser objetos de tutela para adquirir o status de sujeitos de direitos, protagonistas capazes de construir suas histórias, praticarem atividades, cumprirem obrigações e serem reconhecidos como pessoas em peculiar estágio de desenvolvimento⁹.

⁹ RAMIDOFF, Mário Luiz. Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas

Com efeito, a proteção integral enquanto fundamento ganhou outro nível perante a família, sociedade e Estado, rompendo a ideia de que crianças seriam simples objetos de intervenção no mundo adulto e colocando-os como titulares de direitos como qualquer outra pessoa¹⁰.

Assim, com a nascente democracia, surgiram outros diversos desafios: pessoas vivendo sob o signo da insegurança alimentar, meninos e meninas perambulando pelas ruas, trabalho infantil visto como um fator dignificante, castigos enquanto meio de educação, entre outros descalabros reforçados pela mídia e opinião pública que precisavam (e ainda precisam) ser desconstruídos.

O exercício da cidadania e de diversos direitos ainda era tímido e não existiam dispositivos de tecnologia tão avançados e disponíveis às mãos das pessoas. A internet ainda engatinhava e era artigo de luxo ou usada somente nos setores públicos e as informações ainda encontravam barreiras de divulgação, que era lenta e realizada por meio televisivo ou impresso, de acesso não tão fácil para o geral das pessoas.

Além disso, em poucos anos, com o advento massivo do uso da tecnologia da informação e o surgimento de incontável número de instrumentos e ferramentas de acesso e divulgação de dados, a ordem jurídica avançou no que tange ao setor de proteção de crianças e adolescentes, principalmente incluindo uma gama nova de sentidos que podem ser atribuídos à proteção dessas pessoas em desenvolvimento.

A cidadania digital compreende diversos fatores passíveis de orientação e educação sobre o uso de tecnologias; comportamento online adequado e que vise boas práticas, com empatia aos demais usuários, entendimento de conceitos de internet e seu funcionamento, bem como o tratamento responsável dos dados coletados, especialmente quando forem considerados sensíveis.

Além disso, a educação para a cidadania digital deve englobar também a alfabetização digital para o uso correto dos instrumentos disponíveis, evitando a propagação e criação de notícias falsas, de disseminação de ódio ou de discursos que sejam excludentes, promovendo, na verdade, o bem-estar digital e a convivência pacífica, ambiente propício para a discussão de ideias e inovações.

Por certo, tendo em vista o dever de cuidado e proteção, quando se fala em acesso e educação digital de crianças e adolescente, deve haver, para que este ambiente digital saudável exista, a proteção dos indivíduos e de seus dados.

O dever de proteção, pensado desta maneira, abarca o direito à educação, impõe a todos deveres de educação formal e informal e, em um ambiente digital/virtual em que os meios de controle social são menos visíveis, a educação dos cidadãos é essencial.

socioeducativas. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Editora Juruá, 2010, p. 44.

¹⁰ CURY, Munir; GARRIDO, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

Com tantas inovações e formas de acesso aos direitos, ainda persistem problemas sérios como a fome, falta de estrutura familiar, desigualdade social e outros aspectos que são caros à proteção de crianças e adolescentes no Brasil, tudo acentuado diante de crises que mascaram ou escondem as veias desses problemas.

E, neste contexto, a educação seguiu com avanços que a obrigaram a sair do aspecto meramente formal, dos bancos escolares, e adotar outros sentidos mais modernos que ainda estão em desenvolvimento, mas que já se encontram presentes na vida cotidiana de um incontável número de pessoas.

Atualmente a participação da vida democrática ocorre, por parte do cidadão, quase que exclusivamente por meios digitais, seja votando em projetos de lei perante sítios do Poder Legislativo, participando de listas de assinaturas visando implementação de direitos ou a busca deles, ou mesmo diante de discussões políticas e de outros cunhos realizadas nos mais diversos canais de comunicação em tempo real. A vida social na internet é dinâmica e nunca desliga.

Pode-se dizer, desta feita, que o referido direito também se configura um dever cogente de todos os setores, tendo como uma das principais facetas a educação para a cidadania digital, linha na qual o artigo 70 do ECA assume um papel decisivo, funcionalizando os instrumentos, entidades e atores para a implementação de uma educação que vise a construção de uma sociedade mais justa, equilibrada e igualitária mediante prestações positivas do Estado e atuação incisiva e contínua da sociedade e da família.

