

**ANAIS DA XXIII CONFERÊNCIA
NACIONAL DA ADVOCACIA BRASILEIRA**

**EM DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
PILARES DA DEMOCRACIA, CONQUISTAS DA CIDADANIA**

VOLUME 6

ANAIS DA XXIII CONFERÊNCIA NACIONAL DA ADVOCACIA BRASILEIRA

**EM DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
PILARES DA DEMOCRACIA, CONQUISTAS DA CIDADANIA**

VOLUME 6



São Paulo - SP,

27 a 30 de novembro de 2017

© Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal, 2018
Setor de Autarquias Sul - Quadra 5, Lote 1, Bloco M
Brasília/DF CEP: 70070-939

Distribuição: Gerência de Relações Externas - GRE
E-mail: oabeditora@oab.org.br
Capa: Susele Bezerra Miranda

Tiragem: 1000 exemplares

FICHA CATALOGRÁFICA

C749

Conferência Nacional da Advocacia Brasileira (23. ; 2017 : São Paulo, SP)
Anais da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira : em defesa dos direitos fundamentais : pilares da democracia, conquistas da cidadania, São Paulo, 27 a 30 de novembro de 2017 / organização: Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal - Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.
6 v. ; il., fots. Color.

ISSN: 2175-5752

1. Advogado. Congresso, Brasil, 2017. 2. Direito, congresso, Brasil, 2017. I. Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal. II. Título.

CDDir: 341.41504

Gestão 2016/2019

Diretoria

Claudio Lamachia	Presidente
Luís Cláudio da Silva Chaves	Vice-Presidente
Felipe Sarmiento Cordeiro	Secretário-Geral
Ibaneis Rocha Barros Junior	Secretário-Geral Adjunto (licenciado)
Marcelo Lavocat Galvão	Secretário-Geral Adjunto em exercício
Antonio Oneildo Ferreira	Diretor-Tesoureiro

Conselheiros Federais

AC: Erick Venâncio Lima do Nascimento, João Paulo Setti Aguiar e Luiz Saraiva Correia; **AL:** Everaldo Bezerra Patriota, Felipe Sarmiento Cordeiro e Thiago Rodrigues de Pontes Bomfim; **AP:** Alessandro de Jesus Uchôa de Brito, Charles Sales Bordalo e Helder José Freitas de Lima Ferreira; **AM:** Caupolican Padilha Junior, Daniel Fábio Jacob Nogueira e José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral; **BA:** Fabrício de Castro Oliveira e Fernando Santana Rocha; **CE:** Caio Cesar Vieira Rocha, Francilene Gomes de Brito e Ricardo Bacelar Paiva; **DF:** Ibaneis Rocha Barros Junior, Marcelo Lavocat Galvão e Severino Cajazeiras; **ES:** Flavia Brandão Maia Perez, Luciano Rodrigues Machado e Marcus Felipe Botelho Pereira; **GO:** Leon Deniz Bueno da Cruz, Marcello Terto e Silva e Valentina Jugmann Cintra; **MA:** José Agenor Dourado, Luis Augusto de Miranda Guterres Filho e Roberto Charles de Menezes Dias; **MT:** Duílio Piatto Júnior, Gabriela Novis Neves Pereira Lima e Joaquim Felipe Spadoni; **MS:** Alexandre Mantovani, Ary Raghiant Neto e Luís Cláudio Alves Pereira; **MG:** Eliseu Marques de Oliveira, Luís Cláudio da Silva Chaves e Vinícius Jose Marques Gontijo; **PA:** Jarbas Vasconcelos do Carmo, Marcelo Augusto Teixeira de Brito Nobre e Nelson Ribeiro de Magalhães e Souza; **PB:** Delosmar Domingos de Mendonça Júnior, Luiz Bruno Veloso Lucena e Rogério Magnus Varela Gonçalves; **PR:** Cássio Lisandro Telles, José Lucio Glomb e Juliano José Breda; **PE:** Adriana Rocha de Holanda Coutinho, Pedro Henrique Braga Reynaldo Alves e Silvio Pessoa de Carvalho Junior; **PI:** Celso Barros Coelho Neto, Cláudia Paranaguá de Carvalho Drumond e Eduarda Mourão Eduardo Pereira de Miranda; **RJ:** Carlos Roberto de Siqueira Castro, Luiz Gustavo Antônio Silva Bichara e Sergio Eduardo Fisher; **RN:** Aurino Bernardo Giacomelli Carlos, Paulo Eduardo Pinheiro Teixeira e Sérgio Eduardo da Costa Freire; **RS:** Cléa Carpi da Rocha, Marcelo Machado Bertoluci e Renato da Costa Figueira; **RO:** Bruno Dias de Paula, Elton José Assis e Elton Sadi Fülber; **RR:** Alexandre César Dantas Soccorro, Antonio Oneildo Ferreira e Bernardino Dias de Souza Cruz Neto; **SC:** João Paulo Tavares Bastos Gama, Sandra Krieger Gonçalves e Tullo Cavallazzi Filho; **SP:** Guilherme Octávio Batochio, Luiz Flávio Borges D'Urso e Márcia Machado Melaré; **SE:** Arnaldo de Aguiar Machado Júnior, Maurício Gentil Monteiro e Paulo Raimundo Lima Ralin; **TO:** Andre Francelino de Moura, José Alves Maciel e Pedro Donizete Biazotto.

Conselheiros Federais Suplentes

AC: Odilardo José de Brito Marques, Sérgio Baptista Quintanilha e Wanderley Cesário Rosa; **AL:** Adualdo de Lima Catão, Mariê Lima Alves de Miranda e Raimundo Antonio Palmeira de Araujo; **AP:** Lucivaldo da Silva Costa e Maurício Silva Pereira; **AM:** Alberto Bezerra de Melo; Bartolomeu Ferreira de Azevedo Júnior e Diego D'Ávila Cavalcante; **BA:** Antonio Adonias Aguiar Bastos, Ilana Kátia Vieira Campos e José Maurício Vasconcelos Coqueiro; **CE:** Vicente Bandeira de Aquino Neto; **DF:** Carolina Louzada Petrarca, Felix Angelo Palazzo e Manuel de Medeiros Dantas; **ES:** Cláudio de Oliveira Santos Colnago, Dalton Santos Moraes e Henrique da Cunha Tavares; **GO:** Dalmo Jacob do Amaral Júnior, Fernando de Paula Gomes Ferreira e Marivaldo Cortez Amado; **MA:** Antonio José Bittencourt de Albuquerque Junior e Alex Oliveira Murad; **MT:** Josemar Carmelino dos Santos, Liliana Agatha Hadad Simioni e Oswaldo Pereira Cardoso Filho; **MS:** Gustavo Gottardi, Marilena Freitas Silvestre e Rafael Coldibelli Francisco; **MG:** Bruno Reis de Figueiredo, Luciana Diniz Nepomuceno e Mauricio de Oliveira Campos Júnior; **PA:** Antonio Cândido Barra Monteiro de Britto, Jeferson Antonio Fernandes Bacelar e Osvaldo Jesus Serão de Aquino; **PB:** Alfredo Rangel Ribeiro, Edward Johnson Gonçalves de Abrantes e Marina Motta Benevides Gadelha; **PR:** Edni de Andrade Arruda, Flavio Pansieri e Renato Cardoso de Almeida Andrade; **PE:** Carlos Antonio Harten Filho, Erik Limongi Sial e Gustavo Ramiro Costa Neto; **PI:** Chico Couto de Noronha Pessoa, Eduardo Faustino Lima Sá e Robertonio Santos Pessoa; **RJ:** Flávio Diz Zveiter, José Roberto de Albuquerque Sampaio e Marcelo Fontes Cesar de Oliveira; **RN:** Aldo Fernandes de Sousa Neto, André Luiz Pinheiro Saraiva e Eduardo Serrano da Rocha; **RS:** Luiz Henrique Cabanellos Schuh; **RO:** Fabrício Grisi Médici Jurado, Raul Ribeiro da Fonseca Filho e Veralice Gonçalves de Souza Veris; **RR:** Emerson Luis Delgado Gomes; **SC:** Cesar D'Ávila Winckler, Luiz Antônio Palaoro e Reti Jane Popelier; **SP:** Aloísio Lacerda Medeiros, Arnaldo Wald Filho e Carlos José Santos da Silva; **SE:** Clodoaldo Andrade Junior, Glícia Thais Salmeron de Miranda e Kleber Renisson Nascimento dos Santos; **TO:** Adilar Daltoé, Nilson Antônio Araújo dos Santos e Solano Donato Carnot Damacena.

Ex-Presidentes

1. Levi Carneiro (1933/1938) 2. Fernando de Melo Viana (1938/1944) 3. Raul Fernandes (1944/1948) 4. Augusto Pinto Lima (1948) 5. Odilon de Andrade (1948/1950) 6. Haroldo Valladão (1950/1952) 7. Atílio Viváqua (1952/1954) 8. Miguel Seabra Fagundes (1954/1956) 9. Nehemias Gueiros (1956/1958) 10. Alcino de Paula Salazar (1958/1960) 11. José Eduardo do P. Kelly (1960/1962) 12. Carlos Povina Cavalcanti (1962/1965) 13. Themístocles M. Ferreira (1965) 14. Alberto Barreto de Melo (1965/1967) 15. Samuel Vital Duarte (1967/1969) 16. Laudo de Almeida Camargo (1969/1971) 17. Membro Honorário Vitalício José Cavalcanti Neves (1971/1973) 18. José Ribeiro de Castro Filho (1973/1975) 19. Caio Mário da Silva Pereira (1975/1977) 20. Raymundo Faoro (1977/1979) 21. Membro Honorário Vitalício Eduardo Seabra Fagundes (1979/1981) 22. Membro Ho-

norário Vitalício J. Bernardo Cabral (1981/1983) 23. Membro Honorário Vitalício Mário Sérgio Duarte Garcia (1983/1985) 24. Hermann Assis Baeta (1985/1987) 25. Márcio Thomaz Bastos (1987/1989) 26. Ophir Filgueiras Cavalcante (1989/1991) 27. Membro Honorário Vitalício Marcello Lavenère Machado (1991/1993) 28. Membro Honorário Vitalício José Roberto Batochio (1993/1995) 29. Membro Honorário Vitalício Ernando Uchoa Lima (1995/1998) 30. Membro Honorário Vitalício Reginaldo Oscar de Castro (1998/2001) 31. Rubens Approbato Machado (2001/2004) 32. Membro Honorário Vitalício Roberto Antonio Busato (2004/2007) 33. Membro Honorário Vitalício Cezar Britto (2007/2010) 34. Membro Honorário Vitalício Ophir Cavalcante Junior (2010/2013) 35. Membro Honorário Vitalício Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2013/2016).

Presidentes de Seccionais

AC: Marcos Vinícius Jardim Rodrigues; **AL:** Fernanda Marinela de Sousa Santos; **AP:** Paulo Henrique Campelo Barbosa; **AM:** Marco Aurélio de Lima Choy; **BA:** Luiz Viana Queiroz; **CE:** Marcelo Mota Gurgel do Amaral; **DF:** Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto; **ES:** Homero Junger Mafra; **GO:** Lúcio Flávio Siqueira de Paiva; **MA:** Thiago Roberto Moraes Diaz; **MT:** Leonardo Pio da Silva Campos; **MS:** Mansour Elias Karmouche; **MG:** Antonio Fabricio de Matos Goncalves; **PA:** Alberto Antonio de Albuquerque Campos; **PB:** Paulo Antonio Maia e Silva; **PR:** Jose Augusto Araujo de Noronha; **PE:** Ronnie Preuss Duarte; **PI:** Francisco Lucas Costa Veloso; **RJ:** Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky; **RN:** Paulo de Souza Coutinho Filho; **RS:** Ricardo Ferreira Breier; **RO:** Andrey Cavalcante de Carvalho; **RR:** Rodolpho César Maia de Moraes; **SC:** Paulo Marcondes Brincas; **SP:** Marcos da Costa; **SE:** Henri Clay Santos Andrade; **TO:** Walter Ohofugi Junior.

SUMÁRIO

Segunda Tribuna Livre

1 Análise das controvérsias sobre o ensino jurídico na modalidade EAD	1
André Fernando dos Reis Trindade	
2 Duas propostas para igualar a defesa: pela paridade entre as partes, o combate à litigância abusiva	7
Joaquim Pedro de Medeiros Rodrigues	
3 A reforma constitucional em Ruy Barbosa	13
João Batista Ericeira	
4 Os poderes de gestão do juiz: uma alternativa para o problema da duração razoável do processo?	19
Fernando Sieck	
5 Proposição para aprovação dos projetos que atualizam o código de defesa do consumidor, buscando tratar e prevenir superendividamento do consumidor brasileiro: (Projeto de Lei 3.515/2015 e 283/2012)	29
Leandro Carvalho dos Santos Silva	
6 A democracia e o Estado Democrático Brasileiro	35
Viviane Bastos Machado	
7 O Sistema prisional brasileiro e a violência institucional contra a mulher: uma análise crítica de depoimentos de mulheres encarceradas	45
Thais Elislaglei Pereira Silva da Paixão	
8 O princípio da boa-fé objetiva como escopo para a concessão de medidas atípicas na fase de cumprimento de sentença	53
Larissa Carneiro Rodrigues	
9 Proposição: inconstitucionalidade da Constituição Federal Brasileira de 1988	65
Plínio Paulo Bing	
10 Uma abordagem humanística sobre compliance no futebol brasileiro	75
Maria Helena de Menezes Silva	
11 Liberação médico-jurídica da antecipação terapêutica do parto em anencefalia: Implicações éticas	83
Landri Alves Carvalho Neto	

12 Proposta curso preparatório para agentes políticos municipais	95
Marcus Siqueira da Cunha	

13 Reforma Política: a obrigatoriedade constitucional de filiação partidária como condição de elegibilidade e a corrupção dos representantes do povo	101
Vadim da Costa Arsky	

Terceira Tribuna Livre

1 Processo judicial audiovisual	115
Eduardo Domingos Bottallo / Vadim da Costa Arsky	

2 Hermenêutica criativa e crime de responsabilidade	123
Jackson Santos Oliveira	

3 O cotidiano da hipoteca como direito real de garantia imobiliária mais utilizada na atualidade	131
Francine Pisteco Galbossera	

4 Abundância uma prática da justiça quântica: o prenúncio	137
Márcio Adriani Tavares Pereira	

5 A negociação e a cultura da pacificação: a importância da atuação eficaz do advogado diante da crise econômica	143
Danielle Cupello	

6 A necessidade de uma justiça célere e eficiente para o desenvolvimento do país e os impactos do excesso de burocracia na administração pública brasileira	153
Carla Núbia Nery Oliveira	

7 Implantação da mediação judicial pelo novo CPC: A coexistência de dois sistemas: Judicial e extrajudicial	163
Marcela de Souza Borges Mendonça	

8 Celeridade processual do direito do autor de recusar a realização da audiência de conciliação ou de mediação	173
Jovi Vieira Barboza	

9 Sindicalismo digital: o crowdsourcing como instrumento de participação do trabalhador nas decisões sindicais	183
Jadir Rafael da Silva Filho	

10 A sustentação oral no âmbito do processo administrativo de trânsito: uma análise sistemática acerca do pleno exercício de defesa e prerrogativas do advogado	191
Andreia Scheffer das Neves	
11 A reserva de iniciativa e o papel da advocacia diante das leis autorizativas	197
Guilherme Aparecido da Rocha	

Quarta Tribuna Livre

1 Arnaldo Wald e a popularização da arbitragem no Brasil: uma proposta	209
Simone Cristine Araújo Lopes	
2 A desapropriação da água	215
José Ailton Garcia	
3 Pode o empregador monitorar mensagens eletrônicas durante o expediente? Breves comentários ao acórdão 61496/08 (Barbulescu x Romenia) do Tribunal Europeu dos direitos humanos	221
Leonardo Rocha de Almeida	
4 A evolução do Código Tributário Nacional – 50 anos (1966-2016)	229
Rosilene Aparecida Marton	
5 A execução dos honorários advocatícios nas demandas contra a Fazenda Pública na atualidade e o sequestro de valores enquanto ferramenta de efetividade	237
Augusto Moutella Nepomuceno	
6 Direito de defesa constitucional	243
José Carlos Buzanello	
7 Aprimoramento do sistema eleitoral como caminho para cumprir a vontade do eleitor e fortalecer a democracia	251
Ricardo Luiz Figueira Guedes Vasconcelos	
8 Auxílio-inclusão como direito social fomentador da inclusão ao trabalho da pessoa com deficiência	259
Gilviano Marcos de Queiroz	
9 Políticas públicas ambientais para os animais: conceito e implantação	269
Ariana Anari Gil	
10 O papel do advogado e demais agentes do processo na efetivação dos direitos fundamentais, da cidadania e da rápida solução de conflitos	277
João Carlos Navarro de Almeida Prado	

Quinta Tribuna livre

1 Negócio jurídico processual	289
Arthur Bobsin de Moraes	
2 Estado Democrático de Direito e a educação brasileira	299
Carlos Alexandre de Carvalho / Taís Nader Marta	
3 A adoção por casais homoafetivos no Brasil e o respeito aos princípios constitucionais	315
Flaviana de Freitas Oliveira	
4 Conexão justiça: direito e comunicação em prol da eficácia da justiça!	325
Marcelle Altoé Duarte	
5 Reforma migratória brasileira: Novos direitos, multiculturalismo e políticas públicas	331
Cleide Aparecida Vitorino	
6 Desafios da advocacia no SUAS: Sistema Único de Assistência Social	345
Quinara Resende Pereira da Silva Viana	
7 Ativismo judicial perante a falácia das políticas públicas de saúde	349
Gabriel Coelho Pontin	
8 Liberdades constitucionais individuais e conflitos com a proteção à saúde coletiva	361
Maria Eliane Alves de Sousa	
9 Compliance em atividades empresariais administrativas: Imagem e o “homem cordial”	371
Guilherme Lori Leoni	
10 Biotecnologia e genética forense aplicadas às ciências criminais	379
José Cezario de Almeida	
11 Dois anos da LBI: O obscurantismo dos operadores do direito, governos e sociedade civil	391
Márcia Cristina Lamego	
12 A natureza jurídica sui generis da OAB e o caso das eleições do Conselho Estadual de Políticas Culturais de Minas Gerais em 2016: uma ofensa à Constituição Federal de 1988	401
Katia Bizinotto Macedo Soares	

Segunda Tribuna Livre

CONFERENCISTAS

André Fernando dos Reis Trindade
Joaquim Pedro de Medeiros Rodrigues
João Batista Ericeira
Fernando Sieck
Leandro Carvalho dos Santos Silva
Viviane Bastos Machado
Thais Elislaglei Pereira Silva da Paixão
Larissa Carneiro Rodrigues
Plínio Paulo Bing
Maria Helena de Menezes Silva
Landri Alves Carvalho Neto
Marcus Siqueira da Cunha
Vadim da Costa Arsky

MESA

Presidente: José Roberto de Albuquerque Sampaio

Relator: Robertônio Santos Pessoa

Secretário: Alex Oliveira Murad

1 ANÁLISE DAS CONTROVÉRSIAS SOBRE O ENSINO JURÍDICO NA MODALIDADE EAD

André Fernando dos Reis Trindade*

RESUMO: O presente ensaio aborda a(s) possibilidade(s) do ensino jurídico na modalidade à distância. Adotou-se uma mescla do método analítico com o método comparativo. Avalia-se, de tal modo, a capacidade de atendimento das diretrizes impostas ao curso de graduação em direito pelo sistema de ensino à distância na modalidade semi presencial ou bimodal. As opiniões aqui descritas não têm o objetivo de defender posições, mas apenas avaliar possibilidades.

INTRODUÇÃO

O ensino à distância tem se demonstrado uma ferramenta de construção da cidadania ao possibilitar o acesso ao ensino de qualidade em regiões que não possuem condições de oferta regular do ensino presencial. Além disso, possibilita ofertar formação de alta qualidade com renomadas autoridades científicas. Tal é a importância do ensino à distância que o legislador autorizou sua oferta a todos os níveis de ensino, da educação básica ao doutoramento.

A modalidade de ensino à distância é regulada/autorizada pelo sistema educacional brasileiro e tem por objetivo ampliar a oferta do ensino a todos os níveis de instrução. É notório que o Estado não tem condições de adimplir na íntegra o direito à educação, impossibilitando de tal modo, muitas pessoas de obter formação. A própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação afirma que “o Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada” (Art. 80). Verifica-se, de tal modo, o interesse estatal no ensino à distância como instrumento de democratização do ensino

A construção do conhecimento jurídico impõe, todavia, certos requisitos para que se garanta a qualidade do graduado. A Resolução CNE/CSE 09/2004 institui as diretrizes curriculares nacionais dos cursos de graduação em direito e delimita os elementos essenciais à manutenção da excelência na formação do jurista. É nesse contexto que o presente ensaio visa avaliar os pontos de contato e colisão entre a manutenção da qualidade do ensino jurídico e sua oferta na modalidade à distância. Para tanto, optou-se por realizar um estudo comparativo sob diversos aspectos.

É POSSÍVEL CRIAR UM CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO À DISTÂNCIA? COMO?

O ensino jurídico hodierno deve ser pautado por uma aprendizagem que ultrapasse as práticas fomentadas pela escola de Coimbra que centralizava seu modelo de ensino em “salas de aula lotadas com alunos silenciosos ouvindo longas explicações”¹. Para que o ensino

* Advogado, Conselheiro da OAB Londrina, Mestre em Direitos Fundamentais.

¹ CARLINI, Angélica Lucia. In: TAGLIAVINI, João Virgílio. (org.) A superação do positivismo jurídico no ensino do direito. Araraquara: Junqueira & Marin Editores, 2008, p. 212.

jurídico acompanhe as evoluções da sociedade deve atuar com o trabalho de grupos focado na solução de problemas². Nesse contexto o ensino de direito à distância pode ser avaliado como uma modalidade adequada às novas necessidades pedagógicas?

O ensino a distância pode ser desenvolvido de diversas formas. A mais adequada à formação jurídica é o modelo Bimodal e Multimidiático. Nessa modalidade o acadêmico deve comparecer regularmente ao polo de apoio presencial para acompanhar as aulas ministradas no polo central da universidade. A interação entre o aluno e o professor é garantida pela possibilidade de contato durante a aula, através de áudio e perguntas dirigidas. Além disso, o aluno participa de chat para discutir os conteúdos ministrados e sanar dúvidas geradas. O contato do aluno com o professor também pode ser estendido após as aulas por sistema de tele ou vídeo conferência. Cada disciplina possui tutores com formação adequada que auxiliam o docente responsável pela disciplina e o aluno na construção do conhecimento.

Cada disciplina deve possuir material didático que possibilite o acompanhamento das aulas. Tal material não substitui a bibliografia especializada nem deve ser um limitador do processo de busca do conhecimento, mas sim um norteador que elenca os conteúdos essenciais ao acadêmico. A bibliografia deve comportar, além da básica e complementar, obras que aprofundem as especificidades do conhecimento jurídico.

As disciplinas que compõem uma proposta de projeto pedagógico de Curso de Graduação em Direito na modalidade à distância devem seguir as diretrizes previstas na Resolução CNE/CSE 09/2004. Para Machado “o projeto pedagógico deve promover uma formação mais ampla, de cunho geral e humanístico, ao mesmo tempo em que deve propiciar o conhecimento técnico necessário ao desempenho efetivo da profissão jurídica.”³ Tal previsão pode-ser perfeitamente adimplida pela modalidade à distância, uma vez que as tecnologias de informação e comunicação possibilitam as interações entre os participantes do processo de construção do conhecimento (alunos, professores, tutores...). Tais requisitos são atendidos pelo sistema de Ensino a Distância que possibilita a captação de aulas em diversas partes do globo. Esse facilitador permite ofertar aos alunos aulas com professores locados em centros de excelência acadêmica. Esse professor, todavia, deve possuir um perfil adequado ao uso das tecnologias de informação e comunicação⁴. É possível, com tal tecnologia, transmitir para todo o território brasileiro uma aula ministrada na Europa com uma diferença de apenas três segundos do tempo real. Essas inovações permitem a redução das barreiras do tempo e do espaço na pratica pedagógica jurídica, mantendo sua qualidade.

O estágio de prática jurídica garante ao aluno a integração da formação acadêmica com a realidade profissional. O estágio é componente curricular obrigatório e deve ser desenvolvido em ambiente adequado à operacionalização das práticas inerentes ao perfil profissional almejado pelo curso. A prática jurídica nos cursos de direito, ofertados na modalidade à distância, deve ser desenvolvida nos polos de apoio presencial, com estrutura humana e física suficientes à integração dos conteúdos ministrados nos bancos escolares com as necessidades inerentes ao operador do direito. De tal modo, o polo de apoio presencial deve ofertar Núcleo de Práticas Jurídicas composto de docentes habilitados a orientar os acadêmicos nas práticas simuladas e reais. O conhecimento prático dos procedimentos inerentes ao direito subjetivo, aliado ao direito material, é indispensável ao referido docente e permite ao acadêmico a inserção de seus conhecimentos na realidade regional.

Além do Núcleo de Prática Jurídica, parte do estágio pode ser realizado, mediante convênio, em entidades e instituições que atuam diretamente no labor jurídico. Órgãos do Poder

² Ibid., p. 218.

³ MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 163.

⁴ BARRETO, Ricardo Menna; LOPES, Ana Paula de Almeida. A virtualização do ensino jurídico. In: TRINDADE, André. **Direito educacional**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 174.

Judiciário, Ministério Público, escritórios de advocacia e demais instituições que permitam ao estudante realizar estágio de formação. Assim como no ensino exclusivamente presencial, o estágio realizado em convênio exige a supervisão das atividades realizadas e a apresentação de relatório que as descreva e as registre.

Outro elemento que compõe a formação do aluno são as atividades complementares. Tais atividades têm por objetivo enriquecer o currículo acadêmico possibilitando, ainda, a interdisciplinaridade no processo de formação do aluno de direito. As atividades complementares compõem a parte flexível do currículo acadêmico e permitem ao aluno compor o mosaico de sua formação.⁵ Tanto no ensino presencial como no ensino à distância as atividades complementares desenvolvem habilidades que qualificam o currículo acadêmico. Nesse ponto o ensino à distância pode ofertar atividades que dificilmente seriam possíveis na modalidade presencial. Como por exemplo um debate envolvendo acadêmicos de diversas localidades sobre as práticas e inovações jurídicas de suas regiões. Nesse mesmo sentido é o desenvolvimento de atividades de extensão. Acima do assistencialismo encontrado em muitos ambientes educacionais, a extensão no curso de direito tem por escopo a integração da comunidade acadêmica com a sociedade em que está inserida, utilizando os conhecimentos aferidos pela pesquisa e pelo ensino como elementos de transformação da realidade social. Nesse contexto é que o ensino à distância pode servir de facilitador ao criar projetos de extensão que ultrapassem a realidade local e contemplem os atores de todo seu território de inserção. O acompanhamento dos alunos pode ser realizado por meio do Ambiente Virtual de Aprendizagem que permite e favorece a interatividade necessária aos processos educativos.

A pesquisa no ensino de direito pode ser descrita como o processo de atividades voltadas para a construção do conhecimento jurídico através da solução de problemas.⁶ Também nessa seara o ensino à distância pode apresentar inovações. Isso decorre da facilidade em obter fontes através das tecnologias de informação e comunicação. Além do acesso facilitado às fontes, o pesquisador pode utilizar a rede de polos de apoio presenciais para executar pesquisas de campo com as regiões abrangidas pelo curso. A construção compartilhada do conhecimento, voltada para a solução de problemas que envolvem a sociedade, deve ser o ponto de partida de toda pesquisa científica, rompendo, assim, os grilhões que nos prendem a um **eurocentrismo** muitas vezes desconectado com as necessidades da *terras brasílis*. Uma proposta de pesquisa *tupiniquim* que procure sanar nossos problemas jurídicos, e mantendo os rigores científicos, pode muito bem ser desenvolvida através do ensino à distância.

Ao término do curso o aluno de direito deve apresentar trabalho de conclusão. Tal trabalho tem por objetivo criar as competências para que o aluno gere conhecimento. A monografia jurídica não é a única forma de apresentação do trabalho de conclusão de curso, apesar de ser a mais usual. Na modalidade à distância, o aluno pode desenvolver seu trabalho de conclusão de curso com as mesmas ferramentas adotadas no ensino presencial. Da discussão inicial do projeto com o orientador à defesa em banca. Possibilitando, ainda, a participação de pessoas de diversos locais na banca de avaliação e permitindo, assim, significativas contribuições ao relatório final.

O processo de avaliação deve servir como elemento de identificação do perfil do aluno. A modalidade à distância permite um contínuo processo de avaliação, mesmo fora do horário de aulas, uma vez que disponibiliza um ferramental capaz de apoiar o processo de autoaprendizagem ao mesmo tempo em que permite aos docentes/tutores avaliar o conhecimento auferido pelo aluno. A avaliação e a aprendizagem se fundem em um único processo cognitivo. Tal processo

⁵ VENTURA, Daisy. **Ensinar direito**. Barueri – SP: Manole, 2004, p. 87.

⁶ BOOTH, Gregory G. Colomb; WILLIAMS, Joseph M. **A arte da pesquisa**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 7.

deve ser voltado para a formação jurídica, e não para a memorização de leis.⁷ De tal modo, a modalidade de educação à distância apresenta mais instrumentos de avaliação que a presencial, sem perder a capacidade de interação com o aluno.

Para o desenvolvimento do ensino jurídico na modalidade à distância deve-se garantir uma estrutura física mínima. Além de salas de aula para os encontros presenciais, devem-se disponibilizar laboratórios de informática compatíveis com o número de alunos e núcleo de prática jurídica capaz de efetivar o atendimento das práticas reais e simuladas. As bibliotecas dos polos presenciais devem possuir uma vasta bibliografia que permita o acesso aos manuais das disciplinas e a pesquisa em obras de aprofundamento do conhecimento jurídico. Outro facilitador nessa seara é a criação de bibliotecas virtuais com obras de domínio público, teses, dissertações de demais fontes de pesquisa.

O principal elemento para a viabilidade da criação do curso de Direito na modalidade à distância é o perfil do aluno. O aluno deve possuir uma capacidade intelectual diferenciada para acompanhar o curso. A aptidão para autoaprendizagem é um elemento essencial ao perfil do graduando em direito. A postura crítico-reflexiva dos bacharelandos é pautada pelo fomento à aprendizagem autônoma e dinâmica como elemento imperioso ao processo de ensino continuado. Assim, a formação humanística e axiológica disseminado pelo curso deve nortear o caminho para a gênese de um profissional engajado com a prestação da justiça e o desenvolvimento da cidadania. O curso deve possibilitar a inserção do bacharelando no meio laborativo com as competências e habilidades necessárias para administrar os obstáculos e dificuldades atinentes à sociedade dotada de uma multiplicidade cultural e valorativa, de molde a possibilitar ao egresso a aplicar de tais competências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: quebrando paradigmas

Do todo analisado resta a síntese de que a criação do curso de graduação em direito na modalidade à distância é factível. Contemplando a tríade universitária – ensino, pesquisa e extensão –, a modalidade de ensino a distância bimodal e multimidiática cumpre os desígnios normativos e pedagógicos propiciando elevar a formação dos acadêmicos ao maior grau de interação com a realidade social. Apregoa-se, ainda, que o projeto de curso em tal modalidade coaduna a formação humanística com foco na realidade regional.

O pensamento global com foco ao desenvolvimento local deve ser a base formativa proposta pelo curso de direito na modalidade à distância, integrando Universidade e comunidade através projetos que possibilitem o desenvolvimento regional. Cria-se, de tal modo, um fluxo contínuo de interação entre os bancos escolares e a sociedade local que, acima de destinatária da atuação do egresso, é fomentadora principal das linhas valorativas e do perfil profissional adotados pelo curso.

Como proclamou o poeta da revolução mexicana “*Caminante, no hay camino, se hace camino al andar*” O caminho do direito passa pela adoção de novas modalidades de ensino. Assim como o próprio direito, seus operadores e estudiosos são elementos que compõe um sistema em constante mutação. Devemos, assim, observar o curso de direito como um instrumento de construção da cidadania que possibilite espraiair à toda a sociedade a voz da democracia. Se não estivermos aptos a criar essa modalidade de ensino agora, temos a certeza da proximidade do direito à distância.

⁷ CUNHA, Paulo Ferreira. Pedagogia, Poder e Direito: prolegômenos a todo o direito universitário futuro. In Direito universitário e educação contemporânea, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 117.

REFERÊNCIAS

BOOTH, Gregory G. Colomb; WILLIAMS, Joseph M. **A arte da pesquisa**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TAGLIAVINI, João Virgílio. (org.) **A superação do positivismo jurídico no ensino do direito**. Araraquara: Junqueira & Marin Editores, 2008.

TRINDADE, André. **Direito educacional**. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **Direito universitário e educação contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENTURA, Daisy. **Ensinar direito**. Barueri – SP: Manole, 2004.

2 DUAS PROPOSTAS PARA IGUALAR A DEFESA: PELA PARIDADE ENTRE AS PARTES, O COMBATE À LITIGÂNCIA ABUSIVA

Joaquim Pedro de Medeiros Rodrigues*

RESUMO: O presente artigo busca identificar o posicionamento da acusação e da defesa no arcabouço constitucional, notadamente com o objetivo de compreender a paridade entre as partes. Em razão dessa percepção, o trabalho propõe medidas concretas ao seu final. Como metodologia, analisa-se o texto da Carta Política de 1988 e a legislação infraconstitucional correlata, inclusive a legislação civil. Também se explora o posicionamento de autores nacionais e estrangeiros que discorrem a respeito da instituição do Estado Democrático de Direito. Em consequência, conclui-se pela preponderância do Ministério Público e sugere-se a modificação da legislação infraconstitucional que trata do abuso de autoridade para tentar restabelecer a paridade entre as partes e o combate à litigância abusiva.

Palavras-chave: Constituição. Paridade. Processo.

O presente trabalho objetiva contribuir para a Conferência Nacional da Advocacia de 2017. O tema proposto pela Conferência condiciona a que os pilares da democracia sejam reforçados. Tal objetivo ganha relevância na medida em que se percebe que nos últimos anos presencia-se um conflito dentro do próprio Poder Judiciário, que de um lado combate a cultura do encarceramento, mas de outra banda revive o senso comum do “país da impunidade”. Essa gangorra ideológica colabora para o desmoronamento de importantes garantias, como a segurança jurídica e o devido processo legal.

Nesse sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil possui papel central, pois na figura do advogado exerce a função de porta-voz da cidadania nas mais variadas frentes, eis que tanto na militância trabalhista, cível, penal, tributária e administrativa, é o advogado quem garante o exercício pleno da jurisdição.

Feitas essas considerações iniciais, enfim, importante relembrar que a Constituição de 1988, que em 2017 completou 29 anos, afigura-se como a Carta Política mais longa desde a Proclamação da República. Nela estão traduzidas as consolidações de um intenso debate social promovido em decorrência da fase republicana anterior, em que vigoravam atos à margem da legalidade, impondo uma diminuição dos direitos fundamentais e minando diuturnamente as estruturas da democracia. A instituição, ao menos no plano mental, da concepção *Rule of Law*, nas palavras de Canotilho significa:

[...] em primeiro lugar, na sequência da *Magna Charta* de 1215, a obrigatoriedade da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade.¹

* Advogado em Brasília. Especialista em Direito Constitucional pelo IDP.

¹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 89-90.

Aliás, inafastável a aproximação do conceito com o tema da Conferência de 2017, que se propõe “em defesa dos direitos fundamentais”, qualificando-os como “pilares da democracia”. De fato, em 05 de outubro de 1988, Ulysses Guimarães ergue a Constituição e a evoca: Carta Cidadã.

Em que pese o festejo em razão das proclamações de diversas garantias, um aspecto do documento merece reflexão. O Título IV da Constituição, que inicia a partir do art. 44, trata da organização dos poderes, devendo ser considerado, portanto, a parte estratégica que irá implementar as garantias permeadas ao longo da Carta Política. Com efeito, é no referido Título que estão as atribuições ou competências de cada um dos poderes, organizando o Estado em suas diversas funções.

Pois bem: o Capítulo I discorre sobre o Poder Legislativo; o Capítulo II dispõe sobre o Poder Executivo; o Capítulo III descreve o Poder Judiciário, e finalmente, o Capítulo IV narra sobre as Funções Essenciais à Justiça. Em referência a esse último Capítulo, revela-se, assim, uma forma peculiar de entender a disposição dos três poderes, com a inclusão deste importante adendo em que estão contemplados o ministério público e a advocacia (incluídas aí a advocacia pública, privada e a defensoria).

Com exceção do Capítulo IV, não fugiu, as demais disposições, da regra básica capitaneada pela Constituição dos Estados Unidos da América, que também incluíram em primeiro lugar o legislativo, em segundo o executivo e em terceiro o judiciário. O que merece um apontamento: há uma escolha deliberada de importância para o posicionamento dos Poderes.

De fato, basta ver que na Constituição americana pouco se discorre sobre as competências do Judiciário, que foram construídas ao longo do tempo, revelando a pouca relevância do Judiciário para a positivação. E faz sentido, na medida em que, à época da colônia, o Judiciário era representado pelo monarca. Paradoxalmente, contudo, no Brasil esmiúçam-se diversas atribuições, prerrogativas e deveres dos membros do Judiciário.

Retomando a discussão para a figura central deste artigo, em relação às Funções Essenciais à Justiça, o Ministério Público inaugura o Capítulo, a partir do art. 127 da Constituição. Nesse tópico, se estabelece que o MP constitui-se de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Aqui é relevante: quem inicia o Capítulo é o MP; não é a advocacia privada; não é a advocacia pública; tampouco a defensoria pública. O Capítulo IV inicia-se pela instituição permanente incumbida para a defesa da ordem jurídica. E entre as diversas funções institucionais do Ministério Público, contudo, encontra-se a promoção da ação penal pública, que é destacadamente uma prerrogativa do acusador².

Deve-se atentar para o que afirma Eugênio Pacelli, quando trata a respeito daqueles que integram o processo judicial. A propósito do presente artigo, a conceituação sobre parte segundo o doutrinador:

A palavra *parte*, no sentido técnico que lhe empresta a boa doutrina processual, refere-se tanto àquela pessoa que pede algo em juízo quanto àquela perante a qual é feito o pedido. Em uma linguagem mais simples, as partes seriam *autor* (que pede) e o *réu* (do qual ou perante o qual se pede)³.

Tal definição aliada ao posicionamento do MP na Constituição realça a preponderância, ao menos simbólica, do *parquet* como parte sobre o réu. Certo é que existem as garantias individuais para proteger o acusado de eventuais abusos praticados pelos agentes públicos.

² Conforme o Dicionário Aurélio, do latim *accusatore*, isto é, “aquele a quem compete a acusação”.

³ OLIVEIRA, E. P. de. **Curso de processo penal**, 17. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013, p. 443.

Entretanto, mostra-se inafastável as consequências da arquitetura construída pela Carta Política. A corroborar o entendimento dessa preponderância, vale destacar a atuação do Ministério Público como “fiscal da lei”, que decorre da “defesa da ordem jurídica”.

Na verdade, parece um resgate, no último quarto do séc. XX, de figura medieval, como explica Michel Foucault:

Esse curioso personagem, que aparece na Europa por volta do século XII, vai se apresentar como o representante do soberano, do rei ou do senhor. Havendo crime, delito ou contestação entre dois indivíduos, ele se apresenta como representante de um poder lesado pelo único fato de ter havido um delito ou um crime. O procurador, vai dublar a vítima, vai estar por trás daquele que deveria dar a queixa, dizendo: “Se é verdade que este homem lesou um outro, eu, representante do soberano, posso afirmar, que o soberano, seu poder, a ordem que ele faz reinar, a lei que ele estabeleceu foram igualmente lesados por esse indivíduo. Assim, eu também me coloco contra ele”⁴.

Esse posicionamento especial ao órgão de acusação, como parte e fiscal da lei, revela, sob o ângulo da relação processual, a disparidade entre as partes. O sistema acusatório, de alguma forma, e isso é relevante, busca minimizar essa consequência. Entretanto, o processo de limitação do poder acusatório – especialmente o poder abusivo – deve ser uma constante, construída ao longo do tempo.

Por essa razão que o abuso do direito é considerado ato ilícito ainda mesmo no Código Civil, que dispôs:

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.

Com efeito, todo direito explorado de forma abusiva torna-se ilícito. O direito de criticar, por exemplo, é lícito e está amparado pela livre manifestação do pensamento própria da democracia. Contudo, a crítica abusiva, que se excede manifestamente, figura-se como ato passível de reprimenda.

Contudo, a legislação infraconstitucional que diretamente enfrenta a questão tratada neste artigo sob o viés penal é a Lei nº 4.898 de 1965, que conceitua o abuso nos arts. 3º e 4º. Valem a transcrição para a leitura:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

- a) à liberdade de locomoção;
- b) à inviolabilidade do domicílio;
- c) ao sigilo da correspondência;
- d) à liberdade de consciência e de crença;
- e) ao livre exercício do culto religioso;
- f) à liberdade de associação;
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
- h) ao direito de reunião;
- i) à incolumidade física do indivíduo;
- j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

⁴ FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 65-66.

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
- d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
- f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;
- g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;
- h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;
- i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

Uma observação: a legislação se mostra ultrapassada. Até mesmo no aspecto simbólico, eis que promulgada quando vigia um regime ditatorial. De se observar, ainda, da leitura do texto legal, que é inexistente menção direta a respeito do abuso do exercício da acusação. Dessa forma, o réu fica lançado à sorte dos instrumentos processuais disponíveis para tentar equiparar as partes do processo penal. O discurso de limitação a esses instrumentos, na verdade, potencializam a desigualdade processual e minimizam as prerrogativas da defesa.

É crescente, aliás, nos dias atuais, essa narrativa que limita o direito à defesa: mitigação do *habeas corpus* e a execução da pena em segunda instância, por exemplo. Como dito acima, há um pêndulo que oscila entre dispositivos mais próximos das garantias individuais e outros a favor do direito de punir do Estado. No momento, o pêndulo continua a se aproximar da acusação.

Em razão disso, duas propostas mostram-se possíveis no presente trabalho. A primeira, a título de enunciado deve conter o seguinte texto:

Nenhuma prerrogativa de *custus legis* deve ser conferida ao Ministério Público quando atuar como autor de ação penal pública.

A segunda, como mudança da Lei de Abuso de Autoridade, deve incluir o seguinte dispositivo

Considera-se abuso de autoridade o oferecimento de denúncia contrária às evidências dos fatos ou das provas produzidas na fase de investigação.

Com essas sugestões, espera-se de alguma forma contribuir para a reestruturação dos pilares da democracia, que estão ancorados no rol de garantias fundamentais, dentre eles a presunção de inocência, o devido processo legal e o contraditório.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

FERREIRA, A. B. H. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**, 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. p. 65-66.

OLIVEIRA, E. P. de. **Curso de processo penal**, 17. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013.

A reforma ou revisão constitucional, a reforma política, a eleitoral, são temas preferenciais da mídia nos últimos meses. Quem não está afeito a esses assuntos pode imaginar que sejam novos na pauta dos políticos e da imprensa. Há quase cem anos, na campanha presidencial de 1919, Ruy Barbosa deles tratava com impressionante visão do futuro. Seu nome é sempre lembrado quando eclodem ou se agudizam as crises institucionais, como agora o fazemos. O patrono dos advogados brasileiros foi um dos principais ideólogos da Primeira República, dividiu e pelejou com os positivistas acerca de questões que ainda hoje desafiam o patriotismo e o talento de nossos homens públicos.

As eleições presidenciais na Primeira República se faziam pelas indicações dos chefes do Congresso, ancorados no acordo “café com leite”, sob o comando dos governadores de São Paulo e Minas Gerais. A simples indicação pelos mandões era a garantia da eleição. Em 1919, eles indicaram o paraibano Eptácio Pessoa, chefe da Delegação brasileira a Conferência de Versalhes, em Paris. Tratava-se de manobra de fim duplo: aparentar pela eleição de “tertius” que se fugia ao rodízio Minas e São Paulo, continuado em seguida. Mas, sobretudo garantir que não se fizesse a desejada reforma da Constituição republicana de 1891.¹

Ruy, autor do texto da primeira Carta republicana, como de seu feitio, irresignou-se, lançou-se candidato à Presidência da República, com o apoio de apenas dois estados, Rio de Janeiro e Pará. Venceu em todas as capitais, à exceção do Amazonas e da Paraíba. Adotou a reforma constitucional como a principal bandeira de sua campanha. Proferiu conferências em Minas Gerais, Bahia, São Paulo e Rio de Janeiro. Neste último Estado pronunciou no Teatro Lírico, no dia 20 de março de 1919, a célebre oração “A Questão Social e Política no Brasil”. O texto vem sendo republicado ao longo dos anos. Um deles pela LTR Editora, em 1981, com comentários do advogado Evaristo de Moraes Filho, agora sob exame.

Dividia o tempo entre a banca de advocacia e os apelos irresistíveis pela vida pública. A esse respeito, em “Discursos Parlamentares”, presta inequívoco depoimento:

A política é e será sempre a inimiga da minha prosperidade profissional. A minha banca de advogado seria um tesouro, se eu lhe pudesse consagrar exclusivamente o meu espírito e o meu tempo, repartidos, até hoje, com as exigências dessa rival intolerante. Mas, se o trabalho não fosse, como infelizmente creio que há de ser até ao termo de meus dias, o instrumento de minha subsistência, não é aos áridos labores forenses que eu consagraria a minha vida. A minha vocação reclamava um ideal mais alto: o das letras, o da arte, ou o da ciência desinteressada. Os que me conhecerem a natureza, hão de reconhecer que, com os meus instintos e os meus gostos, não pode ser voluntária a minha absorção no comércio dos autos.²

* Diretor-Geral da Escola Superior de Advocacia ESA-OAB/MA.

¹ BARBOSA, Ruy. **A questão social e política no Brasil**. Conferência pronunciada no Teatro Lírico, do Rio de Janeiro, a 20 de março de 1919. Pref. de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo ; Rio de Janeiro: LTr ; Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1983.

² BARBOSA, Ruy. **Discursos Parlamentares**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1985. xxi, 130 p. (Obras Completas de Ruy Barbosa, v.23, t.5, 1986).

A atividade político-partidária era encarada pelo patrono da advocacia como um serviço desinteressado prestado à pátria. O que diria se pudesse ver o panorama da vida pública brasileira? Jejuna de ideias e propostas, repleta por inteiro de interesses negociais privados.

O Brasil vive crise institucional sem precedentes, guarda semelhança em alguns aspectos com aquela enfrentada na segunda década do século passado. O Parlamento desacreditado, o Poder Executivo sem apoio da sociedade, o Poder Judiciário submetido a interesses partidários.

Uma voz se levantou naquele deserto de falta de patriotismo e de obsessão pela manutenção pura e simples do poder, a de Ruy Barbosa. Candidatou-se para defender a reforma constitucional da Carta de 1891, pelo seu alheamento a questão da representatividade da sociedade e aos problemas sociais que se agravaram no pós-Primeira Guerra Mundial. Ele sabia, a única forma de manter a Constituição era alterá-la para atender ao clamor das ruas.

O Parlamento mantinha-se surdo aos gritos das ruas, enquanto os quartéis se manifestavam em revoltas como as de 22 e 24, até chegar a 1930, quando depuseram o presidente constitucional, Washington Luís, e revogaram a Carta de 1891.

Ruy tinha a seu favor, a autoridade de autor do texto básico da Constituição de 1891, além de seu magistério cívico que ajudara a construir as pilastras democráticas do Parlamento, do Judiciário e da Imprensa. Não obstante o prestígio e a força moral, não foi ouvido pelos donos do poder, que pensavam em mantê-lo a todo custo, mas terminaram por contribuir para a derrocada das instituições.

Em 1926, tentaram um arremedo de reforma. Por meio de Emenda Constitucional, regularam os casos e condições para a efetivação de intervenção federal nos Estados, objetivavam limitar ou remediar os abusos cometidos pela União nessa matéria. Ao mesmo tempo estendiam à Justiça dos Estados as garantias asseguradas à magistratura federal, e restringiam o Habeas-Corpus aos casos de prisão ou constrangimento ilegal na liberdade de locomoção.

Como se vê, introduziram alterações tópicas, não enfrentaram as questões essenciais da representação política da sociedade e as reivindicações trabalhistas, previdenciárias, e sociais, todas afligindo a população nos dias seguintes ao término da Primeira Grande Guerra Mundial.

Sobre aquele contexto, Evaristo de Moraes Filho, na introdução da publicação da Conferência do Teatro Lírico, reporta-se às circunstâncias da época:

Perante a Associação Comercial (8 de março), volta Ruy a distinguir entre revolução (reforma) e dissolução. As sociedades que não despertam a tempo e não providenciam as reformas indispensáveis, dissolvem-se na anarquia, com a perda dos frutos acumulados pela civilização. Refere-se nominalmente ao bolchevismo russo. Na conferência do dia 20, não esconde, essa sua preocupação permanente. Declara que não adula os operários, pois é amigo deles e pretende dizer-lhes a verdade. Convida-os a escolher entre qualidade e a quantidade, entre Bélgica e a Rússia, que “ruiu, juncando hoje o solo dos seus destroços, combatentes uns com os outros, sob o domínio da miséria, da fome, da anarquia”.³

Preconiza a democracia social não abrigada pela Constituição de 1891. Ao tempo em que manifesta profundo descontentamento com a desfiguração do presidencialismo, como

³ BARBOSA, op. cit., 1983.

forma de governo, conforme reportou Paulo Brossard, no Ciclo de Conferências sobre Reforma Constitucional, promovido pela Fundação Casa de Ruy Barbosa, em 1985, *verbis*:

Revisionista histórico da Constituição de que foi insigne colaborador, quando candidato à presidência da República equacionou o problema para dizer que a natureza democrática das nossas instituições nada perderia com a substituição do governo presidencial pelo governo de gabinete. E que do confronto que entre ambos se fizesse as formas parlamentares levariam a melhor; porque mais vale, no governo, a instabilidade que a irritabilidade.⁴

Deixando de lado a compatibilidade do governo parlamentar com o Estado Federal, observou que lhe parecia imprudente encetar “[...] o primeiro ensaio de reforma constitucional [...]” com uma proposta contra a qual “as exigências da ortodoxia republicana são até agora irredutíveis”, embora salientasse que “em breves anos se venha a impor a sua discussão”.

O Governo Hermes haveria de fornecer suficientes ocorrências que mereceram a condenação de Ruy. A título de exemplo, destaco esta passagem:

Onde o governo se realiza pelo sistema parlamentar, o jogo das mudanças ministeriais, dos votos de confiança, dos apelos à nação, mediante a dissolução das câmaras, constitui uma garantia, já contra os excessos do Poder Executivo, já contra as demasias das maiorias parlamentares. Mas, neste regímen, onde para o Chefe do Estado não existe responsabilidade, porque a responsabilidade criada sob a forma de impeachment é absolutamente fictícia, irrealizável, mentirosa, e onde as maiorias parlamentares são manejadas por um sistema de eleição que as converte num meio de perpetuar o poder às oligarquias estabelecidas, o regímen presidencial criou o mais chinês, o mais turco, o mais russo, o mais asiático, o mais africano de todos os regímenes.⁵

No momento em que se subverte a discussão a respeito das reformas política e eleitoral, convém ficar claro: a primeira antecede a segunda, para decidir temas como o tamanho do Estado, as suas funções; o pacto federativo incluindo o sistema tributário; e a forma de governo, se parlamentarista ou presidencialista.

São muitas as voltas que o mundo dá. Quem nos anos sessenta e setenta do século passado poderia imaginar que a Rússia interferiria nas eleições presidenciais dos Estados Unidos. O pleito que elegeu o atual presidente, Donald Trump, vem sendo investigado para apurar em que medida Vladimir Putin, o dirigente russo, concorreu para a vitória do dignitário norte-americano, utilizando-se dos recursos do sistema da rede mundial de computadores. A palavra sistema no Brasil, nos anos autoritários, significava o complexo militar-empresarial que governava o país. Os presidentes da República eram escolhidos após consulta aos quartéis e submetidos a homologação do Congresso Nacional.

O Parlamento, formalmente aberto, estava submetido aos atos institucionais e a legislação que criara artificialmente o bipartidarismo. Eram dois partidos, a Arena, do governo, e o MDB,

⁴ BARBOSA, Ruy. **Papéis Avulsos**. São Paulo: Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1987. n. 5.