Neste contexto, tornou-se urgente a construção de uma cidadania digital, entendida aqui como o comportamento adequado, responsável e saudável relacionado ao uso da tecnologia, incluindo alfabetização digital, ética e segurança.

A necessidade de formação desta educação para a cidadania digital passou a integrar o arcabouço jurídico brasileiro, revelando-se como uma expressão dos anseios sociais.

Foi nesse espírito que surgiu em 2014 o Marco Civil da Internet que em seu artigo 26 asseverou que “o cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico”.

Do mesmo modo a Base Nacional Comum Curricular (BNCC) estabeleceu dentre as competências gerais para a educação, duas relacionadas diretamente com o domínio da educação digital, a saber: “4. Utilizar diferentes linguagens – verbal (oral ou visual-motora, como Libras, e escrita), corporal, visual, sonora e digital –, bem como conhecimentos das linguagens artística, matemática

e científica, para se expressar e partilhar informações, experiências, ideias e sentimentos em diferentes contextos e produzir sentidos que levem ao entendimento mútuo)” e, ainda, “5. Compreender, utilizar e criar tecnologias digitais de informação e comunicação de forma crítica, significativa, reflexiva e ética nas diversas práticas sociais (incluindo as escolares) para se comunicar, acessar e disseminar informações, produzir conhecimentos, resolver problemas e exercer protagonismo e autoria na vida pessoal e coletiva)”¹¹.

Nesse mesmo viés de proteção, foi aprovada a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) que no artigo 14 estabeleceu quais são os cuidados que devem ser tomados com relação à coleta e tratamento dos dados de crianças e adolescentes, asseverando como norte, mais uma vez, o melhor interesse da criança, e dando especial destaque ao consentimento específico de ao menos um dos pais ou responsável legal para esse tratamento.

Nesse mesmo sentido a ONU lançou em março de 2021 o novo Comentário Geral Número 25 sobre os direitos da criança em relação ao ambiente digital, o qual reforçou o dever dos Estados em adotar todas as medidas necessárias e para prevenir, monitorar, investigar e punir qualquer desrespeito aos direitos da criança por parte das empresas, inclusive em relação à exploração comercial e exposição à publicidade infantil e marketing segmentado baseado na coleta e tratamento de dados de crianças¹².

3.1 O ABANDONO DIGITAL ENQUANTO BARREIRA PARA A EDUCAÇÃO PARA CIDADANIA

É inegável que as tecnologias se inseriram em todos os meios da sociedade moderna. Atualmente, não existe pessoa no mundo – com exceção de povos indígenas e outros grupos de pessoas que vivem em isolamento absoluto – que já não tenha tido contato com alguma espécie de tecnologia da comunicação. De fato, a grande maioria das pessoas, inclusive no Brasil, têm acesso (mesmo que parcial ou precarizado) aos meios e instrumentos de comunicação em massa utilizados por meio da internet.

Embora o advento da internet como hoje conhecida seja recente – tendo sido disponibilizada ao público geral, no Brasil, por volta do ano de 1995 –, a mudança ocasionada nas estruturas sociais por este advento é robusta e notável: bancos digitais, redes sociais, *streamings* de vídeo, filmes e músicas até mesmo em tempo real.

¹¹ BRASIL. Ministério da Educação. Base Nacional Curricular (BNCC). Brasília. 2021, p. 9.

¹² Organização das Nações Unidas (ONU). Comitê dos Direitos da Criança: Comentário Geral Número 25 sobre os direitos da criança em relação ao ambiente digital. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-geral-n-25-2021.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.

Não sendo exceção, as crianças e adolescentes estão cada vez mais expostos a tais tecnologias, fazendo uso precoce de celulares, computadores, *tablets*, etc. Não se discutem os benefícios trazidos pela evolução tecnológica, que criou um ciberespaço de possibilidades infinitas e busca de conhecimento, contudo, o acesso precoce também é responsável por alguns fatores negativos e nocivos ao desenvolvimento humano, mais ainda quando observado da ótica de crianças e adolescentes.

A alta exposição das crianças e adolescentes ocasiona não somente riscos físicos (como problemas de visão), mas também prejuízos de ordem psicológica e comportamental devido aos conteúdos acessados sem a devida supervisão dos pais e/ou responsáveis.