⁵ BARBOSA, op. cit., 1987.

da oposição consentida. Em 1974, mesmo com os limites impostos, a oposição ganhou as eleições proporcionais e majoritárias para o Senado, na maioria dos estados, ensejando que o sistema criasse a figura do senador biônico. Para aparentar que a fonte era boa e democrática, diziam que a inspiração era o modelo da França. Assim, de casuísmo em casuísmo chegou-se a 1985, em que esgotadas as possibilidades econômicas e políticas do regime instalado em 1964, pactuou-se a eleição de Tancredo Neves indiretamente pelo Colégio Eleitoral, formado pelo mesmo Congresso, eleito sob as condições impostas pelo sistema.

Falava-se que o presidente Castelo Branco, o primeiro do ciclo inaugurado em 1964, poderia ter promovido a reforma política, almejada pela sociedade, antes da deposição de João Goulart, em razão dos desvios e abusos praticados pela designada classe política. Castelo não dispunha de hegemonia no meio militar e no político, faltando-lhe as condições para implementá-la.

Durante os vinte anos de regime autoritário, permaneceu hibernando a mesma legislação, o Código Eleitoral de 1965, e sobretudo, o desejo do sistema em manter-se no poder.

O pacto da eleição de Tancredo no Colégio Eleitoral previa a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, que promulgou em 5 de outubro de 1988, a Constituição em vigor. Durante seus quase trinta anos de vigência não se cuidou de fazer a mais importante das reformas, a política, garantindo a representação e presença da sociedade nos atos de governo.

A atual Constituição, elaborada em clima amplamente favorável a forma de governo parlamentarista, inspirava-se nos modelos das constituições social-democratas da Europa, especialmente a de Portugal. Tudo caminhava para a sua aprovação, quando se discutiu a duração do mandato presidencial. Criou-se então o impasse, adotou-se a forma de governo presidencialista.

Vários institutos do parlamentarismo permaneceram no texto constitucional, incluindo as medidas provisórias. A Constituição de 88 tem parcialmente corpo presidencialista em alma parlamentarista. Por força de emenda, em 21 de abril de 1993, realizou-se plebiscito para escolha da forma de Estado e de governo. Os cidadãos escolheram a República e o presidencialismo.

Agora, em decorrência da vasta crise que assola o país, volta-se a falar do parlamentarismo, como panaceia para todos os problemas políticos. As panaceias são discutíveis em quaisquer circunstâncias. Mas abrindo o livro da história recente, em 1961, na crise provocada pela renúncia de Jânio Quadros e o impasse da posse de João Goulart, vetado pelos ministros militares, adotou-se o parlamentarismo.

A solução de ocasião comprovou-se válida. O Gabinete chefiado pelo Primeiro-Ministro Tancredo Neves administrou e aprovou leis da maior importância para o futuro do país. Mas o remendo revelou-se falho em outros aspectos, especialmente na questão partidária. A eficiência do regime parlamentar pressupõe, para bem funcionar, a existência de organizações partidárias sólidas, considerando que se estabelece a governança a partir do Parlamento.

Alguns analistas precipitados argumentam que no presente presidencialismo de coalização, na prática, vem se processando a forma parlamentarista de governar. Trata-se de presidencialismo de coalização deformado, em que a negociação se procede em torno de emendas fisiológicas, às de cargos e de permanência em cargos. Quando a negociação verdadeira deve acontecer em torno de pontos do programa de governo.

Defensores do parlamentarismo invocam o passado, sustentam que no Império, período de estabilidade política, o regime era parlamentar. Mas na vigência da Constituição imperial de 1824, o que predominava era o Poder Moderador do Imperador.

O regime parlamentar é o mais democrático e moderno, mas para tanto, requer a existência de partidos políticos sólidos e programáticos. Que venha o parlamentarismo, mas não o de ocasião. E sim, o de convicção, submetendo-o a plebiscito na próxima eleição.

A adoção do governo parlamentar, tal como outras decisões sobre o modelo de Estado desejado pela sociedade brasileira, não se poderá fazer casuisticamente, e em função de apetites partidários ocasionais. As reformas deverão ser submetidas ao crivo da sociedade brasileira, por meio de consulta plebiscitária a efetuar-se juntamente com as eleições de 2018. O caminho é, pois, a Reforma Constitucional.

Faz-se necessário distinguir a revisão da Reforma Constitucional, nesta há a alteração material no texto da Constituição, decorrente do poder constituinte residual deferido originariamente pelo legislador, enquanto na revisão “lato sensu”, dá-se a mutação do critério de interpretação do texto constitucional face a alteração das circunstâncias políticas e sociais.

A pregação de Ruy incluía a necessidade da Reforma através de emendas e a revisão atualizadora dos critérios interpretativos. A sua voz ecoou no deserto. Não foi ouvido por gregos e troianos. Na célebre Conferência do Teatro Lírico, deixou o testamento de sua vultosa contribuição para a vida pública nacional, com impressionante antevisão do futuro ao falar dos Direitos Humanos e da Democracia Social, *verbis*:

A concepção individualista dos Direitos Humanos tem evoluído rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma transformação incomensurável nas noções jurídicas do individualismo, restringidas agora por uma extensão, cada vez maior, dos direitos sociais. Já se não vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais, acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas a entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a [...] coletividade. O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana.

Estou, senhores, com a democracia social. Mas a minha democracia social é a que preconizava o cardeal *Mercier*, falando aos operários de Malines, essa democracia ampla, serena, leal, e, numa palavra, cristã: a democracia que quer assentar a felicidade da classe obreira, não nas ruínas das outras classes, mas na reparação dos agravos, que ela, até agora, tem curtido.⁶

A XXIII Conferência Nacional da Advocacia é local apropriado para propor a realização de ampla reforma constitucional, o que agora faço, para colocar a política a serviço da sociedade, como sustentava o nosso patrono Ruy Barbosa.

⁶ BARBOSA, op. cit., 1983.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. **A questão social e política no Brasil**. Conferência pronunciada no Teatro Lírico, do Rio de Janeiro, a 20 de março de 1919. Pref. de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo ; Rio de Janeiro: LTr ; Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1983.

_____. **Discursos Parlamentares**. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1985. XXI, 130 p. (Obras Completas de Ruy Barbosa, v.23, t.5, 1986).

_____. **Papéis Avulsos**. São Paulo: Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1987. n. 5.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do Direito Constitucional Brasileiro**, ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. xx, 388 p. – (Coleção história constitucional brasileira).

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1981**; prefácio de Eros Roberto Grau., ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005. xiv, 930 p. – (Coleção história constitucional brasileira; 7).

4 OS PODERES DE GESTÃO DO JUIZ: UMA ALTERNATIVA PARA O PROBLEMA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO?

Fernando Sieck*

RESUMO: O presente artigo pretende fazer uma análise dos poderes de direção dos juízes e a influência desta gestão na duração razoável do processo. Não objetivamos aqui defender um magistrado capaz de ferir os direitos processuais das partes e os princípios basilares do processo, mas sim um juiz ativo que tenha consciência que o processo deve ser cooperativo, buscando uma decisão justa de mérito em prazo razoável.

Palavras-chave: Gestão processual. Direção formal. Direção material. Duração razoável do processo.

ABSTRACT: The present article intends to make an analysis of the management powers of the judges and the influence of this management in the reasonable duration of the process. We do not intend here to defend a judge capable of violating the procedural rights of the parties and the basilar principles of the process, but rather a active judge who is aware that the process must be cooperative, seeking a fair decision on merit within a reasonable time.

Keywords: Case management. Formal direction. Material direction. Reasonable duration of the procedure.

SUMÁRIO: Considerações iniciais. A razoável duração do processo. Os poderes de gestão do juiz. Direção material do processo. Considerações finais.

- O meu amigo Faustino Xavier de Novaes conheceu perfeitamente aquele nosso amigo Silvestre da Silva...
 - Ora, se conheci!... Como está ele?
 - Está bem: está enterrado há seis meses.
 - Morreu?!
 - Não morreu, meu caro Novaes. Um filósofo não deve aceitar no seu vocabulário a palavra morte, senão convencionalmente. Não há morte. O que há é metamorfose, transformação, mudança de feitio. [...]
- Camilo Castelo Branco¹

* Mestrando em Processo Civil na Universidade de Coimbra/PT, com estágio de pesquisa na Universidade de São Paulo – USP. Graduado pela Universidade Positivo. Advogado inscrito na OAB/PR sob nº 72.264, com escritório profissional à Avenida Água Verde, nº 43, Curitiba, Paraná. E-mail: fernando_sieck@hotmail.com.

¹ O presente verso foi utilizado pelo Professor Doutor Miguel Mesquita durante a aula inaugural de processo civil I do curso de mestrado na Universidade de Coimbra no ano de 2016/2017.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A empresa ABC Transportes foi contratada pela empresa XYZ Vidraçaria para o fim de efetuar o transporte de chapas de vidro à um determinado cliente. Após não receber o valor acordado, ajuíza ação para cobrar o valor de € 9.808,20, sendo € 9.591,50 a título de capital, juros vencidos e vincendos desde a data de vencimento das faturas e de € 176,70, e € 40,00 pelos custos suportados com a cobrança da dívida.

Ao apresentar oposição, o réu concordou com a realização do transporte, todavia alegou que sete chapas de vidro foram quebradas, sendo que fora necessária a substituição, totalizando um prejuízo no valor de € 6.400,84. Em sentença, julgou parcialmente procedente os pedidos da autora, condenando o réu ao pagamento da quantia de € 9.591,50 e € 176,70 a título de juros vencidos em favor da autora.

O réu apresentou o recurso cabível pugnando pela reforma da sentença e pela compensação dos valores. Restou comprovado pelo Tribunal da Relação de Évora/Portugal a quebra das sete chapas de vidro e a comunicação do fato à autora. Nas palavras utilizadas na decisão, “[...] concordamos parcialmente com a impugnação pois nos parece que a prova produzida impunha solução diferente, designadamente, no que diz respeito ao custo que a recorrente teve que suportar com os vidros temperados que substituíram os que se partiram (e que estes se partiram não há dúvida nenhuma)”.

A ação de cobrança fora ajuizada com fundamento no procedimento especial determinado pelo Decreto-Lei n.º 269/98, vigente em Portugal. Tal procedimento não permite que o réu apresente reconvenção, embora o Código de Processo Civil pátrio exija que o pedido para compensação de créditos seja feito, obrigatoriamente, por meio de reconvenção.

Diante deste impasse, o Tribunal da Relação de Évora decidiu que o réu tinha razão quanto ao direito material, todavia deveria ajuizar outra demanda com o intuito de cobrar os valores, tendo em vista que a legislação aplicável impossibilita a realização da compensação. Nas palavras do próprio acórdão, “[...] a solução pode ser má, em termos de política legislativa (perde-se em celeridade, em conhecimento numa só vez do total mérito da causa, etc.) mas não há motivos para a afastar”².

Não cabe aqui analisar o sistema processual português ou a legislação deste país, todavia tal acórdão é uma afronta aos direitos processuais das partes e fere drasticamente os princípios legais que regem o processo civil. Inclusive o próprio acórdão reconhece tal afronta e entende que a decisão é má. A gestão processual, princípio que ganhou destaque quando incluído no art. 6.º do Código de Processo Civil Português³, é um mecanismo para impedir decisões como o acórdão supra.

A palavra gestão significa direção, orientação e resolução de problemas. O gestor, no caso do processo o juiz, deve atuar não apenas à luz de critérios de legalidade, mas também de oportunidade, nas palavras do jurista português Miguel Mesquita, “[...] a gestão implica, caso a caso, dia a dia, um uso racional e controlado de meios”⁴.

² PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Processo n.º 89791/15.0YIPRT.E1, Segunda Secção. Relator: Dr. Paulo Amaral, Lisboa, 9 de fevereiro de 2017.

³ Artigo 6.º (art.º 266.º CPC 1961) - Dever de gestão processual: 1 - Cumpra ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável. 2 - O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo. (PORTUGAL. Código de Processo Civil. 2013).

⁴ MESQUITA, Miguel. Princípio da Gestão Processual: o “santo graal” do novo processo civil?. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Lisboa, v. 145, n. 3995, p. 78-108, nov./dez. 2015. p. 82.

O presente artigo buscará entender a finalidade da gestão, ou direção, do processo, suas características e motivos.

A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Por analogia ao poema de Camilo Castelo Branco, conforme citação supra, o direito se altera constantemente e decorrente das recentes alterações houve um aumento considerável na litigiosidade⁵. A morosidade dos processos judiciais pode trazer danos irreparáveis ou de difícil reparação às partes, podendo, inclusive, prejudicar a efetivação da tutela. Assim, diversas alternativas são buscadas para aperfeiçoar a celeridade processual, bem como garantir a segurança jurídica da tutela jurisdicional, sem prejuízo do devido processo legal, buscando uma justiça qualitativa em tempo razoável.

São diversos os ordenamentos jurídicos e normas internacionais que incluíram em seu texto legal a expressão “duração razoável” do processo⁶⁻⁷.

Na Itália a duração razoável do processo é uma meta que o judiciário busca ferozmente atingir, tendo em vista que tem um dos piores índices de morosidade processual em toda a Europa. Quanto aos processos em trâmite na justiça cível deste país, a média oficial de duração de um processo é de cerca de quatro anos e cinco meses⁸. Tendo em vista o histórico de morosidade, foi incluída neste ordenamento jurídico a Lei Pinto, a qual garante uma indenização para os casos de demora excessiva no processo. Estas demandas indenizatórias devem ser propostas no Tribunal de Estrasburgo (Tribunal Europeu dos Direitos Humanos) em face do Governo Italiano.

Neste sentido, sabendo que não há como estabelecer um prazo ideal para tramitação dos processos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos identificou três critérios do relativismo do termo “duração razoável”, quais sejam: (a) complexidade do caso, a qual está diretamente ligada aos procedimentos adotados; (b) comportamento da pessoa; e, (c) conduta das autoridades competentes⁹⁻¹⁰, a qual inclui, também, aspectos de organização administrativa do judiciário. Estes estão diretamente ligados à duração do processo sendo que interferem na justa composição do litígio, ou seja, não pode o sistema jurídico buscar unicamente a resolução rápida do litígio, deve, também, alcançar a justiça da decisão.

Nas palavras do jurista Inglês Jeremy Bentham, “[...] justiça atrasada é justiça negada”. Posto isto, a necessidade de uma tutela judicial efetiva em prazo razoável, sem perecimento da justa composição do litígio, não é meramente um mecanismo para buscar excelência do judiciário, mas sim uma necessidade do ordenamento em atingir a garantia dos direitos das

⁵ FIX-FIERRO, Héctor. **Courts, Justice and Efficiency**: a socio-Legal study of economic rationality in adjudication. Hart Publishing: Oxford ; Portland ; Oregon, 2003. p. 12.

⁶ Faz saber: Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) em seu art. 8º, nº 1; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos no art. 14, nº 2, item “c”; e, Convenção Europeia dos Direitos Humanos em seu art. 6º.

⁷ Cumpre-nos ressaltar que o Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a indenizar a família de Damião Ximenes Lopes (caso Ximenes Lopes - 2006), pois desde a instauração do processo penal decorreram seis anos sem a prolação da sentença de primeiro grau em razão, unicamente, de condutas judiciais (COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Presidente da Corte Sergio García Ramírez. San Jose, 4 de julho de 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/2J01Ctb>>. Acesso em: 20 mar. 2017).

⁸ Tradução livre com alterações. Original: Per quanto riguarda i processi civili, la media ufficiale italiana è di circa 4 anni e cinque mesi. (STUDIO CATALDI IL DIRITTO QUOTIDIANO. La giustizia negata. Disponível em: <<http://bit.ly/2LJHd9a>>. Acesso em: 19 mar. 2017).

⁹ Tradução livre. Original: *la Corte di Strasburgo ha individuato tre criteri “di relativizzazione”, cui suole fare un uso combinato: criterio della “complessità del caso”, del “comportamento dell’interessato” e del “comportamento delle autorità competenti”*. (IERMANO, Anna. **La ragionevole durata del processo nell’ordinamento europeo e italiano**. 2010-2011. Tese (Doutorado em Dirrito) - Università Degli Studi Di Salerno, Facoltà di Giurisprudenza, Salerno, 2010-2011, f. 17)

¹⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Abuso di diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?. **Rivista di diritto processuale**, Roma, v. LXIV, n. 6, p. 1686-1700, nov./dez. 2009. p.1690.

partes e de outros envolvidos. Para tanto, os sistemas jurídicos buscam meios alternativos para resolução dos conflitos ou, até mesmo, meios para agilizar a entrega da tutela judicial, como, por exemplo, o aumento dos poderes dos magistrados, garantindo-lhes a gestão do processo.

OS PODERES DE GESTÃO DO JUIZ

O princípio da gestão processual foi incluído expressamente no Código de Processo Civil português após a reforma de 2013, todavia nos códigos anteriores já haviam previsões esparsas que evidenciavam os poderes/deveres do juiz trazidos por este princípio. Em termos gerais, tal princípio garante maiores poderes ao juiz para gerir o processo em busca de celeridade e eficiência, além da justa composição do litígio. Há grande polêmica na literatura jurídica quanto à extensão dos poderes de gestão do magistrado, sendo que na Inglaterra se entende que a gestão é puramente formal (*active case management*) e na Alemanha alegam a existência de duas espécies, quais sejam: gestão processual (*formeller Verfahrensleitung*); e, gestão material (*materielle Verfahrensleitung*). Nesta última, o juiz poderá interferir no mérito da ação por meio de avisos, advertências e sugestões às partes e não apenas se limitar à interferências no procedimento¹¹.

O processo é de interesse público, sendo assim, o juiz deve visar à eficiência deste adequando o que precisar no procedimento, dentro de certos limites, os quais são previstos no princípio do contraditório e nas demais garantias processuais¹². Assim, a gestão processual visa, nas palavras do jurista português Miguel Teixeira de Sousa, “diminuir os custos, o tempo e a complexidade do procedimento”¹³.

No século XIX, o juiz possuía diversas restrições na sua atuação, sendo considerado um mero árbitro do litígio entre as partes, ou seja, o magistrado controlava formalmente à atuação destas. O processo era das partes e o juiz não podia intervir ativamente, sendo que até o impulso sucessivo dependia apenas das partes. O fim do processo era a busca da verdade meramente formal.

Desde então, tornou-se uma tendência do processo civil em atribuir mais liberdade para o juiz. Em 1895 o Código de Processo Civil Austríaco já atribuía ao juiz o poder de direção do processo¹⁴, rompendo a ideia que este pertencia apenas às partes.

Na Regra 1, das Regras Federais de Processo Civil dos Estados Unidos da América¹⁵, está consagrado o objetivo do sistema judicial, qual seja, “[...] assegurar a justa, célere e econômica resolução de todas as ações”. Portanto, para atingir esta meta, os juízes devem gerir o processo, adequando-o à complexidade do caso concreto¹⁶.

¹¹ MESQUITA, op. cit., p. 82.

¹² SOUSA, Miguel Teixeira De. Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil. **Caderno de direito privado**, Lisboa, n. 43, p. 10-14, jul./set. 2013. p.14.

¹³ SOUSA, op. cit., p. 10.

¹⁴ A primeira insurgência contra o imobilismo judicial se deu na obra de Bellot no projeto do Código de Processo Civil do Cantão de Gênêbra em 1819, todavia foi a mudança de perspectiva idealizada por Franz Klein em 1895, na Áustria, que ganhou maior destaque e apoiadores. (CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. **Governança Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 92 e, ainda, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista Processo e Constituição**, Porto Alegre, v. 1, p. 89-121, 2004).

¹⁵ “These rules govern the procedure in all civil actions and proceedings in the United States district courts, except as stated in Rule 81. They should be construed, administered, and employed by the court and the parties to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding”. (EUA. Federal Rules of Civil Procedure. Disponível em: <<http://bit.ly/2JiAeFT>>. Acesso em 30 abr. 2017).

¹⁶ SCHWARZER, William W.; HIRSCH, Alan. Os elementos da gestão processual: Um guia de bolso para juízes. **Revista Julgar**, Portugal, n. 19, jan./abr. 2013, p. 189.

No Brasil é possível verificar esta tendência de conferência de maiores poderes de gestão para os magistrados, sendo que o Regulamento nº. 737, promulgado em 25 de novembro de 1850, que até então dispunha quanto ao Processo Comercial, inovou às tendências da época garantindo aos juízes alguns poderes de direção¹⁷. Posteriormente, este regulamento foi estendido, com algumas alterações, sendo aplicável em todos os processos cíveis.

Ocorre que como qualquer mudança de tendência e tentativa de quebra do paradigma da época, o magistrado deveria alterar sua postura passiva e atuar ativamente para solução do litígio. Todavia esta alteração de pensamento não ocorreu. Embora as raízes do juiz passivo, tradicionais em inúmeros países, estivessem fortes e evidentes nos trâmites processuais, o legislador brasileiro continuou por avançar na marcha iniciada pelo Regulamento nº. 737/1850. Sem adentrar nas minúcias dos códigos estaduais decorrentes da alteração da competência legislativa pela Constituição Federal de 1891, o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº. 1608 de 1939) passou a adotar uma visão publicista do processo, compelindo ao juiz (art. 112) o dever de direção do processo com o intuito de garantir celeridade sem prejuízo da defesa dos interessados¹⁸.

Neste diapasão, a Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, seguiu a tendência dos legisladores anteriores, aumentando a gama de poderes dos magistrados, conforme disposições dos art. 125 a 133. Enfim, o atual Código de Processo Civil em seu art. 139 dispõe de uma extensa gama de poderes dos juízes¹⁹, pretendendo atingir a eficiência do processo e a justa composição do litígio, sem que haja desrespeito ao devido processo legal, mas ainda não previu poderes gerais de gestão aos juízes²⁰.

DIREÇÃO MATERIAL DO PROCESSO

Os poderes de direção do processo são segregados em dois ramos, quais sejam (a) direção processual (ou formal); e, (b) direção material.

Nos países que defendem o aumento dos poderes do juiz, não existem muitas controvérsias quanto à direção formal do processo²¹. Ora, está direção do processo diz respeito aos atos, em outras palavras, ao caminho que este percorrerá até que haja a decisão de mérito. Nas palavras de Roberto Benghi Del Claro, “Se não conduzisse formalmente o processo, dificilmente se conseguiria imaginar uma função para o juiz. Essa direção formal está ligada aos impulsos

¹⁷ O juiz passou a poder converter o julgamento em diligência independente do pedido das partes (art. 230), convocar as partes para tentativa de conciliação (art. 23 e 33), fazer perguntas às testemunhas (art. 181) e determinar a realização de diligências que entendesse necessárias. (CORRÊA, op. cit., p. 163).

¹⁸ CORRÊA, op. cit., p. 168.

¹⁹ Embora seja de extrema importância o debate pontual de cada poder conferido ao magistrado pelo legislador, tal análise não será realizada no presente trabalho devida às limitações de espaço e tempo. Além do presente artigo que prevê os poderes dos magistrados, os deveres de gestão do juiz podem ser verificados em outros artigos distribuídos pelo Código de Processo Civil, como é o caso, por exemplo, dos artigos 355; 356; 334 §4º, II; 970; e, 723, parágrafo único.

²⁰ Certo é que os poderes de gestão processual previstos no anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015 foram reduzidos. Os artigos 107, V e 151, §1º, previam, respectivamente, a adequação de fases e atos processuais às especificações do conflito e a providência dos ajustes necessários em caso de inadequação às peculiaridades do caso concreto. Ou seja, ainda que não previsto o termo expresse “gestão processual”, estaria o juiz autorizado legislativamente à adequar o procedimento de modo à extrair o máximo do processo, respeitando a celeridade, justa composição e efetividade da decisão, conforme objetivou o CPC/2015 na exposição de motivos do anteprojeto. Este poder/dever geral de adequação procedimental foi reduzido, sobrando uma pequena margem de atuação do magistrado, o que pode ser verificado no art. 139, VI, do CPC vigente. (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2H3zCPv>>. Acesso em 2 out. 2017).

²¹ Em Portugal, renomados juristas defendem tal tipo de gestão, tais como José Lebre de Freitas, Isabel Alexandre, Miguel Teixeira de Sousa e Miguel Mesquita. Este último vai mais além, defendendo a necessidade da gestão material do processo pelo juiz. (MESQUITA, op. cit., p. 82).

necessários para que o procedimento atinja os seus objetivos, desde a propositura da demanda até a entrega da tutela do direito da parte”²². Ainda, o juiz deve adequar o procedimento à complexidade do caso concreto, dispensando as fases que entender desnecessárias, incluindo diligências, designando ou não audiências. Em outras palavras, deve o juiz intervir no processo para o fim de que seja o mais eficiente possível para o caso a ser julgado.

A gestão processual tem como fim, de acordo com o art. 6º do Código de Processo Civil Português, a celeridade e a justa composição do litígio. Certo é que a gestão meramente formal do processo é necessária para atingir o primeiro fim, qual seja a celeridade processual (duração razoável), todavia não é suficiente para que o resultado do processo seja justo materialmente.

Na Alemanha, o juiz tem o dever de intervir no processo em busca de eficiência e de uma sentença materialmente justa²³. Libertado das amarras da literatura jurídica pretérita, o processo não objetiva a verdade meramente formal e sim a verdade real, em outras palavras, não se deseja alcançar a simples decisão de mérito, mas objetiva-se a justa composição do litígio, ou seja, uma decisão de mérito materialmente justa.

Então, no que consiste a direção material do processo? Utilizar-nos-emos das palavras de Cappelletti, o qual responde tal questionamento afirmando que:

[...] o princípio da direção material do processo, concede ao juiz o poder de intervir, de solicitar, de estimular, chamando a atenção das partes não apenas para qualquer irregularidade formal, mas também para a incompletude ou imprecisão das alegações ou dos pedidos, dando-lhes a possibilidade de modificarem, de ampliarem, de corrigirem, enfim, a própria posição num ambiente de diálogo avesso à preclusão²⁴.

Em síntese, é o juiz que atua em conjunto com as partes em prol da descoberta da verdade dos fatos, com base no princípio da cooperação e respeitando a imparcialidade²⁵ e o contraditório. Em outras palavras, é dever do magistrado atuar no objeto do processo por meio de avisos, advertências e questionamentos. Deve o juiz, objetivando a realização da justiça e com base nos princípios da utilidade e otimização do resultado do processo, recomendar alteração, inclusão ou supressão no pedido ou nos elementos da causa de pedir.

Imperioso ressaltar que os poderes de direção material do processo devem, obrigatoriamente, preservar os direitos processuais das partes. Não é defendido aqui que o magistrado atue como super juiz, acima de qualquer lei, com fundamento na justa composição do litígio. Pelo contrário, o magistrado deve atuar de forma cooperativa com as partes, exercendo o contraditório, possibilitando que as partes se manifestem acerca de qualquer decisão para evitar decisões surpresas e mantendo a imparcialidade. O Tribunal Constitucional Alemão concedeu enorme importância para os direitos processuais, garantindo às partes um meio de controle no caso de eventuais violações do magistrado²⁶. Na Alemanha, a gestão material é entendida como um mecanismo de proteção às partes, tendo em vista que o juiz está obrigado

²² DEL CLARO, Roberto Benghi. Direção material do processo. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, f. 175.

²³ STÜRNER apud MESQUITA, op. cit., p. 88.

²⁴ CAPPELLETTI apud MESQUITA, op. cit. p. 89.

²⁵ Os defensores da gestão material deixam claro que o juiz tem condições de atuar desta forma e manter a imparcialidade, tendo em vista que o fará por meio de questionamentos e sugestões, cabendo à parte a decisão final. Tal afirmação precisaria de uma análise detalhada dos princípios do dispositivo e do pedido, inclusive quanto à mitigação destes. (MESQUITA, op. cit., p. 89).

²⁶ DEL CLARO, op. cit., p. 187.

à tratar as partes com isonomia e imparcialidade, de modo que o processo atinja seu grau máximo de aproveitamento.

Assim, a gestão material consiste na influência do juiz sobre o processo ao nível do pedido, da causa de pedir e das provas²⁷, o que é legitimado pelo amplo exercício do contraditório. No Brasil, o pedido e a causa de pedir podem ser alterados por decisão unilateral do autor até o momento da citação do réu ou até o saneamento, desde que com consentimento deste (art. 329, do CPC/BR). Esta análise deve ser restritiva. O objetivo desta limitação é, supostamente, evitar retrocessos na marcha processual em prol da celeridade. Entendemos, então, que o juiz deve fazer sugestões ao autor no primeiro momento possível, ou seja, caso verifique uma possibilidade de adequação do pedido antes da citação, será este o momento para o fazer. Ocorre que, na maioria dos casos, eventual alteração será verificada como necessária durante a fase probatória, não havendo possibilidade de alteração²⁸.

Neste sentido, a gestão material não é passível de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, os magistrados não possuem este poder-dever. Todavia, haja vista a maximização da efetividade processual, celeridade e justa composição, devem os juízes, através do princípio da cooperação e do negócio processual (art. 190, do CPC/BR), tentar influenciar as partes, de comum acordo, a adotarem medidas que visem a justa composição do litígio em prazo razoável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, para parafrasear com o escritor português Camilo Castelo Branco, o processo civil está em constante metamorfose para adequar o procedimento judicial à realidade da época, buscando saciar os anseios da sociedade, a qual precisa do judiciário para sanar os litígios dos cidadãos de forma rápida, eficiente e justa. Portanto, torna-se cada vez mais frequente em diversos ordenamentos jurídicos a busca pela celeridade, economia processual e justa composição do litígio, sendo a gestão processual o meio ideal para atingir este fim.

Embora o tema objeto de análise seja amplo e complexo, não objetivamos esgotar a literatura jurídica no presente estudo, assim, nos limitamos a apresentar o princípio da gestão processual e suas vertentes, formal e material, abordando sua aceitação e aplicação em outros ordenamentos jurídicos.

Verifica-se uma tendência mundial de ampliar os poderes dos juízes²⁹, os quais poderão gerir o processo de maneira a extrair o melhor aproveitamento deste e, ainda, resultando numa decisão justa do litígio. A decisão justa materialmente em prazo razoável é a meta do judiciário moderno, sem que isso acarrete na violação de direitos processuais das partes, observando previsões internacionais e, dependendo do país, constitucional.

²⁷ MESQUITA, Miguel. A flexibilização do princípio do pedido a luz do moderno processo Civil. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Lisboa, v. 143, n. 3983, nov./dez. 2013, f. 145.

²⁸ Em Portugal, a alteração do pedido e da causa de pedir está prevista nos artigos 264 e 265 do Código de Processo Civil. O primeiro garante a alteração por acordo, possibilitando a alteração em qualquer momento processual, 1ª ou 2ª instância, salvo se perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito. Já o último trata da alteração unilateral, a qual pode ocorrer: a) em confissão feita pelo réu e aceita pelo autor; b) em qualquer altura até o encerramento da discussão em primeira instância, desde que seja desenvolvimento ou consequência do pedido primitivo; c) nas ações de indenização fundadas em responsabilidade civil, até o encerramento da audiência final em 1º grau de jurisdição, a condenação do réu no termos do art. 567 do Código Civil, mesmo que inicialmente tenha pedido a condenação daquele em quantia certa; e, d) a modificação simultânea do pedido e da causa de pedir, desde que tal não implique convalidação para relação jurídica diversa da controvertida.

²⁹ À título exemplificativo, faz saber: a Áustria, com seu pioneirismo nos ensinamentos de Franz Klein; a Inglaterra com o *active case management*; Portugal com o princípio da gestão processual; os Estados Unidos da América em busca da justa, célere e econômica resolução do litígio; e, finalmente, a Alemanha que, atualmente, possui inúmeros juristas defensores da gestão material do processo, inclusive com previsão no ordenamento processual nacional.

Não há como nós, juristas, aceitarmos de maneira pacífica decisões injustas. Cabe à nós repudiarmos fortemente acórdãos que, por exemplo e pedindo licença para transcrever novamente tal trecho, afirmem que “a solução pode ser má, em termos de política legislativa (perde-se em celeridade, em conhecimento numa só vez do total mérito da causa, etc.) mas não há motivos para a afastar”³⁰. Discordando do Tribunal da Relação de Évora/PT, entendemos que uma decisão não pode ser má, cabe aos magistrados, incluindo desembargadores, a busca pela eficiência do processo e a justa composição do litígio, afastando qualquer decisão maléfica, o que poderia ser feito no caso em tela pelo exercício da gestão processual, prevista no art. 6º do Código de Processo Civil português.

No Brasil, é evidente o aumento dos poderes do juiz desde o Regulamento nº. 737, promulgado em 25 de novembro de 1850, até o atual Código de Processo Civil. De qualquer forma, os magistrados brasileiros possuem um limitado poder de gestão processual, tendo em vista as adequações ao anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, o qual tentou por garantir a ampla gestão do procedimento aos juízes (vide nota 20), mas não obteve êxito. Em outras palavras, o juiz nacional não possui poder geral de gestão processual e, obviamente, de gestão material, tendo como alternativa, a nosso ver, a utilização do negócio processual previsto no art. 190 do Código de Processo Civil Brasileiro, todavia fica o juiz dependente do acordo das partes.

Evidente que a consagração da gestão processual (formal e material) deve ser um trabalho em conjunto, existindo cooperação entre magistrado, partes e advogados, os quais devem se preparar e estarem dispostos à efetivar o princípio da cooperação em prol do processo civil atingir a justa composição do litígio em prazo razoável de tempo, o que ainda esperamos ver com mais frequência em nossos tribunais, todavia deve o legislador insistir na ampliação dos poderes de gestão do magistrado para que este possa exercê-la sem depender unicamente do negócio processual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2H3zCPv>>. Acesso em: 2 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 422.778/SP, Terceira Turma. Relator: Min. Castro Filho. Brasília, 19 de junho de 2007. Diário de Justiça, 27 ago. 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Abuso di diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?. **Rivista di diritto processuale**, Roma, v. LXIV, n. 6, p. 1686-1700, nov./dez. 2009.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. **Governança Judicial**. São Paulo: Quartier, 2012.

³⁰ PORTUGAL. Código de Processo Civil (2013). Disponível em: <<http://bit.ly/2H5z7UV>>. Acesso em: 4 set. 2017.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humano. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Presidente da Corte Sergio García Ramírez. San José, 4 de julho de 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/2J01Ctb>>. Acesso em 20 mar. 2017.

DEL CLARO, Roberto Benghi. **Direção material do processo**. 2009. 271 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

EUA. Federal Rules of Civil Procedure. Disponível em: <<http://bit.ly/2JiAeFT>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

FIX-FIERRO, Héctor. **Courts, Justice and Efficiency**: a socio-Legal study of economic rationality in adjudication. Hart Publishing: Oxford and Portland, Oregon, 2003.

IERMANO, Anna. **La ragionevole durata del processo nell'ordinamento europeo e italiano**. 2011. Tese (Doutorado em Diritto) – Università Degli Studi Di Salerno, Salerno, 2010-2011.

JORGE, Nuno De Lemos. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. **Revista Julgar**, Lisboa, n. 3, p. 61-84, set./dez. 2007.

MESQUITA, Miguel. A flexibilização do princípio do pedido a luz do moderno processo Civil. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Lisboa, v. 143, n. 3983, p. 129-151, nov./dez. 2013.

_____. Princípio da Gestão Processual: o “santo graal” do novo processo civil?. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Lisboa, v. 145, n. 3995, p. 78-108, nov./dez. 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista Processo e Constituição**, Porto Alegre, v. 1, p. 89-121, 2004.

PORTUGAL. Lei nº 41, de 26 de junho de 2013. Código de Processo Civil (novo) (versão actualizada). Disponível em: <<http://bit.ly/2H5z7UV>>. Acesso em: 4 set. 2017.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Processo n.º 89791/15.0YIPRT.E1 (2.ª Secção), relator Dr. Paulo Amaral. Lisboa, 9 fev. 2017.

SCHWARZER, William W.; HIRSCH, Alan. Os elementos da gestão processual: Um guia de bolso para juízes. **Revista Julgar**, Lisboa, n. 19, p. 189-206, jan./abr. 2013.

SOUSA, Miguel Teixeira De. Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil. Caderno de direito privado, Porto, n. 43, p. 10-14, jul./set. 2013.

STUDIO CATALDI IL DIRITTO QUOTIDIANO. La giustizia negata. Disponível em: <<http://bit.ly/2LJHd9a>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

5 PROPOSIÇÃO PARA APROVAÇÃO DOS PROJETOS QUE ATUALIZAM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, BUSCANDO TRATAR E PREVENIR SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO: (PROJETO DE LEI 3.515/2015 E 283/2012)

Leandro Carvalho dos Santos Silva*

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor completou 27 anos no mês de setembro, embora seja uma norma atual não significa que não precise de atualização, com o objetivo de regulamentar melhor novos temas que não existiam na época de sua criação em 1990.

A presente proposição foi elaborada com o objetivo de impulsionar aprovação da PL 3.515/2015 que tramita na Câmara dos Deputados, estando atualmente na Comissão de Defesa do Consumidor desta casa. Sua aprovação tem como objetivo possibilitar a proteção social do consumidor vulnerável, através da efetivação das normas de consumeristas, com aparato legislativo específico sobre o assunto, facilitando a adoção das providências cabíveis para se evitar que o superendividamento continue alcançando patamares ainda mais elevados.

Na sociedade consumerista a aquisição e utilização de determinados produtos e serviços se tornou sinônimo de bem-estar pessoal e reconhecimento de status social. Nessa conjuntura global surge o consumo inconsciente, frenético e desequilibrado, onde o consumidor, com o anseio de se sentir produtivo e integrado socialmente, adquire e utiliza mais produtos e mais serviços do que realmente precisa, sem se atentar a sua realidade econômica.

As relações de consumo devem ser vistas com a ótica voltada para os mais vulneráveis, com um cuidado especial e sempre buscando um equilíbrio na relação jurídica consumerista, a sociedade é refém do consumo, **quicá** para alguns, o consumo seja mais valioso que a liberdade e igualdade. Hodiernamente, somos surpreendidos como dizeres como: “Dinheiro não traz felicidade. Manda buscar” ou “O dinheiro não dá felicidade. Mas paga tudo que ela gasta”.

Diante de todo o desejo de comprar, temos a contrapartida do pagamento, claro, e aí surge o problema de muitas famílias. O consumidor muitas vezes compra um produto ou serviço que não necessitava **financiado** pelo **dinheiro ilusório**, popularmente conhecido como cartão de crédito, satisfaz seu desejo e sua sanha pela compra, e no fim do mês observa que o prazer momentâneo lhe deixou **endividado**, comprometendo sua renda e possivelmente a de toda sua família.

O consumo de produtos e serviços está diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana, à sua existência e sobrevivência digna, pois não há como conceber a ideia de existência digna de um ser humano sem que tenha acesso a produtos e serviços essenciais de qualidade e com segurança, como por exemplo, o tratamento de esgoto e o fornecimento de água e energia elétrica, bem como a alimentação. Por isso, é latente a necessidade da efetivação das normas de consumo, buscando a conscientização da sociedade e o equilíbrio nesta relação jurídica, para garantia do princípio da dignidade da pessoa humana.

* Advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil Seccional da Paraíba, sob o número 17.666, com endereço profissional na Avenida Guedes Pereira, 55, Centro, 1º andar, sala 104, CEP- 58010-810 - João Pessoa-PB. E-mail: carvalhossadv@gmail.com

O SUPERENDIVIDAMENTO E SEUS REFLEXOS

O superendividamento é a incapacidade dos devedores/consumidores de saldar suas dívidas atuais e futuras, estamos diante de uma problemática que afeta muitos consumidores brasileiros, o endividamento é um fato individual, mas com consequências sociais extremamente danosas, cada vez mais claras. Conforme última Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC), apurada mensalmente pela Confederação Nacional do Comércio, Bens, Serviços e Turismo (CNC) desde janeiro de 2010, revelou que em julho de 2017 57,1% das famílias brasileiras estão endividadas; 24,2% estão com contas atrasadas e 9,4% não terão condições de pagar.

O fenômeno do superendividamento é uma realidade crescente em nosso País, podendo se atribuir a diversos fatores como: a oferta ostensiva de crédito; falta de informações; limites maiores do que se pode cobrir; tudo isso atrelado com o despreparo dos consumidores para lidar com este novo produto/serviço e, ainda, associada a situações pessoais, mas não incomuns, de necessidades extraordinárias, como desemprego, doença e outros. O “*puffing*” é o anúncio escandaloso, estridente, exagerado e espalhafatoso, ou seja, a publicidade exagerada e o oferecimento de crédito **fácil** contribuem ainda mais para que o consumidor veja o **abismo financeiro** cada vez mais próximo. Em meio à crise, bancos e financeiras exploram ofertas de crédito **sem burocracia**, inclusive para quem está com **nome sujo** e sem avaliar o quanto da renda já está comprometida com dívidas.

A Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, é uma legislação protetiva e que reconhece a vulnerabilidade do consumidor, garantindo a inversão do ônus da prova, que consiste na mitigação do dever de provar, estabelece fórum privilegiado ao consumidor, mas não legitima o superendividamento. Atualmente tramita pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 3.515/115, que tem a finalidade de fomentar a educação financeira dos consumidores, conscientização para o consumo consciente e capacitar o consumidor para adequação com a complexidade dos produtos e serviços financeiros, bem como as tentações, sedução, perigos do mundo do consumo atual.

Existe uma vertente protecionista contra o superendividamento do consumidor de crédito, que já vem sendo sedimentada há bastante tempo no direito francês por meio do *Code de La Consommation*, que disciplina o tratamento das situações de superendividamento, materializando regras com o objetivo de solevantar o consumidor de crédito na busca de sua recuperação, tornando-o adimplente, novamente, no mercado, devolvendo sua autoestima e consequentemente sua dignidade como pessoa humana.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, o paraibano Antônio Herman Benjamin, afirma:

Se o endividamento é inerente à vida em sociedade hoje, o endividamento excessivo apresenta uma nocividade que não pode ser desconsiderada pelo legislador porque exclui o endividado da sociedade de consumo. O superendividamento que afeta não somente a pessoa, mas a toda sua família, como verdadeira “bola de neve” desequilibrando as finanças de todo um grupo familiar, daí seus efeitos nefastos e em grandes proporções abalando países e bancos como se observou na crise financeira mundial de 2008/2009.

O Brasil nunca recebeu o tratamento jurídico e normativo apropriado para resolução dos conflitos advindos do superendividamento, tanto que a maioria dos conflitos advindos de relações contratuais envolvendo concessão de crédito ao consumidor é resolvida pelo Poder Judiciário em ações revisionais, por exemplo, não havendo mecanismos efetivos à disposição do consumidor para resolução extrajudicial ou conciliatória da problemática.

Essa **epidemia** pode ser tratada com algumas medidas, por parte Dos representantes do povo no congresso (aprovação da PL 3.515/15); com apoio dos órgãos de Defesa do Consumidor para juntos desenvolverem ações de educação financeira do consumidor; incentivo a pratica de credito responsável; informações relevantes em contratos de crédito; proibição de publicidade predatória com promessa de crédito **fácil**; avaliação por parte do fornecedor da condição que o consumidor terá de pagar a dívida, entre outras. Essas medidas supramencionadas devem ser adotadas para que tenhamos um equilíbrio nas relações de consumo e naturalmente a diminuições de pessoas com dificuldade de sanar sua dividas e obrigações financeiras, podendo viver com dignidade.

O superendividamento é um fato individual, porém, suas consequências sociais são gigantescas e se alastram nos lares brasileiros. Acreditamos que com a atualização da legislação consumerista, aliada a conscientização do consumidor e com a efetivação do direito à educação para o consumo consciente, é perfeitamente possível a diminuição desse problema que afeta milhares de famílias, pois o consumidor consciente, conhecedor de seus direitos e deveres, não cairá em **armadilhas fantasiosas** que prometem a felicidade e satisfação garantidas pelo consumo desenfreado, sem a mínima preocupação com os efeitos nefastos que isso pode causar as famílias consumeristas do País.

PRIMEIROS PASSO PARA EVITAR O SUPERENDIVIDAMENTO

O consumidor deve ficar atento para não se deixar levar por impulsos e pelos estímulos do mercado e das propagandas, evitando o consumismo e o consumo impulsivo daquilo de que não precisa muitas vezes feito com o dinheiro que não tem. Consumidor responsável compra conforme suas necessidades e, preferencialmente, com recursos próprios, sem recorrer a empréstimos ou a crédito.

Na sequência, relacionamos algumas dicas para evitar o superendividamento, de acordo com o Banco Central:

- 1 - Priorize os gastos e defina o que é essencial, o que é desejável e o que é gasto inútil;
- 2 - Controle o seu orçamento, anotando gastos e receitas diariamente;
- 3 - Evite financiamentos ou empréstimos muito longos, a menos que sejam estritamente necessários. Normalmente, quanto maior o prazo, mais juros você pagará, além de comprometer sua renda com as parcelas por longo período;
- 4 - Tome cuidado com armadilhas do tipo “compre agora e pague depois do carnaval”. Pode ser que, quando todas as contas chegarem, você não tenha como pagá-las;
- 5 - Use o cartão de crédito de forma consciente, não extrapole sua capacidade de pagamento. Busque pagar sua fatura sempre integralmente. Rolar a dívida do cartão de crédito, pagando o mínimo, ou mesmo não pagando a fatura, é um procedimento que deve ser evitado a todo custo;

6 - Cheque especial não é salário. Na verdade, o cheque especial é um crédito pré-aprovado pelo qual o banco cobrará juros. Evite o seu uso e, se o fizer, faça com muita cautela;

7 - Tenha cuidado com as ofertas de crédito “fácil”. Lembre-se de que não existe “dinheiro de graça”;

8 - Não assuma dívidas em benefício de terceiros, não empreste seu cartão de crédito ou seu nome;

9 - Não forneça seus dados por telefone, pois pode ser golpe;

10 - Ao comprar pela internet, verifique se a empresa é idônea e se o sítio, o computador que você está utilizando e a conexão com a internet são seguros;

11 - Reserve parte do 13º salário para ajuda nas despesas sazonais, aquelas que acontecem em determinada época do ano. Lembre-se de que as despesas com material escolar, IPTU, IPVA e férias podem desequilibrar o seu orçamento;

12 - Envolve toda a família na discussão sobre o orçamento familiar;

13 - Reserve parte de sua renda para imprevistos (ninguém está a salvo deles);

14 - Cultive o hábito de poupar (guarde todo mês uma parte da sua renda, regularmente);

15 - Priorize os gastos e defina o que é essencial; o que é desejável e o que é gasto inútil;

16 - Elimine o desperdício e os gastos inúteis, como comprar coisas que não usa, jogar comida fora pagar multas e juros de contas com atraso, entre outros;

17 - Reduza os supérfluos (aquilo que você deseja, mas não é essencial e necessário);

18 - Controle o seu orçamento, anotando gastos e receitas diariamente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (org.). **É possível sair do superendividamento**. Brasília: BCB, [20-?]. (Finanças pessoais ; 2). Disponível em: <<http://bit.ly/2xIDKoo>>. Acesso em: 9 out. 2017.

BENJAMIN, Antônio Herman. O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores, de Clarisse Costa de Lima. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 92, mar./abr. 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 3.515/2015**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e o art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, 4 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2kL89ZS>>. Acesso em: 9 out. 2017.

CNC. Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo. Pesquisa Nacional de Endividamento do Consumidor (PEIC) – Janeiro 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/2xFgUy1>>. Acesso em: 9 out. 2017.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Algumas Perguntas e Respostas sobre a Prevenção e Tratamento do Superendividamento dos Consumidores Pessoas Físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 75, jul./set. 2010.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 283/2012**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento. Brasília, 2 de agosto de 2012. Acesso em: 9 out. 2017.

Viviane Bastos Machado*

RESUMO: Estado Democrático de Direito pressupõe necessariamente estar em pleno exercício com a Democracia? É cediço que os conceitos de democracia e Estado Democrático são dinâmicos, sendo possível verificar um amadurecimento ao longo da experiência social humana e política. Como Fundamentos da República Federativa do Brasil verifica-se o império de um Estado Democrático de Direito voltado para legislar e se submeter às suas próprias legislações. O presente artigo almeja analisar os ditames que hodiernamente movem o Estado Democrático de Direito e o exercício da democracia diante dos parâmetros Constitucionais.

Palavras-chave: Ação afirmativa. Filosofia moral. Política de cotas para negros. Justiça. Constitucionalidade.

REFLEXÃO SOBRE ETIMOLOGIA E CONSTRUÇÃO DOS CONCEITOS DE DEMOCRACIA E ESTADO DEMOCRÁTICO

A reflexão dentro desta atividade ocorre devido às confusões e imprecisões estabelecidas em decorrência de tais conceitos. Rotineiramente se verifica a confusão e a imprecisão do conceito de democracia, mas o questionamento é realmente feito, com relação, a existência efetiva da democracia. Vivemos em um estado estabelecido de forma plena pelo conceito de democracia? Sem deixar de refletir sobre tal questionamento verifica-se a necessidade de diferenciar democracia de Estado democrático, é condição de um Estado Democrático ter democracia?

A segunda pergunta pode iniciar com a afirmação da necessidade de construção de um Estado Democrático inserida de conceitos de democracia, a doutrina afirma que o Estado Democrático existe com a concepção de um governo do povo, formado pelo povo.

Destaca-se que o acréscimo do Estado Democrático só veio ocorrer a partir da Constituição Federal de 1988, até então a estrutura adotada era apenas de Direito, entendendo a necessidade de fortalecimento da participação popular e, fortalecido pelo estabelecido nos Anais da Constituinte como infere o mestre Miguel Reale em suas observações:

É legítimo o Estado constituído de conformidade com o Direito e atuante na forma do Direito, porquanto se quis deixar bem claro que o Estado deve ter origem e finalidade de acordo com o Direito manifestado livre e originalmente pelo próprio povo, excluída, por exemplo, a hipótese de adesão a uma Constituição outorgada pro uma autoridade qualquer, civil ou militar, por mais que ela consagre os princípios democráticos (REALE, 2005).

* Advogada, professora do curso de Direito, nas disciplinas direito Constitucional, direitos Humanos e Direito Internacional na FAMESC e UNIG; especialista em Direito Civil e Processo Civil, Direito Constitucional Aplicado, Educação a Distância (UFF), mestra em Cognição e Linguagem (UENF) e Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidad Nacional de La Plata – Argentina.

Relativamente ao conceito de democracia pode-se afirmar, conforme entendimento literal da expressão originária do grego, proveniente da expressão *demokratía*, onde *demo* significa povo e *kratía* poder, pelo dicionário Aurélio (1986, p. 403), assim se define democracia que pode ser analisada em vários prismas:

[...] doutrina ou regime político baseado nos princípios da soberania popular e da distribuição equitativa do poder, ou seja, regime de governo que se caracteriza, em essência, pela liberdade do ato eleitoral, pela divisão dos poderes e pelo controle da autoridade, dos poderes de decisão e de execução; democratismo. Democracia popular, pela ciência política, designação comum aos regimes políticos monopartidários dominantes nos países da área socialista. Democrático, que emana do povo, ou que a ele pertence.

Enfatizando a construção da democracia importa citar o jurista Canotilho (2000, p. 287) que esclarece:

É conhecida a formulação de Lincoln quanto à “essência” da democracia: “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Ainda hoje se considera esta formulação como a síntese mais lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático. Designamos aqui a fórmula de Lincoln como um modo de justificação positiva da democracia.

A concretização do estado de democracia não se formaliza por sua concepção doutrinária, mas quando a prática vivencia o elemento de escolha imaculada do povo, na acepção moderna de democracia no Estado brasileiro, muitos embates trazem à tona a questão sobre efetividade da democracia, motivação de debates deste trabalho.

O ESTADO DEMOCRÁTICO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA ESTRUTURA FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA DO BRASIL

Na esteira do conteúdo histórico da realidade brasileira, a construção de uma democracia formalizada pelo texto constitucional não foi algo simples, muito menos algo comprometido com o interesse popular. A questão é: qual ato de manifestação popular demonstra a existência de democracia?

Como em qualquer país amparado pelo sistema democrático o Brasil não é diferente, a construção de referido estado preconiza a necessidade de elementos que viabilizem a realidade de uma justiça amparada, manifestada pelo interesse livre, independente e sem maculas do povo que compõe essa estrutura. Vale destacar inicialmente que o Estado tem como componente de sua estrutura elementos essenciais, como povo (ou população), território (espaço geográfico onde concentra a atividade e soberania do Estado), governo (gestão política) e a soberania como elemento que sustentará a forma independente e livre do país se organizar, e dos seus outros elementos se manifestarem.

A realidade brasileira veio formada por uma concepção de sete estruturas constitucionais – formadas – diferentes, com ideologias diferentes, passando por estados autoritários e Unitários,

a estados de democracia de âmbito e paradigmas, também diferentes. Não é exclusivo do Estado brasileiro tal organização, nem é característica, somente, do Brasil ter passado por tantas constituições, no mundo estados fundantes de características mundiais do direito constitucional como a França, passaram por mais de 15 Constituições no correr de sua história, assim como temos a referência de uma nova estrutura constitucional, em aspecto internacional, renovadora de conceitos constitucionais e primeira constituição escrita do mundo moderno que é a Constituição Norte-Americana de 1789. Tais elementos somente demonstram que cada realidade se faz de acordo com o interesse do grupo formador de opinião de cada Estado, bem como a realidade governamental e cultural de seu povo.

O Brasil não foge à regra, se constitui de uma nova democracia, de um Estado recém-formado, como quase 28 anos de história, preconiza em sua estrutura os ditames lançados no pós Segunda Grande Guerra mundial, objetivando alinhar suas análises e seus alicerces com a vontade externa, vinculando assim o texto da contemporânea Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 a elementos centrais de uma organização democrática como, o Estado democrático que para Canotilho e Moreira (2015, p. 20) representa:

A articulação das duas dimensões do princípio democrático justifica a sua compreensão como um princípio normativo multiforme. Tal como a organização da economia aponta, no plano constitucional, para um sistema econômico complexo, também a conformação do princípio democrático se caracteriza tendo em conta a sua estrutura pluridimensional. Primeiramente, a democracia surge como um processo de democratização, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, econômica, social e cultural. Depois, o princípio democrático recolhe as duas dimensões historicamente consideradas como antitéticas: por um lado, acolhe os mais importantes elementos da teoria democrática-representativa (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes); por outro lado, dá guarida a algumas das exigências fundamentais da teoria participativa (alargamento do princípio democrático a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural, incorporação de participação popular directa, reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática etc.).

Tendo em vista a construção democrática, não satisfeito com esse único elemento centralizador dos princípios que fundamentam o texto da carta superior, o constituinte originário ainda correlaciona ao chamado Estado de Direito que, prioriza três grupos de interesse em sua formação, necessariamente, como: a tripartição dos poderes do Estado, seguindo uma concepção de Montesquieu, mas cadenciadamente adequado a organização e ditames das realidades brasileiras, fragmentando tal estrutura em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário que conforme ordem constitucional devem ser “harmônicos e independentes entre si”, onde cada um atuara de maneira independente sob o manto da vontade do texto magno, utilizando-se de suas competências típicas e atípicas, que objetivam a interessam entre esses poderes sem ocasionar uma invasão a competência do outro, tudo alimentado e equilibrado pelo sistema de freios e contrapesos. Esse fator contribui para que o Estado (corpo) se organize em seu cérebro por três divisões, cada uma responsável por uma determinada função, e como em um

cérebro humano uma função não atual na outra, sendo prontamente fragmentada, no “cérebro” do Estado dividido por três funções de igual grandeza e hierarquia a função legislativa, a executiva e a judiciária, realizaram suas atividades independentemente das demais, mas em momentos pontuais deverão realizar atividades que não são suas por natureza, mas que deverão ser elencadas de maneira concreta e independente das demais. Aqui o trabalho se alimenta deste ponto, para levantamento de uma das ranhuras traçadas sobre o Estado de Direito, se tal formação deve ser equilibrada, foi alimentada pelo constituinte originário e se encontra nos princípios fundamentais da constituição, ampliar esse rol de funções não é macular um limite material implícito tratado pelo constituinte originário?

Ainda sobre o Estado de Direito, outro elemento centralizador é a legalidade, sendo um mecanismo de controle e atuação dos órgãos públicos, mas também do cidadão tanto no exercício de seus deveres quanto na cobrança de seus direitos, e o último elemento aqui citado, desta forma, deve ser o catálogo de direitos e garantias fundamentais, que nada mais sustenta que a efetividade de elementos mínimos de existência para cidadãos em uma sociedade político-jurídica dita democrática e de direito. Muito embora não seja uma categorização unânime do estado de Direito, os elementos aqui referenciados são tomados como base de sua construção, outras doutrinas elencam ainda, o Controle de constitucionalidade e a efetividade de atividades legislativa, jurídicas e executivas, que em verdade estão inseridas no contexto da tripartição de poder.

Considera-se assim que, o Estado de Direito é um fio condutor de construção de limites, não só para a população submetida a sua normatividade, mas especialmente limitador da estrutura política e das funções atuantes dentro deste mesmo Estado. Com isso, a junção dentro da realidade brasileira, de Estado Democrático mais Estado de Direito, vem para reafirmar que não somente viveremos sobre o prisma da legalidade, mas intensamente ela será afeta pela participação popular. Destaca o autor Dezen Junior (2010, p. 7-8):

O conceito de Estado Democrático de Direito nasceu em oposição ao Estado em que o poder era exercido com base, unicamente, na vontade do monarca. Para impor limites a esse governo de insegurança, nasceu, na Inglaterra, a doutrina de acordo com a qual o rei governaria a partir das leis, comprometendo-se a cumpri-las. Chegou-se, assim, ao Estado de Direito. Houve, contudo, distorção desse conceito.... Para renovar o conceito, foi ele incorporado da noção de “Democrático”, em função de que não bastavam as leis, mas era necessário que elas tivessem um conteúdo democrático, ou seja, que realmente realizassem o ideal de governo ideal de governo a partir do poder do povo, em nome deste e para este. Dalmo de Abreu Dallari assenta em três pontos fundamentais: a) a supremacia da vontade popular; b) a preservação da liberdade; c) a igualdade de direitos.

Em análise comparativa, percebe-se a influência de um sobre o outro viabilizando a construção de um Estado Democrático de Direito, comprometido na criação das leis, bem como no seu desenvolvimento. Todavia, se mesmo diante dos ditames legais, não houver a existência e a eficácia da soberania popular, não será possível a concretização plena do que prevê os fundamentos da República do Brasil: “Todo Poder Emana do Povo” (art. 1º, parágrafo único da CF/88. Para Canotilho (1993, p. 418):

A soberania popular pressupõe uma ordem constitucional materialmente informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes e procedimentalmente dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática desse princípio.

Sendo assim, qual seria a estrutura fundamental da República do Brasil? Seria possível uma análise sistemática apenas em torno dos princípios incipientes da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre-iniciativa, pluralismo político? Percebe-se o Estado Democrático de Direito não é um fim em si mesmo. Ao contrário, consiste em um início, uma forma de se introduzir segurança jurídica e paz social aos cidadãos.

A SOBERANIA POPULAR E A LEGITIMIDADE DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

A Soberania Popular, elemento centralizador da efetividade da Democracia, pode ser exercida através do sufrágio direto e passivo, da iniciativa popular, da ação popular, bem como da organização e participação em partidos políticos. Todas estas possibilidades podem ser encontradas no texto da Carta Magna de 1988. Entretanto, para Ferdinand Lassalle, se todos esses valores não fizerem parte dos fatores reais e efetivos do poder, não servirá de absolutamente nada o que se escreve em uma “folha de papel”.

Nesse sentido, na busca pela efetividade do texto normativo, Alexandre de Moraes (2005, p. 131) afirma que: “o Estado Democrático de Direito significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”. Ainda na esfera política, diz Moraes o autor que:

Se o povo não tem participação direta nas decisões políticas e se, além disso, não se interessa pela escolha dos que irão decidir seu nome, isso parece significar que o povo não deseja viver em regime democrático, preferindo submeter-se ao governo de um grupo que atinja postos políticos por outros meios que não as eleições (MORAES, 2005, p. 132).

A soberania popular é, portanto, o corolário do exercício da democracia representativa sem se omitir no que tange à democracia participativa, haja vista que a Lei Maior, em seu artigo 14, garante ao cidadão instrumentos hábeis para tanto: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

No que diz respeito à relevância destes institutos para a organização política, Paulo Lopo Saraiva (1995, p. 117) esclarece que:

O art. 14 da Constituição de 1988 constitui parte da espinha-dorsal de nosso sistema de organização política, que assenta sobre duas dimensões: uma representativa, a única de funcionamento normal

desde a promulgação da Lei Maior, há cerca de uma década; outra, democrática direta; ambas positivamente previstas e expressas no art. 1.º do Estatuto Fundamental da República Federativa do Brasil.

Em que pese os institutos em questão permitirem a participação “direta” dos cidadãos nas decisões políticas de seu país, verifica-se que são os próprios representantes do povo que definem o que será dado à sociedade para que esta possa se manifestar. A corroborar o exposto, Uadi Lammêgo Bulos (2005, p. 493), referindo-se ao Plebiscito salienta que “[...] o eleitor responde apenas sim ou não a quantas indagações forem necessárias. Quem decide quantas perguntas serão feitas é o Congresso Nacional”.

Desta forma, não há que se falar restritamente na participação popular definida em uma Democracia Direta, mas sim, em uma Democracia Participativa ou também chamada de semidireta.

Assim sendo, o que seria possível concluir sobre a legitimidade da Democracia Participativa no Estado Democrático de Direito? É certo que este somente se aperfeiçoa quando o povo está efetivamente inserido no núcleo político-Estadual, bem como quando os representantes conseguem refletir nos seus atos a vontade popular. O autor Dias (2000, p. 2) afirma que:

A legitimação popular decorre diretamente da forma de governo (República) e do tipo de Estado (Democrático de Direito) eleitos pelo constituinte, além é claro da titularidade do poder que lhe foi conferida. Mas não é só disso. A cidadania, parece-nos, é o grande fator de legitimação do povo, permitindo que atue na defesa das instituições democráticas.

No entanto, ao contrário da busca pela Cidadania plena, capaz de refletir mudanças reais no contexto político-social, o que se verifica saturado nas mídias sociais é a desvalorização de valores éticos e morais em torno do Processo Político Nacional. Como falar em dignidade da pessoa humana quando a corrupção não mais provoca indignação nos cidadãos? Vive-se uma pobreza política, que segundo o autor Demo (1996, p. 22) consiste em:

[...] aceitar um Estado avassalador e prepotente, bem como uma economia selvagem. É pobreza política conviver com um estado de impunidade, de exceção, de privilégio, em vez do Estado de direito. Ao povo só deveres, sem direitos. À minoria privilegiada só direitos, como dever. Para tanto, cultiva-se o analfabetismo, a desorganização da sociedade civil, o atrelamento dos sindicatos e partidos, o desmantelamento das identidades culturais, o centralismo administrativo. É pobreza política lancinante não reivindicar direitos, mas os pedir, os suplicar, os esperar passivamente. É pobreza política entender o Estado como patrão ou tutela, aceitar o centro como mais importante que a base, ver o serviço público como caridade governamental, conceber o mandante como possuidor de autoridade própria.

Com isso, corrobora-se a necessidade de maior inserção do cidadão não apenas na possibilidade de voto, mas especialmente na possibilidade de compreender a força atuante de suas escolhas, de dismantlar o crescimento da prática do imoral, do antiético, do ceticismo de mudança, a escolha deve e sempre será plena quando o seu tomador estiver ciente das escolhas feitas.

DEBATES ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SUAS REFORMAS

A Carta Magna de 1988 é irrefutável em declarar em seu artigo segundo que os Poderes da União, Legislativo, Executivo e Judiciário, são independentes e harmônicos entre si. Todavia, iluminado pelos escritos de John Locke, Montesquieu consagra as primeiras minúcias de um sistema de freios e contrapesos a fim de alcançar um equilíbrio saudável ao exercício do poder, evitando excessos e abusos por parte das autoridades. Nada obstante, seria necessário traçar limites diante das influências de um poder em outro a fim de resguardar suas autonomias?

No que tange ao entendimento de que a separação de poderes está “obsoleta”, João Maurício Adeodato (2009, p. 80) identifica 03 fatores responsáveis por definir o preceito de separação da Constituição Federal de 1988: “[...] a progressiva diferenciação entre texto e norma, a crescente procedimentalização formal das decisões e o aumento de poder do judiciário”.

Diante do Fenômeno da Judicialização da política, o último fator retro mencionado merece atenção. O aumento de Poder do Judiciário constata uma pré-disposição de intervenção do Judiciário na política, sendo possível verificar um deslocamento da autonomia decisória dos Poderes Legislativo e Executivo para os juízes e tribunais.

Nesse viés, como se situa o Estado Democrático de Direito? Essa Judicialização da Política poderia ameaçar o exercício da Democracia? De acordo com Bielefeldt apud Schmitt (2000, p. 128): “[...] é lícito ao soberano democrático adotar uma constituição liberal, com direitos fundamentais e divisão de poderes”. Entretanto, é cediço que para uma ordem constitucional ser eficazmente democrática, as decisões políticas devem ser reservadas ao povo, afinal o **soberano coletivo é o povo**.

Entretanto, para Brito (1995, p. 39): “o poder legislativo do povo através dos seus representantes eleitos é a dimensão essencial da democracia, e a jurisdição constitucional é uma restrição à democracia na medida em que retira, pelo menos em parte, à lei a sua força”.

Nesse sentido, em que pese uma visão mais abrangente de Estado Democrático de Direito, deve-se despender atenção à legitimidade do poder político para que haja facilitação na participação social. Para o autor Leal (2001, p. 129):

Os conflitos sociais e a crise de identidade e legitimidade do Estado do Direito em geral e em especial do Estado brasileiro, enquanto evidenciam a existência de opiniões, comportamentos, desejos e crenças múltiplas e contraditórias, convivendo no mesmo tecido social e revelando uma profunda marginalização humana, denunciam o profundo questionamento do Poder e da ordem estabelecida, inauguram práticas de resolução dos seus conflitos e problemas a partir de uma normatividade própria e informal quando não ilegal. A forma pela qual esta ordem estatal é desconsiderada, no decorrer de determinadas manifestações de massa, acusa a contestação da

legitimidade formal estabelecida, fazendo visível a presença de um contra poder e de uma contraordem.

Diante da Carta Política de 1988, o livre acesso ao Judiciário traz forte influência para a ampliação do Poder Judicial no Brasil. Houve considerável aumento de demandas, revisões judiciais, bem como tratamento modernista dos Tribunais em sumular os mecanismos de controle jurisdicional. No que diz respeito à República Federativa do Brasil, Costa apud Bastos (2001, p. 165) esclarece que:

Há uma distância grande que medeia entre o povo e seu Poder Judiciário. Esta falta de entrosamento do Poder Judiciário com a soberania popular faz com que ele também não se apresente seguro, com força bastante para pronunciar aquelas decisões que possam efetivamente coibir os desmandos de Executivo, sempre inclinado a ser arbitrário e caprichoso, como todo detentor do poder.

O que realmente precisa ser debatido não é a judicialização no sentido de controle jurisdicional de constitucionalidade, quando o Poder Judiciário revisa uma decisão Política com restrita observância da Constituição Federal, ou mesmo quando em acatamento ao ordenamento jurídico, anula atos da Administração Pública voltados para a ilegalidade.

A necessidade de argumentar acerca da Judicialização gira em torno do inadmissível “caráter subjetivo” que possa motivar decisões judiciais, sendo que magistrados, agindo por interesse pessoal, ou partidário, modificam leis ou atos de outros poderes, fazendo prevalecer o Poder Judicial de forma abusiva e desonesta.

Uma nova reforma política está em análise pelo Senhor Presidente da República, com alguns motivos de veto já estabelecidos, no intuito de se modificar alguns institutos da estrutura eleitoral do próximo pleito de 2018, no entanto, a referida reforma nem de forma muito otimista atende os interesses de cientistas e comunidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O alento decorrente da estrutura democrática, demonstra a existência e consistência da liberdade como um elemento fundamentador do estado de direito, mas até o momento a liberdade de escolha não está em conexão com a autonomia da democracia, haja visto que o exercício do direito de sufrágio universal vem, rotineiramente, sendo freado por elementos antidemocráticos como a existência de instrumentos midiáticos, interesses financeiros pessoais, pouca norma de incidência séria e eficaz no campo da penalidade dos praticantes de crimes eleitorais, entre outros elementos fundamentais de uma cidadania plenamente participativa.

Assim, o exercício cidadão se conecta com a necessidade de uma incidência mínima de interferência no exercício

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma dogmática jurídica**, 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 5 out. 1988.

BRITO, José de Souza e et al. **Tribunal Constitucional** - Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional - Jurisdição constitucional e princípio democrático. Coimbra Editora, 1995.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**, 6. ed. rev., atual. e ampl. até a emenda constitucional n.º 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, 6. ed., rev. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA, E. V. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: Institutos de Estudos Jurídicos e Econômicos, 2001.

DEMO, Pedro. **Pobreza política**, 5. ed. Campinas: Autores Associados, 1996. (Col. polêmicas do nosso tempo ; 27).

DEZORDI WERMUTH, Maiquel Angelo; OXLEY DA ROCHA, Álvaro Filipe. O difícil processo de consolidação da cidadania plena no Brasil: notas sobre o patrimonialismo, o clientelismo, a corrupção e a pobreza política. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, p. 146-165, jan. 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2HjHDzJ>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

DIAS, Luiz Cláudio Portinho. A democracia participativa brasileira. **Âmbito Jurídico**, Porto Alegre, ano 1, n. 2, ago 2000. Disponível em: <<http://bit.ly/2kMafZv>>. Acesso em 26 ago 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2 ed. Editora Nova -Fronteira, Rio de Janeiro: 1986.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade**. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MORAES, de Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 2005.

_____. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1995.

7 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL CONTRA A MULHER: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE DEPOIMENTOS DE MULHERES ENCARCERADAS

Thais Elislaglei Pereira Silva da Paixão*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da violência institucional contra as mulheres encarceradas, analisando o papel do Estado enquanto instituidor e garantidor dos direitos fundamentais.

Com o objetivo de conhecer a realidade das unidades prisionais femininas, baseia-se no livro “Presos que menstruam”, da Jornalista Nana Queiroz, que apresenta, por meio de depoimentos de diversas presas, em diferentes unidades prisionais do país, as péssimas condições de sobrevivência que estão muito aquém do que determina a legislação pátria e o ordenamento jurídico internacional.

O texto está organizado em quatro partes: a primeira parte trata sobre a função da pena, analisando o paradoxo pena ideal-pena real; a segunda parte fala sobre a organização do sistema prisional brasileiro enquanto instrumento de exclusão da mulher encarcerada por tratar-se de um sistema prisional pensado por homens e para homens, sob a perspectiva da negação do direito de ser mulher; a terceira parte apresenta uma análise crítica de diferentes depoimentos de mulheres encarceradas, demonstrando a realidade degradante do sistema prisional brasileiro. A última parte apresenta as considerações finais sobre a realidade das mulheres encarceradas no Brasil, demonstrando que o Sistema Prisional Brasileiro está organizado de modo a garantir a violência institucional contra a mulher, razão pela qual a pena aplicada atende tão somente a função punitiva, deixando, portanto, de cumprir o seu papel ressocializador.

FUNÇÃO DA PENA

Conforme preceitua o art. 1º da Lei de Execução Penal, “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. O art. 10º, por sua vez, preceitua que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Da simples leitura dos dispositivos depreende-se que a pena cumpre o importante papel de punir, reeducar e/ou ressocializar.

A punição tem o objetivo de prevenir a prática criminosa, visto que indivíduos evitam tais práticas para evitar a punição, bem como aqueles/as que agem criminosamente, uma vez punidos, estarão cientes das consequências dos seus atos delituosos e com isso evitarão a prática de novos crimes.

A ressocialização, por sua vez, tem o objetivo de garantir a dignidade da pessoa humana, resgatando a autoestima dos detentos, por meio de aconselhamento e oferecendo-lhe condições

* Advogada; Especialista em Direito Eleitoral; Escritório Especializado em Direito Coletivo do Trabalho com ampla experiência em Assessoria Jurídico Sindical; Militante Feminista; Vice-Presidenta da Comissão da Mulher Advogada – OAB-BA – Subseção Irecê; Licenciada em Geografia; Especialista em Ciências da Terra e do Ambiente; Educadora Popular.

para um amadurecimento pessoal. Ademais o sistema prisional deve criar e efetivar projetos que tragam proveito profissional e social enquanto incentivo para a ressocialização dos presos, garantindo com isso que direitos básicos como saúde, educação e convivência familiar sejam priorizados.

Entretanto, em que pese o fim ressocializador da pena, no Brasil o modelo de ressocialização das nossas prisões destaca-se por seu realismo, não sendo considerados os fins ideais da pena, muito menos o criminoso abstrato, mas tão somente o impacto real do castigo, tal como é cumprido no condenado concreto do nosso tempo, não lhe importando, também, a pena ideal que contemplam os códigos, mas apenas a que realmente se executa nas penitenciárias atualmente, considerando por si só o sujeito histórico concreto, em suas condições particulares de ser e de existir.

As prisões brasileiras estão entre os piores lugares em que o ser humano pode viver, uma vez que estão súper lotadas, sem condições dignas de vida, e consequentemente sem nenhuma condição de aprendizado para os apenados. Como resultado desta precária situação os detentos veem-se desestimulados à recuperação e sem estima para a vida quando de sua volta à sociedade, retomando as práticas criminosas que outrora lhes levaram ao sistema carcerário.

Em se tratando das mulheres encarceradas a situação é muito mais grave, tendo em vista que a mulher nunca fora vista enquanto indivíduo capaz de práticas criminosas, dada a situação de menosprezo e inferioridade à qual sempre foi relegada na sociedade brasileira que tem como características marcantes o machismo e a misoginia.

De um modo geral, independente do gênero ou sexo da população encarcerada, o sistema prisional brasileiro, dificulta o processo de reeducação/ressocialização dos apenados, entretanto a população carcerária feminina encontra-se em situação muito menos favorável, uma vez que tem-se no Brasil um sistema prisional pensado por homens e para homens.

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO PENSADO POR HOMENS E PARA HOMENS: negação do direito de ser mulher

O sistema prisional brasileiro é marcado por episódios que revelam e apontam para o descaso em relação às políticas públicas na área penal, bem como para a edificação de modelos que jamais atenderam às funções ideais da pena.

Quando se trata das mulheres, é importante ressaltar que por muito tempo o baixo índice de crimes cometidos por mulheres, contribuiu diretamente para o descaso do Estado quanto a iniciativas que se preocupassem com a situação de mulheres infratoras, sendo que somente a partir de 1920, com o aumento do número de mulheres delinquentes, o Estado passaria, pouco a pouco, a exercer uma maior autoridade sobre as mulheres presas.

A criação de centros de detenção femininos data do século XVII, quando surgiu, nesse período, as casas de correção femininas das quais se encarregava a congregação da Igreja Católica, Bom Pastor. Os centros de detenção eram entidades semiautônomas que funcionavam à margem do sistema carcerário formal.

Em 1933 surgiram as primeiras tentativas para a codificação da execução das sanções pelo Judiciário, sendo que somente em 1981 foi apresentado um anteprojeto da Lei de Execução Penal (LEP) que foi aprovada somente em 1984 (Lei nº 7.210/84). Nesta lei a mulher foi reconhecida enquanto parte da população carcerária brasileira, assegurando-lhes que, dentre outros direitos comuns a qualquer detento, independentemente do sexo, passa a ter direito ao alojamento em

celas individuais e salubres, sendo as mulheres recolhidas em ambientes próprios e adequados a sua condição pessoal.

Em 2009, duas modificações inseridas na Lei de Execução Penal pelas Leis nº 11.942/09 e nº 12.121/09, trouxeram significativas conquistas às mulheres quanto a sua situação como detentas, determinando que os estabelecimentos penais destinados a mulheres sejam dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los até o sexto mês de vida, bem como tais estabelecimentos deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino.

O art. 89 da LEP assim determina:

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

**I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e
II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (grifo nosso)**

Somente no final do século XX o Estado brasileiro deixou de negar a existência das mulheres encarceradas e passou a se preocupar com a situação das presas, ante o alarmante crescimento da população carcerária feminina, gerando tensões sociais, demandando, portanto, intervenção do poder público.

Segundo dados apresentados recentemente pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça, a população carcerária feminina cresceu 698% (seiscentos e novena e oito) no Brasil em 16 anos. Em 2000, havia 5.601 mulheres cumprindo medidas de privação de liberdade. Em 2016, o número de mulheres encarceradas passou a ser de 44.721, ressaltando que em apenas dois anos, no período de dezembro de 2014 a dezembro de 2016, houve aumento de 19,6%, subindo de 27.380 para 44.271, representando, deste modo, a 5ª população carcerária feminina do mundo.

Das mulheres presas, 80% são mães, responsáveis principais, ou únicas responsáveis, pelo cuidado e sustento dos filhos, razão pela qual o encarceramento feminino gera outra grave consequência social, que é o aumento do número de crianças criadas fora do seio familiar, na maioria das vezes em situação de abandono.

Embora haja a previsão legal de que todas as unidades prisionais femininas devem contar com infraestrutura para amamentação até o sexto mês de vida, e creches para filhos maiores de seis meses e menores de 7 anos, apenas um pequeno percentual dispõe de tal estrutura e de forma muito precária.

Com isso, a grande maioria das mulheres encarceradas durante e após o cumprimento da sua pena precisam lidar com a perda do poder familiar, visto que na maioria dos casos os seus filhos são criados por parentes que, por vezes se negam a devolver as crianças à sua genitora, ou são encaminhados para abrigos.

Outro grave problema vivido pelas mulheres encarceradas é a negação do seu direito de ser mulher. Neste ambiente todas as mulheres são tratadas como se homens fossem, sendo tolhidas no exercício da sua feminilidade. Assim, pode-se dizer que para o sistema prisional brasileiro as mulheres encarceradas são, parafraseando a Jornalista Nana Queiroz, apenas “Presos que menstruam”.

ANÁLISE CRÍTICA DE DEPOIMENTOS DE MULHERES ENCARCERADAS, EXTRAÍDOS DO LIVRO “PRESOS QUE MENSTRUAM” DA JORNALISTA NANA QUEIROZ

Para conhecer, de fato, a realidade das mulheres encarceradas não basta ler os relatórios apresentados pelo Ministério da Justiça e/ou Conselho Nacional de Justiça, visto que tais relatórios mostram tão somente números que não conseguem transmitir efetivamente o quão é doloroso ser Mulher Encarcerada no Brasil, um país de sociedade machista e misógina, que como tal tem um Sistema carcerário patriarcal que em primeira e última instância resultará na marginalização e exclusão feminina.

O livro **Presos que Menstruam** nos permite conhecer o íntimo das mulheres encarceradas, pois através dos seus depoimentos conseguimos sentir as mazelas vividas dentro e fora das unidades prisionais. É possível sentir como cada mulher entrevistada enxerga a vida da janela da sua alma e nas suas falas demonstram como é ser mulher encarcerada no Brasil.

A escolha dos depoimentos foi feita com o objetivo de demonstrar as principais deficiências do sistema prisional brasileiro, buscando, além de apontar as falhas, apresentar possíveis soluções que possam ser aplicadas no funcionamento das unidades prisionais femininas e assim atentar para a função ressocializadora da pena.

O primeiro grande problema vivenciado pelas mulheres encarceradas no Brasil é a perda da convivência familiar. Isso acontece por diversos fatores, sobretudo pela organização patriarcal da sociedade à qual todas as mulheres estão submetidas. Quando o homem é detido, na maioria das vezes, ele tem uma companheira/esposa que o aguarda cuidando dos seus filhos para que a sua família lhe receba com o mínimo de estrutura possível após cumprir a sua pena.

Com as mulheres isso não acontece. Quando são detidas perdem os seus companheiros/esposos, bem como perdem o convívio com os seus filhos e veem-se obrigadas a abdicar do direito de ser mãe.

Os depoimentos a seguir transcritos demonstram isso claramente, bem como demonstram que não há por parte de muitos agentes do Estado o respeito à maternidade e veem os filhos de mulheres encarceradas como futuros criminosos ou simplesmente filhos do cárcere e/ou do crime.

[...] “Eu não conheço meus filhos. Eu sou assim: eles sabem que eu sou a mãe deles, mas praticamente sou uma desconhecida. Além de eu ter que adaptar às coisas que eu perdi todo esse período que estive presa, eu tenho que aprender a conhecer os MEUS filhos”. (Detenta Safira)

[...] “Quando foi detida, Gardênia foi jogada com violência dentro da viatura e teve uma bolsa pesada atirada contra sua barriga.
- Aiiii!

- Tá reclamando do que? Isso é só outro vagabundinho que vem vindo no mundo aí!

Quatro dias depois de chegar à delegacia, a pressão emocional e as más condições adiantaram o parto em dois meses. Começou a sentir as contrações e pedir ajuda, mas os policiais alegaram que não havia viatura disponível para leva-la ao hospital.

Dor, dor, dor. E foi só quando ela entrou mesmo em desespero e começou a gritar, a incomodar, que encontraram uma viatura para ela. A agonia era tanta que Gardênia até rasgou a farda do policial que a transportou até o carro.” (Detenta Gardênia)

[...]”As carcereiras só se sensibilizaram com as dores de Glicéria quando Eru começou a chorar de fome. Ela quase não amamentava mais, nem sabiam se ainda produzia leite, e ele ia começar a perder peso. A mãe tinha pedido ajuda diversas vezes, mas a administração do presídio nunca se preocupara em levá-la a um médico especialista. A situação foi piorando e pequenos tumores externos de pus surgiram nos seis duros de Glicéria, que enfrentava a febre para continuar cuidando do filho.” (Detenta Glicéria)

As unidades prisionais escondem um ambiente que além de excludente é violento não só do ponto de vista emocional. Ali as torturas físicas são apresentadas constantemente como forma de punição. Tal punição ora é aplicada pelas próprias presas, ora é aplicada pelos agentes do Estado que agem como se justiceiros fossem, aplicando não uma correção de conduta, mas sim uma vingança torpe e desumana.

Lamentavelmente a sociedade brasileira acredita, ou finge acreditar, que tal prática só ocorre nas unidades prisionais masculinas. A violência sofrida pelas mulheres encarceradas é invisível. Estado e sociedade negam o grave problema da violência institucional.

[...] – “O Madre Pelletier era uma prisão, mas também um espaço de tortura – diz Ariane Leitão, uma das fundadoras do comitê e então secretária de Políticas para as Mulheres do Rio Grande do Sul. A população gaúcha não sabia, tinha em sua cabeça que tortura só ocorria no Dops (Departamento de Ordem Política Social) e em uma outra casa. Ninguém lembrava que havia mulheres presas e torturadas. Eram invisíveis”.

Não há por parte do Estado brasileiro uma real preocupação em garantir às mulheres encarceradas espaços que lhe permitam cumprir penas com o mínimo de dignidade necessária, bem como que atendam às especificidades femininas. A simples análise de infraestrutura dos presídios mistos demonstram que a mulher é relegada a segundo plano, devendo viver a mercê de uma estrutura eminentemente masculina.

É importante ressaltar ainda que em tais presídios as mulheres são minoria, razão pela qual em todas as situações que possíveis benefícios não atendam a todos os apenados as mulheres são preteridas em face dos homens, deixando, inclusive de atender questões específicas de saúde e higiene da mulher.

Neste sentido, resta demonstrado que estas mulheres que muitas vezes foram vítimas de violência doméstica e quando sob custódia do Estado continua sendo vítima de todo tipo de violência, agora uma violência tutelada e vigiada pelo Estado que deveria instituir e garantir os seus direitos fundamentais.

[...] – “O que eles chamam de presídios mistos são na verdade presídios masculinamente mistos – opina Diniz. – Se não tem onde colocar mulheres, as botam no castigo, ou seja, o pior lugar da cadeia. Até a estrutura dos prédios é feita para homens. Os banheiros, por exemplo, são os chamados “bois”, ou seja, buracos no chão. Imagine uma grávida se agachando num lugar destes? Num presídio com trezentos homens e dez mulheres, quem você acha que vai trabalhar e estudar? Quem vai ter horário de banho de sol? A minoria? Os espelhos são uma lâmina onde elas se veem completamente deformadas. Imagine passar cinco ou seis anos se vendo assim e sem nunca observar seu corpo inteiro? Como você vai se imaginar?

[...]

Não havia exames médicos, o kit de higiene era insuficiente. Outra descoberta interessante: 40% das mulheres eram vítimas de violência doméstica antes de serem encarceradas. Algumas delas, inclusive, eram obrigadas pelo marido a traficar.” (p. 153)

As condições físicas das unidades prisionais tornam o ambiente insalubre e perigoso, colocando em risco a integridade física de todas as detentas. Outrossim os problemas de saúde que por ventura ocorram são tratados com menosprezo e desdém. É como se ali não tivessem pessoas, mas seres inanimados aos quais os agentes do estado não dispensam nenhum respeito. As apenadas não são tratadas como pessoas, mas apenas como objetos ali deixados com os quais o Estado demonstra não ter qualquer responsabilidade.

[...] “ - Quando chove aqui, rezamos para não dar incêndio porque a fiação, velha, sempre solta faísca.

- A comida aqui é uma lavagem.

- A descarga não funciona e fica esse cheiro de mijjo!

[...]

- Eu, por exemplo, estava grávida. Perdi meu filho faz dez dias, sangrei feito porco e ninguém fez nada, não vi um médico. Agora, tô aqui cheia de febres. Vai ver o corpinho tá apodrecendo dentro de mim.” (p. 186)

A falta de empatia dos agentes do Estado pelas mulheres encarceradas, bem como a masculinização das unidades prisionais é observável até mesmo nas posições adotadas por algumas mulheres que administram unidades prisionais femininas e demais agentes carcerárias. Tais mulheres não se envergonham de demonstrar a falta de vontade, a falta de respeito e a falta de sensibilidade para com as mulheres encarceradas.

Tais posicionamentos, entretanto devem ser analisados não sob a perspectiva de apontar o “erro”, mas sob os aspectos históricos e sociais que precedem tais posicionamentos, uma vez

que não se pode perder de vista que o machismo e a misoginia é uma construção histórico social da sociedade patriarcal onde as mulheres foram ensinadas a ter como único objetivo a conquista do macho para ser o seu senhor e protetor, razão pela qual ver a outra mulher não como um par com as mesmas condições e necessidades, mas sim como a rival ou a concorrente que pode ocupar o seu espaço. Daí a razão para a grande rivalidade existente no mundo feminino que, por vezes, interfere negativa e diretamente no desenrolar das organizações e posicionamentos feministas.

[...] “– Prefiro mil vezes uma cadeia com 30 mil homens do que uma com cem mulheres – diz ela, enfatizando as palavras para que sejam levadas a sério. – elas são muito indisciplinadas, arrogantes e não têm medo de nada. Apesar da tropa de choque ser tão agressiva com elas quanto com eles, elas não se acovardam. Acho que a mulher é mais corajosa que o homem em todos os sentidos, ela enfrenta qualquer problema, qualquer desafio, acho que já habituada a fazer isso fora da cadeia.” (p. 187-188) fala de uma diretora de unidade prisional feminina.

A negação do direito de Ser Mulher aliada à rigidez das unidades prisionais resulta na perda de identidade pela mulher encarcerada, gerando o que pode-se chamar de **institucionalização da pessoa**.

De um modo geral as mulheres encarceradas são masculinizadas, visto que não lhe é permitido ser mulher com as suas singularidades e vaidades. De outro lado, considerando a construção histórica e social do machismo, estas mulheres, muitas vezes, têm a ideia de que adotar hábitos masculinos a tornam mais fortes para enfrentar as dificuldades cotidianas dentro das unidades prisionais, razão pela qual adotam comportamentos estritamente masculinos.

Por fim a rigidez do presídio aliado ao abandono sofrido pela sociedade e pela família provoca nas mulheres encarceradas a perda do sentimento de pertencimento ao mundo fora das unidades prisionais, resultando na institucionalização da pessoa e por muitas vezes optam pela postura do auto boicote para evitar o seu retorno à sociedade.

[...] “A rigidez do presídio provoca um fenômeno peculiar que Cristina chama de “institucionalização da pessoa”. Isso ocorreu com uma das presas que estava na solitária naquele dia. A vida dela foi tão regradada pela cadeia que, assim que a diretora afirmou que iria antecipar sua saída condicional, a mulher passou a aprontar de tudo, num movimento de auto boicote. Fez até que algo fosse considerado falta grave e sua pena, aumentada novamente.

- O sentimento de pertencimento dela já estava vinculado à cadeia, como ocorre com muitas outras mulheres que eu trato aqui – conta Cristina. – Elas incorporaram o aprisionamento como regra e não conseguem sair disso.” (p. 176)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a legislação penal esteja demasiadamente defasada, não há de se olvidar que o legislador, mesmo que tão somente para atender ao clamor dos movimentos feministas, atentou para as especificidades femininas. Entretanto o Estado não tem cumprido o seu papel no tocante à implantação da infraestrutura necessária para o efetivo atendimento digno à mulher encarcerada, deixando de cumprir, portanto, o seu papel de garantidor dos direitos fundamentais, conforme preceitua a Carta Magna e submetendo as mulheres encarceradas à violência institucional vigiada.

É importante ressaltar que no tocante à infraestrutura estatal há dois fatores determinantes que devem ser considerados: de um lado tem-se a necessidade da criação de uma infraestrutura concreta em termos de espaços físicos devidamente organizados de acordo com as especificidades femininas e de outro tem-se a necessidade latente do processo de formação e (re)construção dos agentes públicos para que repensem a sua prática e a sua conduta no tratamento da Mulher Encarcerada, garantindo, com isso, que passem a vê-las enquanto sujeitos de direitos e deveres que devem viver de acordo com princípios dignos de sobrevivência.

Assim, é condição *sine qua non* que o Estado assuma a Mulher encarcerada enquanto responsabilidade do Poder Público, bem como passe a atentar para a função ressocializadora da pena, priorizando direitos fundamentais de todo cidadão, qual seja: saúde, educação e convivência familiar.

Outrossim é de fundamental importância que haja um envolvimento e consequente sensibilização da sociedade para com a causa das Mulheres Encarceradas para que, deste modo, estas mulheres deixem de ser invisíveis aos olhos da sociedade e passem a ser tratadas dignamente, lhes garantindo efetivamente o direito de ser Mulher.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de julho de 1984.

NETO, Manoel Valente Figueiredo et al. A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas. **Âmbito Jurídico**, Porto Alegre, ano 12, n. 65, jun. 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/2JqDrU1>>. Acesso em: 8 out. 2017.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**: A brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras. Rio de Janeiro ; São Paulo: Editora Record, 2017.

8 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO ESCOPO PARA A CONCESSÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Larissa Carneiro Rodrigues*

RESUMO: O princípio da boa-fé é caracterizado como norma fundamental do processo, sendo estabelecido no art. 5º, do Código de Processo Civil, que (BRASIL, 2015): “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. É de suma importância tal caracterização, visto que para que se tenha uma prestação jurisdicional eficiente, deve-se afastar toda e qualquer atitude maliciosa dos sujeitos do processo para procrastinar o seu termo final. Conforme afirmado por DIDIER JR (2017, p. 68) a execução é um dos ambientes mais propícios para a prática de comportamentos desleais, abusivos e fraudulentos. Tal afirmação se fundamenta em razão de alguns devedores não cumprem a obrigação de pagar no prazo para pagamento voluntário e, cientes que serão executados judicialmente, ou até mesmo que já estão sendo executados para adimplir um débito, se desfazem do seu patrimônio para não ter seus bens penhorados, protelando o procedimento executivo. Diante disso, quando a parte age de má-fé, dificultando o prosseguimento regular do processo, até o momento em que as medidas previstas no Código de Processo Civil para assegurar o cumprimento das decisões judiciais se esgotam, deve o magistrado impor a esta parte medida atípica, ou seja, determinar, de acordo com o caso concreto, medida coercitiva não prevista no Código de Processo Civil a fim de coagir o sujeito a comportar-se conforme a boa-fé e cumprir sua obrigação, já que a medida a ser imposta se torna vastamente onerosa ao executado, não sendo para este benéfico continuar agindo de má-fé.

Palavras-chave: Boa-fé. Execução. Medida atípica. Norma fundamental.

ABSTRACT: The beginning of good faith is characterized as norm of the process, being established in art. 5, of the Code of Civil Procedure, which (BRAZIL, 2015): “Anyone who participates in the process must conduct himself in good faith.” Such a characterization of the utmost importance, since in order to meet an efficient jurisdictional provision, it is necessary to avoid any malicious attitude in the process to procrastinate a final term. As stated by DIDIER JR (2017, page 68) the execution of one of the most purposeful environments for the unfair, abusive and fraudulent behavior. The Debtors do not pay a debt as a voluntarily, get rid of their equity to not executed, postponing the executive procedure. Faced with this, when the debtors acts in bad faith, hindering the regular continuation of the process, until the time when the measures envisaged in Code of Civil Procedure to ensure compliance with judicial decision are exhausted, should the magistrate impose on this part measure atypical, that is, determine, according to the specific case, coercive measure not provided for in the Code of Civil Procedure in order to coerce the subject to behave in good faith and to fulfill your obligation, since the measure to be imposed It becomes vastly onerous To the executed, and it is not for this benefit to continue acting in bad faith.

Keywords: Good faith. Execution. Atypical measurement. Fundamental rule.

* Advogada inscrita na OAB/PA nº 24.842, membro do escritório Freire, Farias e Viana Advogados, pós-graduanda em Direito Processual Civil e do Trabalho pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA, bacharela em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA, com endereço profissional sito à Tv. Dom Romualdo de Seixas, 1560 - Umarizal, Belém - PA, 66055-200 e endereço eletrônico: advlarissacarneiro@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Na prática jurídica, não raramente surgem casos onde os autores de processos judiciais não conseguem satisfazer sua pretensão em razão dos réus ocultarem-se da citação, há também casos onde, apesar de o réu ser citado e o processo tramitar regularmente, sendo proferida sentença condenatória, os autores deixam de ter seus direitos efetivados em razão dos réus não cumprirem voluntariamente a condenação, assim como obstem o cumprimento compulsório, via cumprimento de sentença.

Para coibir atos de má-fé no processo e satisfazer as decisões judiciais de forma justa e célere, o Código de Processo Civil, em seu art. 5º, estabeleceu o princípio da boa-fé como norma fundamental do processo, sendo este responsável por regular todo o processo judicial, determinando que todos os sujeitos do processo devam se comportar de acordo com a probidade.

Objetiva-se, portanto, demonstrar que na fase de cumprimento de sentença, o princípio da boa-fé se demonstra extremamente relevante para fundamentar a aplicação de medidas atípicas para a satisfação do crédito executado, uma vez que quando já foram adotadas todas as medidas previstas no Código de Processo Civil para coagir o devedor a cumprir a decisão judicial transitada em julgado, a parte autora, assim como o magistrado, podem se socorrer a aplicação de medidas não previstas expressamente no referido Código para satisfazer o crédito, sendo determinada de acordo com o caso concreto, sendo muito onerosa ao devedor, tornando-lhe mais benéfico o cumprimento da decisão judicial.

Adotando como metodologia a pesquisa documental em livros, artigos, sites e jurisprudência, apresenta-se o presente trabalho estruturado em três tópicos, onde primeiramente será abordada a caracterização do princípio da boa-fé objetiva como norma fundamental do processo civil, passando-se em seguida para uma breve consideração acerca da fase de cumprimento de sentença para pagar quantia certa e por fim será analisada a necessidade de concessão de medidas atípicas na fase de cumprimento de sentença em face da má-fé do devedor.

DA CARACTERIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA COMO NORMA FUNDAMENTAL DO PROCESSO CIVIL

Dentre as mais diversas formas de solução de conflitos existentes no ordenamento jurídico, a jurisdição, conceituada por CARNELUTTI (1952, p. 5, apud CÂMARA, 2012, p. 78) como função de busca da justa composição da lide, ou seja, função estatal de aplicar as leis em um caso concreto, por meio de juízes, visando a forma mais justa de solução da lide, é regulamentada pelo processo civil.

No entanto, cabe destacar que nem sempre haverá conflito na atividade jurisdicional, Câmara (2017, p. 30) afirma que:

A jurisdição não é uma função estatal de composição de lides. Em primeiro lugar, porque nem sempre existe uma lide (assim entendido o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida) para compor. A lide não é elemento essencial à jurisdição, mas um elemento que lhe é meramente accidental. Em outras palavras, até pode haver uma lide subjacente ao processo, mas não é essencial que isto ocorra.

Neste sentido, o processo civil é conceituado, nas palavras de Câmara (2012, p. 8) como o ramo da ciência jurídica que estuda e regulamenta o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional. No ordenamento jurídico brasileiro, o processo civil possui normas fundamentais, estabelecidas no livro I, capítulo I, do Código de Processo Civil, para que o procedimento seja realizado de forma justa e a prestação jurisdicional ocorra de forma satisfativa.

O processo civil brasileiro é construído a partir de um modelo estabelecido pela Constituição da República. É o chamado modelo constitucional de processo civil, expressão que designa o conjunto de princípios constitucionais destinados a disciplinar o processo civil (e não só o civil, mas todo e qualquer tipo de processo) que se desenvolve no Brasil. (CÂMARA, 2017, p. 5)

Diante disso, se entende que as normas fundamentais não nasceram a partir do Código de Processo Civil, os princípios norteadores do processo civil são constitucionais e são resguardados no ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, se mostrando indispensáveis para a manutenção da justiça.

Dentre as normas fundamentais estabelecidas no Código de Processo Civil, destaca-se o princípio da boa-fé, estabelecido no art. 5º, do referido Código, que dispõe que (BRASIL, 2015): “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

O conceito de boa-fé compreende duas vertentes, uma objetiva e outra subjetiva. De acordo com Pretel (2007) a boa-fé subjetiva se refere a dados psicológicos, relaciona-se com a ideia de crença errônea, enquanto que a boa-fé objetiva se refere a elementos externos, normas de conduta que determinam a forma de agir de um indivíduo.

A vertente adotada pelo Código de Processo Civil é a da boa-fé objetiva, que conforme o entendimento exposto acima, impõe ao indivíduo uma conduta socialmente adequada, gerando, portanto, uma norma de conduta. Ainda neste sentido, DIDIER JR. (2008) aduz que boa-fé objetiva é uma *norma* de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas.

O princípio da boa-fé objetiva deve pautar todo o processo judicial, obrigando aos sujeitos do processo a agir de acordo com a probidade e legalidade, para que se obtenha um resultado justo e célere. Exige-se dos sujeitos, além da obediência ao princípio da boa-fé objetiva, a subordinação à boa-fé subjetiva, que apesar de não ser recepcionada pelo Código de Processo Civil como princípio, se demonstra importante no processo judicial por partir de elementos internos do sujeito, visando coibir condutas de má-fé.

Neste sentido, Câmara (2017, p.7) afirma que:

Não se trata, pois, apenas de se exigir dos sujeitos do processo que atuem com boa-fé subjetiva (assim entendida a ausência de má-fé), mas com boa-fé objetiva, comportando-se da maneira como geralmente se espera que tais sujeitos se conduzam. A vedação de comportamentos contraditórios (*nemo venire contra factum proprium*), a segurança resultante de comportamentos duradouros (*supressio e surrectio*), entre outros corolários da boa-fé objetiva, são expressamente reconhecidos como fundamentais para o

desenvolvimento do processo civil. A boa-fé processual orienta a interpretação da postulação e da sentença, permite a imposição de sanção ao abuso de direitos processuais e às condutas dolosas de todos os sujeitos do processo, e veda seus comportamentos contraditórios (FPPC, enunciado 378).

É de suma importância a caracterização de tal princípio como norma fundamental do processo civil, visto que para que se tenha uma prestação jurisdicional eficiente, deve-se afastar toda e qualquer atitude maliciosa dos sujeitos do processo para procrastinar o seu termo final, vedando os abusos de direito, não limitando a responsabilidade às partes, e sim a todos aqueles que participam do processo, de forma direta ou indireta.

De acordo com Carneiro (2015), o escopo do princípio da boa-fé é garantir uma decisão justa num tempo razoável, na medida em que determina que as partes atuem no sentido de se obter uma tutela efetiva sem abusar das suas faculdades processuais.

A boa-fé deve pautar todas as condutas do indivíduo em sociedade, não somente durante a instrução processual. Tal princípio se mostra fundamental para que as relações jurídicas sejam estabelecidas com ética, evitando, portanto, a existência de conflitos e consequentemente a sua judicialização.

Aquele que age de má-fé deve ser penalizado por sua conduta, e a caracterização do princípio da boa-fé como norma fundamental do processo garante meios para punir o sujeito que agir de má-fé durante todas as fases processuais, como será demonstrado a seguir.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PARA PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA

De acordo com Didier Jr. (2017, p. 143), o procedimento executivo é o conjunto de atos praticados no sentido de alcançar a tutela jurisdicional executiva, isto é, a satisfação da prestação devida, seja ela uma prestação de fazer, de não fazer, de pagar quantia ou de dar coisa distinta de dinheiro. Neste trabalho a análise será restrita a obrigação de pagar quantia.

O início do procedimento executivo demonstra que já existe um direito materializado, seja por meio de um título judicial ou extrajudicial, ao qual o portador de tal direito pleiteia perante o Poder Judiciário a satisfação da obrigação imposta em favor do devedor, conforme dito anteriormente.

Tal procedimento executivo pode ser realizado de duas formas: por meio de um processo autônomo, quando o direito decorrer de um título extrajudicial (cheque, contrato, acordo extrajudicial e etc.), ou dentro dos próprios autos do processo de conhecimento, como uma fase processual, quando o direito decorrer de um título judicial, ou seja, qualquer decisão judicial.

Limitando o campo de estudo à fase executiva, ou seja, quando o procedimento de execução se inicia no bojo de um processo já existente, cabe mencionar que o instrumento que marca o início desta fase é uma petição simples requerendo o cumprimento da decisão proferida nos autos do processo ao qual se peticiona.

O art. 524, do Código de Processo Civil dispõe sobre os requisitos da petição de requerimento da instauração da fase de cumprimento de sentença, dispondo que deverá ser feita a qualificação completa das partes, demonstrativo detalhado e atualizado do crédito, juntamente com a indicação de bens passíveis de penhora, sempre que possível.

Após o autor peticionar requerendo o cumprimento de sentença, o magistrado competente pela demanda deverá determinar a intimação do devedor para pagar voluntariamente o débito cobrado, conforme dispõe o art. 513, § 2º, do Código de Processo Civil, no prazo de 15 (quinze) dias, conforme determinado no art. 523, do Código de Processo Civil.

Caso o devedor não cumpra a decisão judicial voluntariamente, transcorrerá o prazo de 15 (quinze) dias para o devedor apresentar impugnação ao cumprimento de sentença, conforme art. 525, do Código de Processo Civil. Importante ressaltar que, caso impugne a execução, o devedor não é obrigado a garantir o juízo com depósito do valor executado.

Destaca-se que, conforme afirmado por Didier Jr. (2017, p. 68) a execução é um dos ambientes mais propícios para a prática de comportamentos desleais, abusivos e fraudulentos. É, portanto, campo fértil para a aplicação do princípio da boa-fé processual.

Tal afirmação se fundamenta pelo fato de que alguns devedores não cumprem a obrigação de pagar no prazo para pagamento voluntário e, cientes que serão executados judicialmente, ou até mesmo que já estão sendo executados para adimplir um débito, se desfazem do seu patrimônio para não ter seus bens penhorados, protelando o procedimento executivo.

Visando coibir atos maliciosos dos devedores o Código de Processo Civil impõe a cobrança de multa e honorários advocatícios no valor correspondente a 10% (dez por cento) cada um, do total do débito, conforme dispõe o art. 523, §1º, do Código de Processo Civil.

Além disso, o art. 782, §3º, do Código de Processo Civil, permite que o magistrado determine, a requerimento do autor, a inclusão do nome do devedor no cadastro de inadimplentes, devendo a inscrição ser cancelada imediatamente quando o débito for quitado, ou se a execução for garantida, ou até mesmo extinta.

Tais sanções servem para coagir o devedor a cumprir a obrigação de pagamento, no entanto, nem sempre se obtém sucesso, visto que, conforme dito anteriormente, alguns devedores agem de má-fé para não satisfazer o crédito executado e protelam a execução até o processo ser suspenso ou até mesmo extinto por ausência de bens do devedor passíveis de penhora.

Quando o devedor não efetua o pagamento voluntário e nem apresenta impugnação ao cumprimento de sentença, faz-se a execução forçada para a satisfação do crédito. Isso significa que o magistrado poderá penhorar quantos bens forem necessários para o adimplemento do débito, uma vez que conforme o art. 789, do Código de Processo Civil, o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações.

Deve-se atentar que o art. 833, do Código de Processo Civil dispõe que alguns bens do devedor são impenhoráveis, razão pelo qual não estão sujeitos a execução. São estes: os bens inalienáveis; os móveis de utilidade doméstica, salvo os de valor elevado; vestuário; os vencimentos e proventos do executado; os instrumentos de trabalho do executado; seguro de vida; pequena propriedade rural trabalhada pela família do executado; os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; quantias depositadas na caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos; recursos públicos do fundo partidário recebido por partido político e os créditos oriundos de alienação imobiliária sob regime de incorporação vinculado à execução da obra.