Neste contexto, surgem diariamente diversos conceitos e terminologias que tentam explicar tais fenômenos sob o ponto de vista das mais variadas ciências, destacando-se, neste estudo, o chamado abandono digital.

Aludido termo foi inaugurado por Patrícia Peck Pinheiro, advogada e escritora, e cujo conceito remete a forma de negligência parental caracterizada pela omissão e falta de atenção dos pais ou responsáveis no que tange à segurança dos filhos no mundo virtual, os quais deixam de perceber os reais e concretos perigos e efeitos prejudiciais que podem advir da alta exposição de crianças e adolescentes aos conteúdos de forma indiscriminada, causando diversas situações de vulnerabilidade e risco. Sobre o assunto:

“A advogada nos faz refletir profundamente ao lançar a seguinte indagação: Você deixaria seu filho sozinho o dia todo, sentado na calçada, sem saber com quem ele poderia estar falando? Mas por que será que hoje há tantos jovens assim, abandonados na calçada digital da internet? Percebe-se que, para muitos pais, o fato de o filho estar dentro de casa cria a falsa ideia de que está em um ambiente seguro. Porém, de acordo com Pinheiro²¹, a internet é a rua da sociedade atual e os riscos e perigos digitais são muito parecidos com os do mundo real.”¹³

De fato, o ambiente virtual é muito mais atrativo, nele, o indivíduo pode ser qualquer pessoa, ter qualquer personalidade, ser versátil, culto, completo. A internet, apesar das diversas regras e das leis que regulam o seu acesso e responsabilidade (como a recente Lei Geral de Proteção de Dados) ainda é um mundo em que o acesso é facilidade e os meios de burlar tais normativas é de curto aprendizado.

¹³ KLUNCK, Patricia. AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. O abandono digital de crianças e adolescente e suas implicações jurídicas. PUCRS, 2019. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/04/patricia_klunck.pdf. Acesso em: 26 ago. 2021.

Nas redes, respostas são fornecidas em tempo recorde, todas as imagens são possíveis, personagens podem ser criados e habitar universos expansíveis, se relacionar com outros personagens, tudo em um ambiente que sequer cobra que os controladores de cada avatar sejam adultos, ou tenham a compleição física considerada como padrão.

Com efeito, não é preciso ir muito longe ou mesmo sair de casa para verificar que o ambiente da internet (quando acessado de forma inadequada) é nocivo. Nele, quase que a todo segundo, é possível verificar em sítios públicos, que sequer carecem de acesso aprofundado (com *login*, senha e fornecimento de dados), o uso de expressões ofensivas, de discussões exacerbadas e de conteúdo, no mais das vezes, capazes de gerar desconforto sensorial, medo, ansiedade dentre outras perturbações sensoriais nos usuários.

Mais que isso, o ambiente é tão amplo e profundo que permite – mesmo que sem querer – a divulgação de conteúdos sérios e que geram real perigo de dano físico e psicológico, como os recentes casos da “Baleia Azul”, “Momo” e “Homem Pateta”, que tiveram reflexos em níveis consideráveis, ocasionando até mesmo alterações legislativas em âmbito federal, com a inclusão de novos tipos penais, como ocorreu com a Lei nº 13.968, de 26 de dezembro de 2019. que alterou o artigo 122 do Código Penal.

É neste contexto que o abandono digital encontra terreno fértil, com a liquefação das relações pessoais e a massificação das informações. A construção e manutenção de laços afetivos entre pais e filhos se torna dificultada com as conexões virtuais de tempo real.

Educar, levando em consideração o acesso facilitado às redes, passou a ser um enorme desafio, maior ainda para aqueles nascidos na era analógica e que demonstram reais dificuldades de adaptação aos instrumentos da tecnologia. Crianças de pouca idade sabem muito mais sobre os *smartphones* e *notebooks* do que seus pais, invertendo-se a lógica do conhecimento, inverte-se de modo não legítimo a responsabilidade pelo modo e acesso aos conteúdos.