Além disso, a penhora deverá seguir, preferencialmente, uma ordem de preferência para adimplir o débito executado, conforme dispõe o art. 835, do Código de Processo Civil:

Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

- II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;
- III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
- IV - veículos de via terrestre;
- V - bens imóveis;
- VI - bens móveis em geral;
- VII - semoventes;
- VIII - navios e aeronaves;
- IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias;
- X - percentual do faturamento de empresa devedora;
- XI - pedras e metais preciosos;
- XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;
- XIII - outros direitos.[...]

Ocorre que, nem sempre são localizados bens do devedor passíveis de penhora, conforme afirmado anteriormente, o que resulta em uma possível suspensão da execução. Neste caso, o art. 921, CPC, dispõe em seu parágrafo primeiro que a execução será suspensa no prazo de 1 (um) ano, ficando suspenso ainda a prescrição. Caso sejam localizados, pelo exequente, bens passíveis de penhora durante a suspensão, o processo será desarquivado e dar-se-á prosseguimento à execução, conforme dispõe o referido artigo em seu parágrafo terceiro.

No entanto, nestes casos, dificilmente o exequente localizará bens do devedor passíveis de penhora, isto porque o executado já está agindo de má-fé e oculta o seu patrimônio para tentar fraudar a execução.

Utilizando-se dos meios típicos para satisfação do crédito, ou seja, contidos no Código de Processo Civil, faculta-se ao exequente, a possibilidade de requerer ao juízo a inscrição do nome do devedor no cadastro de inadimplentes, como SPC e SERASA, devendo ser imediatamente cancelada a inscrição se for efetuado o pagamento, garantida a execução ou ocorrendo a sua extinção, conforme dispõe o art. 782, §§3º a 5º, CPC.

Ocorre que, mesmo fazendo uso das medidas típicas para satisfazer o crédito executado, nem sempre o exequente atinge o seu objetivo devido à má-fé do devedor, lhe cabendo, portanto, requerer ao juízo medidas atípicas, com maior poder coercitivo a fim de ter o seu direito efetivado, conforme será analisado adiante.

DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS PARA A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO EXECUTADO EM FACE DA MÁ-FÉ DO DEVEDOR NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Conforme aduzido por Guerra (2003, p. 6, apud Didier Jr., 2017, p. 100) é tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as particularidades dos direitos merecedores de tutela executiva, e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades.

Ao conceber tal entendimento, o autor considerou que cada execução possui suas particularidades, dentre elas podemos destacar que cada devedor age de maneira diversa em relação à obediência ao princípio da boa-fé, existindo casos onde age totalmente contrário à boa-fé.

A partir disso, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma feliz inovação ao ampliar os poderes do juiz, dispondo que incumbe ao magistrado 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, conforme disposto no art. 139, IV, CPC.

Observa-se que tal normativo se caracteriza como uma cláusula geral, visto que seu texto é vago e indeterminado a fim de que o magistrado o interprete conforme o caso concreto.

Ressalta-se que as medidas atípicas, nas palavras de Didier Jr. (2007, p. 106), são aplicadas na execução de forma subsidiária, isto porque o art. 921, III e 924, V, CPC, confirmam a necessidade de primeiramente se esgotar as medidas típicas para posteriormente aplicar as medidas atípicas para satisfazer o crédito executado.

Em homenagem ao princípio da boa-fé, o art. 77, IV, CPC dispõe que cabe a todos que participam do processo, cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação, no entanto, quando o devedor tenta procrastinar o processo para não satisfazer o crédito executado, estará agindo contrário ao que preceitua o normativo jurídico.

Considerando a violação do princípio da boa-fé no caso narrado, cabe ao magistrado à aplicação de todas as medidas típicas para dar cumprimento a sua decisão judicial, neste caso, a condenação do devedor para pagar quantia. No entanto, como nem sempre as medidas típicas são suficientes para coagir o devedor a cumprir a obrigação imposta para si, torna-se perfeitamente cabível o arbitramento de medidas não previstas expressamente no Código de Processo Civil, que deverão ser estipuladas conforme o caso concreto, a fim de assegurar o cumprimento da decisão.

Não pode se admitir que o devedor descumpra uma sentença judicial transitada em julgado por mera liberalidade e má-fé, as decisões judiciais devem ser cumpridas, sob pena de praticar ato atentatório a dignidade da justiça e o princípio da boa-fé, que pauta todo o processo civil, fundamenta a concessão de medidas atípicas visando à satisfação do crédito executado.

Conforme evidenciado anteriormente, o princípio da boa-fé, normatizado no Código de Processo Civil, impõe aos jurisdicionados uma norma de conduta, ao qual todos devem seguir para viver harmonicamente em sociedade. Da mesma forma, para o processo judicial tramitar com celeridade e se tenha um resultado justo, não podem os sujeitos do processo se escusarem de obedecer ao princípio em comento.

Diante disso, quando um sujeito do processo, por exemplo, a parte, age de má-fé, dificultando o prosseguimento regular do processo, até o momento em que as medidas previstas no Código de Processo Civil para assegurar o cumprimento das decisões judiciais se esgotam, deve o magistrado impor a esta parte medida atípica, ou seja, determinar, de acordo com o caso concreto, medida coercitiva não prevista no Código de Processo Civil a fim de coagir o sujeito a comportar-se de acordo com a boa-fé e cumprir sua obrigação, já que a medida a ser imposta se torna vastamente onerosa ao executado, não sendo para este benéfico continuar agindo de má-fé.

Pode-se mencionar como exemplo o ocorrido nos autos do Recurso de Agravo de Instrumento nº 2063499-31.2017.8.26.0000, que tramita na Comarca de São Paulo. Trata-se de pedido formulado em 1º grau pela exequente para que fossem deferidas medidas atípicas em desfavor do executado a fim de que este fosse compelido a pagar, em sede de cumprimento de sentença, o valor da condenação a título de indenização por danos morais e materiais, sendo o pleito indeferido pelo juízo a quo e posteriormente reformado pelo juízo ad quem, conforme demonstrado a seguir:

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação indenizatória em fase de cumprimento de sentença, indeferiu as medidas atípicas de suspensão do direito de dirigir do executado, a apreensão de seu passaporte e o cancelamento de seus cartões de crédito e débito. Entendeu a magistrada faltar amparo legal ao pleito.

Recorre a exequente, sustentando, em síntese, que após anos de trâmite da execução, não conseguiu obter nenhum valor do executado. Aduz que este, apesar de frustradas as tentativas de imobilização de patrimônio, ostenta nítidos sinais de riqueza. Argumenta serem possíveis as medidas pleiteadas, com base na disciplina do atual Código de Processo Civil. Menciona que até chegou a identificar imóvel de propriedade do executado, mas foi este leilado em 2013, bem como dois automóveis, sobre os quais pendem inúmeras restrições provenientes da Justiça Comum e da Trabalhista. Frisa que não obstante estar com o nome negativado, por determinação do juízo da execução, não tomou o executado nenhuma medida no sentido de quitar seu débito. Requer, nos termos acima, a reforma da decisão interlocutória.

No caso concreto a má-fé do executado em não cumprir com a obrigação de pagar quantia em favor da exequente restou configurada. Apesar de ter nítidos sinais de riqueza, sempre frustra as tentativas de penhora ocultando seus bens. A exequente esgotou as vias típicas para tentar satisfazer a execução, tendo inclusive sido determinado pelo juízo a quo a negativação do nome do executado perante os órgãos de proteção ao crédito, não restando, portanto, alternativa senão a decretação de medidas atípicas para constranger, em razão da sua onerosidade, o executado a adimplir a sua obrigação.

Sendo assim, considerando o desrespeito à norma, a concessão de medidas atípicas se demonstram eficientes para assegurar a aplicabilidade do princípio da boa-fé, uma vez que, a medida coercitiva a ser imposta, afeta consubstancialmente o executado, tornando-se mais vantajoso para ele, quitar o débito.

No caso em comento, a decisão proferida em 1º grau foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme voto exposto a seguir:

Verifica-se que foi o agravado condenado ao pagamento de indenizações por dano moral, no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e por dano material, na importância de R\$ 5.640,00 (cinco mil, seiscentos e quarenta reais), além da integralidade das verbas sucumbenciais, nestes compreendidos os honorários advocatícios da parte vencedora, arbitrados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tudo devidamente corrigido monetariamente e acrescido de juros moratórios (fls. 31-45; 46-51 e 52-54). Houve o trânsito em julgado em 10.05.2013 (fl. 70).

Percebe-se que iniciada a fase de cumprimento do título executivo judicial constituído, depois de decorrido o prazo para pagamento voluntário (conforme o então vigente art. 475-J do CPC/73),

várias foram as tentativas de realização de atos constritivos sobre o patrimônio do devedor: tentativas reiteradas de bloqueio BacenJud, intimação para indicação de bens à penhora e tentativa de localização de imóveis e veículos penhoráveis, todas infrutíferas.

Em razão de tal quadro, requereu a exequente agravante as medidas atípicas supramencionadas (apreensão de CNH e de passaporte, bloqueio de cartões de crédito e de débito), as quais foram indeferidas pela magistrada.

Sabe-se que tais métodos diferenciados de coerção têm sido considerados como consequência do permissivo do art. 139, IV, do CPC/2015, o qual possibilita ao magistrado “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”.

Por conseguinte, não há qualquer impedimento legal ao perfazimento das medidas requeridas pela exequente agravante, ao contrário da fundamentação de decisão ora agravada. Os juízes não estão mais restritos à penhora e à expropriação de bens como meios de cobrança (além da prisão civil, no caso de alimentos).

[...]

Chama a atenção, ademais, o fato de estarem as contas bancárias do devedor sem saldo, constatação que contrasta com sua condição de cirurgião plástico de renome, com pacientes famosos, dono de clínica especializada e que desfrutava, de acordo com elementos trazidos aos autos, de elevado padrão de vida.

Como se não bastasse, mesmo estando com o nome negativado perante os órgãos de proteção ao crédito, por determinação do juízo da execução, desde janeiro de 2016 (fl. 139), não demonstra o agravado qualquer sinal de esforço para pagar o que deve.

Logo, medidas mais drásticas devem ser tomadas, de modo a compelir, com mais vigor, o devedor a proceder ao pagamento, sob pena de se admitir a inocuidade do provimento jurisdicional.

Nessa esteira, inexistindo óbice legal, tal como visto, devem as medidas pleiteadas pela agravante ser deferidas, à exceção do cancelamento do cartão de débito, porque em tese desnecessária, visto que não possui o agravado saldo em quaisquer de suas contas bancárias, tal como verificados em reiteradas tentativas de bloqueio online.[...].

Observa-se que, conforme o voto do relator, o executado é um cirurgião plástico de renome, que desfrutava de alto padrão de vida e não demonstra qualquer sinal de esforço para pagar o que deve. Diante disso, o princípio da boa-fé torna-se essencial para fundamentar a concessão das medidas atípicas de suspensão do direito de dirigir do executado e a apreensão de seu passaporte.

Apesar de o voto do relator não fazer menção expressa à norma fundamental, percebe-se na fundamentação usada o inconformismo do julgador com a má-fé do executado, que protela a satisfação do crédito por não querer ter o seu patrimônio diminuído.

A caracterização do princípio da boa-fé como norma fundamental do Processo Civil tornou-se de grande valia para potencializar e efetivar os objetivos do princípio, auxiliando em conjuntos com os demais artigos do Código de Processo Civil, a coibir de forma mais intensa os atos fraudulentos e maliciosos no processo judicial, tornando possível uma prestação jurisdicional mais justa e célere.

CONCLUSÃO

Diante o exposto, entende-se que o princípio da boa-fé fundamenta, ainda que implicitamente, as decisões que concedem medidas atípicas na fase de cumprimento de sentença, visando à satisfação do crédito executado.

Ressalta-se que as medidas atípicas são necessárias quando o magistrado já determinou todas as medidas previstas no Código de Processo Civil para coagir o devedor, que age de má-fé e obsta o cumprimento da decisão judicial, a satisfazer o débito executado.

A boa-fé deve pautar a vida em sociedade, assim como a conduta de todos os sujeitos do processo, sendo, portanto uma norma de conduta que os obriga a agir com probidade para que se obtenha uma decisão justa e célere. Aquele que age contrário à norma fundamental do processo civil, deve ser penalizado, sendo-lhe imposta sanção, de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tão onerosa ao ponto de que lhe seja mais vantajoso cumprir com a norma de conduta que lhe é imposta, satisfazendo o crédito executado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/cpc2015br>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil Brasileiro**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARNEIRO, Raphael Funchal. As normas fundamentais do Processo Civil. **JusBrasil**, [S. I.], 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2JrKagp>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

DIDIER JR, Fredie. Editorial 45. **Fredie Didier Jr.**, [S. I.], 12 ago. 2008. Disponível em: < >. Acesso em: 16 jun. 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2017.

PRETEL, Mariana Pretel e. A boa-fé: conceito, evolução e caracterização como princípio constitucional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1565, 14 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10519>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 2063499-31.2017.8.26.0000. Relator: Des. Rui Cascaldi. São Paulo, 25 jun. 2017. **Diário de Justiça do Estado**: 26 jun. 2017.

9 PROPOSIÇÃO: INCONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

Plínio Paulo Bing

Proposição: **Inconstitucionalidade** da Constituição Federal Brasileira de 1988 – Repensar o Estado via Nova Constituinte Pura – Sedizente Povo, jamais autorizou parlamentares eleitos para mandato comum, autodenominarem-se constituintes – O **povo eleitor**, jamais convocou a Constituinte e/ou jamais ratificou a CF/1988 – Ilegitimidade. Nula de pleno direito – Remédio contudente, ADI de nulidade dessa CF vigente – **Proponentes confiáveis dessa ADI**: Conselho Federal da Ordem dos Advogados e/ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

Perplexidade do Estado Brasileiro: Parlamentares sob a vigência da CF/1967, convocada sob a tolerância do Regime Militar revolucionário¹, em **oportunismos grupais**, ao convocarem e proclamarem a CF/88, passaram com interesse pessoais, a **controlar os poderes do Estado Brasileiro - Eleitor, fonte lírica do poder**, o exerce, **via representantes eleitos**, ou, diretamente, por iniciativa popular, neste caso, pela apresentação à Câmara dos Deputados, de ‘projeto de lei’ subscrito por 1% do eleitorado nacional, distribuídos em pelo menos cinco Estados, com não menos de 3 décimos por cento dos eleitores em cada um deles; **condição impossível de satisfazer** (art. 61 § 2º da CF/88, anulanda). Na prática, o Povo só tem obstáculos e vedações no seu direito nato do poder. **Novas eleições, sem mudanças radicais de ‘reversão dos poderes ao povo’, tudo como está, legaliza, os verdadeiros desfrutadores do ‘poder e das economias nacionais’**. Nesta perspectiva, o Povo jamais terá vez.

Solução incruenta: Convocação de Constituinte Pura, pelo STF, uma vez **declarada ilegítima a CF/88**, se extinguindo simultaneamente todos parlamentos, nos níveis da União, Estados e Municípios, para ser imposta uma **nova ordenação, via Povo**. O STF, poder não eleito, técnico, coordenará, sem inovar condições para a Constituinte, **assumir sim, no interregno do processo constitucional**, todos os poderes executivos.

Merecimento: A índole do povo brasileiro, formada por contingentes nativos, imigrantes de várias nacionalidades, pacífico e cortês por índole, num estágio de cultura universal avançada, **pode e deve convocar uma Constituinte Nacional Pura**, para se estabelecer dentro dos melhores princípios racionais, e mais moderno que os modernos, uma Federação estruturada com equilíbrio financeiro, de receitas e despesas, para cumprir com suas **necessidades básicas e fundamentais**, sem ser um decalque de qualquer outro País organizado democraticamente, fazendo o eleitor, durante a vigência dos mandatos, intervenções com todos os **meios de comunicação**, através de mecanismos inseridos na Justiça Eleitoral, como já, nos últimos anos, para fins oficiais, junto ao Judiciário, sistema bancário, etc., acessar o Parlamentar ou outra Autoridade eleita, mesmo, **durante o exercício do mandato**, pois que o representante **deve estar vinculado ao seu eleitor**, ainda que com o voto secreto. Esta modernidade eficientíssima dos **meios sociais de comunicação**, como os *Facebook, WhatsApp, Instagram, Twitter*, etc., que em nada está a ajudar o exercício do ‘poder do povo’ (por ignorados), devem, de modo estruturado, fazer o Povo presente com a instantaneidade do fato novo. Uma nova Constituição,

¹ Folha de S. Paulo, São Paulo, 12 out. 2017, p. A.14 - “Ulysses, presidente do único partido de oposição consentido à época...”

com STE adaptado para incorporar estas configurações, com uma nova estruturação de mandatos dos ‘representantes eleitos’, estes, vinculados a **a partir de uma declaração de princípios a cumprir**, que cada candidato à representante anexar, no momento do pedido de registro de sua candidatura. Rousseau denunciava em 1.775 - **os ‘representantes’ nas democracias, são potenciais traidores/corruptores do mandato recebido**.

EXPOSIÇÃO DOS MOTIVOS

Preliminar de Imprescritibilidade - Ausentes os ‘poderes explícitos’ hauridos do cidadão eleitor, nos atos visados por superveniência de origem espúria, todos os atos praticados pelos Congressistas durante a CF de 1988, e por reflexo, em todas Emendas Constitucionais subsequentes, parlamentares e/ou executivos, embora eleitos, por terem exercido poderes viciados, a prescrição não deve nem pode ser invocada para validar o espúrio.

Nenhum dos Parlamentares daquela CF de 1967, se repise, quando **tolerados** pelos representantes do Poder Revolucionário da época, e muito menos ainda, as **Mesas** daquele **Parlamento bi-cameral**, ao convocarem a **EC nº 26 de 1985**, e instituiu uma **Assembleia Nacional Constituinte**, não tinham nenhum arrimo no inc. I do **art. 49**, e/ou **50**, daquela **CF/1967**, por que no máximo podiam propor ‘Emendas à Constituição’, o que não equivale ter poderes para Convocar uma ‘Constituinte Livre’, observando-se, **sem falácia**, que **‘era da competência do Presidente da República, a iniciativa do processo legislativo e vetar projetos’**. Como então, poderiam ter as Mesas da Câmara de Deputados e do Senado poderes para convocar uma Constituinte? Tudo, pois uma farsa jurídica, de natureza constitucional. O ‘Povo’ do qual emana o poder, ut art. 1º § 1º dessa CF/1967, como fica? Em nenhum momento esse ‘povo’ foi convocado, para, pelo ‘voto’, ratificar estas outorgas, o que mais **caracteriza usurpação**. Na verdade, os deputados e senadores se **autoproclamaram Constituintes e outorgantes da CF/88**. O Povo, como convinha, foi alijado, em proveito direto dos parlamentares.

Quem do povo, autorizou aquele Congresso a redigir a CF/88 naquele texto para submeter o povo a ele, Congresso? Quem **deu ao eleito** o direito de dizer que o povo se quiser intervir diretamente, deve pedir licença ao Parlamento para que este autorize **plebiscito**? Ou, se o povo apresentar ‘projeto’ de iniciativa popular, necessita colher um por cento de assinaturas do eleitorado nacional, que em 2016 eram 144.088.912, e é, coletadas, em projeto mínimo de 1.440.889 de eleitores e estes, no mínimo, distribuídos em cinco Estados, e em cada um, eleitores que representem, 3/10 por cento de eleitores?

Para caracterizar as resistências ao sistema democrático, os eruditos constitucionalistas² afirmam que: “as ‘concessões do § 2º do art. 61, para o povo participar, na prática, **inviabilizam o processo**”.

Na **Idade Média**, houveram as primeiras manifestações do sistema representativo, constituindo-se a Inglaterra, como laboratório desse humanismo que evoluiu pela Europa, para diminuir o poder régio, por este processo de pressão e lutas sanguíneas, reduzir-se o poder monárquico, que passou a convidar representantes das camadas da sociedade para comporem o que inicialmente chamavam de *Concilium*, pelo qual, periodicamente, eram convocados esses representantes para examinarem entre outros assuntos – propostas de ‘aumento de impostos’. (BASTOS; MARTINS, 1995, p. 576). Este *Concilium*, evoluiu para constituir a Câmara dos Comuns, esta, de participação popular na época.

² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil/1988**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4, p. 422.

A **Revolução Francesa**, foi o marco que consagrou a representação popular, com dúvidas, ser esta, uma representação autêntica (BASTOS; MARTINS, 1995, p. 575).

Rousseau, ao escrever o **Contrato Social** – configurou com perfeição – conceitos e princípios, ao afirmar:

A soberania não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada; consiste ela, essencialmente, na vontade geral, e não há meio termo. Os deputados do povo não são nem podem ser seus representantes, eles são unicamente seus comissários; nada podem decidir em definitivo. Toda lei que o povo não tenha pessoalmente ratificado é nula; não é uma lei. O povo inglês, pensa que é livre, mas se engana bastante, pois ele somente é livre durante as eleições dos membros do Parlamento, assim que eles são eleitos, o povo torna-se escravo. Não é nada. O uso que ele faz da liberdade, nos seus poucos momentos, bem merece que ele a perca (BASTOS; MARTINS, 1995, p. 577).

Em sequência, afirmam Celso R. Bastos e Ives G. Martins: A descrença de Rousseau de os deputados deixados a si mesmos representarem o povo, fê-lo propor algumas medidas, uma delas a **obrigatoriedade de os representantes seguirem exatamente suas instruções e prestarem contas da sua conduta no Parlamento, para o eleitor de seu distrito eleitoral**³.

Espantou-se ele, com o que considerava uma negligência, uma incúria, uma estupidez mesmo da nação inglesa, **depois de armar os seus representantes com o poder supremo, não lhes pôr nenhum freio**, para controlar o uso que dele, durante anos inteiros do seu mandato. A postulação fundamental da **teoria do mandato imperativo** é a de que, qualquer posição assumida pelo eleito, contra a vontade do eleitor, é nula e de nenhum efeito (BASTOS; MARTINS, 1995, p. 578).

RUMO AO AUTORITARISMO OU CONFRONTO FÍSICO DOS CONTENDORES DIANTE DAS DENÚNCIAS INÚMERAS DE CORRUPÇÃO E DESMANDOS: alternativa possível.

Será o estado de ânimo existente, **caminho** para um confronto, na atualidade de ‘impeachments’ e corrupção das várias ‘lava-jatos’ em curso, em todos âmbitos, da União, Estados e Municípios? - Tem-se anunciado a Reforma Política que não acontecerá nas dimensões do necessário, para sanar o País do pleno emprego sem empreguismos, as milionárias verbas eleitorais que o próprio legislativo e executivo, em auto beneficiamento fazem, para se perpetuarem nas funções, como se **fossem, no conjunto, proprietários absolutos do Estado** (pelo resultado que isto implica na prática), golpeiam, em conluio, o Povo, que paga tributos

³ No TSE, se complementaria com o registro do candidato a parlamentar, o ‘**depósito**’ de **um ideário completo** de seu posicionamento perante aumento ou redução de tributos, isenções, sua dedicação ao mandato diário nos dias úteis, quantos auxiliares aspira ter; para cumprir seu mandato quanto entende ser o pagamento mensal, seu e o de cada um de seus auxiliares como pleito; sobre o equilíbrio entre as ‘receitas’ e ‘despesas’; se aspira ser Ministro e/ou Secretário de Estado, ou entende que, para estas funções do executivo devem ser nomeados técnicos na função; apoia ou conceberá, projetos, se não houverem fontes de receita, se vai apoiar iniciativas que se fundamentem em proposições de modernidade, se receber e-mails de consulta, ter uma data mensal, para retorno aos eleitores de seu ‘distrito eleitoral’; expor suas posições em assuntos dominantes em pauta para seus eleitores distritais; se o candidato tiver escritório profissional, for industrial e/ou fazendeiro, não terá tempo para estas funções durante o mandato? Qualquer servidor público ou privado não deve cumprir horário nos dias úteis de trabalho, por que não o parlamentar? Terá auxílio de moradia e transporte para a esposa, quanto para viajar em comitivas oficiais, que interesses e funções pretende exercer, etc. etc.?

escorchantes acima de 35%, malversados, por favores espertos/escamoteados, ao deixarem o Estado como se que se encontra, em déficit, gigantesco.. A respeito, afirma o Deputado Federal, Vicente Cândido: **“o país não terá sossego se não alterar o sistema político”** - culminando com realismo: **‘Reforma só sai se vier de fora do Congresso’**, disse este relator”⁴. A tradução desta sentença trágica, tem a leitura: **se não acontecer a reforma, advirá uma revolução, de quem, se o Povo está desarmado?** Ou, quem terá esta força? Para os políticos profissionais dos 35 partidos, não interessa mudar o que está fantástico para esses políticos e seus professores de alto coturno, que houveram suas fortunas da política? Todos movimentos para alterar o rumo político econômico, são de dissimulação só, para **boi dormir...** Mandam os políticos graúdos e miúdos, que se compõem nas várias siglas, auferindo em paga de ‘seus serviços públicos: ‘ministérios, secretarias’, estatais, agências de regulamentação, etc. Têm atribuições buscadas, para facilitarem empregos aos cupimchas, parentes, propinas pessoais, mas, sedizentes, para o partido, e em todas essas situações, prestando relevantes tarefas ao País. Pegos na botija, negam, todos, no mesmo padrão uniforme. Não receberam nada. São inocentes. Não há recibos. Afinal, se convenha. Se todos dizem o mesmo, deve ser verdade rotunda. Só que aqueles administradores públicos, nenhum explicaram, nem tentam explicar, as quebras de todas estatais, com as quais lidaram em especial a endinheirada Petrobrás, hoje, como outras estatais, quebradas. É o País das Maravilhas da Corrupção, inclusive, sem funcionalidade, e o povo que vota, que pague as contas calado.

A inconformidade do ‘povo’ de todos recantos, fazem ribombar manchetes nos jornais:

‘Não estão entre os princípios fundamentais do Brasil, consagrados nos artigos 1º e 4º da Constituição a sobrevivência a qualquer custo dos grupos políticos nem a formulação, pelos legisladores de regras que favorecem as causas particulares’ (Marcus Vinicius Furtado Coelho, ex-Presidente da OAB Nacional, **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 30 ago. 2017, p. A3).

‘A criação do fundo (partidário) e a forma de sua distribuição, concentrando recursos nos maiores partidos é a primeira etapa deste conluio contra o cidadão e a democracia. A segunda etapa, com o distritão, tem a mesma lógica: diminui o número de candidatos, **dificulta a renovação e concentra o poder nos caciques de cada partido, facilitando suas reeleições.** A terceira e última etapa é a perpetuação desse modelo com a adoção da cláusula de barreira. O Fundo de Financiamento da Democracia no valor de 3,6 bilhões...’ (João Amodeo, **Folha S.Paulo**, São Paulo, 12 ago. 2017, p. A8).

‘Não são poucos os que enxergam no Brasil atual um estado de exceção. Discordo, mas temo que caminemos para tanto’. ...’**um político popular, se corrupto, é tão corrupto quanto o mais impopular dos políticos corruptos’** ‘A fonte originária deste mar de propinas em que o Brasil se afoga é o relacionamento entre

⁴ **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 8 out. 2017, p. A-5.

políticos e seus financiadores eleitorais, é a existência de **partidos de aluguel**, é o notável **desprezo com que os administradores públicos olham para a Lei de Licitações**. Não, não vivemos em um estado de exceção, mas em um estado de exceção recheado de excepcionalidades, **o que é quase a mesma coisa**. Sem uma **profunda reforma política**, chegaremos lá rapidamente’ (Fábio Romeu Canton Filho, Vice-Presidente da OAB/SP, **Folha S.Paulo**, São Paulo, p.A3).

‘Eles são acusados de receber propina de R\$ 864 milhões e gerar prejuízo de R\$5,5 bilhões aos cofres da Petrobras e de R\$ 113 milhões aos da Transpetro’ ‘Segundo o órgão, as ações ilícitas voltaram-se inicialmente para a **arrecadação de recursos da Petrobras, por meio de contratos firmados no âmbito da Diretoria de Abastecimento e da Diretoria Internacional, assim como da Transpetro**’ (Angela Boldrini e outras, **Folha S.Paulo**, São Paulo, 9 set. 2017, p. A5)

‘Para o professor, a **crise da política e do Estado no Brasil é pior que a de 1964, quando houve o golpe dos militares**. Quem hoje diz ter a solução para a crise. Ninguém. Tudo no Brasil. **Vivemos numa democracia formal**. As eleições são falsificadas pelos rios de dinheiro, pela propaganda nas TVs. Isso é melhor do que o populismo na Venezuela, mas é uma boa democracia? não é. (José Arthur Giannotti, **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 4 set. 2017, p. A20).

‘Min. Do Supremo STF, Luís Roberto Barroso, disse ontem que **o Brasil precisa “desesperadamente” de uma reforma política**. É triste constatar que aparentemente ela não vai sair. **Ao lado da impunidade, o sistema político brasileiro é responsável por boa parte da impunidade que estamos enfrentando**’. (Valor Econômico, São Paulo, 20 set. 2017, p. A6).

‘Se não mudarmos o arranjo político-institucional, os riscos são enormes e alguns deles podem nos levar a tragédias. Primeiro a tragédia dos descréditos no sistema político-eleitoral. Se não acreditamos no voto popular, a porta estará escancarada para o **desastre político**.’ (Min. do TSE, **Correio do Povo**, Porto Alegre, 30 set. 2017, p. 3).

‘Deputados zombam ao aprovar fundo de quase R\$ 4,9 bilhões, afirma Lamachia’ (**Jornal do Comércio**, Porto Alegre, 11 ago. 2017, p. 18).

‘Segundo dados do Tesouro Nacional, as despesas obrigatórias representam 105% da receita líquida...’ (Valor Econômico, São Paulo, 16 set. 2017, p. A4)

Adesivo apostado sobre placa indicando a ‘Alameda dos Estados’, via que leva ao Congresso em Brasília, proclama: ‘**Formação de quadrilha, Corrupção Ativa – O grande acordo nacional**’. (Zero Hora, Porto Alegre, 17 out. 2017, capa externa).

Se depreende, até o momento, qualquer modificação profunda que os fatos recomendam o será pela ‘força’, por um ‘justicialismo’, de direita ou de esquerda. - sobrevivendo uma profunda solução **fora** do ideal legal, que a história ensina, deve ser o legal ético.

DO DIREITO

Por ser o STF, o único ‘poder’ de Estado permanente, não eleito, capacitado por sua função receber, proceder e julgar pleitos constitucionais, ut RI do STF, arts. 169/178, com este pressuposto, qualquer entidade de classe de âmbito nacional – pode ajuizar ADI perante o STF, para **demandar ao CONGRESSO NACIONAL** e pedir o julgamento procedente de ADI, dentro de uma articulação seguinte.

Seja **declarada a ‘inconstitucionalidade da CF/88**, por, ao ser constituída essa ‘Constituição’, ter sido ordenada por Congressistas sem poderes para tanto, ao se autoproclamarem **constituintes**, sem mandato para tanto, usurparam as funções, por jamais ter sido convocada pelo Povo/eleitor para este fim, como, também, este texto, jamais foi ratificado por **plebiscito**. Em decorrência, deve ser declarada a **vacatio constitucional da CF/88**, pelos fundamentos antes expostos.

Impõe-se neste período de vacatio, em face da nenhuma precedência factícia desta situação no País, prevalecerem por indicação do STF, regras normativas, - de modo neutro, **por igual para todos**, ficarem decididas normas, entre outras, as da ‘essencialidade’ para a vida pública, além daquelas que se lembram como convenientes:

- a) **Convocar uma Assembleia Nacional Constituinte**, a ser composta de 517 integrantes constituintes em todo o País, na base de um eleitor um voto, com mandato específico e restrito até a Declaração da Constituição, que passa a vigor, 15 dias seguintes ao **Plebiscito** de aprovação ou não, por maioria de votos de toda a população habilitada a votar;
- b) **Definir prazo** a ser dado a esta Assembleia Constituinte, com a sugestão de **seis meses**, sem interrupção para férias, **prorrogável** este período, por mais noventa (90) dias. As **Comissões Temáticas** a serem criadas nesta Assembleia Constituinte, elegerem presidente e até 3º vice, secretário com suplente, relatores e um vice, para, após debates das matérias, serem apresentados relatórios parciais, inclusive de direito internacional comparado (se necessário para ilustração), para após cada dez

- dias de trabalho, - tendo cada 'Comissão', um prazo de 90 dias improrrogáveis, serem apresentadas as 'conclusões', ingressando na pauta obrigatória do 'Plenário da Constituinte', que aprovará ou não, as matérias por segmentos, até que perpassado todos, apresentando um primeiro esboço montado, para com esta montagem concluída, passe a novo reexame pelo Plenário, que aprovará a redação do texto final ou não, sempre por maioria qualificada a ser designada;
- c) Durante a discussão e votação nas Comissões Temáticas, se surgirem controvérsias nas votações, entendendo-se como controvérsia, não ser alcançado o índice de *quórum* qualificado, a matéria assim deliberada, será levada ao Plenário da Constituinte, que se reunirá em **sessões ordinárias a cada 15 dias**, quando será decidido o melhor rendimento dos trabalhos e redação do texto controverso, que passa a ter eficácia de projeto;
 - d) O '**projeto**' de Constituição elaborado e Declarado válido pelo Congresso eleito, será submetido a Plebiscito, este, convocado pelo TSE, num prazo de 15 dias, para o eleitor aprová-lo ou não, **extinguirá**, com a **aprovação pelo Plebiscito e ipso facto, a Assembleia Constituinte e o mandato dos 'constituintes'**;
 - e) Proclamado o resultado do plebiscito, pelo sim, se constitui este marco, **a vigência da nova CF, sujeitando todos os poderes de Estado e seus cidadãos, ao novo regime constitucional**;
 - f) Serem após proclamação dessa CF, convocadas eleições gerais, em todos níveis da Federação, União, Estados e Municípios, num prazo não superior a 90 dias, cabendo ao STF determinar essa convocação, e ao TSE, adotar as providências para as eleições, tanto dos integrantes dos **poderes executivos**, quanto dos **poderes legislativo e judiciário, se for o caso**, empossando-se estas autoridades, num prazo de 15 dias;
 - g) O **horário de trabalho dos constituintes** será de oito horas diárias, prorrogáveis mediante justificativa, por duas horas⁵, sempre observados dois turnos, com intervalo para o almoço;
 - h) **Durante os trabalhos da Constituinte serão observados os usos e costumes de cordialidade e respeito recíproco entre os Constituintes**, que ficam sujeitos a **princípios de liberdade**, resguardados os **princípios éticos**, de eficiência produtiva, publicidade, e sujeitos a **sanções**, em casos de excessos de qualquer gênero, inclusive, com a cassação da palavra, na sessão respectiva, por quem na presidência dos trabalhos, inclusive nas **Comissões**; os **constituintes são invioláveis, civil e penalmente, por suas opiniões, palavras e votos**;
 - i) **Escolhida a Mesa Diretora da Assembleia Constituinte**, esta proporá, com toda liberalidade, em três sessões consecutivas, a manutenção de todas ou nenhuma dessas premissas sugeridas como norteadoras pelo STF, ou, as substituirão por outras, de caráter transitório, enquanto viger o período da Constituinte.

⁵ O limite de horário é relevante para elidir técnicas assembleares de agrupamentos sectários, que, por oradores, estendem os debates até madrugada à dentro, para matar pelo cansaço os seus oponentes...

Estarão **impedidos de integrar a Mesa Diretora da Constituinte**, todo e qualquer eleitor que, integrante de qualquer das Mesas Diretoras desde 1988, até a presente data, em todos níveis da Federação;

- j) **Enquanto nova Constituição não for proclamada por plebiscito nacional**, - prevalecerão no País, em todas esferas da União, dos Estados, Distrito Federal, e Municípios, - os poderes existentes conferidos por lei às autoridades administrativas, vedado porém, em qualquer hipótese, usarem estes dispositivos do passado, ou poderes, para favorecer e ou a dificultar, ou se oporem a qualquer formulação em obras imprescindíveis, lícitas, em virtude de calamidade pública declarada pelo MPF;
- k) a partir do processamento da ADI, todos os **gravames nas despesas públicas, inclusive de efeito futuro, seja qual for esta pretensão, estão impedidos**;
- l) **No plano 'orçamentário'** ser mantido o 'orçamento' relativo ao último exercício, acrescido do índice de inflação do ano do exercício da Constituinte, mantendo-se todas contas de despesas, dentro da hierarquia administrativa; o quadro mínimo de funcionários concursados, sem novos contratar, mesmo daqueles que tem vínculo trabalhista; o administrador público que transcender estas normas, ou agir no interesse de parentes ou amigos, será obrigado a indenizar o Ente Público, quanto também se tornará inelegível por 25 anos;
- m) **No plano eleitoral para a 'Constituinte'**, poderá ser candidato, quem for vinculado a partido, ou **sem partidos**, bastando ser eleitor aos 16 anos, para obter, inclusive, registro de candidato a posto eletivo, no TSE;
- n) O parlamentar constituinte poderá ter dois 'assessores'; enquanto cada Comissão, poderá ter 3 assessores. Todos assessores de parlamentares constituintes perderão suas funções e remunerações, uma vez concluídas as suas tarefas nas Comissões;
- o) Seja parlamentar constituinte e/ou assessor inclusive de Comissões na constituinte, não tem qualquer direito a reivindicar proteção pelo que lhe acontecer na saúde, vida financeira, etc., uma vez que, ao assumir as funções, declarar-se-á, mediante atestado médico ser saudável e apto intelectualmente para a função, por isso publicamente renuncia aos seus interesses privados, em benefício da Pátria, com 'vistas' ter sido eleito e/ou prestar serviços à Constituinte, com uma subida honra e consagração pessoal;
- p) O parlamentar constituinte, enquanto em exercício das funções, bem como seu suplente, **terão a sua disposição hospedagem completa em hotel de Brasília**, na categoria de classe média/alta, com **todas as refeições**, acompanhado de **uma só pessoa**; outras despesas mensais imprescindíveis durante o exercício do mandato, acrescido de remuneração mensal módica a ser designada no primeiro mês da vigência da Constituintes;
- q) Os trabalhos da Assembleia Constituinte, serão realizados de 2ª a 6ª feira de cada semana, exceção apenas nos feriados nacionais

que poderão ser agrupados nos fins de semana; sem período de férias ou interrupções.

- r) Instalada a Assembleia Constituinte, o Presidente e/ou o plenário do STF, **não terão nenhuma ingerência direta ou indireta**, judicial ou não, no texto das Comissões e/ou do próprio projeto da Constituinte; cabe ao Presidente do STF, sem delongas, suprir os meios financeiros necessários, para a realização dos trabalhos, requisitando e colocando a disposição da Mesa Diretora, os valores necessários, procedendo a divulgação não só dos pedidos e justificativas da 'Mesa Diretora', quanto a publicidade do atendimento desse pleito.
- s) **Uma vez aprovada a nova CF por plebiscito**, caber ao Presidente da Constituinte e todos seus pares em conjunto, STF e TSE, proclamarem está CF, sem qualquer outra manifestação, passando a vigor esta nova Constituição, na data da sua publicação no DOU, para a partir desta data, **serem convocadas eleições** de todos Poderes no País, em todos os níveis, para serem mantidos e/ou preenchidos todos seus cargos por concursos públicos, impedidos dessa participação, inclusive contratual, membros que estejam em 3º grau de parentesco de qualquer autoridade ou parlamentar da Constituinte, - fixada a estrutura de modo mais eficiente e econômica, tendo por parâmetro comparativo, as remunerações privadas em função equivalente, desconsideradas quaisquer gratificações a qualquer título.

ANTI-TESE

Argua-se, como nulificar ou legitimar a CF/88, milhões de vezes citada em todo País, referida em todos juízos, tribunais e tribunais superiores, proclamando decisões pautadas na CF/88 anulada?

Parece, sim, um absurdo afirmá-lo após 29 anos de vigência (espúria).

Mas se a constatação for, como é, **uma realidade** a ponto de se invocar 'golpe' do povo, - um golpe revolucionário do tipo talvez de uma revolução violenta, sanguinária, - com o povo nas ruas, com lemas do esfacelamento necessário já, clamor público que se esvai poucas horas depois... Ou, se deve fazer a 'revolução' de que tipo, dentro da Lei? Perplexidade só resolve?

A solução mais econômica, rápida, eficiente, sem traumas - será o STF, que até hoje não se envolveu em revoluções de qualquer tipo declarar, pelos fundamentos sobreditos, a inconstitucionalidade da CF/88 e todas suas 'emendas', - e convocar uma **Assembleia Nacional Constituinte Pura**, ou seja (se possível), constituída por eleitos, aqueles votados pelo povo, via **distritos eleitorais, por serem neles seus nomes melhor divulgados, ser a campanha mais simples e barata, sem fundos partidários milionários para reeleger partidários profissionais, donos, com grupos de corrupção generalizada, partidária inclusive, apoiada por 'coligações**.

Glória, só a pátria trabalhadora, não aos espertos esgrimistas usurpadores, transvestidos de povo, sem nele crer.

Viva o Brasil!

10 UMA ABORDAGEM HUMANÍSTICA SOBRE COMPLIANCE NO FUTEBOL BRASILEIRO

Maria Helena de Menezes Silva

INTRODUÇÃO

Em Descartes remontamos à necessidade do método para se deduzir o que seja realidade. Chegamos a Nietzsche, do meado do séc. XIX e a quebra desse *status quo* e de nossa perda de referências, então Imre Lakatos (1922/1974), na filosofia da ciência com sua epistemologia (estudo da produção do conhecimento), pós-positivista, dizia não ser possível estar governado inteiramente através de regras racionais¹. Seguimos numa tentativa de agregação desse pensamento através de Foucault (1926/1984). Embora este último seja um crítico do controle, serve-se deste para agregar suas teses e acaba transformando-se mais numa peça do estruturalismo e menos num axiologista, como no tempo axial da escola pré-socrática.

O sistema que se requer no presente remete-nos à tentativa de governança do que está perdido. O reinante preciosismo pelo ente coletivo leva-nos à proposta original de compreender a natureza e fazer parte dela. Na busca de integração encontramos a gestão corporativa e associativa, na vanguarda de liderança. Para tal, valores éticos se refletem em forma de regulamentos.

Cumprir normas não pode estar mais no modismo do que menos na alma do povo. O que se tornou compulsivo deveria ser o elementar ou não será uma verdadeira evolução. A resposta obtida pelo mero legalismo, ou seja, impositivamente, nem sempre é a melhor.

SEGURANÇA JURÍDICA E A PROTEÇÃO DO FUTEBOL

Das origens do futebol em seus 3.000 a.C. na China antiga ao Brasil do séc. XIX em Charles Miller, hoje, deparamo-nos no *scout* dos direitos humanos, nascido da Revolução Francesa que nos trouxe a evolução social da mulher como bem demonstra a envergadura da gigante engrenagem que enguiça por vezes. Chegamos ao exemplo drástico do futebol feminino, ao qual foi agregada a figura de um produto rendoso que precisa de visibilidade, assim foi demonstrado no 1º Seminário Internacional do tema promovido pela FERJ em maio de 2017.

Na tomada de direção do homem criado à semelhança do próprio homem, perfectibilizou-se no Brasil um ordenamento jurídico a guisa da Constituição Cidadã de 1988. O Professor Rafael Terreiro Fachada sugestionando para este trabalho citou como exemplo o Código de Ética da CBF e o Canal Conduta Coxa Branca.

O Coritiba Futebol Clube (Coxa Branca), criado no início do séc. XX torna-se exemplo desta visão de *compliance* pela atitude iniciativa de promover sua fisiologia numa toada de integridade.

Analisando a palavra *compliance*, encontramos a definição do termo: **cumprir**, como sendo uma medida ou programa de integridade. Definindo programa como criação de

¹ Disponível em: <https://www.if.ufrgs.br/~lang/Textos/LAKATOS.pdf> Acesso em: 08/10/2017

mecanismos de proteção para organizar a casa. Em *ultima ratio*, pensa-se valorizar a marca, pelo viés: “não basta ser, precisa mostrar que é...”, como bem acentuado no debate promovido pelas Comissões de Infraestrutura e Desenvolvimento Econômico da OAB/RJ, sobre o tema: *Compliance* – Balanço e Perspectivas.

Assim, os requisitos legais para um programa de integridade estão contidos no art. 41 da Lei nº 8.420/15. É necessária uma análise de risco, pauta de regras e políticas específicas, além de possibilitar cada colaborador a cumprir o programa que se quer implantar. Fiscalização e denúncia é a base que corresponde mais.

Revisionando o papel da ISO 19.600/2014, que versa de qualidade, meio ambiente, segurança e saúde, chegamos em 2016 à norma ISO 37001 sobre gestão de *compliance* e antissuborno, busca-se soluções de resultado célere até mesmo em fato recente na Série-B do Campeonato Carioca, onde houve ameaça de suborno por parte de boleiros asiáticos, o que foi coibido rapidamente pela repulsa enérgica dos dirigentes das agremiações.

Coube-nos apoiar a viabilização do Projeto de Lei 2014-A/2016, do Deputado Estadual pelo PSDB, Carlos Roberto de Figueiredo Osório, que foi membro do Comitê Organizador dos Jogos Pan-Americanos de 2007. Aderimos a moção de apoio feita pelas Comissões de Infraestrutura e Desenvolvimento Econômico da OAB/RJ, em maio de 2017, objetivando celeridade às propostas lançadas sobre o fomento do programa de integridade, elencando uma prospecção ao *compliance*.

Mas a integridade aqui se perfila amiúde à questão da proteção da personalidade do atleta que, descapitalizado, fica à deriva e vulnerável ao assédio dos meios de produção deste capital. Como falar de futebol feminino que não é visibilizado, se o próprio futebol num todo padece em precárias condições de trabalho? Vamos ao Direito e Sociedade, um dos assuntos propostos no VI Simpósio de Direito Desportivo da OAB/RJ em maio de 2017, vertendo para o assédio moral.

Propostas aviltantes surgem desde oferecimento de dinheiro para manipulação de resultados, quanto para obtenção de titularidade nas partidas ou de maior espaço na carreira.

A presente revolução dos direitos, hoje de 5ª geração, trata da desfeita deste nó górdio², da teia de direitos e pouca clareza do chamado Estado Democrático. A busca do direito à personalidade (Código Civil de 2002) representa a chamada serena da moral individual, que até agora a humanidade não digeriu, em razão da busca frenética de um ente social.

Karl Popper (1902/1994) e Thomas Kunh (1922/1996), dos mais influentes do pós-positivismo, mostram que toda a visão de mundo deve mudar em resposta à evidência, que devemos lembrar, porque, na verdade, queremos esquecer.

DIREITOS BASILARES E INSEGURIDADE

Do preconceito alinhamos o tema dos Direitos Fundamentais em Dymaima Kyzyy Nunes, Fábio Konder Comparato e da evolução dos Direitos Humanos, como paradigma da nova geração de direitos, levando a um leque no qual as ciências sociais contemporâneas chamam de mentalidade coletiva correspondente ao que Montesquieu denominou o espírito das leis. Valores éticos geram comportamentos sociais persistentes vigentes na sociedade e na organização dos poderes.³

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 121.

³ “A democracia existe realmente quando a distância que separa o Estado da vida privada é reconhecida e garantida por instituições

Devemos compreender que toda organização social é estruturada em torno de dois elementos: o sistema de valores éticos e a organização de poderes.

Na última década, mais de um terço da população mundial obteve acesso à internet, e mais de 85% passou a se comunicar por meio de telefones celulares. O poder capitalista mundial tratou de submeter ao seu controle as principais organizações internacionais em matéria de direitos humanos. O curioso é que o Alto Comissariado das Nações Unidas para os direitos humanos, hoje, está praticamente sem recursos para exercer suas funções.

Portanto, a linha que direciona à evolução denota uma atrofia e certa falácia do sistema. Não havendo um conceito propriamente dito instala-se o preconceito.

Na baixa Idade Média europeia, nasce a civilização capitalista, que se tornou a primeira civilização mundial da História, mergulhando na essência do sentido do movimento que define eficientemente Max Weber.

A liberdade nos moldes da Revolução Francesa tem seu reinício numa nova revolução em nossos dias, qual seja a laicização da personalidade, onde devemos fagocitar os valores éticos num *compliance* individual com responsabilidade social.

A redescoberta das cartas de Cícero (106-43 a. C), por Petrarca (1304/1374), num dos eventos considerados cruciais ao Renascimento do séc. XIV alçou nos assuntos públicos o humanismo modelado pelo no ente social. Após veio o Iluminismo do séc. XVIII e seu impacto sobre os principais pensadores, como John Locke, David Hume e Montesquieu, desfechando até nossos dias toda a cultura europeia, com o brilho dos últimos dias da República Romana.

A vertente grega de Cícero dava na escola platônica sua envergadura de sistematizador e ascendência no direito natural.

Quanto ao fundamento e ao conceito de direito, situamos de modo complementar a natureza dentro da *polis*, e buscando sua completude ética, estabelecendo a norma jurídica como sentido para a conduta humana.

Os romanos consideram o direito uma técnica para manter a ordem e fazer respeitar as regras sociais. Seu fundamento é permitir que o poder social seja exercido, levando a sociedade a seu devido curso. Para tanto, o direito recorre à lei. Mas, ao contrário o que ocorre hoje no pós-positivismo, o direito não é extraído da lei, mas a lei é construída para concretizar o direito.

Marco Túlio Cícero, cuja vida corresponde à transição do período helênico para o período romano da história da filosofia, marca o fim da cultura romana republicana, que se transformará em cesarista.

Para que o sistema funcione, há a necessidade de o Estado submeter-se às leis que limitam seus atos e preservam a liberdade do povo. Em **Sobre as leis**, Cícero afirma que elas são fonte de virtude para os cidadãos e mecanismos que consolidam as forças do Estado.

Daí estabelecemos uma simetria entre o indivíduo e o Estado, onde se complementam e estabelecem relação de construtivismo, na qual a sociedade volta-se a si própria na busca da efetividade de suas ações.

Para Cícero o sábio torna-se uma pessoa ética na proporção em que os preceitos devem constar nas leis. A ética nasce do comportamento virtuoso e leva à felicidade, sendo a virtude

políticas e pela lei. Ela não se reduz a procedimentos porque representa um conjunto de mediações entre a unidade do Estado e a multiplicidade dos atores sociais. É preciso que sejam garantidos os direitos fundamentais dos indivíduos; é preciso também que estes se sintam cidadãos e participem da construção da vida coletiva. Portanto, é preciso que estes dois mundos – Estado e a sociedade civil – que devem permanecer separados, fiquem também ligados um ao outro pela representatividade dos dirigentes políticos. Essas três dimensões da democracia – respeito pelos direitos fundamentais, cidadania e representatividade dos dirigentes – completam-se; aliás, é a sua interdependência que constitui a democracia” (TOURAINÉ, 1996, p. 43).

embasada na honestidade. Em Cícero a honestidade espraia-se no conhecimento da verdade ou mesmo de buscá-la, concebendo a capacidade de refletir sobre seus atos, consequentemente, demonstrará senso de justiça, força de caráter e moderação de paixões. No senso de justiça deverá agir de tal modo para não causar dano a outrem (dever de justiça), será incapaz de tomar bens públicos como seu (beneficência). Força de caráter: também, não apenas se contentará em ter para si suas próprias virtudes, precisará demonstrá-las. Moderação: das Paixões: o homem é afastado da razão pela paixão, corrompendo-o. A filosofia é um medicamento que cura, que restitui a razão e conduz à honestidade. Nesta visão, o Homem deve agir eticamente sendo honesto, seguindo o conhecimento, optando pelo senso de justiça, força de caráter e demonstração de boa-fé.

CRISE NO BRASIL E A INIBIÇÃO DAS DENÚNCIAS DE ABUSO

Sancionada em dezembro de 2006, a Lei 11.438/06 estimula pessoas e empresas a patrocinar e fazer doações para projetos esportivos em troca de incentivos fiscais. Sancionada em 16 de julho de 2001, a Lei nº 10.264, conhecida como Lei Agnelo/Piva, representou um marco para o esporte nacional, ao proporcionar um avanço na captação de recursos destinados ao desenvolvimento desportivo brasileiro. A Lei 13.155 de 2015, especificada diretamente ao futebol, cria a responsabilidade fiscal do esporte (LRFE), condicionante à Autoridade Pública de Governança do Futebol, reforça sobre a questão da gestão temerária no tocante às entidades desportivas profissionais.

Mesmo diante do programa de modernização da gestão e de responsabilidade fiscal do futebol brasileiro (PROFUT) estatuída na LRFE, estatísticas demonstram um quadro miserável no cenário dos clubes de menor investimento, que são os que empregam a maior parte dos atletas.

Até 2012 pelo site do Jornal Extra havia 30.784 jogadores de futebol registrados no Brasil, quando recebiam até dois salários mínimos, incluídos os que jogavam gratuitamente.