O abandono digital, deste modo, fica entendido inclusive como uma violação aos deveres inerentes ao Poder Familiar, já que a omissão de cautela dos pais e a exposição alargada às telas e conteúdos cria situações de risco e vulnerabilidade nas quais os jovens são testados diariamente, participando de discussões, brigas, sendo expostos a conteúdos de violência, pornografia e suscetíveis a serem enganados por cibercriminosos, que visam a obtenção de dados pessoais e outras informações particulares. Não são raros os casos.

Diante do dever geral de proteção e das responsabilidades atinentes ao Poder Familiar, observados ainda todos os princípios estampados no Estatuto da Criança e do Adolescente – em especial os do artigo 100 – que nasce o dever paterno e materno de fiscalização, proteção, orientação e controle de acesso

visando garantir que os direitos fundamentais dos filhos sejam observados em todos os ambientes.

A necessidade de educação para a cidadania digital torna-se a cada dia mais imprescindível, uma vez que hodiernamente há verdadeira simbiose entre os ambientes físicos e digitais, e é preciso saber transitar em ambos com conhecimento, responsabilidade, ética e segurança.

A responsabilidade é compartilhada, como já dito acima, mas nem por isso a importância dos pais fica sublimada no que concerne a aparelhar os filhos com as ferramentas mínimas para que naveguem com segurança e responsabilidade, já que este também é um ato de educar.

Muitos pais nascidos na era analógica sentem-se despreparados para educar os filhos que já nasceram e cresceram na era da internet, e, portanto, são considerados como nativos digitais.

Não por menos que “os pais têm responsabilidade civil de vigiar os filhos”, designadamente quando “a internet é a rua da sociedade atual”, implicando reconhecer que quanto maiores a interatividade da web e o acesso às novas tecnologias, “maior a necessidade de educação”¹⁴.

Ainda, o “abandono digital” é a negligência parental configurada por atos omissos dos genitores, que descuidam da segurança dos filhos no ambiente cibernético proporcionado pela internet e por redes sociais, não evitando os efeitos nocivos delas, diante de inúmeras situações de risco e de vulnerabilidade¹⁵.

Todavia, o fato de as crianças saberem manusear *tablets* e celulares desde cedo não lhes confere a maturidade suficiente para entender conceitos como privacidade, limites, conteúdos inadequados, segurança, *bullying*, direitos autorais, *fake news*, dentre outros¹⁶.

Desse modo, mesmo que as crianças aparentemente demonstrem ter muito mais familiaridade com a tecnologia do que muitos adultos, permanece a responsabilidade dos adultos em guiar os filhos também pelo vasto mundo cibernético, sendo que esta responsabilidade pode ser aferida tanto do artigo 70, do ECA quanto do artigo 1634, inciso I, do Código Civil.

São inúmeros os riscos de não saber como se portar no ambiente virtual, não somente para a própria segurança da criança, mas também pelas possíveis consequências que poderão advir a partir de atos nocivos praticados por ela na internet.

¹⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck. Abandono digital. In: Direito Digital Aplicado 2.0., Coord. Patrícia Peck Pinheiro; São Paulo: Thompson Reuters/Revista dos Tribunais, 2. ed., 2016

¹⁵ ALVES, Jones Figueiredo. Negligência dos pais no mundo virtual expõe criança a efeitos nocivos da rede. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1188/Negligência+dos+pais+no+mundo+virtual+expõe+criança+a+efeitos+nocivos+da+rede>. Acesso em: 26 ago. 2021.

¹⁶ CARVALHO, Rafaela. Ferec, Roberta. Tela com cautela: um guia prático para criar filhos na era digital (sem perder a sanidade). 1. ed. Curitiba: 2019, p. 32.

Uma educação para a cidadania digital deve ser apta a ensinar a criança a navegar de forma segura, saudável, responsável e ética, sem violar o direito de outras pessoas.

Com relação à segurança, a criança deve ser capaz de entender os perigos de compartilhar dados e informações pessoais com estranhos, de mostrar detalhes de sua rotina (como endereço de residência ou da escola onde estuda), de postar fotos ou vídeos que poderão ser comercializados por pedófilos na *deep web*, de fazer parte de grupos ou seguir perfis que instiguem a automutilação e suicídio, ou que preguem discursos de ódio ou de racismo.

No que concerne à saúde, a criança deverá ter a habilidade de navegar de modo a não prejudicar sua saúde, evitando o desenvolvimento de vícios digitais pela alta exposição ao tempo de tela, bem como comportamentos consumeristas nocivos tendo em vista o massivo contato com publicidade infantil, além de disfuncionalidades orgânicas e emocionais.

A criança também deve ter noção das responsabilidades que poderão ocorrer caso sejam violados direitos de outras pessoas, como corre na prática de *cyberbullying*, plágio (principalmente em trabalhos escolares), e disseminação de notícias falsas (*fake news*).

Mas como os pais podem educar os filhos para uma cidadania digital? Quais cuidados devem adotar em relação ao uso de telas? Na mesma obra mencionada acima “Tela com cautela”, as autoras Rafaella Carvalho e Roberta Ferec dedicaram um capítulo inteiro sobre o assunto evidenciando a importância de ser elaborado um plano de uso de eletrônicos juntamente com os filhos, sejam crianças ou adolescentes.

O referido plano deve abranger os seguintes aspectos, sintetizados muito resumidamente do seguinte modo: a) tempo de uso de telas; b) qual o tipo de conteúdo que pode ser acessado; c) onde os dispositivos podem ser acessados (dentro e fora da casa); d) quando podem acessar (horários); e) como devem ser utilizados (com ênfase na ética e empatia).

Além disso, as autoras destacam a importância de os próprios pais serem educados para o ambiente digital, inclusive para saber utilizar as ferramentas de controle parental disponíveis nos diversos sistemas operacionais, não como forma de vigilância, mas com viés de proteção. E ainda evidenciam que é de suma importância desenvolverem uma relação de confiança com os filhos¹⁷.

3.2 DA PARENTALIDADE DISTRAÍDA

As alterações substanciais das sociedades atuais frente ao avanço das informações, e à verdadeira transformação cultural e social, no mínimo

¹⁷ CARVALHO, Rafaella. Ferec, Roberta. Tela com cautela: um guia prático para criar filhos na era digital (sem perder a sanidade). 1. ed. Curitiba: 2019, p. 57-171.

dos últimos vinte anos, impõe diversos desafios a todos e sobretudo aos pais frente ao ato de educar os filhos em sentido amplo.

O hiperconsumismo e a massificação das informações, em tempo real, disponíveis a todo momento e em alta velocidade cobra um preço de todos: profusão de doenças de cunho mental, ansiedade e impaciência são comuns em nossa sociedade.

As pessoas não querem esperar. Não querem que seus desejos e objetivos demorem para ser atendidos e atingidos, procuram prazeres efêmeros e estão imersas em um mundo cujas necessidades são rasas e, na maioria das vezes, criadas pelo mercado.

A sociedade outrora acostumada com a gestão de projetos de forma menos acelerada, cuidadosa, não tem mais tempo, sendo este é artigo de luxo. O contato cotidiano com as telas e com as informações em alta-rotação treinaram o ritmo das pessoas para este universo veloz e, a velocidade também cobra um preço.

Um dos custos desta dinâmica certamente é a atenção, podendo-se dizer de forma geral que as pessoas estão mais distraídas, mais desatentas ou que estão dominadas pelas telas.

Como destacou Martha Gabriel:

“ao mesmo tempo em que o crescimento informacional é bom, dando voz e acesso a todos, também é desafiador, pois quanto maior o volume de informações a nosso dispor, maior o nosso esforço para conseguirmos extrair sentido delas: análises, filtros, tempo etc..., levando-nos a uma sobrecarga informacional cognitiva. Por mais que a quantidade de informação cresça no mundo, o dia tem, desde o início dos tempos, apenas 24 horas, e continuará tendo”¹⁸.

Educar filhos neste ambiente é desafiador, porque eles também vivem sob o mesmo signo da velocidade e mais, já nascem imersos a este fenômeno que é a vida digital. Pais que passam muito tempo nas telas ou que relegam a educação dos filhos para este ambiente, podem estar exercendo uma parentalidade distraída.