Pelo site **Brasil de Fato**, em 2017, menos de 3% dos jogadores ganham acima de três salários mínimos, dados divulgados pela própria CBF em 2016. Como cada time tem em média 30 jogadores no elenco não há lugar para todos, em cada quatro atletas um está sem clube. Uma grande parcela dos jogadores trabalha apenas quatro meses no ano. São 23.238 jogadores ganhando até R\$1.000,00.

Já pelo UOL Esporte, a CBF informou que gastou R\$ 26,32 milhões em “[...] contribuição ao fomento do futebol”. A CBF faz esse pagamento há pelo menos cinco anos, e é preciso que as federações façam prestações de contas de como usaram a verba. Das 27 federações, 18 colocaram em seus balanços o valor repassado pela CBF, e nove omitiram (deixaram, segundo especialistas, junto com receitas não identificadas, o que não é ilegal).

Passam pelo fomento a necessidade do incentivo aos valores humanísticos inclusos no futebol e um maior investimento financeiro desburocratizado, especialmente no futebol feminino, observando a devida fiscalização.

Os 5% da venda de ingressos pelos clubes vão para as federações⁴, no eixo Rio/São Paulo. A Federação do Amapá sustenta-se apenas mediante o repasse financeiro anual feito pela CBF (dados de 05/2016): R\$750.000,00 representam 99% do faturamento. As Federações arrecadam através de impostos e taxas pagas por clubes, para inscrição de atletas, convênios, patrocínios

⁴ Fonte: Época Esporte Clube.

e doações, mas a maior parte da verba que entra é repassada pela CBF. Em 2015 a mesma distribuiu R\$19,5 milhões. A maior parte da verba é despendida com folha de pagamento.

As Federações de Futebol devem primar em ter um ordenamento para patrocínios de projetos em parceria com clubes, desta forma o modelo federativo teria mais efetividade. Ao que se vê do quadro, a vida do jogador de futebol torna-se inviável.

Em reportagens da Folha de S. Paulo de agosto de 2017, estatísticas são lançadas a respeito da inibição de denúncias de abuso sexual e da diminuição de causas na Justiça para este fim. Dentro da rubrica de abuso sexual, notamos a presença da figura do assédio no ambiente de trabalho. A reportagem acusa o medo do registro em razão da dependência do emprego. A maximização da violência mitigou as providências no que tange à pessoa individualizada.

Nada de silêncio sobre questões que envolvem o preconceito mostrado na discriminação do racismo. Assim, em épocas da 5ª geração dos direitos fundamentais, avançado o progresso dos anos 90, não se pode compactuar na inércia muda sobre o ataque ao atleta do Clube de Regatas Flamengo na internet, em maio de 2017, fato que sofreu repúdio da agremiação, caso contrário se caracterizaria em responsabilidade civil.

Em 2016 foi o marco do Anteprojeto da Nova Lei Geral do Esporte (ALGE), que promove mudanças e revoga a Lei 9615/98, iniciativa do Senado Federal, dentre muitos esses são os principais pontos: Para ocupantes de cargos diretivo no desporto haverá necessidade de ficha limpa; Tipificação do crime de corrupção privada no âmbito do desporto; Criação de um Fundo Nacional do Esporte, com repasse para estados e municípios; Destinação de 10% dos jogos de azar para o esporte; Criação de um mecanismo de combate a discriminação e a violência no esporte; Profissionalização de todos os atletas que se dediquem à atividade desportiva de forma remunerada; Benefício previdenciário para atletas em fim de carreira; Aumento do limite da contribuição da Lei de Incentivo ao esporte; Isenção tributária para atrair grandes eventos, assim como ocorre em determinados países; Benefícios tributários extensivos às sociedades empresárias; Criação de um Tribunal Único antidopagem desvinculado do governo; Adoção da arbitragem em matéria desportiva e competições. Consequência da caminhada do humanismo nas relações sociais promove-se a nova lei, que poderá nos tirar da colcha de retalhos na qual se transformou a Lei Pelé. A nova lei traz acesso de mulheres à governança de clubes, federações, entes esportivos em geral. Trata da participação de atletas, treinadores e árbitros nos colégios eleitorais das entidades esportivas. Dispõe também do endurecimento no trato com torcedores que promovem violências nos estádios, bem como da profissionalização da profissão dos juizes de futebol, dentre outras mudanças na Justiça Desportiva. Outra premissa é inaugurar o Sistema Nacional do Esporte ou Sistema Único do Esporte (SUE), como ferramenta de desenvolvimento. A Nova Lei unificará legislações, tais como: Estatuto do Torcedor, Profut, Lei de Incentivo ao Esporte, Lei Piva e o Código Brasileiro de Justiça Desportiva. O IBDD junto a AASP possibilitaram que pontuássemos esses assuntos pertinentes ao 12º Fórum Brasileiro de Direito Desportivo, realizado em São Paulo em dezembro de 2016.

Outro ponto, o excesso de banco aos atletas que ficam na reserva para sempre, consubstancia-se em dano moral. A FIFA permite no seu regulamento de transferência, em seu artigo 15º, que jogadores rescindam contrato com justa causa esportiva pelo excesso de banco⁵. Comportamentos persistentes, praticados no Brasil, contra atletas brasileiros ou estrangeiros. Lesão antiética que devemos recusar e apontar, criando instrumentos de visibilidade para que as vítimas busquem rechaçar tais lesões.

O assédio manifesta-se sorrateiro, mas feroz para cima de sua vítima, como no longametragem **Silêncio dos Inocentes** (*The Silence of the Lambs*), do livro de Thomas Hams. O

⁵ Fonte: UOL Esporte (setembro de 2016).

personagem de Jodie Foster, sintetiza muito bem o espaço diminuto à figura da agente do FBI, a disparidade gigantesca da sua força em contraste do alvo, da realização do seu trabalho. Comentários da obra pela antropóloga Isabel Wittmann, mostram Clarice Starling⁶: “[...] a diferença de altura, a forma como ela é observada e o espaço diminuto ao seu redor ajudam a frisar essa noção. Sendo uma mulher em um ambiente predominantemente masculino, o tom de ameaça de cunho sexual em torno dela o tempo inteiro é um tema constante no filme.”

A disparidade alcança homens e mulheres, nas diversas idades, tanto pela dependência financeira do atleta sem emprego, quanto pela falta de visibilidade do futebol feminino, inviabilizando a seguridade no ambiente de trabalho e no habitat social.

PROPOSTAS CONCLUSIVAS

À XXIII Conferência Nacional dos Advogados:

- a) O Conselho Federal da OAB deve propugnar pela aprovação do Projeto de Lei nº2041-A/2016, de autoria do Deputado Carlos Roberto Osório, que dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do Estado do Rio de Janeiro, que servirá de paradigma às demais empresas, entidades e associações, numa visão global de *compliance*;
- b) O Conselho Federal da OAB, através das Seccionais deve incentivar e disseminar o Futebol Feminino, como meio de visibilidade do produto apresentado pelo esporte, promovendo encontros, seminários e usando de todo o meio para tal mister;
- c) O Conselho Federal da OAB, deve se postar ao lado da sociedade pugnando pelo repúdio ao racismo nos esportes, especialmente no futebol, provendo cartilha alusiva ao tema: **assédio moral e preconceito**, com ampla divulgação pelas Seccionais, pela CBF e Federações de Futebol em seus respectivos estados e Agremiações Desportivas;
- d) O Conselho Federal da OAB deve propugnar a respeito de caracterizar o artigo 15º do Regulamento da FIFA, como assédio moral, a permanência de jogadores (as) de futebol que permaneçam por longo período na reserva, havendo justa causa de rescisão contratual, coadunando ao levante do dispositivo, inserindo esta orientação em seus meios de comunicação, orientando que os clubes tomem providências cabíveis para que não haja sedentarismo no currículo dos atletas, que poderão ser emprestados, vendidos e trocados, criando alternativas àqueles que estiverem sob a égide contratual;
- e) O Conselho Federal da OAB deve sugerir pautas a respeito de facilitar o acesso de clubes de menor investimento aos fundos governamentais e da sociedade civil, bem como no sentido de que haja maior captação de recursos na área desportiva, que deverá ser gerida a partir de eficiente fiscalização.

⁶ Disponível em: <<http://bit.ly/2LXwus6>>. Acesso em: 8 out. 2017.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOURAINE, Alain. **O que é democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

11 LIBERAÇÃO MÉDICO-JURÍDICA DA ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO EM ANENCEFALIA: IMPLICAÇÕES ÉTICAS

Landri Alves Carvalho Neto*

Samuel Servinhani Fernandes*

Bruna Fonseca Silva*

Fernando Batigália*

RESUMO: Anencefalia é anomalia congênita na qual o tubo neural fecha-se incorretamente, comprometendo a formação da abóbada craniana e de grande parte do encéfalo. Por isso considera-se, em anencefalia, a hipótese de inviabilidade fetal. Em casos de vida fetal extrauterina inviável ou saúde materna em risco, há possibilidade de recorrer-se à antecipação terapêutica do parto. Este artigo aborda as implicações éticas acerca da liberação desse procedimento diante do quadro clínico ora debatido. Entre essas implicações estão: influência do médico na tomada de decisão da paciente; falhas na implementação dos métodos de prevenção dessa anomalia; diferenças legais entre abortamento e antecipação terapêutica do parto em anencefalia.

Palavras-chave: Aborto. Anencefalia. Ácido fólico. Bioética. Legislação.

Entre medicina e direito há ligação natural, pois ambas as áreas do conhecimento compartilham a função de zelar pela vida do ser humano. A primeira, nas dimensões psíquicas e fisiológicas, e a segunda nas dimensões sociais e humanísticas. Para falar de temas polêmicos, como aborto, antecipação terapêutica do parto e anencefalia, há necessidade de entrelaçar conhecimentos específicos e genéricos do campo médico e jurídico na tentativa de se chegar à posição mais consciente e benéfica¹.

Torna-se necessário delimitar as diferenças entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Aborto, vocábulo que advém do latim – *ab* significa privação e *ortus*, nascimento² –, caracteriza-se pela interrupção da gestação até a vigésima semana, com expulsão ou não do feto dotado de vida em potencial e, portanto, produto fisiológico, do que resulta sua morte. Já antecipação terapêutica do parto, termo proposto pela antropóloga Débora Diniz³, configura-se como interrupção da gestação quando há desenvolvimento patológico do feto, o que resulta na inviabilização da vida extrauterina.

Anencefalia é hipótese de desenvolvimento patológico inviável que tem ganhado destaque no âmbito médico-jurídico na atualidade – do grego *an* (sem), *en* (dentro), *kefaalé*

* Bacharel landricnet@gmail.com – Centro Universitário de Rio Preto (Unirp), São José do Rio Preto/SP. NR: Nome em destaque, pois foi o autor que apresentou o trabalho na Conferência.

* Graduando samuel.manancial@yahoo.com.br – Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto (Famerp), São José do Rio Preto/SP

* Graduanda bruninha_fsilva@hotmail.com – Famerp, São José do Rio Preto/SP.

* Doutor batigalia@famerp.br – Famerp, São José do Rio Preto/SP, Brasil.

¹ SOARES, A. M. M.; PIÑEIRO, W. E. *Bioética e biodireito*: uma introdução. São Paulo: Loyola, 2002, p. 28.

² GUIMARÃES, D. T. *Dicionário técnico jurídico*, 26. ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 17.

³ CARVALHO, T. R. *A antecipação terapêutica de parto na hipótese de anencefalia fetal*: estudo de casos do Instituto Fernandes Figueira e a interpretação constitucional do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal. 2006. 249 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/1S6gKNo>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

(cabeça)⁴. Essa patologia é anomalia congênita letal resultante da ausência de fusão do tubo neural posterior durante a quarta semana de gestação. Como consequência, compromete-se a formação da abóbada craniana, hemisférios cerebrais e cerebelares, embora tronco encefálico rudimentar e ilhas cerebrais estejam presentes em crianças vivas⁵⁻⁶.

A prática abortiva remonta aos primórdios da história da humanidade. Há relatos de sua realização em sociedades orientais cerca de 2.500 anos antes de Cristo. Com o nascimento da doutrina cristã, abriu-se leque de questões éticas e morais sobre o tema. A Igreja Católica só tomou posicionamento oficial contrário ao abortamento no ano de 1869, quando o então Papa Pio IX declarou como assassinato todos os tipos de aborto⁷. Atualmente, a lei se posiciona consonante a essa vertente e criminaliza a prática abortiva. No Código Penal brasileiro, datado de 1940, consta ser crime o abortamento, exceto se necessário para salvar a vida da gestante ou quando a gestação for fruto da prática de estupro⁸.

Desde 2012 há jurisprudência, promulgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mais alta corte do sistema jurídico brasileiro, que autoriza a interrupção da gestação nos casos da comprovação inequívoca de anencefalia no feto⁹. O Conselho Federal de Medicina (CFM) defende a autonomia da gestante na tomada da decisão quanto a manter ou interromper a gravidez em caso de anencefalia, e exige imparcialidade do médico para não induzir a gestante a qualquer decisão¹⁰. Entretanto, estudos revelam que médicos enfrentam dificuldade em manter neutralidade no aconselhamento de gestantes¹¹.

Na tentativa de identificar como outros governos legislam sobre antecipação terapêutica do parto e abortamento, observa-se que nos países europeus essas práticas são tratadas de forma bastante liberal, autorizando o abortamento em diversas situações – em casos de estupro; malformação fetal; a pedido da mulher; quando há risco de vida ou para a saúde física e mental da gestante; ou por motivos socioeconômicos. Nesse aspecto destacam-se Holanda, Bélgica, Alemanha, Suécia, Reino Unido e Dinamarca¹².

Até dezembro de 2013 a Espanha também permitia o aborto sem restrições até a décima quarta semana de gestação, mas desde então mudou radicalmente seu posicionamento, criminalizando o aborto com exceção de casos excepcionais semelhantes à legislação brasileira. Na América do Sul, o Chile criminaliza a prática do aborto sem exceção legal; o Paraguai e o Peru permitem a prática apenas para salvar a vida da gestante; na Argentina, além desse fator, também é permitido quando a mãe é **idiota ou demente**; na Venezuela, para proteger a honra da mulher ou do homem¹³.

A anencefalia demonstra grande importância contemporânea, devido a sua considerável prevalência nacional. No Brasil, é de aproximadamente 18 casos a cada 10.000 nascidos vivos, o

⁴ ANJOS, M. F. Anencefalia e bioética: visitando argumentações. *BioÉthikos*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 154-160, 2012.

⁵ STEDMAN, T. L. *Stedman*: Dicionário Médico, 25. ed. Baltimore: Williams & Wilkins, 1996, p. 71

⁶ MOORE, K. L.; PERSAUD, T. V.; TORCHIA, M. G. *Embriologia clínica*, 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁷ MATOS, F. P. L. *Aborto: liberdade de escolha ou crime?* TCC (Monografia em Direito) – Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena; 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2xH3FN9>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez 1940.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54-DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*: 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1nfQ2Hq>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

¹⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (org.). Resolução nº 1.989, de 10 de maio de 2012. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, seção 1, Brasília, 14 maio 2012, p. 308-309. Disponível em: <<http://bit.ly/1PuJ7VO>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

¹¹ HEUSER, C. C.; ELLER, A. G.; BYRNE, J. L. Survey of physicians' approach to severe fetal anomalies. *J Med Ethics*, Londres, v. 38, n. 7, p. 391-395, 2012.

¹² TORRES, J. H. Aborto e legislação comparada. *Cienc Cult*. São Paulo, v. 64, n. 2, 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/25YBzY6>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

¹³ AGÊNCIA ESTADO. Espanha impulsiona lei mais restritiva contra o aborto. *Estadão*, São Paulo, 20 dez 2013. Internacional. Disponível em: <<http://bit.ly/1ts0WQm>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

que representa taxa até 50 vezes maior que a observada em países como França, Bélgica, Áustria e Estados Unidos¹⁴. A ocorrência de anencefalia mostra-se maior em fetos do sexo feminino¹⁵ e gerados em mulheres com mais de 35 anos de idade, embora estudos apontem que não há relação entre idade materna e ocorrência de anencefalia. Além disso, o risco de incidência aumenta em 5% a cada gravidez subsequente¹⁶. Múltiplos fatores genéticos, nutricionais e ambientais estão envolvidos no desencadeamento dessa condição patológica, como a baixa ingestão de ácido fólico, uso de teratógenos e drogas lícitas e exposição a radiação e a vírus durante os primeiros meses de gestação¹⁷.

Visto que anencefalia é malformação fetal de elevada prevalência; que países divergem na aplicação de legislação, permitindo ou criminalizando; que existem recursos para considerável prevenção dessa anomalia; que órgãos médicos brasileiros encaram a antecipação terapêutica do parto como uma das decisões possíveis da gestante; constata-se a precoce abertura de precedente para interrupção de uma vida, considerando-se ainda que a tutela e valorização da vida são parte da primazia do Estado, e, portanto, todos são fatores que encaminham para maior estudo acerca do tema. Este trabalho tem como objetivo perfazer abordagem médico-jurídica sobre a liberação da antecipação terapêutica do parto em anencefalia e suas implicações éticas.

MATERIAL E MÉTODO

Para levantamento bibliográfico, foram selecionadas as seguintes palavras-chave: **antecipação terapêutica do parto, aborto, anencefalia, ácido-fólico, bioética, direitos fundamentais e legislação&jurisprudência**, pesquisadas nos sites SciELO, PubMed, Google Acadêmico e Lilacs. Também foram utilizados dicionários, livros e periódicos médicos e jurídicos, Constituição Federal, Código Penal e legislação extravagante. Houve 90% de retorno com as palavras-chave selecionadas, seguido de aproveitamento de 76% das referências obtidas. A pesquisa teve cunho bibliográfico, para discussão qualitativa.

ABORDAGEM MÉDICA

Possibilidades de prevenção da anencefalia

A etiologia dos defeitos de formação do tubo neural (DFTN) não está totalmente elucidada, devido à limitação apresentada pelos estudos com fetos. Porém sabe-se que há relação entre essas anomalias, em especial anencefalia, e exposição a teratógenos, diabetes pré-gestacional, obesidade materna e hipertermia materna. Em menor proporção, destaca-se contaminação alimentar com fumonisina, campo magnético e pesticidas¹⁸. Defeitos genéticos

¹⁴ ALBERTO, M. V. et al. Anencefalia: causas de uma malformação congênita. *Rev Neurocienc.*, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 244-248, 2010.

¹⁵ FERNANDEZ, R. R. et al. Anencefalia: um estudo epidemiológico de treze anos na cidade de Pelotas. *Ciênc Saúde Coletiva*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 185-190, 2005. Disponível em: <<http://bit.ly/23cAl6D>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

¹⁶ POSIÇÃO da Febrasgo sobre gravidez com fetos anencéfalos. *Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetria*, São Paulo, 2011.

¹⁷ ALBERTO et al., op. cit., p. 244-248.

¹⁸ MITCHELL, L. E. Epidemiology of neural tube defects. *Am J Med Genet C Semin Med Genet*, New Yorke, n. 135, C1, p. 88-94, 2005.

também estão associados a anencefalia, principalmente aqueles relacionados com o metabolismo do ácido fólico, como o gene da enzima ^{5,10} metileno-tetra-hidrofolato-redutase¹⁹.

No entanto, o principal fator apontado por diversos estudos como causador da anencefalia é a baixa ingestão de ácido fólico, composto fundamental na biossíntese de DNA e RNA, antes e durante a gestação²⁰. Nos Estados Unidos, após implantação de medidas governamentais para fortificar alimentos com ácido fólico, observou-se redução em torno de 19% na ocorrência de defeitos do tubo neural. Na Ilha de Newfoundland, Canadá, constatou-se diminuição de 78% na prevalência de DFTN²¹.

No Brasil, ações governamentais foram estabelecidas para reduzir a deficiência de ácido fólico em mulheres e outras morbidades, como anemia. No ano de 2002 instituiu-se pela Diretoria Colegiada da Anvisa a Resolução RDC 344 e, em 2009, a Portaria 1.793 do Ministério da Saúde^{22,23}. Naquela, é determinada adição obrigatória de 4,2 mg de ferro e de 150 µg de ácido fólico nas farinhas de trigo e milho²¹. Nesta, estabeleceu-se a Comissão Interinstitucional para Implementação, Acompanhamento e Monitoramento das Ações de Fortificação de Farinhas de Trigo, de Milho e de seus Subprodutos²⁴.

Embora estudos apontem aumento considerável dos níveis séricos de ácido fólico na população, outras pesquisas revelam falhas na execução dessas medidas governamentais e, até mesmo, ausência de redução significativa da anencefalia. Pesquisa realizada em Campinas/SP²⁵ avaliou três marcas de farinha em cinco lotes e constatou instabilidade nas concentrações de ácido fólico nas amostras, cuja maior parte apresentou concentração menor que o determinado pela resolução. Outro estudo²⁶ realizado entre 2000 e 2006 – portanto antes e depois da fortificação alimentar com ácido fólico e ferro, não apontou diferença significativa na prevalência de anencefalia.

O mau desempenho das políticas de fortificação alimentar no Brasil e América Latina, segundo a Pan American Health Organization²⁷, deve-se à falta de interação coerente de diversos fatores necessários: normas claras e específicas para fortificação; adequada metodologia oficial para dosagem dos micronutrientes; evidência científica atual sobre a prevalência das deficiências nutricionais e anomalias; inspeção e monitoramento regular no setor público e grau de impacto das políticas adotadas; e, principalmente, marketing social. Além das falhas no planejamento e execução, apenas a fortificação das farinhas de milho e trigo não é suficiente para aumentar a ingestão de ácido fólico, já que a disponibilidade média diária domiciliar é de 106,1 g²⁸. Essa quantidade permite apenas oferta de ácido fólico de 0,16 mg/dia. Além disso, há de se

¹⁹ BOYLES, A. B. et al. Neural tube defects and folate pathway genes: family-based association tests of gene-gene and gene-environment interactions. *Environmental Health Perspectives*, Washington DC, v. 114, n. 10, p. 1547-1552, 2006.

²⁰ MEZZOMO, C. L. S. et al. Prevenção de defeitos do tubo neural: prevalência do uso da suplementação de ácido fólico e fatores associados em gestantes na cidade de Pelotas, Rio Grande do Sul, Brasil. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 11, p. 2716-2726, 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/1Or8Gft>>. Acesso em: 25 maio 2015.

²¹ LIU, S. et al. A comprehensive evaluation of food fortification with folic acid for the primary prevention of neural tube defects. *BMC Pregnancy Childbirth*, London, v. 4, n. 1, p. 20, 2004.

²² BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 344, de 13 de dezembro de 2002. A diretoria colegiada da Anvisa/MS aprova o regulamento técnico para fortificação das farinhas de trigo e das farinhas de milho com ferro e ácido fólico. *Diário Oficial da União*, Brasília, seção 1, 14 dez. 2002.

²³ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.793, de 11 de agosto de 2009. Institui a Comissão Interinstitucional para Implementação, Acompanhamento e Monitoramento das Ações de Fortificação de Farinhas de Trigo, de Milho e de seus Subprodutos. *Diário Oficial da União*, Brasília, seção 1, 12 ago 2009.

²⁴ SOEIRO, B. T. et al. Avaliação de ácido fólico e ferro em farinhas de trigo enriquecidas. In: REUNIÃO ANUAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE QUÍMICA, 29., 2006, Campinas. *Anais...* Campinas: [S. l.], maio 2006.

²⁵ PACHECO, S. S. et al. Efeito da fortificação alimentar com ácido fólico na prevalência de defeitos do tubo neural. *Rev Saúde Pública*, São Paulo, v. 43 n. 4, p. 565-571, ago. 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/1UVWyzj>>. Acesso em: 25 maio 2015.

²⁶ SANTOS, L. M. P.; PEREIRA, M. Z. Efeito da fortificação com ácido fólico na redução dos defeitos do tubo neural. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 17-24, 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/1XqtRRv>>. Acesso em: 25 maio 2015.

²⁷ PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION (org.). *Flour fortification with iron, folic acid and vitamin B12 in the Americas*. Santiago: WHO; 2003.

²⁸ SANTOS, PEREIRA, op. cit., p. 17-24.

considerar a variação média de acesso por domicílio de produtos farináceos entre diferentes regiões do Brasil. No Norte e Centro-Oeste, por exemplo, o consumo é de 70 g/dia e a oferta de ácido fólico é menor que 0,1 mg; no Sul, a aquisição de farináceos é de 144 g/dia, o que contribui com cerca de 0,217 mg de ácido fólico²⁹.

Evidências na literatura apontam maior redução de incidência dos defeitos do tubo neural por meio da suplementação periconcepcional com ácido fólico, entre um e três meses antes da concepção até o término da gestação, do que a fortificação alimentar³⁰. Estudos mostraram que dosagens diárias de suplementação superiores a 5 mg de ácido fólico reduzem entre 75% e 91% a ocorrência de tais anomalias, dependendo da concentração sérica basal de ácido fólico e da idade das mulheres.

No entanto, apesar da conhecida importância da suplementação do ácido fólico, esta não tem sido efetiva na população brasileira. Estudo realizado em Pelotas/RS³¹ mostrou que 31,8% das mulheres entrevistadas utilizaram essa vitamina em algum momento da gestação e apenas 4,3% usaram de forma periconcepcional. Além disso, das mulheres que usaram conscientemente ácido fólico na gravidez, 57,5% o fizeram por prescrição médica e 42,5% por sugestão de amigos, parentes, outros profissionais da saúde e mídia.

Influência do médico na antecipação terapêutica do parto em anencefalia

A Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo) se posicionou, em 2004, favorável à livre decisão de médicos e pacientes pela antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia³², o que denota apoio à exclusão da necessidade de autorização judicial para tal procedimento. A autorização judicial, no entanto, foi exigida até 12 de abril de 2012, data da conclusão do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 pelo STF, e a partir daí o abortamento deixou de ser considerado crime, nos termos do código penal brasileiro, nos casos de anencefalia³³. As diretrizes da Febrasgo sugerem que o médico obstetra apresente à gestante a possibilidade da antecipação terapêutica do parto como forma de assegurar os direitos reprodutivos da mulher, fundamentados na autonomia e na liberdade de escolha e direito a saúde e dignidade da pessoa humana, pelo acesso a tratamento médico adequado para realização do parto induzido³⁴.

Outro estudo³⁵ avaliou a abordagem médica diante de anomalias fetais graves nos Estados Unidos. Concluiu que seria necessária avaliação objetiva das estratégias utilizadas pelos obstetras para o manejo da gravidez em casos de anomalia letal, como anencefalia, considerando-se a inexistência de padrões de cuidado bem definidos para essa condição. Apesar de existirem estudos baseados na opinião de especialistas sobre o que o obstetra deveria fazer, existe pouca informação sobre o que realmente é feito.

O estudo estadunidense revelou que, com relação à interrupção da gestação em casos de anomalia letal, 99% dos obstetras discutiriam essa abordagem com os pacientes. Ainda, se a gestante decide dar continuidade à gravidez, a prática da **não intervenção** a favor do

²⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa de orçamentos familiares 2002-2003**: análise da disponibilidade domiciliar de alimentos e do estado nutricional no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE; 2004.

³⁰ SAIGAL, S. et al. Differences in preferences for neonatal outcomes among health care professionals, parents, and adolescents. *Jama*, New York, v. 281, n. 21, p. 1991-1997, jun. 1999. Disponível em: <<http://bit.ly/1S6jVEA>>. Acesso em: 25 maio 2015.

³¹ MEZZOMO, op. cit., p. 2716-2726.

³² ALBERTO et al., op. cit., p. 244-248.

³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, op. cit., 2012.

³⁴ POSIÇÃO..., op. cit., 2011.

³⁵ HEUSER; ELLER; BYRNE, op. cit., p. 391-395.

feto a pedido da mãe se mostrou como consenso entre obstetras. Por outro lado, a prática da **intervenção completa** a favor do feto – que inclui parto cesariano, monitoramento fetal, reanimação neonatal –, a pedido da mãe, foi desencorajada pela maioria dos obstetras e, portanto, permanece como área de controvérsia. Para o caso de anomalia uniformemente letal, como anencefalia, 29% não cumpririam o pedido da mãe de intervenção obstétrica completa a favor do feto³⁶.

No panorama brasileiro, após a decisão de não considerar a antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia como crime de aborto previsto no Código Penal, o STF exigiu que o CFM definisse critérios médicos para o diagnóstico da malformação fetal. Igualmente, exigiu que criasse diretrizes específicas para assistência médica à gestante, uma vez que a antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia não permaneceria como de competência jurídica, mas se tornaria procedimento dos programas de atenção à saúde da mulher³⁷.

A Resolução CFM 1.989/2012³⁸ afirma que se limitou a tratar dos critérios para diagnóstico da anencefalia por acreditar na suficiência do Código de Ética Médica (CEM) para tratar das diretrizes específicas para assistência médica à gestante. Segundo o CFM, o CEM aborda questões sobre objeção de consciência do profissional, que o isenta da obrigação de atuar na antecipação terapêutica do parto; autonomia da gestante, respeitando a decisão da paciente; obtenção do consentimento informado, que exige do médico obter anuência da paciente após esclarecê-la sobre o procedimento a ser realizado; e sigilo, uma vez que a antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia passou a ser questão restrita à relação médico-paciente.

A resolução do CFM defende a autonomia da gestante na tomada da decisão quanto a manter ou interromper a gravidez em caso de anencefalia. Determina, no tocante ao manejo da gravidez, que o médico deve oferecer à gestante todos os esclarecimentos que lhe forem solicitados, sem impor sua autoridade para induzi-la a tomar qualquer decisão, sendo direito da gestante solicitar junta médica ou buscar outra opinião sobre o diagnóstico. Ainda segundo o CFM, é dever do médico informá-la sobre as consequências, incluindo riscos decorrentes de ambas as decisões³⁹. O CFM, portanto, não criou diretrizes específicas para assistência médica na abordagem de gravidez em caso de anomalia letal, como anencefalia, nem o CEM as indica.

Dessa forma, conforme revelou o estudo estadunidense, obstetras apresentam dificuldade em manter, na prática, aconselhamento não diretivo para gestantes, deixando-se levar pelas suas opiniões pessoais para encorajar ou desencorajar a paciente quanto às decisões de “não intervenção” ou “intervenção completa” a favor do feto⁴⁰.

Outro estudo⁴¹ corrobora a tese de que, se os pais forem influenciados por profissionais da saúde, as decisões quanto à manutenção da gravidez ficam baseadas nas preferências muito individuais dos neonatologistas e enfermeiras neonatais, de quem os pais obtêm informações e aconselhamento. Revelou ainda que profissionais da saúde tendem a classificar qualidade de vida relacionada à saúde mais negativamente do que os próprios pacientes e seus parentes. Segundo a pesquisa, profissionais de saúde que cuidam de neonatos de baixo peso extremo classificam possíveis estados de saúde, principalmente aqueles que apresentam incapacidade grave, com níveis de utilidade mais baixos do que classificam os adolescentes que foram neonatos de baixo peso extremo e seus pais.

³⁶ HEUSER; ELLER; BYRNE, op. cit., p. 391-395.

³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, op. cit., 2012.

³⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (org.), op. cit., 2012.

³⁹ Ibid., 2012.

⁴⁰ HEUSER; ELLER; BYRNE, op. cit., p. 391-395.

⁴¹ SAIGAL et al., op. cit., p. 1991-1997.

Abordagem jurídica

No meio jurídico há sempre grande divergência quando o assunto é colisão entre princípios fundamentais. O abortamento ou antecipação terapêutica do parto demonstra ser caso prático desse confronto. Em decorrência, há de se fazer breves considerações acerca desses temas atuais, mas igualmente polêmicos. Assim, o abortamento é conduta penal tipificada pelo Código Penal⁴² brasileiro nos artigos 124 a 127:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Elenca também as excludentes de ilicitude, ou seja, a possibilidade da realização do abortamento sem que seja considerada conduta típica e punível. Fora dessas exceções, o aborto é considerado criminoso.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O artigo 128, I, classifica como aborto necessário aquele que constitui único meio de salvar a vida da gestante. É admitido para salvaguardar uma vida, no caso a da própria gestante, ou seja, abre-se mão de uma vida em defesa de outra. Já o inciso II elenca aborto sentimental, prática abortiva não punível por ser fruto de outro crime, estupro, clara violência ao direito de liberdade sexual e corporal da mulher; portanto, abre-se mão de uma vida em defesa da liberdade sexual e psicológica de outrem⁴³. Essas exceções à punibilidade, aos olhos da doutrina e maioria da comunidade jurídica são corretas e condizentes com princípios fundamentais.

⁴² VADE mecum compacto Saraiva. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴³ PATRIARCHA, G. C. M. Interrupção da gestação do feto anencéfalo: aborto ou antecipação terapêutica do parto? Âmbito Jurídico, Porto Alegre, ano 14, n. 91, ago. 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/1UVZAnn>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

A partir de 2012, advinda do julgamento da ADPF 54 pelo STF, outra prática “abortiva”, ou antecipação terapêutica do parto, foi julgada não punível nos casos de diagnóstico de anencefalia: “julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”⁴⁴. O principal argumento posto como justificativa a essa nova autorização é que não há abortamento, pois nos casos de anencefalia não há potencial de vida. Logo, não há que se falar em crime tipificado pelos artigos supracitados, e sim, apenas, em antecipação terapêutica do parto⁴⁵. Essa autorização, sob o ponto de vista de diversos operadores das ciências jurídicas, é vista como avanço, mas, por muitos outros, como retrocesso⁴⁶. Nesse caso, o retrocesso se daria por se tratar de abertura de precedente para futura e distante, mas real, descriminalização do aborto, positivado pelo direito à liberdade sexual da mulher.

Para os autores, o argumento levantado sobre o potencial de vida do feto anencefálico deve ser considerado relativo. Consideramos que a lei é igual para todos, independentemente de alguns indivíduos serem dotados de potencial de vida ou plenamente capazes de realizar atos da vida civil. Portanto, em nosso entender, estaria ocorrendo uma espécie de pré-seleção, pois, não havendo potencial de vida nesse feto, que tecnicamente vive, por estar em desenvolvimento, sua vida pode ser cerceada e dispensada por mera questão de quantificação. Em outras palavras, acreditamos que, por conta da duração da vida ou sobrevida do feto ser considerada pequena, ele não se tornaria merecedor de ter sua gestação levada a termo.

Sob a justificativa da possibilidade de danos à saúde mental e psicológica da gestante ao levar a pleno gestação cujo fruto viverá breves momentos, é autorizada sua interrupção⁴⁷. Para os autores, essa quantificação da vida do feto é contrária aos direitos fundamentais, como direito à vida e à dignidade da pessoa humana. No entanto, vale lembrar que essa ressalva nunca foi colocada em texto legal⁴⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a vigência dessa nova jurisprudência, ampliando a interpretação do tema à luz do Código Penal, faz-se necessário maior alcance dos planos governamentais a respeito da fortificação de alimentos e suplementação com ácido fólico como método preventivo de anencefalia e outras anomalias congênitas. No Brasil, assim como ocorreu em vários países da América Latina, é preciso ampla análise das falhas no uso de ácido fólico pelas gestantes para possível reparação desses erros, diminuição da prevalência dessa anomalia e, consequentemente, redução das antecipações terapêuticas.

Diante da liberação da antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia sem necessidade de autorização judicial⁴⁹, tornam-se necessários estudos que avaliem como é feito, na prática, o manejo da gravidez de anomalia letal⁵⁰ uma vez que obstetras apresentam dificuldade em manter aconselhamento não diretivo para as gestantes⁵¹.

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, op. cit., 2012.

⁴⁵ COIMBRA, C. G. A inconstitucionalidade da tramitação da legislação legalizadora do aborto no Brasil. **E-gov UFSC**, Florianópolis, 7 mar. 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/1UVYI24>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

⁴⁶ CAMARGO, C. L. Interrupção de gravidez de feto anencefalo e a ADPF 54: avanço ou retrocesso? **Interfaces Científicas**, Aracaju, v. 2, n. 1, p. 87-97, out. 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1WOBqWS>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

⁴⁷ PATRIARCHA, op. cit., 2011.

⁴⁸ SANTOS, O. A. Aborto de anencefalo: conflitos de competência entre pais, médicos e o Estado. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/1UPQEmk>>. Acesso em: 10 jul 2015.

⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, op. cit., 2012.

⁵⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (org.), op. cit., 2012.

⁵¹ HEUSER; ELLER; BYRNE, op. cit., p. 391-395.

Mesmo sendo proferida pela Suprema Corte do Brasil, nos parece evidente a inconformidade dessa nova jurisprudência com os princípios regentes do direito brasileiro, pois abre novo precedente legal para realização de prática abortiva a partir de avaliação severa do potencial de vida de cada ser humano em gestação. Segundo os autores entendem, tal fato caracterizaria violência ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, ou seja, a direitos e garantias fundamentais elencados pela Constituição Federal de 1988, pelos motivos supracitados⁵².

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. Espanha impulsiona lei mais restritiva contra o aborto. **Estadão**, São Paulo, 20 dez 2013. Internacional. Disponível em: <<http://bit.ly/1ts0WQm>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

ALBERTO, M. V. et al. Anencefalia: causas de uma malformação congênita. **Rev Neurocienc.**, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 244-248, 2010.

ANJOS, M. F. Anencefalia e bioética: visitando argumentações. **BioÉthikos**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 154-160, 2012.

BOYLES, A. B. et al. Neural tube defects and folate pathway genes: family-based association tests of gene-gene and gene-environment interactions. **Environmental Health Perspectives**, Washington DC, v. 114, n. 10, p. 1547-1552, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez 1940.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 344, de 13 de dezembro de 2002. A diretoria colegiada da Anvisa/MS aprova o regulamento técnico para fortificação das farinhas de trigo e das farinhas de milho com ferro e ácido fólico. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, 14 dez. 2002.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.793, de 11 de agosto de 2009. Institui a Comissão Interinstitucional para Implementação, Acompanhamento e Monitoramento das Ações de Fortificação de Farinhas de Trigo, de Milho e de seus Subprodutos. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, 12 ago. 2009.

⁵² BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54-DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**: 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1nfQ2Hq>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

CAMARGO, C. L. Interrupção de gravidez de feto anencéfalo e a ADPF 54: avanço ou retrocesso? **Interfaces Científicas**, Aracaju, v. 2, n. 1, p. 87-97, out. 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1WO bqWS>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

CARVALHO, T. R. **A antecipação terapêutica de parto na hipótese de anencefalia fetal**: estudo de casos do Instituto Fernandes Figueira e a interpretação constitucional do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal. 2006. 249 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/1S6gKNo>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

COIMBRA, C. G. A inconstitucionalidade da tramitação da legislação legalizadora do aborto no Brasil. **E-gov UFSC**, Florianópolis, 7 mar. 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/1UVYI24>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (org.). Resolução nº 1.989, de 10 de maio de 2012. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, seção 1, Brasília, 14 maio 2012, p. 308-309. Disponível em: <<http://bit.ly/1PuJ7VO>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

FERNANDEZ, R. R. et al. Anencefalia: um estudo epidemiológico de treze anos na cidade de Pelotas. **Ciênc Saúde Coletiva**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 185-190, 2005. Disponível em: <<http://bit.ly/23cAl6D>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

GUIMARÃES, D. T. **Dicionário técnico jurídico**, 26. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

HEUSER, C. C.; ELLER, A. G.; BYRNE, J. L. Survey of physicians' approach to severe fetal anomalies. **J Med Ethics**, Londres, v. 38, n. 7, p. 391-395, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa de orçamentos familiares 2002-2003**: análise da disponibilidade domiciliar de alimentos e do estado nutricional no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE; 2004.

LIU, S. et al. A comprehensive evaluation of food fortification with folic acid for the primary prevention of neural tube defects. **BMC Pregnancy Childbirth**, London, v. 4, n. 1, p. 20, 2004.

MATOS, F. P. L. **Aborto**: liberdade de escolha ou crime? Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena; 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2xH3FN9>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

MEZZOMO, C. L. S. et al. Prevenção de defeitos do tubo neural: prevalência do uso da suplementação de ácido fólico e fatores associados em gestantes na cidade de Pelotas, Rio Grande do Sul, Brasil. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 11, p. 2716-2726, 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/1Or8Gft>>. Acesso em: 25 maio 2015.

MITCHELL, L. E. Epidemiology of neural tube defects. **Am J Med Genet C Semin Med Genet**, New Yorke, n. 135, C1, p. 88-94, 2005.

MOORE, K. L.; PERSAUD, T. V.; TORCHIA, M. G. **Embriologia clínica**, 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PACHECO, S. S. et al. Efeito da fortificação alimentar com ácido fólico na prevalência de defeitos do tubo neural. **Rev Saúde Pública**, São Paulo, v. 43 n. 4, p. 565-571, ago. 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/1UVWYyz>>. Acesso em: 25 maio 2015.

PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION (org.). **Flour fortification with iron, folic acid and vitamin B12 in the Americas**. Santiago: WHO; 2003.

PATRIARCHA, G. C. M. Interrupção da gestação do feto anencéfalo: aborto ou antecipação terapêutica do parto? Âmbito Jurídico, Porto Alegre, ano 14, n. 91, ago. 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/1UVZAnn>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

POSIÇÃO da Febrasgo sobre gravidez com fetos anencéfalos. **Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia**, São Paulo, 2011.

SAIGAL, S. et al. Differences in preferences for neonatal outcomes among health care professionals, parents, and adolescents. **Jama**, New York, v. 281, n. 21, p. 1991-1997, jun. 1999. Disponível em: <<http://bit.ly/1S6jVEA>>. Acesso em: 25 maio 2015.

SANTOS, L. M. P.; PEREIRA, M. Z. Efeito da fortificação com ácido fólico na redução dos defeitos do tubo neural. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 17-24, 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/1XqtRRv>>. Acesso em: 25 maio 2015.

SANTOS, O. A. Aborto de anencéfalo: conflitos de competência entre pais, médicos e o Estado. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/1UPQEmk>>. Acesso em: 10 jul 2015.

SOARES, A. M. M.; PIÑEIRO, W. E. **Bioética e biodireito**: uma introdução. São Paulo: Loyola, 2002.

SOEIRO, B. T. et al. Avaliação de ácido fólico e ferro em farinhas de trigo enriquecidas. In: REUNIÃO ANUAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE QUÍMICA, 29., 2006, Campinas. **Anais...** Campinas: [S. l.], maio 2006.

STEDMAN, T. L. Stedman: **Dicionário Médico**, 25. ed. Baltimore: Williams & Wilkins, 1996.

TORRES, J. H. Aborto e legislação comparada. **Cienc Cult**. São Paulo, v. 64, n. 2, 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/25YBzY6>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

VADE mecum compacto Saraiva, 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

12 PROPOSTA CURSO PREPARATÓRIO PARA AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS

Marcus Siqueira da Cunha*

OBJETIVO

Conhecer e compreender a missão, finalidades e desafios da função dos Agentes Políticos Municipais por meio da atualização e do aperfeiçoamento, desenvolvendo competências necessárias ao desempenho de suas funções para o pleno exercício da cidadania. É focado prioritariamente nos agentes políticos (prefeitos, vice-prefeitos e vereadores), mas também em secretários de governo, assessores, lideranças partidárias e integrantes da comunidade. O curso preparatório deverá ser oferecido nacionalmente, de forma presencial e/ou à distância, exigindo somente a alfabetização do interessado.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO

Módulo I - Política e democracia. Poderes da República: Legislativo, Executivo e Judiciário

Política e democracia: transição política do século XIX ao XX, as décadas 50 e 60. Democracia: democracia na América Latina e no Brasil; democracia atual; poderes da república. Presidencialismo, parlamentarismo e sistemas híbridos. Judicialização da Política. Mídia e política.

Organização dos Poderes na República Brasileira.

Brasil Imperial; Brasil Republicano.

Poder Executivo - atribuições exclusivas do Poder Executivo. Poder Legislativo - atribuições exclusivas do Poder Legislativo. Competências privadas da Câmara dos Deputados e do Senado. Poder Judiciário - Atribuições do Poder Judiciário.

Módulo II - Organização do estado brasileiro. Instituições políticas e federalismo no Brasil

Brasil Colônia; Independência - Monarquia; República; Era Vargas; Governos Militares; Da redemocratização até nossos dias; Federalismo.

* Presidente do PDT de Pelotas, RS e líder da bancada do PDT na Câmara de Vereadores, localizada na rua XV de Novembro, 207, sala 24, CEP 96015-000, centro, Pelotas, RS. E-mail: marcuscunha@camarapel.rs.gov.br

Módulo III - Princípios da administração pública. Políticas públicas.

Origem do Estado; República, governo e administração pública.

Administração Pública - Princípios: da Legalidade; da Impessoalidade; da Moralidade; da Publicidade; da Eficiência; Princípio Licitatório; Princípio da Responsabilidade da administração; Princípio da Participação; Princípio da Autonomia Gerencial.

Módulo IV - Noções gerais da administração pública municipal

Desafios Atuais da Administração Municipal

Responsabilidades do Poder Público Local de formulação e execução de políticas públicas municipais, estaduais e nacionais;

Responsabilidade solidária do estes da federação e cooperação intergovernamental;

Programas de Governo ou Agendas;

Responsabilidades do Poder Público Local na promoção do desenvolvimento social, econômico, urbano e ambientalmente sustentável do Município;

O Município Sustentável;

Município na organização nacional

O Estado Democrático de Direito e o papel da Constituição; a Forma Federativa e o Estado Federal Brasileiro.

A autonomia municipal; a competência legislativa municipal; a competência material municipal.

As receitas municipais;

Aspectos gerais sobre a organização e a relação dos poderes municipais;

Principais atribuições municipais, lei orgânica municipal (LOM).

Serviços Públicos Municipais

Delimitação dos serviços públicos no âmbito do estado; noção contemporânea de serviços públicos; regime jurídico; classificação dos serviços públicos;

Municípios: serviços públicos e competências; controle social.

Regime Jurídico do Servidor Público Municipal.

Fundamentos do regime de pessoas; o estatuto dos servidores públicos do município; regime de previdência.

Controle Interno e Externo

Sistema geral de controle na gestão pública; sistema de controle interno e o papel da controladoria municipal;

Controle externo do legislativo, com apoio dos tribunais de contas.

Gestão Orçamentária e Financeira

Sistema de Planejamento Governamental (Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) - Anexo de Metas Fiscais de Desempenho e Lei Orçamentária Anual (LOA);

Programação orçamentária: diretrizes para programação e orçamento; sistema de informações orçamentárias: receita e despesa;

Gestão orçamentária e financeira: receitas, despesas, fundos especiais, convênios e relatórios de gestão bimestral e quadrimestral à luz da LRF.

Módulo V - Competências e atuação do poder legislativo

Poder Legislativo

A Câmara Municipal: funções; prerrogativas; funcionamento; composição e papel do Legislativo na atualidade.

Processo Legislativo

Atos legais, suas finalidades e conceito de lei; normas constitucionais, legais e regimentais; competência legislativa municipal; iniciativa e tramitação legislativa; sanção, veto, promulgação, publicação, vigência e vacância; quórum parlamentar; elaboração legislativa especial; participação dos cidadãos; aprovação e autógrafo; técnica legislativa.

Função Fiscalizadora da Câmara

Dimensões do controle legislativo; prestação de contas do(a) prefeito(a); tribunal de contas; pedidos de informação; convocação de autoridades; leis autorizativas; comissão parlamentar de inquérito; cassação e extinção de mandato; moralidade pública e probidade administrativa.

Gestão do Mandato do Vereador

O vereador servidor; controle social e participação cidadã; trabalho planejado; as pessoas no centro do processo; a valorização do cidadão como fonte de mandato; o exercício do mandato como manifestação do eleitor e não do eleito.

Módulo VI - Competências e atuação do poder executivo

Governança e Governantes Locais

Tendências da gestão municipal; A administração pública; bases da administração municipal contemporânea; os papéis fundamentais do gestor local; capacidades do gestor municipal.

Licitações, Contratos e Convênios

Fundamentos da licitação pública;

Dos contratos e convênios administrativos.

Administração de bens públicos

Patrimônio Público: administração de Patrimônio; os bens objetos de controle patrimonial; gestão de almoxarifados.

Marketing de Gestão

Planejamento estratégico; gestão Interna;

Política: instrumento de ação coletiva para a construção da cidade;

A eleição de uma proposta de governo;

Ação do executivo municipal como construtor do bem da coletividade;

Diferentes perfis de satisfação coletiva;

A comunicação e as realizações da prefeitura com os cidadãos.

13 REFORMA POLÍTICA: A OBRIGATORIEDADE CONSTITUCIONAL DE FILIAÇÃO PARTIDÁRIA COMO CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE E A CORRUPÇÃO DOS REPRESENTANTES DO POVO

Vadim da Costa Arsky

OBJETIVO

Partindo da convicção de que o atual processo de escolha dos representantes do povo é responsável pela alarmante corrupção que campeia em nossa representação política, oferecer uma proposta de aprimorá-lo com o objetivo de evitar a sucumbência da nossa **democracia**.

A DEMOCRACIA

Entende-se por **democracia** o sistema de governo que garante a liberdade individual do cidadão e limita a ação do Estado através de **leis** que expressem a vontade da maioria dos cidadãos.

Assim, é fundamental que a consulta da vontade popular seja efetiva e aí reside o **gargalo** do sistema, desde sua primeira implantação na cidade de Atenas, Grécia, entre 500 A.C. e 400 A.C.

Na época a coleta da vontade popular, inspirada no sentimento de compaixão pelos concidadãos espezinhados pelo poder dos poderosos, iniciou-se com consulta às famílias proprietárias de terras, ampliando-se gradativamente àqueles que trabalhavam a terra sem possuí-la, como uma sadia medida de harmonia social.

O processo de consulta foi sendo alterado à medida em que crescia o número de votantes, a diversificação das atividades e a população da cidade, estendendo-se às pessoas que detinham alto saber e ilibada reputação que opinavam sobre a futura das leis diretamente ou como representantes.

O sistema, revelou-se altamente benéfico para a vida daquela cidade que atingiu um elevado grau de desenvolvimento econômico, artístico, cultural, filosófico e de bem estar humano, motivo pelo qual a democracia de Atenas foi tomada como modelo, mais de dois mil anos depois, para substituir o poder absoluto do monarca francês, por três poderes independentes e harmônicos entre si, constituídos pela vontade popular e que se transformou no paradigma da democracia adotada em vários países, inclusive no nosso.

A adaptação do modelo grego foi feita sobre um estudo de Montesquieu que, prestigiando a advertência de John Locke, ressaltou que a voz do cidadão deveria ser imprescindível naquele “[...] Poder que fizesse as leis [...]” para que estas expressassem corretamente os anseios dos vários grupos humanos que compõem a sociedade, chamando-os então de **corpos sociais**.

Na implantação da nascente democracia francesa, a eleição se fazia pelo voto direto escrito, a divisão por distritos, a eleição de câmaras permanentes, sendo a aglutinação dos eleitores feita pelas associações das atividades profissionais, as famosas **corporações de ofício**.

A revolução industrial que se seguiu, transferindo o poder produtivo do homem para a máquina, exauriu o poder das corporações enquanto as ideias do iluminismo, que tentavam orientar a nova convivência com a **produção da riqueza em série**, serviram como bandeiras para a identificação de grupos heterogêneos, ligados por ideias, que **tomavam partido** das novas teses econômicas que deveriam ditar a condução da política do Estado.

Com o tempo, as organizações políticas perderam a sua característica original de aglutinar as pessoas que **tomaram ideologicamente um partido** e passaram a exercer apenas uma função de organização do eleitorado.

O POVO

O primeiro artigo da nossa Constituição Federal de 1988 determina:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição.

A indagação que desde logo deve ser respondida é: o que se entende por **povo**?

O tradicional professor de Direito Romano da UnB, doutor Ronaldo Rebello de Britto Poletti, ilumina o conceito jurídico do termo em excelente trabalho oferecido à União dos Romanistas Brasileiros do qual extraímos o seguinte trecho, lapidar para a perfeita compreensão do **povo** a que a nossa constituição se refere. Diz ele:

“Na antiguidade, havia uma definição de povo dada por Cicero: - a reunião de todos, associados por interesses comuns e em torno de um consenso sobre o direito,
[...]

Na democracia atual, o povo começa a transformar-se em um novo sujeito de direitos e é concebido como uma “grandeza pluralística” (Peter Häberle), ou seja, uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas, como partidos, grupos, igrejas, associações, que revelam uma opinião. Nesse sentido, o povo ou **é uma realidade orgânica e abre-se a possibilidade de uma democracia corporativa ou permanece como uma abstração.**”

Mesmo considerado como “[...] uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas, como partidos, grupos, igrejas, associações, que revelam uma opinião”, **é inegável que a fonte originária dessa “opinião” é o indivíduo ao qual deve ser garantida total liberdade para expressá-la.**

O VOTO

O voto é a manifestação individual necessária para caracterizar o sistema democrático o qual se autentica quando expressar a vontade da maioria.

Considerando-se que na coleta da vontade popular é natural a existência de manifestações individuais com objetivos e ideias diversas ou conflitantes, a solução adotada desde os primórdios da civilização foi a de prestigiar a força física representada pelo número de votantes majoritários.

Porém, como na apuração dessa vontade popular é desejável que a manifestação de cada um deva ser individual, mas não egocêntrica, isto é que seja expressa pelo indivíduo investido da sua qualidade de cidadão e assim representar não uma aspiração pessoal, mas coletiva, a expressão da maioria como força física foi cedendo lugar ao poder da organização à medida da evolução dos povos.

O ELEITOR E O CANDIDATO

Vivemos a era da especialização.

A evolução tecnológica gerou uma enorme diversidade de atividades para o homem contemporâneo escolher sua ocupação diária de sobrevivência.

Em contrapartida, a exigência de dedicação integral por longo período de uma limitada existência e a necessidade do trabalho em equipe imposto pela concorrência evolutiva, gerou a união natural dos cidadãos em empresas que, por sua vez, se uniram em associações profissionais, organizadoras e orientadoras de cada atividade.

Assim, a sociedade de hoje é composta por cidadãos organizados em grupos especializados, com conhecimento, interesse, atitude e até jargão próprios, cuja atenção é absorvida pelo exercício da atividade escolhida, em geral por tempo proporcionalmente maior do que o dedicado às atividades familiares.

As informações sobre as atividades suplementares de esportes, artes, cultura geral e... política são recebidas em sintéticas pílulas padronizadas pela mídia e consolidadas como convencimento pessoal levando em conta a convicção geral encontrada no seu grupo profissional.

A REGULAMENTAÇÃO

Em geral, direitos políticos englobam e equiparam ações de votar e ser votado.

No Brasil, o “direito” de votar foi sempre tratado como obrigação e o de ser votado direcionado a grupos privilegiados.

O voto no Brasil é obrigatório desde sua instituição pela Constituição outorgada em 1824, confirmado em 1932 pelo Código Eleitoral da época.

As Constituições brasileiras, desde o Império até a Constituição Republicana de 1937, preocuparam-se em estabelecer as condições que o cidadão deveria ter para ser eleitor, bastando essa qualificação para que pudesse ser também candidato. E a qualificação do eleitor teve sempre presente a riqueza e o descortino pessoal.

A primeira disposição legal estabelecendo condições de elegibilidade do candidato surgiu em 1945 através de Decreto Lei 7.586 que, além de instituir o alistamento e o voto obrigatórios para todos, outorgou aos partidos políticos a incumbência exclusiva de fazer o registro dos candidatos, com a finalidade declarada de melhor organização do processo eleitoral.

As Constituições de 1946 bem como a de 1967, não acolheram em seu texto a exigência inaugurada pelo Decreto-Lei e mantiveram redação similar à de 1937.

A RESTRIÇÃO AO CANDIDATO

A Constituição de 1988 englobou, em seu art.14, as disposições sobre o exercício da soberania popular, as condições de alistamento eleitoral e as condições de elegibilidade, fixando, para esta última, seis exigências incluindo a filiação partidária.

Das seis exigências, cinco dizem respeito à qualidade intrínseca do cidadão: sua nacionalidade; estar no pleno exercício de seus direitos políticos; estar alistado; ter domicílio eleitoral e idade mínima. A filiação partidária porem envolve uma obrigação impositiva à vontade pessoal.

As obrigações de alistar e de votar exaurem-se com o ato que pode ser caracterizado como *munus* público; a de filiar-se a partido político, porém, cria um vínculo pessoal que interfere na vida privada do cidadão.

Realmente, o disposto no inciso V do §3º do Artigo 14 da Constituição Federal, obrigando o candidato a se filiar a um Partido Político, interfere não só na vontade do cidadão como na sua vida e de sua família, pois cria um vínculo obrigacional nem sempre sinceramente desejado e com repercussões imprevisíveis.

Assim, a determinação legal que visava inicialmente apenas e tão somente uma “organização geral das eleições”, acabou por gerar um mandamento que contraria a própria constituição, pois fere a garantia individual expressa na letra do seu artigo Art. 5º- XX (ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado), como no espírito do próprio art.1º, ao cercear a liberdade do exercício do poder pelo cidadão.

De notar-se que a Constituição de 1988 não foi votada por constituintes originários, mas por deputados em exercício de mandato regular que claramente agiram em causa própria relativamente à essa exigência.

O GATILHO DA CORRUPÇÃO

Ao restringir a candidatura popular apenas àqueles filiados a Partidos Políticos, a Constituição de 1988 restringiu a participação do **povo**, favorecendo uma **oligarquia política** em lugar de uma verdadeira **democracia**.

Dentro dessa **armadura monopolística**, a escolha do candidato que será registrado é feita **intra muros** dos partidos, com a participação apenas dos seus filiados, de cujo seio serão extraídos os futuros candidatos.

Assim, o candidato registrado que será proposto ao voto popular representará na verdade a vontade de um reduzido grupo associações específicas da sociedade que objetiva apenas a conquista do poder sem grandes preocupações com o seu exercício e, por isso mesmo, sem legitimidade para garantir a representatividade da vontade do **povo**.

Como o **povo** não participa integral e ativamente dos partidos políticos existentes, o **poder popular** resume-se afinal na **homologação** da escolha feita pelos partidos políticos.

Dentro desse contexto a **Oligarquia Política** vem atuando à margem de quaisquer limites legais ou éticos, em escalada crescente e, para manter sua hegemonia os políticos fazem leis que garantem vultosos subsídios oficiais para suas campanhas eleitorais; privilégios de divulgação pelos meios de comunicação para suas propagandas partidárias; corrompem a moral social com as nocivas práticas de marketing para **vender a imagem** dos seus candidatos, além de, como agora publicamente difundido, fomentar o crescimento da irresponsabilidade civil pelo péssimo exemplo de desvio de conduta, com falsidades ideológicas de **caixa 2**, compra de votos etc...etc...

Ora, como a figura da corrupção é apresentada pela mídia como se fora um simples ato criminoso autônomo decorrente apenas da personalidade do indivíduo quando, na realidade, é um processo social de mudança comportamental deteriorante da ordenação ética vigente, o exemplo degradante da elite política exerce um efeito altamente deletério sobre toda a nação.

O sistema brasileiro erigiu como freio ao poder de conluio dos partidos políticos a ação de concorrência dos vários partidos na natural disputa pelo eleitor e pelo poder.

Entretanto, como o eleitor é manipulado pelo marketing, e o mercado é garantido porque o voto é obrigatório, a convivência dos partidos fica mais amigável permitindo entre os mesmos inicialmente acordos, depois conluíus, mais tarde conchavos, e, num crescendo, mensalões, lava-jatos etc...

Assim, acreditamos que a efetiva concorrência de candidatos de outras organizações seria capaz de eliminar o oligopólio político que se instalou no país.

A ESCOLHA

Seja qual for a atividade do cidadão, a medida da sua liberdade será aferida pela sua possibilidade de escolha.

“Liberdade é poder de escolha” Vanessa Brunt – Poetisa baiana.

“O modo de maximizar a liberdade é maximizar a escolha” Barry Schwartz - Sociólogo norte americano.

Liberdade não é poder escolher entre preto e branco, mas sim abominar esse tipo de propostas de escolha” Theodore Adorno – Filósofo alemão

“Se continuarmos a fazer as mesmas coisas vamos ter sempre os mesmos resultados” - Albert Einstein.

O CANDIDATO INDEPENDENTE

A figura do candidato independente de partidos políticos é prevista na legislação eleitoral de países mais desenvolvido como, por exemplo, dos Estados Unidos da América do Norte.

Ressalte-se que a figura do candidato independente naquele país resume-se na pessoa do candidato. Dessa forma, concorre ele sustentado por seu poder econômico (como por exemplo, Ross Perot), ou pelo seu poder carismático (como por exemplo, Ralph Nader), sem respaldo ou vinculação com organização representativa de raízes ou **corpos** da sociedade.

Considerando o registro de candidatos como ato meramente administrativo, a legislação eleitoral daquele país prevê que ele possa ser feito diretamente pelos candidatos ante um órgão público, a *Federal Election Commission*, que se incumba de verificar se as condições do candidato suprem as exigências legais, sem que haja obrigatoriedade de interferência dos partidos políticos.

No Brasil, a incumbência de processar o registro de candidatos foi delegada aos partidos políticos que, sempre preocupados em aumentar seu poder, terminaram por transformar essa medida meramente administrativa na figura de condição pessoal de elegibilidade, aproveitando-se da oportunidade de reforma constitucional feita sob seu comando, descuidando-se das responsabilidades daí advindas.

A RESPONSABILIDADE SOCIAL DO CANDIDATO

Se, como vimos, a manifestação do eleitor no voto deve refletir uma participação direcionada a um interesse coletivo e não individual, é de todo desejável que a inscrição do candidato seja suportada por um grupo organizado que represente um interesse coletivo.

Realmente, a simples coleta de assinaturas em torno de um nome não terá a consistência de representação de um interesse coletivo, apenas a de aceitação daquele nome o que, afinal reduzirá o compromisso social do candidato tão somente às suas **promessas de campanha**, o que vale dizer, á sua vontade discricionária.

Assim, o aprimoramento da oferta de candidatos ao voto popular envolve também o comprometimento do candidato para com a organização que o indica e registra.

Dentro desse contexto, emerge como salutar a permissão para que outras organizações participem também da tarefa de registro de candidatos, em pé de igualdade com os Partidos Políticos.

A RESPONSABILIDADE DAS ORGANIZAÇÕES REGISTRANTES

As organizações que se dispusessem a efetuar a indicação e registro dos candidatos teriam plena consciência das responsabilidades derivadas desse ato de sorte que o compromisso de o aceitar e bem cumpri-lo deveria constar do termo de registro.

Por outro lado, os objetivos declarados dessas organizações deveriam ser compatíveis e não antagônicos com os requisitos e qualificações necessárias para o bom exercício da missão de registro de candidatos, na forma da legislação em vigor.

A ORGANIZAÇÃO

A história nos mostra que a figura da organização nasceu com a necessidade de defesa do indivíduo que se juntava a outros para ter mais força, isto é **poder**, contra seus inimigos e os desafios de um planeta ainda não bem conhecido. Essa experiência logo foi utilizada na administração geral do grupo, no preparo da defesa e da guerra, na busca das respostas ao fenômeno da vida e que trouxeram à nossa era contemporânea as figuras organizadas dos Estados, dos Exércitos, das Religiões e de inúmeras associações que, nos dias atuais convivem

com organizações periféricas as mais variadas, a níveis sociais, nacionais, internacionais e supra nacionais.

A definição de **poder** de Max Weber¹ como sendo “[...] **a possibilidade de alguém impor sua vontade sobre o comportamento de outras pessoas**”, foi adotada por John Kenneth Galbraith como ponto de partida para a dissecação desse importante fator das sociedades modernas, em sua elucidativa obra **Anatomia do Poder**.

Analisando a organização dos partidos políticos, conclui Galbraith (1984, p. 58) que, “[...] um partido político norte-americano também é uma organização. Mas aqui a estrutura interna está geralmente ausente, assim como qualquer submissão apreciável de seus membros aos propósitos da organização”.

Considerando fundamental a submissão do indivíduo aos objetivos comuns da organização, o autor ressalta:

A organização sindical ilustra este ponto. Seus membros, qualquer que sejam suas preferências individuais ou seus planos pessoais, aceitam as metas sindicais referentes a salários, condições de trabalho e outros benefícios. E, independente de suas necessidades ou anseios, renunciam ao trabalho e à remuneração no caso de uma greve. Desta submissão interna depende o poder externo do sindicato – sua capacidade de conseguir a submissão do empregador ou, às vezes, do governo (GALBRAITH, 1984, p. 60).

A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS CORPORAÇÕES

Os economistas reconhecem a existência e importância da responsabilidade social das organizações, inclusive nas organizações empresariais onde o **objetivo pré-determinado** é o lucro.

A principal alteração que se verifica atualmente é a percepção das corporações sobre o papel que desempenham na sociedade. A corporação não é mais vista como uma instituição com propósitos simplesmente econômicos, voltada apenas para o desenvolvimento e venda de seus produtos e serviços.

Em face de seu tamanho, recursos e impacto na sociedade, a empresa tem grande envolvimento no acompanhamento e na participação de muitas tarefas sociais, desde a limpeza das águas até o aprimoramento cultural e espera-se que ocorra um alargamento de seu envolvimento com esses conceitos ‘não econômicos’ no futuro, entre eles a proteção dos consumidores e dos recursos naturais, saúde, segurança e qualidade de vida nas comunidades em que estão localizadas e onde fazem seus negócios”.

¹ WEBER, Max. **Law in Economy and Society**. Cambridge: Harvard University Press, 1954. Retirado do livro: GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do Poder**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1984, p. 2.

AS ASSOCIAÇÕES PROFISSIONAIS BRASILEIRAS

A visão de responsabilidade social das empresas, naturalmente se transmite, ampliadas, para as entidades a que se congregam.

Assim, sejam associações de profissionais de serviço, como a Ordem dos Advogados do Brasil, OAB, Conselhos de medicina, engenharia ou arquitetura ou associações de entidades sindicais representantes de categorias operárias ou patronais, todas tem sempre presente na pauta de suas preocupações, não só aquelas especificamente relacionadas com as tratativas patrão-empregado, mas assuntos de interesse geral da comunidade onde estão localizadas.

Um exemplo significativo dessa realidade é retratado na publicação anual da Confederação Nacional da Indústria CNI sob o título: **Agenda Legislativa da Indústria**.

A relativa a 2017 foi o resultado do trabalho diuturno do seu Conselho Temático Permanente de Assuntos Legislativos – CAL – que congrega 29 conselheiros e um secretário executivo conjugado com a Unidade de Assuntos Legislativos, com cinco gerentes e uma coordenadora debruçados sobre 131 propostas legislativas versando sobre: 1 - Regulamentação da Economia; 2 - Meio Ambiente; 3 - Legislativo trabalhista; 4 - Infraestrutura; 5 - Sistema Tributário; 6 - Infraestrutura Social.

No lançamento dessa edição, o presidente da CNI informou que:

A Agenda foi construída a partir do debate entre as 27 federações estaduais da indústria e mais de 60 associações setoriais. O trabalho reflete o compromisso da indústria brasileira com o futuro do Brasil e serve de instrumento para qualificar o diálogo com o Poder Legislativo em prol de mudanças nos marcos legais que possam impulsionar um novo ciclo de crescimento econômico e social.

O REGISTRO DE CANDIDATOS

Em maio de 1945, o Decreto Lei 7.586 dizia em seu artigo 39: **“Somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos ou alianças de partidos”**.

Vê-se que, no seu nascedouro, a condição de exigibilidade para o candidato prevista nesse Decreto-Lei, era a do candidato ser registrado por partido político sem que houvesse exigibilidade expressa para que o mesmo se filiasse a um partido, pois admitia que o seu registro pudesse ser feito por aliança de partidos.

Assim, verifica-se que, até então, a tarefa de registrar os candidatos não era privativa dos Partidos Políticos e que o exercício dessa atividade não se constituía essência dos objetivos inerentes e particulares dessas agremiações.

Atualmente, considerando-se a necessidade premente de elevação do nível dos candidatos, e acreditando-se que ela pode ser obtida pela concorrência de indicações feitas por outras pessoas jurídicas além dos partidos políticos, não se vislumbra qualquer óbice a que os partidos políticos, mantendo incólumes todos seus poderes atuais, repartam apenas essa tarefa específica de efetuar registros de candidatos com outras organizações que se mostrem competentes para tal, porque a decisão que irá decidir o resultado da candidatura registrada continuará sendo sempre do povo, expressa pelo seu eleitor. nos termos da legislação eleitoral existente que permanece inalterada.

CORPOS SOCIAIS REGISTRANDO CANDIDATOS

Como demonstrado acima, concluímos que as organizações mais adequadas a assumirem esse encargo satisfatoriamente seriam as que congregam as atividades laborais por já deterem características mais próximas dos Partidos Políticos que inclusive lhes permitiria cumprir a legislação existente sobre a matéria.

PERMISSIVIDADE CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal vigente consagra o pluralismo político:

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:

[...]

V – O pluralismo político

A hermenêutica desse texto deve ser ampla abrangendo toda a atividade política e não restritivamente apenas ao número de partidos, aceitando assim livremente a participação não só dos cidadãos como também dos corpos sociais que os representam.

Nesse sentido, a Constituição Federal equipara as funções da organização profissional às do partido político ao aceitá-los em pé de igualdade e com os mesmos direitos na impetração de mandado de segurança coletivo, na forma do Art. 5º, inciso LXX:

Art. 5º [...]

LXX – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) **partido político** com representação no Congresso Nacional
- b) **organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída** e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

SIMILITUDE LEGAL DOS INSTITUTOS

O cotejo entre os dispositivos da Lei 9.069/95, que dispõe sobre partidos políticos, e o os artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei.º 5.452, de 1º de Maio de 1943) que dispõem sobre as associações profissionais, estampa desde logo a semelhança existente entre essas duas entidades que se permite ressaltar a seguir.

Ambas são pessoas jurídicas de Direito Privado, de livre criação e gestão por seus membros, com o objetivo expresso de colaboração com o Estado Brasileiro, sem interferência de governos ou interesses estrangeiros e com atuação em todo o território nacional, sob estrita fiscalização governamental. (artigos 1º, 2º, e 5º da Lei 9.069/95 e artigos 511, 513, 514, 515, 517, 518, *caput* da letra a) do art. 521 e artigo 565 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, se a Constituição Federal substituir a figura da filiação partidária pelo ato administrativo de simples registro, estará retirando um ônus restritivo da liberdade política e rendendo homenagem ao princípio da equidade no tratamento dos candidatos.

Afinal, todos os candidatos registrados (filiados a Partidos ou independentes) passarão pelo crivo do voto popular conforme legislação vigente não se lhes acrescentando qualquer direito além da regular inscrição.

COMO CONCRETIZAR A PROPOSTA

Acreditamos que a **Proposta de Emenda Constitucional - PEC nº 6**, proposta pelo Senador Reguffe, pode ser o ponto de partida para um movimento popular que pressionasse a discussão da mesma no Congresso Nacional, opinando sobre sua redação. a fim de que ela resultasse de uma efetiva vontade popular.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO nº 6, de 2015 do Senador Reguffe

Ementa: Suprime e acrescenta dispositivos à Constituição Federal, possibilitando o lançamento de **candidaturas avulsas, independentemente de filiação partidária** (grifo nosso).

Dá nova redação ao inciso V do §3º do art. 14 da Constituição Federal.

Art. 1º Dê-se ao inciso V do §3º do art. 14 da Constituição Federal seguinte redação:

Art. 14

§3º

V – a filiação partidária ou mediante o apoio de um por cento do eleitorado da circunscrição, na forma da lei;

NOSSA SUGESTÃO DE REDAÇÃO

Art.14.

§3º - São condições de elegibilidade na forma da lei:

.....

V- a inscrição como candidato, feita por partido político ou órgão representativo de atividade profissional legalmente constituído que atenda os requisitos exigidos pela legislação eleitoral.

Considerando que a aprovação dessa PEC deve ser votada pelos representantes dos partidos políticos, atualmente representantes do povo, é imprescindível que a mesma seja apoiada pela população através das redes sociais da internet. comícios e inclusive passeatas, numa clara demonstração de vontade, há exemplo das “diretas já” e outras tantas manifestações que tem sido feitas.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, podemos concluir que a **democracia** pode ser um excelente sistema de governo, desde que suas **leis** realizem o desejo do **povo** efetivamente representado pela maioria dos cidadãos.

Eis porque é imprescindível que elas sejam feitas por representantes legítimos e não por uma abstrata presunção jurídica não verificável.

Estes deverão expressar, nas câmaras municipais, estaduais e federais, a verdadeira vontade popular, defendendo o território, assegurando o estado de direito e orientando a economia (manteiga ou canhões? apud Samuelson), abrangendo, pelo sodalício, o universo social para obter a decisão que um só cérebro ditador, ou alguns oligárquicos, nunca conseguiriam.

O convívio de representantes registrados por partidos políticos com os registrados por outras entidades no poder legislativo, possibilitaria o aperfeiçoamento também da estrutura dos outros dois poderes.

A nomeação dos dirigentes do poder executivo e do poder judiciário poderia ser feita diretamente pelos representantes do poder legislativo, em lugar da inexpressiva figura da “sabatina” atualmente prevista na Constituição Federal.

Os representantes registrados pelos partidos políticos seriam candidatos naturais a esses cargos, uma vez que não teriam vinculação a uma atividade econômica.

O **povo** poderia então exercer o **poder** integralmente pois teria seus representantes nos três poderes, eleitos originalmente em uma só votação.

Isso responderia às recorrentes tentativas de retorno à monarquia ou dos saltos aventureiros a um manco parlamentarismo que, face a atual situação, iria apenas consolidar o **oligopólio político** perpetuando o odioso mar de corrupção que campeia hoje infrene em nosso país.

ADENDO

Em nosso Livro **O Poder em suas Mãos**, da editora Edicon, 1993 (<http://www.oab.org.br/publicacoes/pesquisa?termoPesquisa=poder#>, Link da biblioteca do Conselho Federal da OAB - p. 111-121), indicamos alguns benefícios advindos da adoção do registro de candidatos independentes de Partidos Políticos tais como - Transfusão da ética profissional para o legislativo - Maior participação do cidadão no Governo - Vinculação permanente entre o eleito e o seus eleitor - Representatividade real das câmaras legislativas - Mobilização nacional pelo legislativo - prevenção de golpes - Descabimento da greve.

Terceira Tribuna Livre

CONFERENCISTAS

Eduardo Domingos Bottallo

Vadim da Costa Arsky

Jackson Santos Oliveira

Francine Pisteco Galbossena

Márcio Adriani Tavares Pereira

Danielle Cupello

Carla Núbia Nery Oliveira

Marcela de Souza Borges Mendonça

Jovi Vieira Barboza

Jadir Rafael da Silva Filho

Andréia Scheffer das Neves

Guilherme Aparecido da Rocha

MESA

Presidente: Aloisio Lacerda Medeiros

Relator: Gustavo Gottardi

Secretária: Edni de Andrade Arruda

Eduardo Domingos Bottallo

Vadim da Costa Arsky

Tendo publicado um livro em conjunto com meu colega Vadim da Costa Arsky, sobre a possibilidade/necessidade de instauração de um Processo Judicial Audiovisual, cabe-nos agora, tratar de tema que tem direta ligação com o objeto de nosso escrito, que não é outro senão, como dito, servir de introdução ao tema desta obra.

SÚMULAS VINCULANTES

Refiro-me às súmulas vinculantes que foram criadas, entre outros instrumentos, com o objetivo de combater a absurda e crescente crise de demora do Poder Judiciário em resolver as questões que lhe são submetidas. Demora essa que, sem dúvida nenhuma, constitui um dos mais sentidos obstáculos ao objetivo de darmos à sociedade brasileira aquilo que poderia chamar-se de “justiça justa”.

O sistema jurídico positivo brasileiro assenta-se, por tradição, na lei, ou seja, no ato emanado do Poder Legislativo ou do Executivo, nos casos em que, de modo atípico, este é investido de competência legislativa para a elaboração de medidas provisórias (CF, artigos 62 e 68).

Dentro dessa perspectiva, pouco sobra, em termos de desempenho normativo, às tradicionais fontes subsidiárias de direito (analogia, costumes, princípios gerais), tampouco à jurisprudência, que nem sequer é mencionada pelo artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Portanto, pode-se afirmar que, por virtude própria, a jurisprudência não gera efeitos normativos.

Nada obstante, é inegável o fato de que a jurisprudência sempre teve forte peso – que poderia ser denominado de persuasivo – em termos de compreensão e interpretação da ordem jurídica, peso esse tanto maior quanto o é a hierarquia e o prestígio do tribunal de onde provem.

Em tempos mais recentes passou a verificar-se em nosso ordenamento uma notável expansão daquele que poderia ser denominado “poder sumular” que longe está de circunscrever-se aos preceitos processuais retro apontados.

Anote-se neste sentido o artigo 102, § 2º, da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional 3/1993 que, tratando das decisões proferidas em ações declaratórias de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, declara que elas “[...] produzirão eficácia contra todos e efeitos vinculantes, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

A própria figura da arguição de descumprimento, regulamentada pela Lei 9.882/1999 (CPC, artigo 577, § 1º-A), não deixa de apresentar conotações que muito a aproximam, em termos de efeitos, das súmulas, sobretudo quando se constata que o artigo 4º, § 3º, desse diploma permite que o Supremo Tribunal Federal determine:

[...] a juízes e tribunais que suspendem o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com o objeto de ação de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrente de coisa julgada.

A culminância desta tendência de incensação do aludido **poder sumular** veio com a Emenda Constitucional 45 de 8, de dezembro de 2004, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, com expressiva amplitude, competência para aprovar súmulas vinculantes, de observância obrigatória, pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública direta ou indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF, artigo 103-A). Mais tarde essa mesma figura, conquanto sem amparo constitucional, e, portanto sem a mesma eficácia, foi adotada por outros tribunais, inclusive os de caráter administrativo (CARF).

As súmulas, notadamente as dotadas de eficácia normativa, contam com defensores e opositores.

Os que a defendem enfatizam seu efeito neutralizador do “mal” consistente na multiplicação descontrolada e, no caso, desnecessária de litígios versando sobre a mesma matéria.

Apontam, ademais, que, por meio delas, realiza-se o ideal de igualdade na prestação jurisdicional. A esse propósito, são sobremodo pertinentes as observações de Sidnei Beneti (2006):

Em época da sociedade de massas, não há como imaginar a satisfação jurisdicional em cada caso concreto, e de modo contraditório. A comunicação social, divulgando, em massa, a contradição, destrói a crença no Poder Judiciário e incrementa o surgimento de lides, realimentando-se a si própria.

Independente do posicionamento que as operadoras do direito possam adotar em relação às súmulas – e aqui me refiro às editadas pelo Supremo Tribunal Federal – é inegável e progressivamente crescente a importância do papel que elas desempenham na compreensão do sistema jurídico-positivo brasileiro.

PROCESSO E RAZOÁVEL DURAÇÃO

Cabe-nos, agora, como último ponto a ser examinado nesta introdução, verificar em que medida a ela se alia o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição, inserido pela EC 45/2004, segundo o qual: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”.

Constata-se, pois, que a razoável duração do processo mesmo que não possa decorrer exclusivamente da existência de comando normativo nesse sentido, um conteúdo mínimo de eficácia haverá de ser nele reconhecido até porque “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê”, consoante a lúcida lição do constitucionalista luso Jorge Miranda.

Aos efeitos retro apontados e com base em idênticos fundamentos é perfeitamente possível acrescentar a ocorrência da prescrição intercorrente.

Fica, portanto, afastada a possibilidade de aceitar-se a conclusão, no mínimo precipitada, no sentido de afirmar-se que o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição não teria o dom de, de per si, gerar consequências concretas.

CONCLUSÕES

Inaugurando uma nova ordem jurídica no Brasil, a Constituição de 1988 passou a dar ênfase no propósito de valorizar o cidadão em suas relações com o Estado. Para tanto, o texto da Constituição Cidadã, como ficou conhecida, cuidou de tratar dos direitos e garantias fundamentais com ênfase na organização dos Poderes e temas pertinentes à organização e funcionamento do Estado.

Em 26 anos de existência, o texto sofreu inúmeras alterações, embora atenta contra aquele que é o aspecto essencial de uma Constituição: a necessidade de preservação. De qualquer forma, a Carta tem resistido, em especial, no que se relaciona aos direitos e garantias, fundamentais. E a nós, homens e mulheres comuns, nos cabe impedir que ela se torne refém dos fatos, haja vista sua mais nobre concepção, a de reservar as exigências do Estado Democrático de Direito.

Pensando na perspectiva de garantir os direitos individuais, entramos no tema desta ora, qual seja, a razoabilidade da duração do processo e, em especial, os meios que garantam a celeridade de sua tramitação conforme dispõe o artigo 5º, em seu inciso LXXVIII.

Chegamos, pois, à conclusão de que é necessário criar-se meios alternativos e, não por isso, menos eficazes em fazer valer a celeridade, garantia constitucional a qual damos ênfase nessa obra.

A promulgação das súmulas vinculantes estabelecidas pela Emenda Constitucional 45 de 2004 revolucionaram o nosso sistema jurídico, que se assenta por tradição na lei, privilegiando as decisões dos tribunais. Em essa Emenda, o Supremo Tribunal Federal recebeu a atribuição de poder sumular, e essas decisões devem ser de observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública direta ou indireta em todas as esferas.

Se essa foi uma medida extrema, e talvez até controversa, elas urge como forma de desafogamento do Judiciário. Com vistas a esse mesmo princípio de celeridade e valendo-se dos modernos meios tecnológicos, estamos propondo com esse trabalho mais uma forma alternativa de resolver lides de menor complexidade de forma rápida legítima e eficaz.

PROCESSO JUDICIAL AUDIOVISUAL

Proposta de procedimento exclusivamente oral para solução de conflitos, memorizado integralmente em som e imagem pelos modernos recursos de gravação eletrônica.

SENTIMENTO POPULAR SOBRE JUSTIÇA

As inúmeras e frequentes pesquisas de opinião realizadas no país tem demonstrado que a maior queixa popular relativamente à prestação jurisdicional é a desmedida demora na sua efetivação.

Realmente, o enorme lapso de tempo que atualmente medeia um pedido de justiça e a execução efetiva da decisão decorrente do Poder Judiciário Brasileiro é espantoso e sua diuturnidade tão pública e notória que dispensa qualquer comprovação.

De fato, a preocupação maior que norteia os doutos estudiosos do processo judicial é a de encontrar meios e formas de acelerá-lo, adotando inclusive soluções cibernéticas que, aplicadas ao processo existente, deveriam propiciar maior celeridade ao mesmo.

Via de regra, as medidas sugeridas revelam-se valiosas num primeiro tempo, mas, não raro, criam exigências suplementares que acabam resultando em maior morosidade.

Como consequência, a sociedade é levada a crer que a morosidade do Poder Judiciário deriva da incompetência ou má conduta de seus integrantes.

Para os que lidam com a matéria, entretanto, é patente que essa lentidão que tantos prejuízos trazem à administração da Justiça apesar dos louváveis e constantes esforços dos responsáveis por essa administração, decorre principalmente da preocupação exacerbada com a “Segurança” do Processo judiciário, a qual se cristaliza na compulsão generalizada de exigir-se comprovação através de “Documentos” de todos os atos relacionados ao processo.

BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO

Mas, afinal, o que busca o cidadão quando procura o auxílio de um aparato judicante, senão uma intervenção de terceiro que solucione uma controvérsia na qual está envolvido?

E como se corporifica essa solução senão através de uma declaração de outro Ser Humano outorgado de características e poderes que confirmam autoridade à sua Decisão?

Desde tempos imemoriais, quando litigantes procuravam resolver suas querelas de forma pacífica, faziam-no outorgando a um terceiro o poder de resolvê-los, curvando-se todos à Decisão deste.

Nos primórdios da civilização, esse poder era privilegio dos líderes tribais, monarcas e reis, os quais, dependendo de sua sabedoria eternizavam suas sentenças através do tempo, como o famoso Rei Salomão.

Os ritos processuais sofriam variações de acordo com a cultura de cada comunidade e as épocas em que se realizavam, mas, na maioria, exibiam uma característica comum: a **oralidade**.

EVOLUÇÃO DO PROCESSO

Na evolução do direito romano (origem remota do direito processual brasileiro) o procedimento de solução de litígios fundamentou-se na oralidade.

Pelo sistema de árbitros do período das *legis actiones* (754 A.C.), os litigantes podiam eleger qualquer pessoa para decidir sobre uma disputa. Bastava que ele fosse aceito por ambas as partes. E o processo era inteiramente oral.

Com o crescimento e complexidade daquilo que se tornou o império romano, a solução dos conflitos passou a ser exercida por juízes administrativos e normas foram sendo acrescidas ao procedimento rudimentar, exigindo cumprimento de formalidades consideradas essenciais para a garantia da boa distribuição da justiça (período do processo formulário 149 A.C.).

Para registrar então o crescente número de normas, a escrita começou a ser introduzida no procedimento de distribuição de justiça com valor destacado, e a não observância das formas prescritas redundava fatalmente na nulidade e extinção do processo.

Uma vez introduzida, a escrita foi ganhando espaço na evolução do Processo Romano¹, perdendo força no período Romano Barbárico e voltando a crescer na elaboração do Processo Comum (1.100 a 1.500) ponto de partida para o processo judicial brasileiro.

VERBA VOLANT SCRIPTA MANENT

O direito positivo brasileiro acolheu o **processo** na classificação de direito adjetivo: atividade meio para o fim **decisão**.

Desde logo, o continuo aumento da complexidade da sociedade solicitou ainda maior avanço da escrita sobre palavra não só para a obtenção da **decisão** como também para garantia da **memória** da **decisão** tomada.

Para que pudesse ser consultado por qualquer um, exibindo a garantia de que haviam sido observados todos os preceitos formais, os direitos das partes, a moral, os costumes e a letra das leis o Processo necessitava ser cada vez mais documentado.

Assim, a documentação foi o fator que fez com que o Processo se apoiasse e, afinal, se confundisse com o **papel**, repositório natural da **escrita** que oferece as garantias de disponibilidade e durabilidade necessárias à perpetuação da memória processual.

E, apesar da evolução tecnológica do século XX, com avançadas aplicações cibernéticas e eletrônicas nos mais variados campos da atuação humana, o nosso sistema judiciário, até agora ainda se apoia no papel.

Isso porque tais medidas continuam mantendo o processo baseado na escrita.

A digitalização na forma recém-adotada no Brasil, utilizou apenas a **tecnologia digital de documentos**, dando tratamento eletrônico aos **fatos** prévia ou posteriormente documentados pelas partes e não aos **atos** constitutivos da lide.

O sistema adotado realmente acelera a transmissão e reduz o espaço de armazenamento da escrita, mas não a afasta, mantendo-a como pilar básico de informação do qual se extraem as intuições de juízo dos magistrados e a construção da jurisprudência.

Como consequência, mesmo com a aplicação dessa tecnologia digital, o Judiciário brasileiro não deverá abrir mão dos **freios restritivos do livre peticionamento** tais como **súmulas vinculantes**, **recursos repetitivos** e demais restrições como as adotadas na recente reforma do Código de Processo e as que ainda estão sendo previstas pelos Tribunais Superiores, todas marcantes, não por aumentarem o brilho da justiça brasileira, mas pela incômoda desconfiança de que estão arranhado o artigo 5º da Constituição Federal.

É de notar-se que tais medidas decorrem não da plethora de feitos, mas da avalanche de recursos que demonstram afinal a permanente insatisfação das partes relativamente às decisões.

¹ TELLES, Goffredo da Silva. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 361.

FALA VERSUS ESCRITA

Trazemos o pensamento de Hannah Arendt sobre as distinções feitas por Platão entre a fala e a escrita, exaurindo este item:

A principal parte da Sétima carta não se dirige contra a fala, mas contra a escrita. Ela repete de forma abreviada as objeções já levantadas contra a escrita no Fedro. Há, em primeiro lugar, o fato de que a escrita ‘implanta o esquecimento’; fiando-se na palavra escrita, ‘os homens cessam de exercitar a memória’. Há, em segundo lugar, o ‘silêncio majestoso’ da palavra escrita, que não pode nem explicar a si mesma, nem responder a questões. Em terceiro lugar, ela não pode escolher o destinatário: cai em mãos erradas e ‘se espalha por toda a parte’; malbaratada e abusada, é incapaz de defender-se; dela o melhor que se pode dizer é que é um ‘passatempo’ inofensivo, ‘um armazém de mantimentos [...] para quando a hora do esquecimento chegar’ ou uma entrega (a recreação) quando as pessoas se regalam com banquetes e coisas parecidas.

No Fedro, Platão contrasta a palavra escrita com a palavra falada, usada na arte de ‘discorrer sobre as coisas’ (*technedialektike*), a ‘fala viva, o original do qual o discurso escrito pode bem ser chamado de uma espécie de imagem’. A arte do discurso vivo é exaltada porque ele sabe como selecionar seus ouvintes; ele não é estéril (*akarpoi*), mas contém um sêmen a partir do qual diferentes (*logoi*), palavras e argumentos, crescem em diferentes ouvintes, de modo que a semente se torne imortal. Mas se quando pensamos levamos a cabo esse diálogo interior, é como se estivéssemos ‘escrevendo palavras em nossas almas’; em momentos como esses, ‘nossa alma é como um livro’. Mas um livro que já não contém mais palavras. Depois do escritor, um segundo artesão intervém quando pensamos: trata-se de um ‘pintor’, que pinta em nossa alma aquelas imagens correspondentes às palavras escritas. ‘Isso acontece quando afastamos essas opiniões e afirmações faladas da visão ou de qualquer outro tipo de percepção, de modo que então passamos, de alguma maneira, a ver as imagens daquilo sobre o que inicialmente opinamos e falamos’².

A FALA E A ESCRITA NO PROCESSO JUDICIAL

“*Da mihi factum dabo tibi jus*” – A famosa frase com que Cícero exortou o Senado Romano a diminuir a plethora de leis do império passou a ser a máxima orientadora da ação do juiz no processo brasileiro.

A postura de **dá-me os fatos e dar-te-ei o direito** tornou-se assim a pedra de toque para a distribuição de justiça. Do exato conhecimento da realidade dos fatos e da adequada aplicação da lei é que deve resultar o Juízo de uma sentença justa.

² ARENDT, Hannah. **A vida do espírito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135-137.

Mas a verdadeira justiça se faz quando a sentença consegue harmonizar o **Justo por natureza**³ que significa o sentimento individual frente aos fatos invocados com o **justo por convenção**⁴ que significa o estabelecido em lei para os fatos daquele tipo.

Daí decorre a importância vital do perfeito entendimento dos fatos pelo juiz.

Quando os fatos são transmitidos pela escrita o entendimento do juiz se faz por imagens da realidade, apresentadas por um escritor e pintadas por ele como observador cuja mente tende sempre a ver nas imagens escritas as cores das suas próprias imagens já armazenadas em seu inconsciente, distorcendo a correta aplicação da lei sobre a realidade.

Caso isso se verifique, a sentença corre sempre o risco de não conseguir harmonizar o **justo dos fatos** com o **justo das leis** e assim não conseguir implantar o pleno sentimento de justiça no coração dos homens e, conseqüentemente, não produzir a paz social.

VERBA MANENT

A oralidade no processo judicial tem sido mantida a duras penas, cedendo cada vez mais espaço para a escrita em razão da dificuldade das partes e da administração da justiça, em atender todas as formalidades do processo e sua conseqüente **documentação**.

Entretanto, a tecnologia moderna permite a gravação de tudo o que pode ser visto e ouvido e, no caso que nos interessa, dos atos humanos especiais que devem ser memorizados para consulta com absoluta fidelidade e segurança. Sistemas de gravação desse tipo já existem instalados nos Poderes Legislativo e Judiciário, que dão ao conhecimento público os atos dos seus integrantes de forma fiel e segura.

Esse sistema permitirá a todo ser humano o conhecimento integral da realidade assim memorizada, em tudo e por tudo superior àquela lançada por um **narrador** (ainda que erudito, culto, fiel, responsável, honesto e bem intencionado) que lança a sua versão escrita no papel (ou no teclado do computador).

Assim, quando o avanço tecnológico nos oferece a oportunidade de aplicação das suas descobertas e conquistas em todas as áreas do conhecimento humano, não nos parece lícito recusarmo-nos ao estudo das suas possibilidades na área do Direito, para tentarmos afinal atingir o desiderato já visualizado e desejado pelo homem, muito antes do advento da nossa era: uma forma de solução de litígios fácil, rápida e transparente como a encontrada pelos romanos no alvorecer de seu império mas, ao mesmo tempo, dotada de veracidade incontestada na forma exigida pelos tempos atuais.

O processo de digitalização introduzido recentemente no sistema judiciário, a nosso ver, não se desligou da escrita, correndo sempre sobre a **versão dos fatos** lançados pelas partes na escrita sobre o papel ou sobre a tela de um computador.

Na verdade, criando uma função nova de digitalizadores, a máquina administrativa do judiciário facilitou a atuação dos juízes, mas que, infelizmente, não parece ser verdadeiro quanto à atuação dos advogados.

Mas se convenientemente aplicadas, as conquistas eletrônicas que atualmente memorizam instantaneamente as ações humanas poderão garantir a existência de um processo judicial totalmente oral, sem que se exijam dos advogados ônus tecnológicos e assessorias especializadas.

³ TELLES, op. cit., p. 361.

⁴ Ibid., p. 361.

Poderão exercer plenamente sua profissão utilizando-se apenas do mais sublime dom concedido ao ser humano que é a oratória. Aliás, todos se comunicarão livremente, inclusive os iletrados, como se estivessem na Ágora representativa do apogeu da democracia grega, com rápida obtenção da almejada Decisão.

Afinal, a fala é a primeira ferramenta que o ser humano utiliza para comunicar-se com seus semelhantes!

A PROPOSTA

Sugere-se a utilização dos modernos meios eletrônicos de comunicação, não para a simples digitalização do **processo escrito**, mas para efetivamente fazer fluir célere a Justiça através de um **processo oral** memorizado eletronicamente em toda sua integridade de som e imagem.

Parte-se do pressuposto de que a evolução da eletrônica nas comunicações possibilita agora ao Homem voltar ao original julgamento público e oral, tendo o sistema de vídeo/internet como auxiliar imediato, registrando e armazenando todos os detalhes com garantia para reexame a qualquer tempo de tudo quanto ocorrido.

Em pesquisa de verificação da possibilidade de adoção imediata realizada junto ao chefe do setor de transmissão visual do Supremo Tribunal Federal, a resposta à pergunta: “o que seria necessário para que se instalasse o sistema oral gravado eletronicamente em todas as instâncias do Poder Judiciário no país” foi concisa “[...] apenas lei que autorize a aplicação do que já temos aqui”.

Observa-se que sua adoção deverá ser introduzida no sistema existente de forma paulatina e complementar seguindo o modelo histórico da evolução do processo Romano onde, além de coexistirem por longo lapso de tempo o arcaico e o renovador do mesmo Direito, coexistiram também dispositivos de direito de culturas diferentes como no período romano bárbarico onde as disposições do direito romano conviveram com as do germânico até a sedimentação do Processo Comum.

Assim, a implantação da modalidade proposta deverá ser feita sem rupturas com o sistema vigente, agregando-se paulatinamente ao direito processual vigente as novas disposições.

As questões evidenciadas, nos tempos convulsivos da moralidade política, no Brasil, em torno das propostas de leis contra o abuso de autoridade, princípios hermenêuticos que confundem interpretação das leis com criação de coisa nova em nome de equivocada ou irresponsável interpretação, recaindo no que poderíamos chamar de **hermenêutica criativa**, assuntos que se encontram na pauta da imprensa e das redes sociais motivados pelos acontecimentos da chamada **Operação Lava Jato**, que desencadeou diversos processos judiciais contra a corrupção no Brasil, apontam para alguns aspectos:

A Constituição Federal, inspirando e ditando os limites de criação das subsequentes legislações ordinárias, prever a punição contra autoridades que abusam do Poder a elas inerente, causando danos aos cidadãos, que inclui servidores do executivo, legislativo, judiciário ou do Ministério Público, cujo órgão não se sabe, até hoje, a qual poder pertence.

Se os servidores do Judiciário, investidos nas funções de Magistrados, são autoridades passíveis das penalidades em caso de abuso, não haverá que se falar em nova legislação disciplinando a matéria. Haverá, sim, de dar efetividade às legislações existentes contra o abuso de autoridades e que se estenda as suas penalidades àquelas autoridades, ainda, não atingidas na mesma intensidade e pela forma que atinge as demais.

É comum a demanda administrativa e judicial contra delegado de polícia por abuso de autoridade e muito raro contra um magistrado ou se aclamar uma litigância de má fé contra o representante de Ministério Público. Ora, se um Magistrado agride física ou verbalmente a uma pessoa ou subtrai um bem alheio é passível que responda a um processo pelos meios judiciais comuns, respondendo penal e civilmente sobre o dano causado.

A questão que aqueceu a discussão em torno do abuso de autoridade foi a que se refere às decisões judiciais, lavradas nos autos de um processo legal. Cuida-se para que o livre convencimento do juízo não possa ser confundido com a sua ideologia política ou motivação outra estranha às suas prerrogativas como julgador, que não deve sofrer influência de sua formação pessoal social, cultural, religiosa, ideologias políticas, distúrbios familiares e conceitos outros estranhos à sua preparação profissional para o exercício da Magistratura.

Nesse aspecto, por vezes, os profissionais de Direito digladiam com magistrados que decidem à margem das provas nos autos, julgando a causa da forma que entende a vida, a política, a religião, os costumes, entre outros valores de seu perfil pessoal. Sabemos, o direito natural do qual se extrai a lei, novos paradigmas, tem como fonte os costumes, porém, isto não pode se confundir com os costumes singulares, aqueles particulares característicos de cada família ou meio onde a pessoa formou a sua personalidade. E por estes aspectos, os Tribunais superiores são abalroados com recursos contra decisões que fogem completamente aos autos, prolatadas por juízes acometidos por outro conceito de vida ou acometido da **crise de juizite**, se achando o dono do mundo, da comarca, principalmente naquelas de Entrância inicial, onde somente um juiz atua para todas as Varas e todos os pecados do mundo.

5 * Graduado pela Faculdade de Direito de Teófilo Otoni – Teófilo Otoni/MG – Turma de 1993 – Pós Graduado em Direito e Processo Civil pela Universidade Gama Filho – Coordenador das Conferências Bahia-Minas Gerais em Porto Seguro e Salvador/Ba – Coordenador da Conferência Interdisciplinar sobre Efetividade Constitucional e Inclusão Social no Centro de Convenções de Porto Seguro/Ba – Foi palestrante na III Conferência sobre Direito Penal e Penitenciarismo, no Fórum Rui Barbosa (Salvador/Ba) – Civilista militante nas Comarcas de Jequié, Porto Seguro, Vitória da Conquista e Ilhéus, na Bahia, e Teófilo Otoni, em Minas Gerais.

No Brasil, onde os crimes que causam maiores danos ao cidadão e à coletividade são os praticados por pessoas que querem se manter no poder e daí se apropriarem dos bens públicos, fatos que se revelam nas centenas de denúncias, na atualidade, envolvendo governantes, não haverá que se excluir desta desafinação aos preceitos constitucionais a existência, no Judiciário, dos magistrados e de titulares, no Ministério Público, de pessoas com sede de poder ou de conduta estranha ao poder judicante.

Nesta esteira, vem a denúncia daquele accidental Promotor de Justiça que se acha a **palmatória do mundo** ou querendo ganhar a simpatia popular para uma pretendida candidatura política nas eleições locais ou apontar quem deve governar, **quem vive quem morre**, brincando de Deus, ou do juiz acometido de **dono da cidade** – não confundir com o **juiz cidadão** – que causa danos irreversíveis ao cidadão, durante anos, para que, em alguma turma dos tribunais, o condenado seja julgado inocente ou que foi injustamente apenado. Nada acontece contra o juiz ou o representante do Ministério Público denunciante, que atuou como titular da pretensão punitiva do Estado, que restou injusta, imoral, irresponsável, imprudente. A penalidade se resume, na quase totalidade, numa suspensão, uma aposentadoria compulsória, como se fossem meninos travessos sendo colocado em castigo porque jogaram pedra na vidraça do vizinho.

Poderemos entender que, aqui, se perde o princípio da igualdade de todos perante a lei, já que na iniciativa privada, também, prestadora de serviço à coletividade, um empregado responde, pelo ilícito e dano que praticar, solidariamente com o empregador. O funcionário público, no caso magistrado, é ser supremo que deve ser isento de reparar os danos que causar?

Entendemos, o que se pretendeu nas manipulações políticas para penalizar magistrados por decisões irresponsáveis que causam danos irreversíveis, a exemplo da privação da liberdade, foi a tentativa de se criar um escudo contra a demanda judicial deflagrada sobre os governantes corruptos, especialmente deputados, senadores e presidentes, no Brasil, nos últimos anos.

Porém, desperta atenção para que se busque a responsabilização civil e penal contra quem decide pela falência, privação da liberdade e até a morte de suicidas que não suportam a sentença injusta sofrida. Não se admite esta supremacia da magistratura, mesmo que o processo de seleção de magistrados e promotores de justiça fosse aplicado pelos maiores sábios da humanidade, porque não existe humano reconhecidamente perfeito, nos labirintos de seu cérebro podem residir os demônios que a determinado momento se manifestarão, como o atirador do hotel contra a multidão em Las Vegas e o porteiro da creche ateando fogo em si e em dezenas de crianças. Qual método de seleção dará a segurança plena de que a pessoa colocada para decidir a vida de outras não é a própria que deveria estar proibida de circular pelas ruas?

Quando um cidadão demanda contra outro e a sua acusação, de imediato, já está sob as penas da litigância de má fé, atinge até o advogado. Mas, se a mesma ação é julgada com irresponsabilidade e a sentença é reformada na instância superior, nenhuma penalidade se vislumbra contra o julgador. Não se conhece suspensão, prisão ou cassação de juiz que destruiu uma família, privou a pessoa da liberdade, por horas ou décadas. O que se conhece é uma aposentadoria compulsória quando o crime é extraprocessual, ou seja, corrupção, apropriação do erário público, superfaturamento de obras, entre outros.

Se colocarmos na retrospectiva crimes como a do juiz que roubou dinheiro destinado à construção de sedes forenses na Justiça do Trabalho; aquele outro, que utilizava carros e o piano apreendidos de um acusado, entre outros iguais, encontraremos uma **penalidade imoral** se comparada à penalidade arbitrária, protegida pelo manto negro da Magistratura contra o cidadão, muitos levados ao suicídio ou à marginalização. E sobre estes julgadores, recai o que dizia Rui Barbosa: **que, o Judiciário é a pior das ditaduras porque contra ele não há mais a quem recorrer.**

Ora, já nem estamos falando mais de **crimes de hermenêutica**, que não pode ser entendida a hermenêutica, a diversidade de interpretação como sendo crime. Já estamos falando de ditadura. Não por menos, o Brasil assistiu, festejando, o Ministério Público deflagrando uma guerra contra a corrupção e provocando prisões provisórias e preventivas para, depois, entender que alguns casos são penalidades antecipadas, sem o devido processo legal da condenação. Por um lado, os cidadãos aplaudiram a condução coercitiva ou impedimentos de líderes políticos que praticam estelionato eleitoral, as prisões dos corruptos que protagonizam a maior operação e maior crime contra bens públicos da história da civilização, superando até o incêndio de Roma para fins bestiais de seu imperador, assalto dos nazistas ao patrimônio dos judeus, entre outros de igual proporção satânica. Depois, os cidadãos começaram a ver nestas conduções coercitivas um risco iminente à sua própria liberdade. Ora, se um senador, ex-presidente e megaempresário são conduzidos coercitivamente a prestar esclarecimentos numa delegacia, o que haverá de esperar o simples mortal, que não goza de nenhum privilégio e nem *status*?

A realidade dos advogados de entrâncias iniciais pode até ser comparada, sem ser hipócrita, a **Uma república das galinhas e das baratas**, onde as bicadas de algum insensato julgador interiorano estraçalham, destrói, dilacera em pedaços as baratas desprotegidas. E não nos venha a hipocrisia do instrumento dos recursos porque não seria diferente. **Que se trata de minoria de péssimos julgadores nos Tribunais, não há dúvida.** Porém, o vírus é invisível, mas derruba Golias e o mais bravo guerreiro indígena com uma simples pedrada ou gripe, entenda-se, canetada.

Nos anais do Judiciário, no Estado da Bahia, se conheceu um verdadeiro Juiz Cidadão, que militava numa comarca interiorana, nos tempos da terceira entrância, que, por certo, não chegou a ser nomeado Desembargador porque contrariava os poderosos do governo com reflexo na própria magistratura, na época, em maioria subserviente ao líder político no Estado. O saudoso Juiz, Dr. Edmundo Benevides de Azevedo, lutava pela efetividade da recém-criada prisão albergue nas execuções penais. Mantido numa comarca interiorana, onde o seu espírito de magistrado cidadão estava comprimido, ainda assim encontrava formas para fazer ecoar seu esforço pelos direitos humanos, transformar o preso em produtivo dentro da cadeia e não um peso morto para a sociedade, mantido com dinheiro público para ficar na ociosidade; foi o único a promover a prevenção à marginalização do menor que, entusiasmado, dizia ser prevenção à **marginalização menoril**, criando a expressão não usual no vocabulário jurídico.