Sobre a distração, a autora Martha Gabriel ainda acrescenta:

“[...] outro grande desafio que a hiperconexão e a explosão de conteúdo traz para nossas vidas é conseguirmos focar nossa atenção em meio a tantos estímulos que nos distraem a todo momento. Se, por um lado, a economia da atenção tem a ver com o excesso de informação, por outro, a questão do foco é

¹⁸ GABRIEL, Martha. Você, Eu e os Robôs - Pequeno Manual do Mundo Digital: Pequeno manual do mundo digital. 1. ed. São Paulo: Atlas. 2017, p. 31.

causada pelo excesso de estímulos. Vivemos num paradoxo: o mesmo contexto que nos distrai constantemente requer que nos foquemos para conseguir ter sucesso. Ao mesmo tempo em que o ambiente hiperinformacional tem o potencial de nos trazer infindáveis benefícios, ele também tem se revelado um dos nossos piores e mais implacáveis inimigos, que nos sabota de forma invisível, sem que o percebamos”¹⁹.

A parentalidade distraída, assim, pode ser conceituada como consequência pós-moderna da exposição às telas e ao mundo virtual e, referida expressão denota um comportamento que expõe as crianças a risco, além de estar entrelaçado com outro conceito já sedimentado nos Tribunais, o de abandono afetivo.

Riscos óbvios e previsíveis, como por exemplo o alto índice de acidentes com crianças enquanto estão sendo supervisionadas por pais distraídos com as telas. É cada vez mais frequente o número de notícias repercutindo fatos desta natureza²⁰.

Além disso, segundo a jornalista Danielly Magioni, em seu blog Mundo em Cores²², a parentalidade distraída pode se apresentar também como parentalidade severa, já que os pais quando estão distraídos no celular tendem a responder aos filhos de forma ríspida e severa. A jornalista menciona em seu texto um estudo realizado por Jenny Radesky, nos Estados Unidos.

Se de um lado, o abandono digital é a falta de postura positiva dos pais frente a necessidade de aparelhar os filhos de um mínimo de informações acerca da sua postura ou ética nas redes, para que se comportem como cidadãos digitais ou mesmo de compreender que este ato de educar é necessário, mesmo que *ab initio* haja pouca afinidade com as redes, a parentalidade distraída pode ser compreendida como o comportamento disperso dos pais, que também estão imersos no mundo digital.

O número de pais e mães, como de pessoas em geral, que passam horas e mais horas nas redes sociais, sítios eletrônicos de compras, de notícias, enfim de toda a gama de informações disponíveis na web é crescente.

¹⁹ GABRIEL, Martha. Você, Eu e os Robôs - Pequeno Manual do Mundo Digital: Pequeno manual do mundo digital. 1. ed. São Paulo: Atlas. 2017, p. 45.

²⁰ Bebê se afoga enquanto mãe se distrai em celular. Revista Istoé. São Paulo, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://istoe.com.br/bebe-se-afoga-enquanto-mae-se-distrai-com-celular/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

²¹ Bebê morre afogada em balde após distração dos pais nos EUA. Jornal Extra. São Paulo, 05 ago. 2014. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/mundo/bebe-morre-afogada-em-balde-apos-distracao-dos-pais-nos-eua-13501028.html>. Acesso em: 29 ago. 2021.

²² MAGIONI, Danielly. O que é parentalidade distraída?. Disponível em: <https://mundoemcores.com/o-que-e-a-parentalidade-distraida/>. Acesso em: 28 ago. 2021.

Ainda que tenham nascidos analógicos, a sedução das telas também atinge estas pessoas, como fonte de informação ou como fuga.

A troca das relações físicas pelas digitais já era um movimento notório desde o advento do orkut (rede social popular nos anos 2000), com a pandemia de covid-19 esta troca passou a ser imprescindível e aprofundada e ainda não há certeza quanto aos ônus que estes anos de emergência sanitária cobrarão.

“Ao que parece, não adianta ter tanto avanço e ao mesmo passo retroceder tão significativamente em condutas necessárias para a convivência entre pais e filhos. Fica perceptível uma espécie de relação de causa e consequência da sociedade de risco pós-globalizada no momento em que se intensificam sinais, redes e cabos de fibra, e de um outro lado se fragilizam laços familiarmente edificados.”²³

Quando há completa fuga das responsabilidades parentais e distração em relação aos deveres familiares, tal fato pode ser caracterizado até mesmo como abandono afetivo, com todas as suas consequências legais, inclusive para fins de responsabilização (vide REsp nº 1159242/SP).