E para fazer ecoar seu esforço pela comunidade, onde tinha a obrigação de manter a paz social, extrapolava desta prerrogativa inalienável do julgador para a seara da promoção da paz social através de atos diretos e extra forenses, como se assistente social fosse. Incompreendido pela elite que não concordava com assistência às crianças em vias de marginalização, chamados de **trombadinhas**, que praticavam pequenos furtos nas feiras livres, aquele juiz cidadão, Edmundo Benevides, na Bahia, conseguia tirar esses menores das ruas e contava com apoio de alguns familiares que recebiam estes carentes nas suas casas para o café da manhã e almoço, na mesa, junto com os familiares, numa tentativa de socialização, proporcionando a estes menores uma noção sobre família e que existiam pessoas que queriam o seu bem.

Outra parte da elite engolia seu rancor mudo porque, equivocadamente, temia algum dia se encontrar na mira da caneta do juiz. Repudiava a tentativa do magistrado em implantar a Prisão Albergue na comarca, cujo projeto conseguiu, com sua influência e fama de Juiz que não passava a mão na cabeça dos poderosos, que se aproveitavam da condição econômica ou política para excluir da sociedade os menos favorecidos. Reunindo em torno de si alguns dos seus alunos colegiais, onde ministrava aula de Educação Moral e Cívica e de Organização Social e Política do Brasil, o Juiz Dr. Benevides, conseguiu ativar uma campanha comunitária e construiu a primeira sede de uma prisão albergue na Bahia, na comarca de Jequié, em terreno baldio aos fundos da cadeia pública municipal.

O Juiz incomodava os poderosos. Com a ingerência no Judiciário, que lhe era peculiar, o político poderoso da época, conseguiu tirar o Juiz daquela comarca interiorana porque as suas ideias extrapolavam os limites do Estado, sendo prestigiado pela grande imprensa dirigida, pelo Jornal **O Globo**, onde o saudoso Roberto Marinho manifestou apoio aos projetos daquele juiz cidadão, compartilhado pela FUNABEM, CAPEMI e por outras instituições de expressão e influencia nacional, na época, nos anos 70. Removido para a capital do Estado, Salvador, as obras sociais executadas pelo juiz cidadão foram encerradas, dentre as quais, a Sociedade de Bem-Estar dos Presos, em cuja sede, hoje, funciona uma associação beneficente dos deficientes visuais, bem como foi extinta a Associação Jequieense de Amparo ao Menor.

Na outra ponta da vida forense, antagonizando o juiz cidadão, a figura de uma julgadora, temida pelos homens separados, com filhos, que eram condenados a pagarem pensão alimentícia acima do que eles poderiam ganhar, se empregados estivessem, que, certo dia, deferiu pedido de alimentos provisórios obrigando uma mulher, mãe, a pagar um salário mínimo de alimentos a seus dois filhos, que residiam com o pai. Na audiência, a magistrada, sem nenhuma atenção devida à leitura dos autos, quando concedeu os alimentos provisórios, se dirigiu ao pai dos alimentandos e antecipou a sua decisão, que não iria diminuir a pensão fixada provisoriamente. Interveio o advogado da mãe a dizer que ela é quem estava pagando os alimentos e não o pai. A magistrada não escondeu o seu espanto, manuseou os autos, desta vez atentamente, e constatou que a mãe estava a pagar os alimentos provisórios. De imediato, elogiou o advogado pelas petições de juntada dos documentos que comprovavam o salário e as despesas da alimentante, e reduziu a condenação a 22 % do salário mínimo. **Foi crime de hermenêutica?** Quem indenizou aquela mãe pelos dias de privação do que precisava para a sua subsistência até a decisão final? Iria o Estado ser demandado? Irônico e explícito que aquela julgadora tinha um desvio de conduta e não dificuldade de interpretação de leis. Deve ter sofrido um trauma na vida. **Mas, hermenêutica não! Isto é uma evasiva à justificação do que se praticou com irresponsabilidade.**

Este destaque no tema, não tem o condão principal de homenagear a memória daquele Juiz Cidadão bahiano, **Dr. Edmundo Benevides de Azevedo**, mas, ilustrar o tema como exemplo de que **juiz cidadão não é aquele que recebe advogados e partes em seus gabinete fora das audiências**, mas, sim, aquele juiz destemido que influencia a comunidade a amparar socialmente os seus carentes e em vias da marginalização. Quem convive a sociedade onde milita não se esconde atrás de hermenêutica criativa. Ideia que, na atualidade, a ONU vem abraçando na tentativa de motivar o surgimento dos **municípios autosustentáveis**.

A Hermenêutica, como ciência, tem por objetivo estudar a norma existente, interpretá-la de forma adequada para fazer a aplicação correta a um determinado fato social. É uma operação multidisciplinar, que envolve direito, filosofia, sociologia, antropologia e muitos outros saberes, todos voltados para a melhor aplicação do *suum cuique tribuere* – a cada um o que lhe é próprio. Maximiliano, cultor indistigável da disciplina, encartou em lapidar definição: **“A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”**.

Não seríamos, portanto, medíocres, admitindo que algum julgador singular de comarca de entrância inicial ou nas turmas dos tribunais opera o conjunto multidisciplinar da hermenêutica, de forma a prolatar uma decisão seguramente fundamentada e argumentada sem a influência de sua formação e desequilíbrios passíveis do ser humano. Ainda assim, não haverá que se falar que a função inerente ao magistrado, que é justamente a de interpretar e aplicar as leis de nosso país, de acordo com o resultado desta interpretação, pode ser escandalosamente criminalizada, a fim de atender, como era de se esperar, os anseios mais espúrios de nosso sombrio Poder Legislativo, na atualidade, abalroado com denúncias de corrupção em todos os segmentos das atividades governamentais, dentre os crimes de responsabilidade.

Entretanto, não há que se confundir está equivocada interpretação da lei com hermenêutica criativa. Dar a interpretação que lhe convém para criar resultado diverso do espírito da legislação pertinente à questão. Por outra vertente, a efetividade das penalidades impostas a quaisquer mortais por danos que estes causarem a outrem deve ser a tônica dos debates. Que o jargão ecoado no STF, recentemente, garantindo que **o pau que dá em Xico dá em Francisco**, na PGR que dizia **enquanto houver bambu vai ter flecha**, além da produção cinematográfica do “**Polícia Federal – A lei é para todos**”, sejam a realidade e não cenas para manchetes de jornais.

A pessoa é presa por dirigir embriagada, mas, o julgador sóbrio encarcera um inocente por décadas e está correto porque amparado pelos princípios da hermenêutica ou livre convencimento.

Entretanto, foi preciso um momento político conturbado no Brasil para legisladores, com discurso de legalismo, tentarem a criação de leis que criminalize um Magistrado pela decretação de decisões que, em outro momento, são consideradas erradas e que causam, sem dúvida, danos irreversíveis ao jurisdicionado, eis que a prerrogativa cidadã para demandar o Estado a reparar o dano é utópica. É até cômico dizer que um preso por erro de decisão judiciária conseguiu do Estado indenização pelos anos em que foi retirado do convívio de seus familiares e da sociedade para ser jogado num cubículo de penitenciária.

Nesta seara, o cidadão, ainda, é desprovido de seus bens, da busca e apreensão do seu automóvel quando não de todo o seu patrimônio, por erro de uma decisão, monocrática ou não, porque o fisiologismo até parece cultura na vida dos brasileiros, bem ao estilo das torcidas organizadas. E que assim não fosse a segurança jurídica do devido processo legal haverá que ser mais valorizada do que a penalidade de quem causou danos a outrem através de seu poder de dar a decisão no processo.

Os mais polêmicos, que são contra qualquer ideia, seja qual for e a que benefício se destine, porque importa estar contra para ganhar evidência, se manifestam justificando os princípios da hermenêutica, que o julgador não pode ser penalizado pela prolação de uma decisão. Ora, todas as formas de causar danos surgem da interpretação errada sobre o certo e errado, se doloso ou culposos. O que há de se desenvolver é uma forma de tornar menos danosa ou de reparação efetiva sobre a decisão equivocada, a qual ninguém pode atestar se foi uma questão de hermenêutica ou surgida da má fé, da formação deficiente, do perfil psicológico e traumas ocultos do julgador bem como oculta a sua ideologia política ou preconceituosa, que passam despercebidos pelas fases de seu ingresso na magistratura.

Seria primário, dizer que um motorista de automóvel é efetivamente penalizado, criminal e civilmente, por atropelar o motociclista que transitava na sua lateral, não importando se o atropelado se encontrava no ponto cego de seu retrovisor. De imediato, vem a acusação fundamentando que a obrigação primeira da segurança no trânsito é do condutor de veículo de maior porte. O que falar do engenheiro que assinou a obra que desabou causando danos? Penalizado com a indenização por crime de responsabilidade. Enfim, dispensável enumerar.

Mas, não é o que se ver no âmbito do judiciário. Não se desconhece a existência de penas contra o julgador. Mas, há de se observar que não são efetivadas, que há fisiologismo que se estende a uma pseudoparceria Juiz-Ministério Público, que não se conhece quando foi penalizado um representante do *parquet* assim como se sabe que a quase totalidade dos pareceres ministeriais são acompanhados pelo julgador, como se fossem minutas de decisões.

Ministrar medicamento errado e causar a morte do paciente é crime de hermenêutica? O médico entendeu errado a composição do medicamento? Neste aspecto não se fala em interpretação e a reparação ou indenização às vítimas do erro médico é sem dúvida efetivada.

Hermenêutica para quem agiu com negligência e imprudência é defesa do indefensável. Qualquer atividade profissional se enquadra nos crimes de responsabilidade. A pessoa que vai julgar, em algum momento na interpretação da lei fica em dúvida ou uma luz ainda que fraca lhe sinaliza o erro, mas, prossegue, possivelmente, porque o acúmulo de processos na mesa é grande e precisa de decisões rápidas, por vezes, não pela busca da celeridade pretendida pelo jurisdicionado, mas, pelo volume de decisões que contribuam para a sua promoção. E na dúvida, a premissa maior seria buscar outra opinião de colegas ou melhor se aprofundar na questão para evitar o dano. Entretanto, para alguns, decidir logo e deixar que o Tribunal *ad quem* resolva se certo ou errado é a sua definição de julgador, muito longe do espírito de juiz cidadão, pois, se favoreceu uma parte com celeridade, na mesma velocidade causou danos à **parte adversa que vai ter que peregrinar pelos níveis do Inferno de Dante para em algum momento descobrir que morreu, que não há mais para onde ir**. Se sabemos que podemos morrer em um dos níveis desse inferno dantesco, a palavra de ordem é evitar, prever, preparar, alertar, penalizar o erro do julgamento com efetividade. Há de existir um coeficiente de decisões erradas para suspender, sem direito a benefícios, o magistrado que não corresponde à excelência da função.

Então, haverá que se encerrar o assunto do erro judiciário na Hermenêutica?

Óbvio, público e notório que o que se pretendeu com o Projeto de Lei sobre abuso de autoridade, recentemente, no Congresso Nacional, **seria absurdo dos absurdos impor a um juiz a pena de prisão por não conceder a liberdade provisória**, por decretar a prisão cautelar, quando permitir a lei e presentes os requisitos que beneficiam o preso. Não haverá que se falar em prender julgadores, mas, sim, que responda solidariamente com o Estado e seja, também, penalizado pelo dano causado ao cidadão, mantido preso indevidamente ou por mais tempo do que a lei permite. Mas, criar a lei para reparar o dano e penalizar a autoridade não é o que se persegue, nesta proposição, mas, sim, **SEJAM CUMPRIDAS DE FORMA EFETIVA A LEI EXISTENTE E AS NOVAS QUE ADVIREM. CESSAR O FISIOLÓGISMO QUE CARACTERIZA OS CONSELHOS DA MAGISTRATURA E AS CORREGEDORIAS. Que a reparação dos danos seja imposta ao julgador por negligência e imprudência em solidariedade com o Estado**.

Nos vem, no momento, a título de exemplo, um artigo assinado por **Eudes Quintino de Oliveira Júnior**, promotor de justiça aposentado/SP, mestre em direito público, e **Antonelli Antonio Moreira Secanho**, assistente jurídico no TJ/SP, publicado no **JusBrasil**, o seguinte:

O acusado pede a revogação desta prisão, mas o juiz a mantém, pelo que é impetrado habeas corpus, cuja ordem é negada pelo Tribunal de Justiça competente. Então, novo HC é impetrado, desta vez no Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que, novamente, o remédio heroico é negado.

O caso chega, então, no Supremo Tribunal Federal, onde então se conclui que, inequivocamente, estavam presentes os requisitos da liberdade provisória. **E agora? Quem cometeu o crime de abuso de autoridade previsto neste Projeto?**

Seria somente o juiz de primeiro grau? Mas e o relator do Tribunal de Justiça e do STJ? E os demais integrantes das Câmaras ou Turmas? E se o acórdão no Supremo não for unânime? Todos figurariam no polo passivo da relação jurídico-penal? Em concurso de agentes?

Desta feita, só se pode concluir que criminalizar o magistrado pela opinião jurídica extraída do processo – que é seu dever básico – é um ato que, além de ilógico, atenta contra a moral nacional. Porém, isentar o magistrado, pago com erário público, da indenização e

reparação dos danos causados por ter sido ineficiente no seu trabalho atenta não somente contra a moral da sociedade, mas, contra a sua imprescindível segurança, seu direito de não ser tripudiada, massacrada, seja por quaisquer doutrina que lhe prive o bem maior da vida e da liberdade, vítima de uma **república das galinhas e das baratas**.

Não se pode esquecer e nem contrariar as preciosas lições de **Rui Barbosa, precursor da análise dos crimes de hermenêutica**, e que assim ensinou, com a costumeira maestria:

Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea [...] Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juízes, pelo sistema de recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo⁶.

Apesar de Bahianos, conterrâneos, estamos anos luz distante de contestar um ensinamento de Rui Barbosa. Com acerto e irrefutável as lições de Rui Barbosa. O direito não é estático. Por certo, na atualidade, o que preocupa é a falta de efetividade às penalidades, já existentes, contra os magistrados, previstas nas legislações específicas que dão sentido aos Conselhos e Corregedorias. **Não poderia, no seu tempo, Rui Barbosa prever o manuseio contemporâneo de uma interpretação transformada em HERMENEUTICA CRIATIVA** - dar à lei outro sentido que ela não inspira, criando outra no lugar daquela, causar dano e justificar que foi livre convencimento por interpretação. Que todos fossem penalizados a repararem e indenizarem o erro cometido, por terem privado uma pessoa de seu bem maior, a liberdade, pela qual se vive e se mata solitária ou coletivamente com a morte de milhões de pessoas outras nas guerras entre nações e internas quando civil.

A hermenêutica jamais pode ser entendida como crime. Não pode ser utilizada, de forma hipérbole, para justificar um crime, mas, também, não pode servir para isentar alguém de pagar pelo dano causado a outrem e nem que desconheçamos que foge do sentido da interpretação o que podemos chamar de **hermenêutica criativa**. E para isso, sejam efetivadas as leis existentes, bastante para a advertência, suspensão e cassação, responder solidariamente com o Estado pela indenização do dano causado com as suas decisões erradas. Não havendo o dolo, por certo, há de se reconhecer que existe o dano culposos. Ambos os casos obrigam o agente a indenizar, a reparar o dano causado. Seja, ainda, retirado da legislação atual o direito a aposentadoria compulsória e outros benefícios pagos pelo erário público e que se estenda isso a governantes, que, mesmo condenados permanecem recebendo proventos do Estado. **Qual moral reveste uma Justiça que aposenta e continua pagando com dinheiro do povo os que praticaram injustiças?**

Pois, o mesmo Rui Barbosa que sabiamente doutrinou contra o chamado crime de hermenêutica, também, doutrinava que **a pior das ditaduras é a do Judiciário porque contra ele não há mais a quem recorrer**.

⁶ (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 23, t. 3. p. 2280).

Efetividade das penalidades contra quem julga e prende com imprudência e negligência porque o dano causado que não é doloso, pelo princípio da hermenêutica, é dano culposos. Impunidade é o labirinto por onde se perde a última trincheira da moralidade. O que se pretende, nesta proposição, é que o magistrado responda solidariamente com o Estado na indenização e que as penalidades não recaiam em vergonhosas suspensão e aposentadoria compulsória, direito que não assiste a nenhum outro cidadão que causa danos a outrem. Se o erro foi sanado no STF, que respondam solidariamente todos que culposamente causaram o dano ao cidadão. O cidadão não pode pagar com a sua liberdade e seu patrimônio a ineficiência, imprudência e negligência dos que prestam serviços públicos – máxime o da prestação jurisdicional.

3 O COTIDIANO DA HIPOTECA COMO DIREITO REAL DE GARANTIA IMOBILIÁRIA MAIS UTILIZADA NA ATUALIDADE

Francine Pisteco Galbossera

Direitos reais são aqueles previstos no art. 1.225 do Código Civil, sendo eles: a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, a usucapião, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca, a anticrese, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso. Pode-se dizer que o direito real recai sobre a posse.

Possui como característica sua limitação, pois, é regulado de forma expressa pela norma jurídica. O objeto do direito real é a propriedade, recai sobre o bem alheio.

Pelo direito real, recaem as obrigações *propter rem*, que tem como característica a ligação de um possuidor a sua posse; a possibilidade desse possuidor em alienar o bem, se desfazer da coisa ou transmiti-la por meio de negócios jurídicos.

E é por estas caracterizações que surge a garantia ao direito real, sendo esta um instituto por meio do qual o devedor destaca um bem específico que garantirá o ressarcimento do credor na hipótese de inadimplemento da dívida.

Maria Helena Diniz¹ destaca:

Colocando o credor a salvo da insolvência do devedor, com sua outorga o bem dado em garantia sujeitar-se-á, por vínculo real, ao adimplemento da obrigação contraída pelo devedor. Tem por escopo garantir ao credor o recebimento do débito, por estar vinculado determinado bem pertencente ao devedor ao seu pagamento.

O direito real de garantia possui duas características principais, são elas: sequela, pois o direito real acompanha o bem e; acessoriedade, pois o bem é dado em garantia a fim de satisfazer a obrigação principal de adimplemento da dívida.

A função da garantia real no ordenamento jurídico brasileiro é a de fazer recair um ônus sobre a coisa para garantia do cumprimento da obrigação principal.

O desejo em adquirir uma propriedade ainda é uma das maiores conquistas do homem, mesmo sendo para fins de investimento. No entanto, com a crise no setor imobiliário, cada dia mais os imóveis são lançados ao mercado com valor elevado. Assim, as aquisições ocorrem por meio de financiamentos com prazos delongados.

O Prof. Caio Mário da Silva Pereira ensina que os apartamentos, as salas, os conjuntos comerciais e as lojas podem ser dadas em hipoteca, independentemente da anuência dos demais comunheiros. Em fase de construção, “[...] é lícito dar em hipoteca a fração ideal do terreno, caso em que o ônus hipotecário compreenderá com ela a edificação na medida ou na proporção em que se desenvolva”. Maria Helena Diniz, explicita que “[...] o direito real de garantia é o que vincular diretamente ao poder do credor determinada coisa do devedor, assegurando a satisfação de seu crédito se inadimplente o devedor”²

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das coisas, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4, p. 522.

² DINIZ, op. cit., p. 522.

O crédito hipotecário implica-se em indicar o imóvel ou bem como garantia de pagamento do empréstimo contraído. Este tipo de crédito confere aos bancos uma maior garantia de pagamento. O processo de avaliação de crédito é bem detalhado, pois a instituição procura diminuir ao máximo os riscos de prejuízos. A segurança que os bancos buscam nestas operações é percebida na forma das excelentes condições de pagamento. As instituições financeiras, solicitam uma série de documentações para que possam indicar este bem como garantia, devendo tal documentação ser analisada com prudência, na medida em que a impossibilidade de pagamento provoca a perda do imóvel ou bem. Colocando um bem em garantia é possível conseguir um empréstimo com taxas de juros baixas e prazos maiores de pagamento. Assim, é preciso ter um imóvel próprio para solicitar um financiamento bancário ou empréstimo, pois, imediatamente irão te exigir uma garantia e a mais utilizada é a hipoteca. Em outras palavras, o cliente deve ter um imóvel em seu nome e com a documentação regularizada.

O prazo de quitação da dívida hipotecaria é de até 30 (trinta) anos, de acordo com o Código Civil, art. 1.485:

Art. 1.485. Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até 30 (trinta) anos da data do contrato. Desde que perfaça esse prazo, só poderá subsistir o contrato de hipoteca reconstituindo-se por novo título e novo registro; e, nesse caso, lhe será mantida a precedência, que então lhe competir.

A hipoteca destaca-se no rol de garantias reais por conta de seu dinamismo e à prioridade que dá ao credor quanto ao pagamento do crédito, faz com que o credor se satisfaça mesmo com a inadimplência do devedor de forma bastante objetiva, o que facilita também na aquisição de crédito. A inadimplência é a questão central para que essa relação se dê de forma proveitosa para credor e devedor, contribuindo para que a hipoteca seja uma garantia obrigacional importante.

Apresenta-se como acessório de uma concretização de negócio jurídico. Com a possível inadimplência do devedor, a hipoteca se evidencia e faz com que os contratos garantidos por ela sejam cumpridos.

A distinção da hipoteca dos outros direitos reais de garantia, é que a posse do bem oferecido como garantia continua com o devedor, que poderá aperceber-lhe os frutos. Considerando que a hipoteca normalmente recai sobre bem imóvel, pode-se defini-la como o direito real de garantia que sujeita um imóvel em poder do devedor, pertencente a este ou a terceiro, ao cumprimento de uma obrigação existente entre credor e devedor.

Esta garantia real pode recair também sobre bens móveis, é o caso dos navios e aeronaves. Com relação ao que dispõe o art. 82 do CC: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação”.

“A aeronave é bem móvel registrável para o efeito de nacionalidade, matrícula, aero navegabilidade, constituição de hipoteca, publicidade e cadastro geral”, na forma do art. 106, parágrafo único, do Código Brasileiro de Aeronáutica, vale dizer, da Lei Federal nº 7.565/86. Quanto aos navios, a Lei Federal de nº 7.652/88, disciplina a hipótese e esclarece que tais bens são móveis.

Sobre navios, a hipoteca é registrada no Tribunal Marítimo (Lei n. 2.180, arts. 92 a 100); sobre aeronaves, no Registro Aeronáutico Brasileiro, que é o único para todo o país (Código Brasileiro do Ar, Decreto-lei n. 32, de 1966, arts. 18 e 19).

Poderá haver hipoteca de dívida futura ou condicionada, conforme disposição do art. 1487 do CC:

Art. 1.487. A hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido.

§ 1º Nos casos deste artigo, a execução da hipoteca dependerá de prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição, ou ao montante da dívida.

§ 2º Havendo divergência entre o credor e o devedor, caberá àquele fazer prova de seu crédito. Reconhecido este, o devedor responderá, inclusive, por perdas e danos, em razão da superveniente desvalorização do imóvel.

Rege-se então esta garantia por dois princípios: especialização e da publicidade. Pelo princípio da especialização é imprescindível que, para a existência do ônus real, seja fixado o total da dívida e a especificação da coisa dada em garantia. É de suma importância se certificar da descrição minuciosa do bem e o quantum o devedor hipotecário está devendo. A escritura deve identificar os bens dados em garantia, o que torna impossível a existência de hipoteca sobre bens futuros. Caso o valor da dívida for desconhecido, determina-se por ocasião da constituição da hipoteca, uma estimativa, de tal modo que, na época do vencimento, tenha um valor certo e líquido. Significa que todo registro deve recair sobre um objeto individuado a ser garantido e de uma dívida. Já o princípio da publicidade tem o dever de emprestar publicidade aos ônus que recaem sobre os bens, protegendo terceiros interessados em adquiri-los ou que pretendam por qualquer modo se utilizarem deles. Por este princípio dá a publicidade. Basta registrar o título constitutivo no Cartório de Registro de Imóveis correspondente para valer contra terceiros.

O registro é também um meio de estabelecer a prioridade entre vários credores hipotecários. O primeiro que registrou a hipoteca tem a preferência de receber antes daquele que registrou depois, conforme o que dispõe o art. 1.493 do CC: “Os registros e averbações seguirão a ordem em que forem requeridas, verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo. Parágrafo único. O número de ordem determina a prioridade, e esta a preferência entre as hipotecas”.

Além do mais, é de suma importância o princípio da publicidade com relação a pluralidade de hipotecas, este exercício é autorizado por Lei, ocorre que o dono de imóvel já hipotecado, mediante novo título, poderá constituir mais hipotecas, quer em favor do primitivo credor hipotecário, quer em favor de um terceiro credor (CC, art. 1.476) gerando assim a hipoteca de imóvel hipotecado que se denomina sub-hipoteca.

O credor sub-hipotecário somente exerce seu direito, após o credor hipotecário satisfazer seu crédito e aquele só terá direito ao que lhe sobrar. É o que dispõe o art. 1.477 do CC: “Salvo o caso de insolvência do devedor, o credor da segunda hipoteca, embora vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira”.

O credor da segunda hipoteca, apenas tem como garantia a parte do valor do imóvel que restar, depois de paga a primeira. “Caso o devedor da obrigação garantida pela primeira hipoteca não se oferecer, no vencimento, para pagá-la, o credor da segunda pode promover-lhe a extinção, consignando a importância e citando o primeiro credor para recebê-la e o devedor para pagá-la”.

Na inadimplência do devedor, se o segundo credor efetuar o pagamento, se sub-rogará nos direitos da hipoteca anterior conforme o art. 1.478 CC. “Se o primeiro credor estiver

promovendo a execução da hipoteca, o credor da segunda depositará a importância do débito e as despesas judiciais” (par. ún. do art. 1.478 CC).

Classifica-se a hipoteca de quatro formas: convencional ou comum, legal, especial e censual.

A primeira para sua constituição é exigido que o devedor hipotecário seja o proprietário da coisa que irá indicar para o cumprimento da obrigação principal entre ele e o credor. Este devedor deve ter a capacidade de alienar este imóvel através de contrato bilateral particular ou que tenha a forma de escritura pública e que principalmente o título constitutivo seja registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Existindo uma obrigação principal que tem seu cumprimento garantido pela coisa, é claro dizer que a hipoteca é um começo de alienação. Pois, se o devedor não cumprir a obrigação, imediatamente o credor passar a ter direito de executá-lo. Só pode hipotecar quem é o dono da coisa.

Já a hipoteca legal se origina da lei. Conforme dispõe o art. 1489 do CC:

A lei confere hipoteca:

I – às pessoas de direito público interno (art. 41) sobre os imóveis pertencentes aos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas;

II – aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior;

III – ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;

IV – ao co-herdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente;

V – ao credor sobre imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação.

Devemos ter em mente que há necessidade de um procedimento judicial por não existir um título convencional a ser registrado. O CPC disciplina a matéria nos arts. 1.205 a 1.210. “A hipoteca legal pode ser substituída por caução de títulos da dívida pública federal ou estadual, recebidos pelo valor de sua Direito das Coisas 480 cotações mínima no ano corrente; ou por outra garantia, a critério do juiz, a requerimento do devedor” (CC, art. 1.491).

A hipoteca especial é aquela que recai sobre bens móveis, sobre navios e aeronaves conforme disposto anteriormente e também pelas vias férreas.

Pelas vias férreas compreende-se além do solo onde localizam-se os trilhos, as estações e demais edifícios. No que tange ao art. 1504 do CC: “Os credores hipotecários poderão opor-se à venda da estrada, à de suas linhas, de seus ramais, ou de parte considerável do material de exploração; bem como à fusão com outra empresa, sempre que com isso a garantia do débito enfraquecer”.

Por fim, a hipoteca censual recai como crédito hipotecário agrícola destinados aos financiamentos para fins agrícolas, trata-se de um título de crédito que após seu registro no Cartório de Registro de Imóveis, terá eficácia *erga omnes*.

As formas de extinção desta garantia estão previstas no art. 1499 do CC:

A hipoteca extingue-se:

- I – pela extinção da obrigação principal;
- II – pelo perecimento da coisa;
- III – pela resolução da propriedade;
- IV – pela renúncia do credor;
- V – pela remição;
- VI – pela arrematação, ou adjudicação.

Desta forma vale ressaltar que, em se extinguindo a obrigação principal automaticamente se extingue a hipoteca por se tratar de uma obrigação acessória. Com a destruição da coisa, há o fim da hipoteca, pois, nesta situação, o direito real fica sem seu objeto.

Se o objeto perecido se encontrar segurado, a hipoteca poderá recair sobre o valor da indenização deste bem. A quantia recebida passar ser o objeto da hipoteca. De acordo com o art. 1425 do CC em seu inciso I: “A dívida considera-se vencida: I – se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfalca a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir”.

Se resolvida a propriedade, o devedor que deu o bem em garantia deixa de ser dono, conseqüentemente a hipoteca deixa de existir.

O ato unilateral de renúncia, por parte do credor dará fim a hipoteca. Devendo esta renúncia ser expressa. Remição significa extinguir a execução.

Diz o art. 651 do CPC: “Antes de arrematados ou adjudicados os bens, pode o devedor, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios”. O direito de remição deverá ser exercido mediante depósito em dinheiro do valor avaliado.

Nos casos de penhora do bem gravado ordenada pelo juiz, poderá ocorrer disputa do bem por licitação, configurando uma arrematação, se o próprio credor o adquirir configura-se adjudicação e esta é uma forma de extinção da hipoteca. A arrematação e a adjudicação são espécies de venda judicial do bem penhorado.

A renúncia do credor da hipoteca através de documento público ou particular registrado no Cartório de Registro de Imóveis acarreta o possível cancelamento da hipoteca.

Art. 1500 do CC: “Extingue-se ainda a hipoteca com a averbação, no Registro de Imóveis, do cancelamento do registro, à vista da respectiva prova”.

Com relação as garantias reais, o que tem sido mais utilizado pelas instituições financeiras como meio financiamento da propriedade imobiliária é hipoteca, logicamente por apresentar maiores condições de exequibilidade do crédito e, ainda, segurança jurídica.

Pela segurança jurídica, quanto maior a segurança em reaver o crédito, menor será de incidência de taxas juros, ou seja, a instituição financeira diminuirá a incidência das taxas, devido a menor dificuldade de acesso ao bem ou à quantia pecuniária.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 24. ed. Rio de Janeiro: GEN ; Forense, 2016. v. 4.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Márcio Adriani Tavares Pereira*

Escrever sobre a prática da Justiça Quântica nos remete a um cenário incrível com nomes de forte expressão como o Pai da quântica Max Planck que recebeu o prêmio Nobel em 1918 e, Albert Einstein, que utilizou a conjuntura de Planck para melhor explicar os resultados obtidos nos seus trabalhos sobre o efeito fotoelétrico em 1905.

A Física quântica no início do século XX apontou a teoria do comportamento da matéria (*quantum*) nos níveis de ondas e partículas, suplantando a física clássica newtoniana.

Com o desafio de sobrepujar essa visão de probabilidade surge as teorias, procedimentos, estudos e, teses para sobrelevar a retrospectiva histórica.

Dessa forma, a ideia de interação como característica do direito quântico, bem explicada pelo saudoso advogado e, Professor Goffredo da Silva Telles, que cita: “Bergson provou que sobre as outras, e todas se influenciam mutuamente, interpenetram-se, e afinal se compõem em organizações novas [...]”

A dinâmica do direito quântico é interativa, com o despertar da consciência entre direito e cultura com uma visão ampla sistêmica, vez que a matéria-prima determinante da norma jurídica pode deixar de lado a interação das micropartículas quânticas, comportamento das células, considerando os fatores ideológicos, sociais, políticos, raciais, religiosos, culturais, etc...

Como cediço, a física contemporânea inaugurou a concepção sistêmica da vida onde a corrente de Fritjof Capra denomina “ponto de mutação” uma visão holística do universo.

Após estudos chegamos ao consenso que a prática da Justiça Quântica se encontra na essência da sociedade, podendo ser observada por meio dos membros desta, aplicando técnicas de qualidade de vida, estimulando e, facilitando a pacificação social com essa tendência que atualmente está inserida no NCPC (Novo Código de Processo Civil), desentranhando o judiciário e desvendando o **emaranhamento quântico** proporcionando ainda a prevenção futura e, soluções de litígios presentes.

Impende ressaltar que o direito quântico possui diversas práticas justas e perfeitas, consiste em procedimentos, técnicas que estamos revelando por meio deste canal de comunicação e, em breve por outros com as parcerias adequadas públicas e privadas, eis que visa: i) motivar o autoconhecimento; ii) impulsionar os direitos humanos; iii) fomentar expansão de consciência ética; iv) defender o Estado Democrático de Direito e nossa Lei Maior; v) qualidade de vida com direito em transformação; vi) integração cósmica quântica, considerando as diversas searas do direito e da vida aterrissando na sinergia do equilíbrio com os ensinamentos das práticas no direito quântico em sintonia com todas as searas do direito; vii) equilibrar a energia combatendo desde um stress até uma eventual depressão, considerando ainda o primordial acompanhamento médico; viii) facilitar maior celeridade na composição dos conflitos.

As práticas do direito quântico resultam em melhora da qualidade mental, física e emocional de modo a operacionalizar transformações, com soluções compartilhadas em total sinergia com todos os ramos do direito.

* Advogado, Mestre em Direito Constitucional Econômico, especialização em Empresarial (fusões, aquisições, impostos); Administrador com especializações em Direito Imobiliário Material e Processual, Imobiliário Empresarial; Terapeuta Integrativo Quântico, praticando filantropia por mais de duas décadas, tendo participado de mais de DEZ Conferências Internacionais de Metafísica. E-mail: marciotavares.m3@gmail.com

No tocante ao tema (**abundancia...**), mencionamos o lato sensu, isto é, abundancia na educação, saúde, segurança, valores morais etc... vem de encontro com a situação política financeira de nosso país, devido à falta de cooperação de algumas pessoas.

Salvo melhor juízo, há uma série de legislações e reformas favorecendo a concentração de riquezas no Brasil, o que não é bom para a funcionalidade da economia, a revista **The Economist** aponta claramente mencionando o risco de que pode arrebentar uma quebra ainda maior que a de 1929, eis que a ganância não tem limites.

Segundo Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional (SINPROFAZ), a estimativa de sonegação fiscal em 2015 atingiu a cifra de R\$ 420 bilhões.

A solução fiscal adequada é o planejamento tributário conforme os ditames legislativos para minimizar os riscos e custos fiscais, assim como tomar as providencias necessárias para a proteção patrimonial física e empresarial de forma preventiva preservando assim a(s) família(s) e o(s) direito(s) adquirido(s).

O escopo do presente artigo é acender uma pequena chama e, invocar a alquimia do direito quântico, pois uma relação jurídica é sempre uma interação quântica, a partir dos movimentos autorizados pelas normas jurídicas.

No conflito de interesses temos os direitos objetivos e subjetivos de uns que se confrontam com os de outros, enquanto no direito quântico, aplica-se técnicas de reflexão e transformação do Ser, vez que a alquimia do direito quântico é o meio pelo qual ocorre a transformação.

Imperioso ressaltar que os procedimentos, dispositivos e ou mecanismos físicos ou intelectuais utilizados na alquimia quântica também inserido no direito quântico sempre foram secretos, subjacentes, inexplorado por muitos e, privilégio de poucos.

Uma das formas de se manter o conteúdo fechado foi e ainda é a manutenção de códigos secretos e ou símbolos que foram criados.

Entretanto, estamos formatando cursos modulares estruturados para a revelação dos códigos secretos, assim como os conceitos da física quântica no processo de uma nova consciência do direito, papel relevantíssimo na formação da consciência, bem como na transmutação de padrão não contemporâneo.

Não se pode contestar que a base social de um país se encontra na Educação, exemplo maior deste conceito é o Japão que investiu fortemente no conhecimento de cada cidadão com alta qualidade: princípios culturais; sentimento de cooperação; estímulos humanitários; desenvolvimento de um por todos e todos por um.

Dessa forma, busca-se parceria para implementar os cursos modulares e de atualizações na intenção de incentivar e lapidar cada profissional não só no ramo do direito, como em outras searas. Assim sendo, imperioso estimular as classes formadoras de opiniões tais como: professores, advogados, escritores, pastores, políticos, padres, ativistas, colonistas, jornalistas e etc...

Em síntese, o direito é um fenômeno de regulação social de ampla magnitude quando relacionado com inúmeros outros fenômenos sociais, tais como: a administração, a economia, a cultura, a moral, a política, a religião etc.

Após pesquisa e estudo, até mesmo prático, quando da aplicação das teorias, códigos secretos e ou simbólicos constata-se o prestígio da consciência da integração cósmica quântica.

O primeiro físico matemático Von Neumann a sugerir que a mecânica quântica tem um papel relevante no processo de formação da consciência.

Compactuam também com esse entendimento vários físicos renomados como Eugene Wigner, Fred Alan Wolf, Fritz London, Freeman Dyson, Henry Stapp, Roger Penrose. Além da

concepção acima Fred Alan Wolf e, Roger Penrose atestam que não só é pertinente a percepção supra como essencial no âmbito da teoria quântica como afirma o prêmio nobel Eugene Wigner.

O físico Fritjof Capra, Ph.D., demonstra a importância dos fenômenos quânticos, desde a observação do fragmento ou átomo, passando pelo evento físico, considerando ainda a consciência do sujeito que examina a trajetória de um elétron quanto a definição do seu comportamento. Logo, segundo o autor, tudo se interpenetra e se torna interdependente, até mesmo o observador e o objeto em tela.

Muitos estudiosos da quântica aderem ao conceito quântico do todo e da parte em sinergia com o conceito oriental tradicional da natureza, sendo que o átomo sintetiza a unidade da Criação.

Cabe ainda ressaltar, que toda manifestação da matéria, do pensamento, do desejo, da emoção e da vontade são acompanhadas de vibrações, assim como todo Universo, vez que também por esta razão acredita-se na integração cósmica quântica.

Nós como coautores do Mundo podemos ousar a fazer uma pequena definição ou visão sobre o direito quântico, eis que o mesmo abrange todo o direito do universo.

A oportunidade de “renascer”, isto é, começar de novo, com a promessa de uma vida completamente diferente daqui em diante e também de um mundo completamente diferente, eis que o direito quântico na nossa singela visão consiste em: a) estruturas dos elementos quânticos, que liga ou religa o homem à sua própria essência; b) nasce com suas fontes bióticas remontando os registros akáshicos, bem como os registros em nossos DNA; c) exprime o sentimento e estado de consciência de cada um, refletindo no segmento social; d) demonstrar ainda o caráter que brota da alma da liberdade humana; e) trabalhar os átomos que sintetizam a criação; f) delimitar as energias humanas para o estado de cooperação na sociedade; g) relacionar o dever-ser com o ser de um sistema social que sabe interagir com o Universo.

Em suma, como sinopse: O direito quântico consiste na integração cósmica quântica, respeitando a visão supra, bem como a ética dos princípios morais intrínsecos na Luz.

Nesse artigo menciona-se uma prática relevante a abundância, sendo que na busca por padrinho(s) ou madrinha(s) que consistem em apoiadores da disseminação educacional por meio dos operadores do direito e demais segmentos que farão parceria conosco para podermos criar comissão do direito quântico, palestrar, desvendar, exemplificar e demonstrar os exercícios práticos e, as soluções da visão quântica.

A abundância é uma prática do direito quântico que perfaz a Justiça Quântica, vez que a abundância é um estado e não a luta por um objetivo.

Dando continuidade desse trabalho, nos próximos artigos, contribuirão com os ventos que sopram mudanças rumo à evolução da humanidade, na qual cada pessoa desperta para o estado de consciência da responsabilidade de cooperação, com uma existência mais ética, justa, perfeita, solidária e fraterna, cumprindo o nosso patriotismo e constituição!

REFERÊNCIAS

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma teológica**. São Paulo: Loyola, 2002.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*, 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DEUS, Jorge Dias de et al. **Introdução à Física**, 2. ed. Lisboa: McGraw-Hill de Portugal, 2000.

DIRAC, P. M. **The Principles of Quantum Mechanics**, 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1958.

EISBERG, Robert; RESNICK, Robert. **Física Quântica. Átomos, Moléculas, Sólidos, Núcleos e Partículas**. São Paulo: Editora Campus, 1979.

EISTEIN, Albert; INFELD, Leopold. **A evolução da física**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

FAGUNDES, Mateus. Sonegação de impostos chega a R\$ 420 bilhões no Brasil em 2015. **Estadão**, São Paulo, 22 out. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2sMmYz2>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

GASIOROWICZ, S. **Quantum Physics**. New Jersey: John Wiley & Sons, 1974.

KANT, Immanuel. **Crítica do Juízo**. Lisboa: Biblioteca Filosófica, 1938, p. 83.

KRANE, Kenneth. **Modern Physics**, 2. ed. New Jersey: John Wiley & Sons, 1996.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral**. São Paulo: Nacional, 1941.

MESSIAH, A. **Quantum Mechanics**. New Jersey: John Wiley & Sons, 1968.

OLIVEIRA, J. M. L. L. de. **Introdução ao Direito Civil**, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2001.

TIPLER, Paul. **Física para cientistas e engenheiros: Ótica e Física Moderna**, 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S. A., 1995. v. 4.

SERWAY, Raymond A. **Physics for Scientists and Engineers with Modern Physics**, 4. ed. Philadelphia: Saunders College Publishing, 1996.

SAKURAI, J.J. **Modern Quantum Mechanics**. Boston: Addison-Wesley, 1985.

TELLES JR., Goffredo. **O Direito Quântico**: Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica, 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 428.

_____. **O Povo e o Poder**, 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

5 A NEGOCIAÇÃO E A CULTURA DA PACIFICAÇÃO: A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO EFICAZ DO ADVOGADO DIANTE DA CRISE ECONÔMICA*

Danielle Cupello**

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais debatidos na sociedade nos últimos anos tem sido a crise enfrentada pela justiça brasileira, sobre a qual tomamos ciência todos os dias por meio dos profissionais atuantes e dos próprios meios de comunicação.

Há vários anos atrás, em 1975, o Supremo Tribunal Federal apresentou um extenso **Diagnóstico sobre a Reforma do Poder Judiciário**¹ no qual já relatava a existência de tal crise na justiça brasileira que, com o passar dos anos, veio se agravando. Na atualidade os Tribunais de Justiça de cada estado, bem como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal divulgam, entre outras informações, as relativas à quantidade de novos processos, processos em curso e julgamentos realizados, e os dados são alarmantes.

O descompasso entre a solução de litígios e capacidade do Estado de responder a esses anseios não é um privilégio brasileiro e também não é novo, como demonstram os estudos desenvolvidos pelos professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, da Universidade de Stanford nos Estados Unidos, em sua importante obra **Acesso à Justiça**², em que registram a sobrecarga da Justiça americana desde a década de 70, apresentando métodos alternativos de solução de conflitos, dentre eles destacam-se o juízo arbitral, os juizados de pequenas causas e a conciliação informal.

A redescoberta dos métodos alternativos de solução de conflitos (ADR – *alternative dispute resolution*), também conhecidos como métodos adequados de resolução de conflitos, emergem de um cenário em que sociedade, ainda mais globalizada e interdependente, exige a solução de controvérsias de forma bem mais simplificada, rápida, confidencial e menos onerosa.

Não obstante os ADRs trazerem uma simplificação e modernização muito grande no campo do direito, mas não se limitando a este, a nossa cultura ainda se mantém arraigada a uma tendência mais tradicionalista e ainda hoje preferem-se soluções que envolvam a decisão de um Juiz. Entretanto, o tradicionalismo cede espaço para uma substancial mudança na preferência **(i)** pela arbitragem, notadamente após a edição da Lei n. 9.307/1996, alterada pela Lei n. 13.129/2015; **(ii)** pela conciliação, vastamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para as previsões contidas no Código de Processo Civil, após as alterações da Lei 13.105/2015, e na Lei dos Juizados Especiais e, mais recentemente, **(iii)** pela mediação, a partir da publicação da Lei n. 13.140/2015.

O objetivo deste artigo é empreender uma breve reflexão acerca da importância do desenvolvimento dessas técnicas, em especial da negociação, na formação do advogado, num contexto da cultura da paz, da necessidade de sua interação com profissionais de outros setores, e dos impactos dessas mudanças em sua sistemática de atuação.

* O presente texto foi escrito para a Tribuna Livre da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira e a autora autoriza sua publicação.

** Advogada. Sócia de DCupello Advogados. E-mail: dcupello@dcupello.com

¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Diagnóstico sobre a Reforma do Poder Judiciário**. [Relatório]. Brasília: STF, 1975.

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 168.

CONCEITOS E REFLEXÕES

A resolução de conflitos é fundamental para a manutenção dos contratos, principalmente os de médio ou longo prazo, e dos próprios negócios diante da grave crise econômica que se apresentou nos últimos anos em nosso país. Os operadores do direito assumem papel relevante e necessitam buscar a melhora de sua formação e ampliar seus conhecimentos diariamente, inclusive, para agregarem noções de economia e administração ao seu campo profissional.

A atuação colaborativa do advogado em conjunto com profissionais de outras áreas, tais como, administradores, economistas, contadores e engenheiros, tem por finalidade estimular a condução adequada para a solução de eventual desajuste surgido no âmbito de um contrato ou do próprio negócio, com o objetivo de sua continuidade e, para isso, a forma de atuar do advogado é fundamental ao representar os interesses de seu cliente e ao negociar.

As ações de negociar precisam ser habituais dentro do exercício da advocacia, tanto pelos advogados internos quanto pelos externos, pois propiciam um entendimento mais claro dos pontos onde os conflitos já existem e de outros riscos potenciais, tudo voltado para a continuidade das relações e, conseqüentemente, dos contratos e dos negócios.

Uma questão que tem merecido destaque nos últimos anos, e se intensificado com a crise econômica brasileira, diz respeito à quantidade de empresas que têm experimentado gravíssimos problemas relacionados ao cumprimento de seus contratos, fruto de falhas na gestão de sua própria estrutura organizacional.

Diante do atual cenário do país, há uma necessidade maior de reavaliação do papel do advogado interno na estrutura organizacional da empresa, com a ampliação de sua visão, inclusive, quanto a aspectos econômicos relacionados aos contratos ou negócios que são desenvolvidos pela empresa onde trabalha. Já o advogado externo também necessita analisar a demanda de seu cliente de forma mais ampla, sem restringir-se aos aspectos legais que a envolvem, o que permitirá a apresentação de soluções jurídicas em consonância com profissionais de outras áreas, que certamente serão mais adequadas e menos onerosas para a questão a ele submetida, seja na resolução de um conflito ou na viabilização de um projeto ou negócio.

Um bom exemplo encontramos quando a questão sob análise vem pautada pela busca por reparação pelo inadimplemento de um contrato realizado com outra empresa, em que nem sempre a estratégia jurídica que leve a quebra da empresa inadimplente é a melhor ou a mais adequada solução do problema, seja ela proposta pelo advogado interno ou externo. Os advogados, nesse sentido, precisam estar preparados para sempre reavaliar a estratégia elaborada, principalmente para contemplar as informações e perspectivas das demais áreas financeira, contábil e administrativa.

Assim, pensar o Direito de forma estanque e somente sob a ótica das regras jurídicas existentes, e que podem ser aplicadas, é estreitar a perspectiva da melhor solução a ser alcançada, pois resultados melhores podem ser obtidos quando outras áreas são envolvidas e ajudam na avaliação dos riscos e na apresentação de opções para a resolução do conflito.

Por esse motivo, é recomendável que o advogado tenha em sua formação o claro entendimento do que seja a análise econômica do Direito, de forma que possa verificar como a ciência da economia pode impactar na ciência do direito positivamente.

Nesse contexto, podemos identificar a importância da economia para o direito a partir das contribuições científicas trazidas pelos laureados com o Prêmio Nobel dos últimos anos de 1992, 2016 e 2017.

O professor Gary Becker recebeu o Prêmio Nobel em Economia em 1992, em razão de seus estudos que trouxeram importantes contribuições no campo do Direito Criminal. Nas palavras de Luciano Timm e Gustavo Olsson (2012):

[...] o seu maior mérito foi exatamente tentar pensar os problemas de outras ciências e disciplinas (como sociologia, criminologia) preocupadas com o comportamento humano com o auxílio do ferramental da teoria econômica” e continuam “trata-se de um modelo direcionado a pensar a ação criminosa dentro de um contexto social e econômico – um agente que busca lucratividade (em um sentido amplo, como dinheiro, bens e utilidades) – com o intuito de contribuir para o avanço social, racionalizando custos e políticas e/ou melhor compreendendo a violência, e, a partir de um ferramental novo, buscar soluções diferenciadas.³

Os professores Oliver Hart e Bengt Holmström, respectivamente, professores de Harvard e do Instituto de Tecnologia de Massachusetts, ambos em Cambridge nos Estados Unidos, receberam o Prêmio Nobel de Economia 2016 pelas pesquisas iniciadas na década de 1970 e que trataram da busca por modelos melhores de contratos, trazendo importantes e realistas contribuições para a Teoria dos Contratos ao sustentar que não existem contratos perfeitos e que diferentes situações de mercado exigem diferentes acordos e soluções.

De fato, as pesquisas apresentadas não determinam o que efetivamente é considerado um bom contrato, uma vez que isso depende de inúmeras variáveis, mas levam as partes envolvidas naquela contratação a buscarem, de forma clara e objetiva, as questões relevantes que podem impactá-la.

Revelam os estudos de Hart e Holmström que é preciso permitir que todos os envolvidos busquem cooperar desde a elaboração até a resolução do contrato. No artigo publicado sobre esse tema, os professores Luciano Timm e Luciana Yeung sustentam que:

[...] a incompletude dos contratos faz com que exista, por exemplo, o risco de seleção adversa e a possibilidade de o contratante ter que transacionar contratualmente com parte que não se desejaria. Ademais, a análise econômica dos contratos revela os problemas concretos derivados dos problemas de agência (conflitos de interesse entre contratantes) e a necessidade de uma regulação desse problema por meio da imposição de deveres fiduciários de administradores frente à companhia, de agentes frente aos principais, do empregado frente ao empregador, entre outros. Nesse contexto analítico, o contrato passa a ser visto como mecanismo de coordenação e organização das atividades econômicas, sendo um elemento de incentivos ou desincentivos comportamentais.⁴

³ OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. *Análise econômica do crime no Brasil em Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier; FGV, 2012, p. 111-131.

⁴ TIMM, Luciano; YEUNG, Luciana. A análise econômica dos contratos. *Valor Econômico*, São Paulo, 29 nov. 2016.

Recentemente o Prêmio Nobel em Economia de 2017 foi entregue para o professor Richard H. Thaler, da Universidade de Chicago, que fez carreira mostrando que nem todas as decisões de consumo são racionais e, em seu trabalho, concluiu que a tomada de decisão de um indivíduo passa por análises econômicas e psicológicas.

Esse ponto é de extrema importância, pois nem sempre as decisões tomadas no momento da contratação são racionais, o que significa dizer que eventuais problemas pela má avaliação daquela decisão de consumo poderão ocorrer.

Diante dessas relevantes contribuições trazidas pelos ganhadores do Prêmio Nobel de Economia nos anos destacados, verifica-se que é de extrema importância que o advogado tenha sólidos conhecimentos e domínio da cultura da pacificação, entre elas, da técnica da negociação, para que ao estruturar e adotar uma estratégia para solução de determinado problema, o faça de forma a efetivamente viabilizá-la.

A volta do estudo mais aprofundado dos diversos métodos hoje disponíveis e de seus desdobramentos que passam pela arbitragem, conciliação, mediação, *med-arb*, *arb-med*, *dispute boards*, entre outros, traz como consequência imediata a valorização da técnica da negociação como instrumento prévio de manutenção da liberdade de contratar, do sigilo, da boa-fé entre as partes, da autonomia da vontade, antes que outros desdobramentos ocorram em âmbito judicial ou privado.

Muitas são as razões para o desenvolvimento desta tendência mundial de utilização de outros métodos na solução de controvérsias e não apenas a tradicional intervenção estatal no modelo Autor – Réu – Juiz. Nas relações dinâmicas de mercado, há cada vez mais uma busca por rapidez e especialidade, propiciando que sejam alcançadas soluções que melhor atendam aos interesses das partes e que pacifiquem e mantenham as relações entre os indivíduos ou entre indivíduos e pessoas jurídicas ou entre pessoas jurídicas, e que evitem o surgimento de outros conflitos ainda maiores.

Os contratos norteiam normalmente as relações do mercado e de seus diversos setores, e são formalizados inspirados tanto no princípio da boa-fé quanto no do equilíbrio e, desde o início, trazem a proporcionalidade e equivalência entre as prestações assumidas pelos contratantes, cumpridas, normalmente, de forma continuada e, às vezes, durante longo período de tempo. Nestas hipóteses, estes contratos podem, após certo prazo, necessitar de adequações para a restauração desse equilíbrio.