Há quebra do dever de cuidado por parte dos pais distraídos com o mundo digital em relação aos filhos. A ausência de interações reais e conexões profundas entre as famílias culmina em uma realidade individualista, de isolamento familiar e de ressignificação do conceito de família e do próprio ser, desvalorizado em face do ter.

Isto certamente é uma forma de abandono, por falta de prestações positivas, ou pela prevalência de passividade em relação ao mundo real:

“A parentalidade distraída coloca em voga uma espécie de releitura do abandono familiar, abandono este que não significa um afastamento físico de pais e filhos, mas um espaço abstrato que marca tanto quanto uma separação fática. As figuras do afeto e do cuidado parecem um tanto quanto prejudicadas, visto que ser gentil e cuidadoso com seu filho, nos dias hodiernos, é presenteá-lo com um celular de última geração, por exemplo.”²⁴

Assim, podemos concluir que pais e mães distraídos com a tecnologia não conseguem educar os filhos para uma cidadania digital, primeiro porque

²³ FALCÃO, Letícia Prazeres. O FENÔMENO DA PARENTALIDADE DISTRAÍDA E ABANDONO AFETIVO: QUANTO CUSTA O CUIDADO NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA. Revista de direito de família e sucessões, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 56-72, jan/jul. 2009.

²⁴ STJ. Recurso Especial 1159242/SP. Data do julgamento: 20/04/2012. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+1159242&b=ACOR&p=false&l=10&i=7&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 28 ago. 2021.

falham no exemplo, e segundo, porque o interesse e foco de sua atenção não está nos filhos, e sim nas telas: educação exige tempo, cuidado, atenção e conexão (real e presencial).

CONCLUSÃO

A alteração substancial das relações sociais, com a transposição dos relacionamentos interpessoais, antes realizados integralmente em meio presencial e físico, para o mundo digital, imaterial, impôs uma série de adaptações constantes, dada a velocidade das mudanças no mundo digital.

A educação, enquanto direito inerente e indissociável da dignidade humana tem atenção especial quando relacionada às crianças e adolescentes, restando claro o dever mútuo, conjunto e coordenado de todos (artigo 70, do ECA), que devem agir enquanto sociedade, família e Estado para implementar e garantir o melhor acesso para todos.

Tal direito, em especial, visa colmatar deficiências já sentidas e observadas na sociedade e tem como principal objetivo a promoção do indivíduo enquanto ser humano, oportunizando melhores chances de vida e uma melhoria considerável na sociedade como um todo.

E, assim sendo, observa-se também ser indissociável a educação para a cidadania em todos seus aspectos, com ênfase também no digital.

A educação para a cidadania digital tem se tornado um assunto de extrema relevância no atual contexto de evolução tecnológica em que grande parte das relações e da própria atuação das pessoas na sociedade e Estado se dá por meios virtuais, surgindo a necessidade de atuação dúplice: educando crianças e adolescentes para o correto uso da internet e dos instrumentos por ela disponibilizados, bem como protegendo-os do acesso inadvertido de informações, conteúdos e situações certamente prejudiciais ao seu desenvolvimento enquanto pessoa.

Neste vértice, restou averiguado que o abandono digital e a parentalidade distraída são barreiras a serem enfrentadas quando o assunto é educação digital, seja diante da falta de informações dos pais ou responsáveis, seja diante da inércia e negligência fiscalizatória do uso indiscriminado pelos filhos, que os expõe a diversas situações constrangedoras e prejudiciais – sob o aspecto físico e psicológico – como sobredito (acesso facilitado à conteúdos de violência, pornografia, crimes, entre outros tantos problemas identificados).

Ainda é de citar outros aspectos, como a alta exposição a conteúdos fortemente consumeristas e mercadológicos, quando a indústria dita tendências, maneirismos, formas de vestir, de relacionar e até mesmo o que comer, desrespeitando a vulnerabilidade inerente das crianças como

peessoas em desenvolvimento, persuadindo-as através do marketing, visando a construção do perfil de consumidores do futuro. Não há ingenuidade no mercado do consumo, cada vez mais massificado e adultizado.

É necessário adotar um comportamento protetivo nas redes, não somente para a segurança da própria criança ou adolescente, mas também visando minimizar ou evitar riscos para toda a sociedade.

Se, atualmente, é possível falar em cidades digitais, tão complexas quanto as sociedades antigas ou quanto a cidade de Fustel de Coulanges, também se faz necessário ressignificar o conceito de cidadania e da própria forma de educar para que aquela seja atingida.

Assim, a educação para a cidadania digital, como responsabilidade compartilhada de todos, deve ser apta a fornecer à criança as ferramentas mínimas para que possa transitar nos ambientes digitais com segurança, responsabilidade e ética.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988.
- BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 mai. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 7 de dezembro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.
- BRASIL. Ministério da Educação. Base Nacional Curricular (BNCC). Brasília. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp 1159242 / SP. RECURSO ESPECIAL 2009/0193701-9. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 24/04/2012. DJe 10/05/2012. RDDP v. 112 p. 137. RDTJRJ v. 100 p. 167. RSTJ v. 226 p. 435.
- PARANÁ. Secretaria da Justiça, Família e Trabalho. O que é cidadania? Disponível em: <https://www.justica.pr.gov.br/Pagina/O-que-e-Cidadania>. Acesso em: 27 ago. 2021.
- COULANGES, Numa-Denys Fustel de. A cidade antiga. Editora das Américas S.A. EDAMERIS, São Paulo, 1961.
- ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente, Doutrina e Jurisprudência. 19 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODVM, 2018.
- GANDRA, Alessandra. Pesquisa revela que 19 milhões passaram fome no Brasil no fim de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/pesquisa-revela-que-19-milhoes-passaram-fome-no-brasil-no-fim-de-2020>. Acesso em: 26 ago. 2021.
- FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil: Sentidos, Transformações e fim. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2015.
- RAMIDOFF, Mário Luiz. Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Editora Juruá, 2010.
- CURY, Munir; GARRIDO, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Organização das Nações Unidas (ONU). Comitê dos Direitos da Criança: Comentário Geral Número 25 sobre os direitos da criança em relação ao ambiente digital. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-geral-n-25-2021.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.
- KLUNCK, Patricia. AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. O abandono digital de crianças e adolescente e suas implicações jurídicas. PUCRS, 2019. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/04/patricia_klunck.pdf. Acesso em: 26 ago. 2021.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. Abandono digital. In: Direito Digital Aplicado 2.0, Coord. Patrícia Peck Pinheiro; São Paulo: Thompson Reuters/Revista dos Tribunais, 2. Ed., 2016
- ALVES, Jones Figueiredo. Negligência dos pais no mundo virtual expõe criança a efeitos nocivos da rede. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2017. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/artigos/1188/Negligência+dos+pais+no+mundo+virtual+expõe+criança+a+efeitos+nocivos+da+rede](https://ibdfam.org.br/artigos/1188/Negligencia+dos+pais+no+mundo+virtual+expoe+crianca+a+efeitos+nocivos+da+rede). Acesso em 26 ago. 2021.
- CARVALHO, Rafaela. Ferec, Roberta. Tela com cautela: um guia prático para criar filhos na era digital (sem perder a sanidade). 1. ed. Curitiba: 2019.
- GABRIEL, Martha. Você, Eu e os Robôs - Pequeno Manual do Mundo Digital: Pequeno manual do mundo digital. 1. ed. São Paulo: Atlas. 2017.
- Bebê se afoga enquanto mãe se distrai em celular. Revista Istoé. São Paulo, 30 de agosto

de 2018. Disponível em: <https://istoe.com.br/bebe-se-afoga-enquanto-mae-se-distrai-com-celular/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

Bebê morre afogada em balde após distração dos pais nos EUA. Jornal Extra. São Paulo, 05 de agosto de 2014. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/mundo/bebe-morre-afogada-em-balde-apos-distracao-dos-pais-nos-eua-13501028.html>. Acesso em: 29 ago. 2021.

MAGIONI, Danielly. O que é parentalidade distraída? Disponível em: <https://mundoemcores.com/o-que-e-a-parentalidade-distraida/>. Acesso em 28 ago. 2021.

FALCÃO, Letícia Prazeres. O FENÔMENO DA PARENTALIDADE DISTRAÍDA E ABANDONO AFETIVO: QUANTO CUSTA O CUIDADO NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA. Revista de direito de família e sucessões, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 56-72, jan/jul 2009.

**HOMENAGEM DOS AUTORES AO
MINISTRO LUIZ EDSON FACHIN
EM 06/12/2021**





editoraclassica.com.br