É inegável que a utilização de composições amigáveis dos litígios particulares e das discórdias é utilizada há centenas de anos, como pode ser observado nos antigos gregos e romanos, conforme nos ensina Luís Mattiolo, ao relatar que:

[...] em Roma o monumento mais belo levantado em memória de César foi aquela coluna aos pés da qual o povo socorria-se, para dirimir, amigavelmente, os litígios, em nome do pai da pátria⁵.

Como naquela época, ainda hoje as demandas são provenientes, muitas vezes, da discórdia, da inobservância dos estatutos legais, das convenções não respeitadas e da inadimplência, sendo as lides consideradas fatores de desagregação social.

Há séculos as ideias do filósofo e matemático grego *Platão* (428 a.C. - 347 a.C.) já traziam que:

⁵ MATTILOLO, Luís. *Tratado de Derecho Judicial Civil*. Madrid: Editorial Reus, 1930. t. 1, p. 120.

[...] o desejo de que as lides fossem poucas e breves, e recomendava a conciliação, que substituía a ira pela mansidão, o ódio pelo amor, a incerteza pela tranquilidade, assegurando a paz e a ordem dos cidadãos e das famílias⁶.

Cícero, ao falar da República, já dizia que a paz está depositada na felicidade humana, já que é o primeiro desejo do coração.

No estado social em que as pessoas se sujeitam às leis, o homem de boa índole tem sempre a intenção de dirimir as controvérsias existentes com seu adversário. A história tem demonstrado que a negociação, entre outros métodos existentes, é mecanismo de se obter a Justiça, de forma que se prevaleça o consenso e a boa-fé envolvidas, não havendo nestas hipóteses nem perdedores nem ganhadores.

A negociação é um processo pelo qual as partes contratantes fazem consultas e concessões mútuas com o objetivo de chegarem a um acordo satisfatório, de forma eficiente e amistosa. Para David Berlew, Alex Moore e Roger Harrison a negociação é:

[...] um processo em que duas ou mais partes, com interesses comuns e antagônicos, se reúnem para confrontar e discutir propostas explícitas com o objetivo de alcançarem um acordo⁷.

Dois são os tipos de negociação: um posicional, que engloba uma posição competitiva, com perdedores e ganhadores, confrontações e utilização de técnicas de convencimento, e; um segundo com base em interesses, que é mais colaborativo, com vencedores (ganha-ganha), amistoso e que tem como meta encontrar soluções mutuamente aceitáveis e equilibradas.

As principais características da negociação são: ser voluntário, privado, informal, não requerer intermediários, não ter limite de apresentação de argumentos para os pontos a serem avaliados ou reavaliados e ter por objetivo um acordo mutuamente aceitável e realizável. Seu desenvolvimento engloba as etapas básicas que são a exploração, a proposta, as opções, a concordância e a ratificação.

A exploração se dá antes do início da negociação. O negociador procurará conhecer tudo sobre o que vai ser negociado e o histórico que envolve ou envolveu as partes dessa negociação. Esta etapa é muito importante e dará a base e os pontos passíveis de serem negociados, bem como permite que já seja elaborado o planejamento prévio de como o negociador a desenvolverá.

Nessa etapa que envolve a exploração e, conseqüentemente, o primeiro planejamento sobre a negociação a ser iniciada, quatro são as perguntas que devem ser feitas segundo sugestão do professor William Ury⁸: **(i) Qual é a questão?; (ii) Quem são as partes?; (iii) O que você quer?; (iv) o que eles querem?**¹⁰.

Iniciada a negociação, logo pós ter sido feita essa análise prévia da possibilidade de realização de novo negócio ou da reavaliação do negócio em curso, propiciando a sua finalização

⁶ SCAMUZZI, Lorenzo, et al. **Conciliatore, conciliazione giudiziaria**. Primeira Parte. Torino: Digesto Italiano, 1896. v. 8, p.38.

⁷ BERLEW, David; MOORE, Alex; HARRISON, Roger. **The Positive Negotiation Program**. Massachusetts: Situation Management Systems, 1984.

⁸ William Ury é um dos maiores especialistas no mundo em Negociação e Resolução de Conflitos, tendo sido um dos fundadores do Programa de Negociação da Universidade de Harvard. Sugeriu a realização e resposta dessas quatro perguntas como forma de planejamento da negociação no Fórum Mundial de Negociação, realizado em 2009, organizado pela HSM.

⁹ Ao responder essa pergunta a parte e o negociador conseguirão identificar qual MAPAN (Melhor Alternativa Para um Acordo Negociado). A MAPAN é o que se busca em uma negociação, mas não pode ser a única e última alternativa naquela negociação.

¹⁰ A outra parte envolvida na negociação também tem sua MAPAN (Melhor Alternativa Para um Acordo Negociado), e conhecê-la é relevante e se tona uma vantagem para você negociador.

ou o restabelecimento do equilíbrio das relações que o envolvem, as partes e negociadores passam a trabalhar na apresentação de suas propostas. É comum que estas propostas venham na forma de minutas contratuais e que respeitem as disposições legais vigentes.

Na etapa das opções é relevante que sejam apresentadas alternativas variadas para a solução dos desajustes trazidos à negociação, dentro de um padrão mutuamente aceitável. Percebe-se aqui a utilização de um dos elementos básicos previstos na metodologia da Negociação de Harvard.

A concordância tem por objetivo a realização de um acordo pelas partes e é fundamental que os negociadores além de competentes sejam flexíveis, pois será possível, após terem assinalado todos os pontos do contrato, avaliarem todas as hipóteses divergentes e discutidas, propiciando que as partes daquele contrato cheguem a um acordo e a elaboração de um novo contrato ou aditivo mutuamente satisfatório, para a manutenção de seu equilíbrio durante sua vigência.

A ratificação, última etapa, é aquela em que, após realizada a negociação, a minuta contratual final é apresentada e assinada. Uma vez assinado o contrato busca-se não ser preciso revê-lo ou reajustar cláusulas imediatamente, pois isto além de enfraquecer o que havia sido previamente estabelecido e aceito, pode colocar as partes que negociaram em uma situação desconfortável.

Além dessas etapas acima especificadas e que, eventualmente, podem se desdobrar, a negociação deve ser bem planejada, com a definição dos objetivos e pontos a serem negociados, o estabelecimento dos parâmetros para a negociação dos pontos principais, a fixação do prazo para sua avaliação e discussão, a forma de comunicação, a hierarquia de aprovação das questões negociadas e quem serão os responsáveis por tais decisões.

O importante é que o negociador tenha uma metodologia ou várias metodologias para desenvolver o processo de negociação, pois isso faz com que possa ajustar e adequar o processo de forma a melhor adaptá-lo para àquela negociação específica. Cada negociação é única e assim deve ser tratada.

Dentre as várias metodologias existentes, destaca-se a mais famosa, que foi desenvolvida para o Projeto de Negociação da Harvard Law School pelos professores Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton e resultou na obra **Como Chegar ao Sim**¹¹, na qual sustentam que qualquer pessoa está apta a negociar, mas desde que observe os princípios éticos e morais no desenvolvimento do processo de negociação.

Essa metodologia, chamada negociação por princípios ou negociação de mérito, baseia-se em quatro pontos fundamentais: pessoas, interesses, opções e critérios. O primeiro ponto diz respeito a pessoas e tem por objetivo separar as pessoas e suas bagagens emocionais, profissionais e até mesmo culturais, do conflito central levado à negociação. Portanto, é importante que as partes envolvidas sejam orientadas a não assumirem posições e a não misturarem suas emoções e convencimentos pessoais com o conflito levado à negociação, ou seja, deve-se separar as pessoas do conflito.

O segundo ponto, conforme expõe os professores Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton destina-se a:

[...] superar o inconveniente de concentrar-se nas posições declaradas das pessoas, quando o objetivo da negociação é satisfazer seus interesses subjacentes. A posição na negociação frequentemente obscurece o que realmente se quer.¹²

¹¹ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim**. São Paulo: Imago, 1994.

¹² Ibid., p. 29.

Portanto, concentre-se nos interesses e não nas posições, para otimizar o processo de negociação e chegar ao resultado desejado.

O terceiro ponto refere-se às opções, que devem ser captadas antes e durante o processo de negociação. O negociador precisa solucionar os impasses levantados de forma a privilegiar os interesses comuns e conciliar os interesses contrapostos. É fundamental criar uma variedade de possibilidades antes de decidir o que fazer, ou seja, o negociador deve ser criativo e buscar opções que tragam benefícios a ambas as partes.

O quarto ponto baseia-se na definição e escolha dos critérios que tornarão a negociação mais efetiva, pois ao estabelecer critérios objetivos pautados em padrões razoáveis e aceitáveis pelas partes como, por exemplo, valor de serviço ou produto, costumes, parâmetros de mercado, entre outros, há grande chance do resultado alcançado ser um acordo justo e aceitável.

O objetivo principal é que todas as partes envolvidas na negociação tenham suas necessidades atendidas ou, pelo menos, a maior parte delas, sem a utilização da barganha posicional¹³ afável ou áspera.

CONCLUSÃO

Registra-se que o atual momento econômico e financeiro, complexo e conturbado, que o país atravessa reflete na forma de se negociar e, hoje, é muito difícil a realização de negociações puras, ou seja, sem a utilização da barganha posicional. Nesse momento o negociador precisa ter ainda mais clareza do atual cenário e a percepção de que um acordo alcançado pautado na desvantagem de uma das partes, tem potencial risco de se tornar um problema mais grave a frente, onerando o contrato e as partes de forma a inviabilizar sua continuidade.

Até os dias de hoje, passados quase 15 anos, a pesquisa que estabeleceu as principais características de um negociador eficaz no Brasil¹⁴ se mantém atual, ao ter destacado: o conhecimento do tema; a capacidade de raciocinar de forma clara e rápida sob pressão e incerteza; de planejar e preparar; de debater; de persuadir; de ter percepção das necessidades e reações ocultas; da persistência e determinação; da capacidade de ganhar o respeito e a confiança da outra parte e de ter habilidade de escutar. O êxito do processo de negociação depende da boa formação e, principalmente, da ética, idoneidade e boa-fé de todos aqueles que estejam envolvidos.

O advogado ao ter em sua formação o estudo dos métodos aplicáveis à cultura da pacificação, leva uma vantagem imensa ao analisar a estratégia a ser adotada para a solução de determinada demanda trazida à sua avaliação, pois pode estruturar estratégias específicas e medidas a serem tomadas, sempre com foco de manter aberta a possibilidade de negociar o conflito que gerou a ocorrência daquela demanda.

Portanto, verifica-se que o papel do advogado, seja ele interno ou externo, dentro das organizações é de extrema relevância, pois a viabilidade de determinados negócios e a manutenção dos contratos que os respaldam depende de como orientará e traçará as estratégias a serem adotadas, por isso sua formação é tão importante, bem como a sua interação com outros setores do mercado.

¹³ FISHER; URY; PATTON, op. cit., p. 24. Sustentam que “[...] a barganha posicional converte-se numa disputa de vontades. Cada negociador afirma o que fará e o que não fará. A tarefa de conceber conjuntamente uma solução aceitável tende a se transformar numa batalha. Cada um dos lados tenta, através de mera força de vontade, forçar o outro a alterar sua posição”.

¹⁴ CARVALHAL, Eugênio do. **Negociação**: fortalecendo o processo. São Paulo: Vision, 2002.

Para enfrentar os desafios diários da advocacia, conclui-se que são necessárias ações por parte do advogado com foco na sua formação e no constante estudo do direito e dos avanços que a cultura da pacificação tem trazido, bem como na troca de informações com outros setores do mercado, o que propiciará uma visão global do negócio e de seus impactos, para que aprimore e introduza em sua metodologia de trabalho conceitos que levem a maior eficiência de sua atuação, dinamizando seus canais de interlocução e influenciando de forma positiva os resultados a serem alcançados nas demandas a ele submetidas.

REFERÊNCIAS

BERLEW, David e MOORE, Alex e Harrison, Roger. **The Positive Negotiation Program**. Massachusetts: Situation Management Systems, 1984.

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

CARVALHAL, Eugênio do. **Negociação**: fortalecendo o processo. São Paulo: Vision, 2002.

COHEN, David. **A linguagem do corpo: o que precisa saber**. Petrópolis: Vozes, 2009.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim**, 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

MALAN, Diogo; BOTTINO, Thiago. **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MATTIROLO, Luis. **Tratado de Derecho Judicial Civil**. Madrid: Editorial Reus S. A., 1930. t. 1.

MURRAY, Alan. **Gestão de empresas segundo The Wall Street Journal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. **Análise econômica do crime no Brasil em Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier ; FGV, 2012.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é Justiça**. Petrópolis: Vozes, 2002.

RECHTMAN, Marcos; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann. **Avaliação de Investimentos Sustentáveis**. Rio de Janeiro: Navona, 2011.

SCAMUZZI, Lorenzo. et al. **Conciliatore, conciliazione giudiziaria**. Primeira Parte. Torino: Digesto Italiano, 1896. v. 8.

TIMM, Luciano; YEUNG, Luciana. A análise econômica dos contratos. **Valor Econômico**, São Paulo, 29 nov. 2016.

VIEIRA, Eduardo Eugenio Gouveia. **Novo mundo, novas fronteiras**. Rio de Janeiro: Centro Internacional de Negócios ; Sistema FIRJAN, 2016.

WATKINS, Michael. **Negociação**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

6 A NECESSIDADE DE UMA JUSTIÇA CÉLERE E EFICIENTE PARA O DESENVOLVIMENTO DO PAÍS E OS IMPACTOS DO EXCESSO DE BUROCRACIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Carla Núbia Nery Oliveira*

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a eficiência da Justiça brasileira, a partir do princípio instituído pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e pelas mudanças advindas das Emendas Constitucionais nº 19/98 e nº 45/04. Assim, pretende-se aferir quais elementos formam o conceito de eficiência em seu conceito macro, relacionando-a com conceitos próprios da Administração, quais sejam: eficácia e efetividade. Através de uma pesquisa bibliográfica e utilizando-se de um senso crítico, busca-se apresentar a situação atual do Poder Judiciário brasileiro, propondo, também, uma mudança na formação dos operadores do Direito.

Palavras-chave: Administração Pública. Burocracia. Poder Judiciário. Princípio da Eficiência.

ABSTRACT: The objective of this study is to analyze the efficiency of Brazilian Justice, based on the principle established by art. 37, *caput*, of the Federal Constitution, and by the changes arising from Constitutional Amendments nº 19/98 and nº 45/04. Thus, it is intended to assess which elements form the concept of efficiency in its macro concept, relating it with concepts of the Administration, namely: efficacy and effectiveness. Through a bibliographical research and using a critical sense, it is sought to present the current situation of the Brazilian Judiciary, also proposing a change in the training of Law operators.

Keywords: Public Administration. Bureaucracy. Judicial Power. Principle of Efficiency.

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro é considerado, como regra geral, ineficiente, seja por causa da sua estrutura em si, seja por causa de seus operadores que não possuem um plano de gestão adequado, manifestando-se muito demorado. O que nos faz lembrar do brocardo jurídico¹: “A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.

Nesse aspecto, menciona-se um dos teóricos do Direito mais citados no Brasil, quando sustenta que, por razões conceituais, cada ordenamento jurídico deve ter uma pretensão de Justiça, pois uma ordem normativa sem este intento não pode, conceitualmente, ser considerada Direito (ALEXY, 1989, p. 167-182).

É relevante dizer, também, que é necessário o Poder Judiciário, porque somos seres sociais. E para uma vida em sociedade é fundamental que as relações políticas e jurídicas sejam pautadas ao menos por um critério de justiça estabelecido pela coletividade.

* Advogada OAB/CE n. 30.684. Pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado e Direito Tributário pela Faculdade Damásio de Jesus/SP e especialização em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Membro das Comissões de Direito Previdenciário e Assistência Social (CDPAS) e de Estudos Tributários (CET) da OAB/CE. Conselheira Jovem da OAB/CE – Triênio 2016-2018.

¹ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**, 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

Por esse entendimento, refletir sobre a necessidade humana de justiça não é algo recente. Pois, ainda na transição da Idade Antiga para a Idade Média, para ilustrar a importância da justiça, podemos destacar a conhecida indagação de Santo Agostinho na sua obra a Cidade de Deus: “Retirada a justiça, então, o que são os reinos além de grandes roubos?”.

Nesse aspecto, a eficiência não é um atributo que se assegure por força de lei, simplesmente. Na verdade, é uma forma de atuação, uma qualidade que se localiza no aspecto humano, responsável pela realização dos objetivos da vida em coletividade, tais como: a dignidade e o bem-estar social.

Assim, apesar de ser necessário o movimento para uma reforma do Judiciário, por exemplo, há de se observar, também, que as Universidades e Faculdades de Direito devem formar em seus graduados condições de aprendizado para a busca por resoluções de conflitos com maior eficiência, ou seja, trazendo reais resultados.

Dessa forma, repensar o conceito de justiça é fazer com que os avanços trazidos pelas Emendas Constitucionais nº 19/98 e nº 45/2004 sejam concretizadas no cotidiano da atividade jurídica, e refazer a própria formação do estudante de direito, almejando identificar suas habilidades com a finalidade precípua de melhorar a situação atual do nosso sistema jurídico.

DIFERENÇA ENTRE EFICIÊNCIA, EFICÁCIA E EFETIVIDADE

Muito embora, o artigo esteja voltado ao conceito de eficiência, achou-se necessário compartilhar os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade, conceitos muito mais da ciência administrativa do que propriamente jurídico. Todavia, como a questão aqui suscitada é a forma de gerir o sistema, nada melhor que relacionar com a Administração.

Os referidos conceitos são distintos, porém interligados, já que uma atividade pode ser desempenhada com eficácia, porém sem eficiência e vice-versa. Com relação ao conceito da efetividade, pode considera-la como a prática da junção dos conceitos de eficiência e eficácia.

Dessa maneira, pode-se definir eficiência como a capacidade do administrador em obter bons produtos com bom desempenho, utilizando a menor quantidade possível de recursos, mão-de-obra, material, e em menos tempo.

A eficácia, por sua vez, é a capacidade de fazer aquilo que é preciso para se alcançar determinado objetivo, escolhendo os melhores meios. A eficiência envolve a forma com que uma atividade será feita, enquanto a eficácia se refere ao resultado da mesma.

Nesse aspecto, pode-se ter uma atividade eficiente, isto é, praticada com agilidade e com baixos custos, mas que não é a mais adequada, por exemplo, quando relacionada a questões econômicas das pessoas envolvidas ou questões ambientais. Nesse caso, temos eficiência, mas não eficácia.

Já no que se refere à efetividade, esta diz respeito à capacidade de promover resultados pretendidos. Assim, a eficiência indica a competência para se produzir resultados com gastos mínimos de recursos e esforços, e a eficácia destina-se à capacidade de alcançar as metas definidas para uma prática.

Estes conceitos são independentes entre si, ou seja, é possível alcançar cada um deles sem alcançar também os outros. O ideal, entretanto, é alcançar os três. E é nesse sentido que se acredita que o art. 37, *caput*, da CF/88, acresceu o princípio da eficiência, devido à EC n. 19/1998, ou seja, o sentido de eficiência no texto constitucional remete aos três conceitos

usados na Administração, porque, semente, assim se terá um bom desempenho do sistema judiciário no Brasil.

Pensando no que foi apresentado nesse capítulo, demonstra-se de forma objetiva as características de cada instituto em forma de tabela, a seguir:

Tabela 1: Diferenças entre eficiência, eficácia e efetividade na administração pública

EFICIÊNCIA	EFICÁCIA	EFETIVIDADE
Almeja atingir metas e objetivos, por isso se relaciona com os custos.	Busca o resultado, por isso se relaciona com os recursos.	Relaciona-se com os impactos das práticas escolhidas e utilizadas.
Lema: “Fazer o correto”.	Lema: “Fazer o que deve ser feito”.	Lema: “Fazer corretamente o que tem de ser feito”.
Visa utilizar produtivamente os recursos.	Visa gerir a capacidade de atingir objetivos.	Visa transformar a situação existente.
Custo-benefício	Cumprir as metas	Mudança e desenvolvimento
Mínimo de perdas e/ou desperdícios.	Realiza o que foi proposto.	Relação entre a produção e a capacidade de produzir.

Conclui-se, portanto, que a eficiência é a capacidade de utilizar os recursos de forma produtiva, eficácia é a capacidade de realizar objetivos e efetividade é a capacidade de realizar a coisa certa para transformar a situação existente.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: EC nº 19/1998 e EC nº 45/2004

O princípio da eficiência é um dos princípios norteadores da Administração Pública, estando atrelado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade (CF/88, art. 37), e também, aos princípios da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público (Lei nº 9.784/1999, art. 2º), tendo sido incluído no ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa na Constituição Federal de 1988, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, alterando o *caput* do art. 37.

O art. 37, *caput*, da CF/88, estabelece que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, senão vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte: [...] (grifo nosso).

Ressalte-se que o ordenamento infraconstitucional posterior a 1998 começou a exigir da Administração Pública o mesmo rigor quanto à obediência ao princípio em questão, assim

como os tribunais o tem aplicado em casos concretos, afastando qualquer possibilidade de ser considerada uma norma de caráter simbólico ou secundário, apenas.

Celso Antônio Bandeira de Mello denomina-o de “princípio da boa administração”, influenciado pela doutrina italiana, senão vejamos:

A **Constituição** se refere, no art. 37, ao **princípio da eficiência**. Advirta-se que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, **no Direito italiano: o princípio da “boa administração”**. Este último significa, como resulta das lições de Guido Falzone², em desenvolver a atividade administrativa “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto”. Tal dever, como assinala Falzone, “não se põe simplesmente como um dever ético ou como mera aspiração deontológica, senão como dever atual e estritamente jurídico” (MELLO, 2009, p. 122, grifo nosso).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, assim, conceitua o princípio da eficiência:

[...] **a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade**, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida no sentido weberiano de resultados, e, coroando a relação, **como uma característica jurídica exigível de boa administração dos interesses públicos**. (MOREIRA NETO, 2014, p. 116, grifo nosso).

O princípio da eficiência contido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, estabelece obrigação à Administração Pública de todos os poderes e para todos os níveis federativos. A eficiência se impõe também sobre a atividade judiciária, na medida em que é considerado serviço público essencial e, portanto, um direito fundamental.

Nesse sentido, a EC nº 45/2004, chamada de Reforma do Judiciário, também, contribuiu quando acrescentou ao art. 5º, o inciso LXXVIII, da CF/88, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

² Celso Antonio Bandeira de Mello em nota de rodapé pede que se consulte a excelente monografia de Guido Falzone, *Il Dovere di Buona Amministrazione*, Milão: Giuffrè, 1953.

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (grifo nosso).

Percebe-se que celeridade processual está relacionada com a eficiência, no sentido de que isso garante a razoável duração do processo.

Assim, o problema que ainda persiste na Justiça brasileira está relacionado com os seguintes aspectos, quais sejam: falta de investimentos por parte do Estado, dotando a administração judiciária com equipamentos, recursos e instrumentos que possam colocá-la em posição de igualdade com as reais e crescentes necessidades da coletividade, descentralizando e aumentando o acesso à Justiça, e nunca, restringindo ou cerceado o acesso ao Poder Judiciário, quando, por exemplo, propõe-se redução de comarcas sem um estudo aprofundado dos prejuízos e consequências disso na vida dos cidadãos. Outro aspecto, é a formação dos profissionais do Direito, uma vez que as universidades e as faculdades preparam os operadores, prioritariamente, para a litigiosidade, o que de certa forma contribui para sobrecarregar o sistema. Uma boa mudança veio com o CPC/2015, com os métodos consensuais de solução de conflitos (arbitragem, conciliação e mediação).

Para tanto, propõe-se que os operadores do Direito sejam educados com matérias relativas à Administração, assim como controle de custos, gestão de pessoas e do tempo, métodos organizacionais, motivação e liderança entre outros assuntos. Algo necessário para despertar administradores da Justiça, capazes de superar a mera instrumentalidade e a processualidade para uma gestão eficiente.

SITUAÇÕES DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS DE JUSTIÇA

O relatório **Justiça em Números** do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, do ano de 2012, aponta má gestão nos Tribunais de Justiça dos seguintes Estados-membros: Goiás, Bahia, Paraíba, Tocantins, Espírito Santo, Piauí, Pernambuco, Mato Grosso, Roraima e Ceará, em que 70% das ações em trâmite nesses respectivos Tribunais não foram julgadas, identificando uma baixa produtividade dos magistrados e alta taxa de congestionamento de processos (ações que terminaram o ano sem conclusão).

Tal relatório, divulgado anualmente pelo CNJ desde 2009, visa possibilitar um conhecimento amplo do Poder Judiciário e possibilitar medidas de integração, redução das desigualdades regionais e melhorias na prestação do serviço judicial à sociedade.

Esses dados demonstram problemas de gestão, refletindo o que ocorre em âmbitos regionais e nacional, com raríssimas exceções de boa produtividade judicial no país, pois o problema não advém só do congestionamento e excesso de litigiosidade, mas, também, de melhorias na própria gestão dos recursos e de pessoal de cada Tribunal.

O CNJ verifica a taxa de eficiência pelo Índice de Produtividade Comparada (IPC-Jus), considerando a força de trabalho do Tribunal e todas as suas despesas, a questão da litigiosidade e o número de processos concluídos. A partir disso, verifica-se a eficiência do respectivo Tribunal de Justiça, considerando a estrutura que ele possui em relação aos demais, numa escala que vai de zero a 100%.

Em 2012, o relatório mostrava que, em todo o país, estavam em andamento no Poder Judiciário 92,2 milhões de processos, ou seja, 4,3% a mais do que em 2011, quando os Tribunais tinham 88,4 milhões de ações. Assim, em relação ao primeiro estudo, em 2009, o aumento foi de 10%. De forma que, segundo o CNJ, o número de julgamentos não acompanha o volume de processos que são recebidos pelo Poder Judiciário e, por causa disso, a taxa de produtividade não tem uma considerável evolução.

Este ano (2017), o relatório **Justiça em Números** trouxe o Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE), novamente, com baixos índices³ de produtividade em comparação aos demais Tribunais do país, com 929 processos concluídos. A maior produtividade foi registrada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), com 3.388, ou seja, uma diferença de 2.459 casos que foram julgados a mais pelo TJRJ.

As ações interpostas no Estado do Ceará cresceram de 366.504 em 2015 para a 414.605 em 2016, registrando um aumento de 13%. O relatório do CNJ ainda salienta que para que o TJCE consiga atingir a meta de 100% da demanda de processos é preciso que cada juiz(a) julgue 1.425 ações.

Outra avaliação feita pelo relatório é a questão das despesas totais de cada Tribunal. Assim, o CNJ apresenta que o TJCE custou, em 2016, 9% a menos em comparação ao ano anterior.

Apesar desse aspecto negativo na produtividade, o Judiciário do Ceará é o primeiro colocado no índice de conciliação⁴ do País, tendo 25% dos processos resolvidos. O Estado possui 112 Centros Judiciários de Solução de Conflitos, sendo ultrapassado apenas pelo Estado de São Paulo com 191. O que demonstra a tendência estratégica do Poder Judiciário em oferecer à população alternativas e meios de resolução de conflitos de forma ágil e mais célere.

Portanto, as mudanças passam, necessariamente, pela promoção de metas e objetivos para os servidores da Justiça, participando de treinamentos para gerar o sentimento de valorização nos servidores e estimular a meritocracia na busca da cultura da excelência.

O CUSTO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A publicação do relatório **Justiça em Números** (13ª edição) é motivo de comemoração e preocupação. Comemoração, porque é mais um avanço na sistematização de informações sobre a Justiça brasileira, com relevância numa cultura de pesquisa e banco de dados, um trabalho excelente do Departamento de Pesquisas Judiciais – DPJ. E preocupação, porque a eficiência, tendo como critérios básicos a razoável duração do processo e a celeridade, é algo a ser constantemente buscado.

Segundo dados do relatório do CNJ, as despesas do Poder Judiciário somaram R\$ 57,2 bilhões no ano de 2012, o que equivale a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB). Fazendo um cálculo que leva em conta a população brasileira, o custo seria de R\$ 300,48 por habitante, sendo que R\$ 50,7 bilhões (88,7% da despesa) dos gastos são com recursos humanos⁵.

O Judiciário brasileiro custa 1,3% do PIB, o que está muita acima da média de outros países, o congestionamento e a morosidade continuam grande. Já o grau de informatização

³ O índice de produtividade dos magistrados (IPM) é calculado com base na relação entre o volume de casos baixados e o número de magistrados na jurisdição. Por este aspecto, a carga de trabalho revela o número de procedimentos jurídicos pendentes e resolvidos por ano, incluindo não só os processos principais, mas também, os recursos internos e os incidentes julgados e em trâmite.

⁴ A política de conciliação e mediação é adotada pelo CNJ desde 2006, com a implantação do Movimento pela Conciliação, com a promoção de Semanas Nacionais pela Conciliação.

⁵ Esses dados podem ser vistos no Site do G1: OLIVEIRA, Mariana. Eficiência de 10 dos 27 tribunais estaduais é 'preocupante', diz CNJ. **G1**, Brasília, 15 out. 2013. Política. Disponível em: <<http://glo.bo/1aIxOFh>>. Acesso em: 20 set. 2017.

retrata uma nova atuação, onde mais de 70% dos processos novos são eletrônicos, percentual crescente a cada ano.

De forma que, para melhorar esse quadro de gastos crescentes e muitas vezes exorbitantes, faz-se necessário uma reforma.

UM GRAVE ENTRAVE: o Excesso de Burocracia na Administração Pública

A partir da EC nº 19/1998, o Brasil que adotava a administração burocrática, em tese, passa a adotar a administração gerencial que visa maior produtividade e economicidade, almejando, assim, evitar desperdícios, ter rapidez, qualidade e presteza no serviço público.

Em recente pesquisa (17/10/2017), a IPSOS *Public Affairs* ouviu 1.200 pessoas em todo o país, entre os dias 1º e 11 de fevereiro de 2017. E a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), entrevistou 452 indústrias do Estado de São Paulo, entre os dias 6 de fevereiro e 1º de março de 2017.

A pesquisa constatou que a burocracia atrapalha tanto a rotina dos empresários quanto a dos cidadãos. Os procedimentos mais burocráticos citados pelas instituições foram os relacionados a fechamento de empresas, obtenção de financiamento público, emissão de certificados, licenças ambientais e procedimentos de informações de obrigações ambientais.

Segundo a pesquisa, 84% da população brasileira considera o Brasil como um país burocrático. E para 75%, o excesso de burocracia é um estímulo à corrupção. Para 77% dos entrevistados, também, pensam que a burocracia dificulta a compra de bens como veículos e imóveis. Sendo que apenas 36% destes avaliam que o governo tem sido capaz de implementar políticas de desburocratização.

Entre os empresários, 90,2% afirmaram que o excesso de burocracia abre espaço à corrupção. Para 94,7%, a burocracia dificulta o desenvolvimento econômico do país, e para 91,4%, a burocracia afeta a competitividade das empresas, também.

Segundo as companhias, os principais impactos da burocracia no cotidiano dos negócios são o aumento do custo de gestão (84,3%), o aumento excessivo das estruturas não ligadas diretamente à respectiva produção (69,5%) e, por óbvio, o aumento de ações judiciais e administrativas por erros no cumprimento das obrigações (48,2%).

E um aspecto relevante da pesquisa, é que para a população, as maiores dificuldades causadas pelo excesso de burocracia foram sentidas com relação ao acesso à justiça (61%), à realização de reclamação em órgãos de defesa do consumidor – Procon/Decon (56%) e a solicitação ou cancelamento de serviços de água, luz, esgoto, telefonia, internet, entre outros.

Nesse sentido, para os entrevistados, o combate à burocracia deveria ser priorizado com a redução da quantidade de leis e normas, simplificação da linguagem das obrigações e o estabelecimento de prazos máximos para que um requerimento seja concedido ou aprovado. Leva-se em consideração aqui que quantidade nem sempre significa qualidade e, portanto, eficiência.

À vista disso, a burocracia engessa a economia e tira tempo de quem quer empreender no Brasil, pois são muitas as exigências. É preciso simplificar e fazer com que de fato a administração gerencial seja praticada no país, para haver um real desenvolvimento socioeconômico e uma administração eficiente.

CONCLUSÃO

É importante apresentar os problemas do Poder Judiciário e da Administração Pública, a qual o Judiciário faz parte, de forma a enfatizar o princípio da eficiência, disciplinado expressamente na Carta Magna de 1988, devido à EC nº 19/1998. Sem esquecer da alteração promovida pela EC nº 45/2004, quando acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, da CF/88.

Apresentou-se o conceito de eficiência atrelado aos conceitos de eficácia e efetividade da Administração, pensando esse princípio constitucional de forma macro. Além de demonstrar a situação da produtividade (grau de eficiência) dos Tribunais estaduais, o custo da Justiça brasileira e o óbice da burocracia na vida das empresas e cidadãos brasileiros.

Conclui-se, portanto, que a prática de uma Justiça real deve estar atrelada ao princípio da eficiência.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. On Necessary Relations Between Law and Morality in Ratio Juris. **Ratio Juris**, New Jersey, v. 2, n. 2, p. 167-183, jul. 1989.

BARZOTTO, Luís Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

BUROCRACIA atrapalha desenvolvimento e estimula corrupção, diz pesquisa. **G1**, São Paulo, 17 out. 2017. **Economia**. Disponível em: <<https://glo.bo/2sO5GBO>>. Acesso em: 17 out. 2017.

CAMPBELL, Tom. **Justice**, 2. ed., EUA: St. Martin, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Mariana. Eficiência de 10 dos 27 tribunais estaduais é ‘preocupante’, diz CNJ. **G1**, Brasília, 15 out. 2013. **Política**. Disponível em: <<http://glo.bo/1aIxOFh>>. Acesso em: 20 set. 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**. São Paulo: Editora 34, 2004.

MAIS de 1 milhão de casos judiciais estão pendentes. **Diário do Nordeste**, Fortaleza, 5 ago. 2017. **Cidade**. Disponível em: <<http://bit.ly/2sCTZ1m>>. Acesso em: 20 set. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. EUA: Harvard University, 1971.

LIMA NETO, João. TJCE tem pior índice de produtividade do País. **Diário do Nordeste**, Fortaleza, 7 out. 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2M9DySa>>. Acesso em: 7 out. 2017.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

7 IMPLANTAÇÃO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL PELO NOVO CPC: A COEXISTÊNCIA DE DOIS SISTEMAS: JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

Marcela de Souza Borges Mendonça

RESUMO: O presente trabalho analisa a implantação da mediação judicial pelo novo Código de Processo Civil, no tocante aos aspectos jurídicos e práticos, utilizando como parâmetro a Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação), bem como estabelece alguns critérios de adequação necessários para a mudança do paradigma processual. Primeiramente, apresenta a trajetória histórica dos métodos consensuais de solução de conflitos no Brasil, explicando as diferenças entre eles, destacando a importância da mediação e esclarecendo as razões de sua institucionalização e consequências para os jurisdicionados. Ademais, o conteúdo aborda as possíveis incompatibilidades entre a Lei da Mediação e o CPC/15, com enfoque na distinção entre a mediação judicial e a extrajudicial, além de destacar a coexistência de dois sistemas (judicial e extrajudicial) para aplicação do instituto da mediação.

Palavras-chave: Mediação. Mediação judicial. Métodos alternativos de solução de conflitos. Novo Código de Processo Civil. Lei da Mediação. Aplicação da lei. Sistema judicial e extrajudicial. Sistema processual multiportas.

INTRODUÇÃO

Muito embora a implantação da mediação no ordenamento jurídico brasileiro seja vista por muitos como uma mudança de paradigma, tendo em vista que nunca se estimulou tanto a solução consensual como se pretende com o novo Código de Processo Civil, na verdade, a prática deste método alternativo à judicialização do conflito não é nada inovadora.

Na verdade, os meios consensuais de solução de controvérsias estavam previstos desde a Constituição do Império, editada logo após a promulgação da independência da República, em 1824. Falava-se naquela época em reconciliação como um requisito necessário para admissão do processo judicial (art. 161, CF/1824).

Ao longo do tempo, a mediação, considerada como método auto compositivo por excelência, em razão de suas características intrínsecas, foi objeto de diversas discussões no mundo jurídico, principalmente pelo fato de ser vista como um instituto que muito tem a contribuir para a manutenção da paz social. Nesse sentido, diversas foram as tentativas de introduzir a mediação no Judiciário brasileiro, mas sempre de forma informal, tendo em vista a ausência de regulamentação sobre o tema.

O Código Processual Civil de 1973 tratava da conciliação como método auto compositivo que deveria anteceder o julgamento e ser estimulado pelo Estado-juiz, mas em momento algum falava sobre mediação. Inclusive após a criação dos Juizados Especiais (Lei 9.099/96), quando se passou a estimular cada vez mais a conciliação judicial, não foi feita qualquer alusão acerca da mediação, apesar de sua prática já ser uma realidade nos Fóruns do país, mesmo que na forma extrajudicial.

Pela primeira vez, ainda no âmbito infralegal, o CNJ editou a Resolução n. 125/10 para regulamentar a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses

no âmbito do Judiciário, dispondo sobre os métodos alternativos de solução consensual de controvérsias, citando tanto a conciliação quanto a mediação como mecanismos complementares à justiça. A referida resolução tinha o condão de orientar os tribunais na aplicação dos institutos, visto que a atuação dos mediadores e conciliadores era bastante recorrente, mas não havia nenhuma pretensão de regulamentar essa prática ou torná-la obrigatória.

Após muitos anos de discussão, finalmente, no início de 2015, foi aprovado o novo Código de Processo Civil (13.105/15), trazendo para o Judiciário a mediação judicial. Meses depois, ainda no mesmo ano, entrou em vigor a Lei da Mediação (Lei 13.140/15) que veio a reger a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MEDIAÇÃO

Não há um consenso quanto ao início do uso da mediação, mas se tem relatos de sua prática desde os tempos mais remotos em várias culturas (judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas). Alguns autores defendem que o registro do uso da mediação teve início a partir da Bíblia, todavia, há centenas de anos a mediação era usada na China e no Japão como forma primária de resolução de conflitos, ou seja, como a primeira escolha, e não um meio alternativo, vez que não se cogitava a competição entre os litigantes (ganha-perde).¹

Além do Oriente, também é possível identificar a mediação em outras culturas, como a dos pescadores escandinavos, tribos africanas e em *kibutzim* israelitas (pequena fazenda comunitária em Israel, cuja organização se baseia na cooperação voluntária)², onde se prioriza a paz e a harmonia em detrimento do conflito, da litigância e da vitória³. No cenário internacional, é notória a prática da mediação na resolução de disputas entre nações em todas as culturas.

Percebe-se, historicamente, que o acesso à justiça (entende-se justiça como possibilidade de composição justa da lide) era realizado através da negociação direta ou pela mediação de um terceiro. Porém, nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, a justiça acabou sendo centralizada no Poder Judiciário e o direito à proteção judicial passou a significar o direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma demanda⁴.

No Brasil, embora já houvesse previsão legal sobre conciliação desde o início, a partir da década de 90 algumas normas passaram a mencionar a mediação, ainda que de forma esparsa, especialmente na área trabalhista. Mesmo assim, muitos doutrinadores passaram a se dedicar sobre a temática, destacando a importância e pertinência da mediação.⁵

Incontestavelmente, após a Ditadura Militar que houve um enorme rompimento, gerando a necessidade de reestabelecer o Estado como um todo, inclusive, o cenário jurídico. Para iniciar o processo de redemocratização do país, os legisladores constitucionais se preocuparam em definir direitos e garantias fundamentais, direitos civis e políticos, prevendo inclusive regulamentação legal.

A partir da edição da Constituição Cidadã de 1988, a criação de leis especiais em todas as áreas do direito tornou-se preocupação primordial de juristas e doutrinadores que visavam

¹ FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação**. Disponível em: <<http://bit.ly/2LvpC3V>>. Acesso em: 10 mar. 2015, p. 4.

² Significado de kibutzim. Disponível em: <<http://bit.ly/2LyjM1Y>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

³ FALECK; TARTUCE, op. cit., p. 5.

⁴ Ibid., p. 5.

⁵ Ibid., p. 5.

à garantia dos direitos constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, as relações de consumo, o direito a tratamento diferenciado aos hipossuficientes, entre outros.

O sucesso da consolidação do Estado Democrático de Direito permitiu à sociedade uma gama extensa de direitos sociais, como aqueles previstos no artigo 5º da CF/88. Contudo, não se via muita efetividade e concretização de tais direitos.

Segundo Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, foi na década de 1980 ⁶ que o legislador começou a introduzir no ordenamento os ideais da democratização do acesso à justiça como meio de concretização dos direitos individuais e coletivos⁷.

Pouco depois, na década seguinte, o aumento na judicialização gerou a necessidade de se criar artifícios para acelerar os procedimentos, permitindo a solução adequada dos conflitos. Enquanto alguns acreditavam que “[...] quanto mais longo o procedimento, com maior número de recursos e oportunidades para as partes se manifestarem, mais justa seria a decisão final”⁸, outros defendiam que o “[...] processo tradicional não era a melhor solução para resolver determinados conflitos e, para isso, propôs-se a adoção de uma nova concepção para a resolução de conflitos de interesse”⁹.

Na busca por uma justiça mais célere, desburocratizada, informal, efetiva e alternativa à justiça tradicional, criou-se a Lei 9.099, em 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Foi neste momento que a conciliação tornou-se evidência como meio de pacificação do conflito, aproximando a sociedade da justiça.¹⁰

A referida lei reservou uma seção para tratar sobre os Conciliadores e Juízes Leigos, expondo suas funções e quem pode ocupá-las. Assim, passou-se a falar cada vez mais no papel do conciliador dentro do Judiciário e a cultura da conciliação judicial se consolidou. Em contrapartida, o Juiz Leigo não teve o mesmo **sucesso**. Segundo dados do CNJ, este profissional já atua em estados como Espírito Santo, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro, mas, apesar de terem desempenhado importante papel na solução rápida dos litígios de menor complexidade, não está presente na maioria das capitais do país.

Com relação à Mediação propriamente dita, têm-se relatos de que a primeira Medida Provisória (nº 1.053) sobre o tema foi editada ainda em 1995 e deveria ser realizada em caráter obrigatório. Posteriormente foi revogada por uma nova Medida Provisória (nº 1.079), tornando a mediação facultativa. Várias outras normas foram criadas, dentre elas Portarias e Decretos, mas somente em 1998 foi apresentada a primeira iniciativa legislativa (Projeto de Lei 4.827/98). O referido projeto só foi aprovado em 2002 na Câmara dos Deputados pela Comissão de Constituição e Justiça, mas não foi ratificado pelo Senado Federal, em razão das discussões sobre a Emenda Constitucional 45. Em meados de 2013 voltou a tramitar o projeto de lei em uma nova versão¹¹.

Vale lembrar que nesse ínterim, a prática da mediação e conciliação já era uma realidade nos Tribunais, mesmo que na forma pré-processual. Todavia, apenas com a edição da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, em 2010, que se passou a regulamentar a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Judiciário, dispondo sobre os métodos alternativos de solução consensual de conflitos, citando de forma mais concreta a mediação como mecanismos complementares à justiça.

⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A Mediação no Novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assunção Rezende (coord.). **Desafios para integração entre o sistema jurisdicional e a mediação**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 6.

⁷ Ibid., p. 6.

⁸ PINHO; PAUMGARTTEN, op. cit., p. 6.

⁹ Ibid., p. 6.

¹⁰ Ibid., p. 6.

¹¹ Ibid., p. 7.

Finalmente, no dia 02 de junho de 2015, foi aprovada a Lei de Mediação (Lei 13.140/15) que permitiu maior segurança jurídica nos casos mediados, estabelecendo quais conflitos são passíveis de mediação, como deve ser realizada, seus princípios norteadores, dispõe sobre os conflitos que envolvem a Administração Pública, além de regulamentar a atividade dos mediadores judiciais e extrajudiciais, entre outros.

No ano seguinte, entrou em vigor o novo Código de Processo Civil (Lei 14.105/2015) que apresenta de forma inovadora no sistema judiciário brasileiro a prática da mediação judicial, uma medida que visa atingir mais eficientemente a justiça social, prevenindo novas demandas, mas mantendo a efetividade da atividade jurisdicional.¹²

Acompanhando as tendências, na busca pelo desafogamento do Judiciário aliado à implantação de uma justiça social, introduziu-se a mediação no ordenamento jurídico, não como meio alternativo, mas como etapa necessária do processo judicial.

MEDIAÇÃO JUDICIAL PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/15)

Como dito anteriormente, o caráter alternativo no qual a mediação é classificada está relacionado à solução do conflito como uma opção ao Judiciário, que é o meio tradicional do sistema jurídico brasileiro. Segundo a doutrina, os MASC (Meios Alternativos de Solução de Conflitos) possuem premissas, princípios, meios de realização e um sistema próprio, que se afastam da lógica normalmente empregada aos processos judiciais institucionalizados.¹³

Todavia, muito embora ao longo do tempo a solução dos conflitos, que se concentrava nas mãos do homem, passou a ser monopolizada pelo Estado, agora, com a chamada **crise** do processo civil, tentou-se reestabelecer uma justiça do consenso de forma organizada e harmonizada com a justiça tradicional.

Após muitos estudos, chegou-se a uma conclusão de que, muitas vezes, as demandas não obtinham como resultado a satisfação efetiva das partes, o que acarretava no não cumprimento da obrigação fixada em juízo ou em uma nova demanda. Esse comportamento social influenciou na opção por implantar um novo procedimento capaz de se alcançar essa satisfação.

Inclusive, a própria Comissão de Justiça do Senado Federal responsável pela elaboração do projeto de lei do novo Código de Processo Civil, na Exposição de Motivos de 8 de julho de 2010, declarou:

Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.¹⁴

¹² PINHO; PAUMGARTTEN, op. cit., p. 28.

¹³ GALVÃO, Fernanda Koeler; GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. Da Mediação e da Conciliação na Definição do Novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assunção Rezende (coord.). **A Mediação no Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 37.

¹⁴ SENADO FEDERAL. **Anteprojeto do novo Código de processo civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. 268 p. Disponível em: <<http://bit.ly/2kVQ6QO>>. Acesso em: 14 set. 2016.

Para José Luis Bolzan de Moraes, a mediação, como espécie do gênero de justiça consensual, poderia ser definida como um mecanismo para solução de conflitos através da gestão deste pelas próprias partes, para que estas construam uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos.¹⁵

No mesmo sentido, segundo leciona André Goma de Azevedo, na solução de disputas pelo Estado, a autocomposição serve não apenas como instrumento para a efetiva realização de direitos materiais, mas também como forma de reestruturar a relação entre as partes no intuito de melhor capacitá-las a tratar suas questões com base em suas necessidades e interesses, mesmo que estes não sejam juridicamente tutelados.¹⁶

Esse movimento foi inspirado na reforma do processo civil alemão, e em diversos outros. Como exemplo, temos o Tribunal Superior do Centro de resolução de Conflitos do Distrito de Columbia, nos Estados Unidos, que oferece serviços ligados aos ADR (*Alternative Dispute Resolution*) através de programas financiados e administrados diretamente pelos tribunais.

Conforme os ensinamentos do professor André Goma, visando buscar atender ao predicado de efetividade através de processos construtivos de resolução de disputas, os ordenamentos jurídicos processuais modernos vêm sofrendo sensíveis alterações na medida em que passam a ser compostos de vários processos distintos⁴⁸, que resultam em um Sistema Multiportas ou Pluriprocessual.

Esse espectro de processos (e.g. processo judicial, arbitragem, mediação dentre outros) forma um mecanismo denominado sistema pluriprocessual. Com o pluriprocessualismo, busca-se um ordenamento jurídico processual no qual as características intrínsecas de cada processo são utilizadas para se reduzirem as ineficiências inerentes aos mecanismos de solução de disputas na medida em que se escolhe um processo que permita endereçar da melhor maneira possível a solução da disputa no caso concreto¹⁷.

O Brasil já adota este modelo, ainda que de forma modesta, desde a introdução da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) e alteração do art. 331 do CPC/73. Tal sistemática já previa situações em que o juiz deveria indicar o procedimento mais adequado para a solução do conflito, podendo, por exemplo, designar audiência de conciliação.

Sem dúvida, a Resolução 125 do CNJ foi o instrumento normativo mais importante sobre o tema, instituindo a Política Pública de Tratamento Adequado da Solução de Conflitos Jurídicos, regida pelo o princípio do estímulo da solução do litígio por meio da autocomposição. Porém, o marco legal específico para Mediação vem apenas com a publicação das Leis da Mediação e o novo Código de Processo Civil, o qual formalizou e estruturou tal sistemática no país.

Analisando o texto do novo código, verifica-se que os critérios para indicação do método mais apropriado para o conflito já foram definidos pelo legislador, de forma que nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, o procedimento adequado será a mediação, e

¹⁵ FERNANDES, Paula Fazio Fialho. A Mediação e os Meios Alternativos para Resolução de Conflitos como forma de Acesso à Justiça. In: CONGRESSO BRASILEIRO DIREITO AMBIENTAL: justiça, ética e sustentabilidade, 2., 2017, Recife. *Anais eletrônico...* Recife: UNINASSAU ; UNAMA, 2017.

¹⁶ AZEVEDO, André Gomma. Autocomposição e Processos Construtivos: uma breve análise. In: _____. (org.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 138.

¹⁷ AZEVEDO, op. cit., p. 140.

quando não houver tal vínculo, deve-se utilizar a conciliação. Isso, claro, quando o bem jurídico tutelado admitir transação ou quando não houver disposição em contrário¹⁸.

Nesse sentido, o magistrado, além da função jurisdicional, assume também uma função gerencial, pois a ele cabe a fiscalização e acompanhamento para assegurar a efetiva realização da tutela jurisdicional, ou garantir que seus auxiliares, como no caso dos mediadores, estejam atuando dentro dos limites impostos pelos princípios processuais constitucionalmente previstos

19.

Para que o Juiz escolha o procedimento adequado a ser aplicado em cada caso, ele deverá analisar as particularidades de cada lide, através de preceitos estabelecidos pelo ordenamento que indicarão o melhor mecanismo a ser adotado a depender da situação, garantindo maior efetividade, ou seja, a pacificação social.

É nesse ponto que o CPC/15 passa a ter um papel importantíssimo na história do ordenamento jurídico brasileiro, vez que há uma maior preocupação com a qualidade da gestão dos conflitos através de um processo construtivo. Entende-se como um processo construtivo o meio pelo qual as partes possam resolver seus conflitos de interesses eficientemente, sendo possível manter os vínculos sociais existentes e até torná-los mais fortalecidos²⁰.

Para Luiz Marinoni, tal novidade, trata-se de uma oportunidade de as partes utilizarem a autonomia privada da vontade dentro do procedimento, refletindo uma tendência mundial de tornar a solução judicial uma espécie de *ultima ratio* para composição dos litígios²¹.

Assim, percebe-se que o meio adequado para se aplicar o processo construtivo seria através da referida autonomia das partes, fazendo com que elas, na maioria das vezes, encerrem o conflito de forma satisfatória, em oposição ao processo destrutivo, tradicional, em que o juiz aplica seus conhecimentos jurídicos, define com quem está o direito e impõe sua decisão.

Portanto, verifica-se que, de fato, houve uma mudança de paradigma do ordenamento jurídico brasileiro, mas que não ocorreu de uma hora para outra, e sim de forma gradativa. Acompanhando o movimento dos sistemas jurídicos em todo o mundo, hoje, para alcançar a desejada pacificação social, busca-se a qualidade das decisões por meio da solução consensual dos conflitos, diminuindo a cada vez mais o número de processos a serem julgados pelo juiz.

O SURGIMENTO SIMULTÂNEO DE DOIS SISTEMAS: Mediação Judicial e Extrajudicial

O legislador optou por manter o modelo de mediação extrajudicial já existente, apenas inovando quanto à modalidade judicial. Sobre a temática foram reservadas três subseções na Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015) para tratar sobre os aspectos da mediação judicial, extrajudicial e as disposições em comum.

São comuns ao procedimento de mediação em ambos os casos as questões sobre a confidencialidade, a pessoa do mediador, suspensão do processo judicial ou arbitral e do prazo prescricional, reuniões individuais, lavratura de acordo e sua natureza jurídica (título executivo judicial, se mediação judicial após homologação; título executivo extrajudicial, se mediação extrajudicial).

¹⁸ Ibid., p. 141.

¹⁹ Ibid., p. 141.

²⁰ AZEVEDO, op. cit., p. 142.

²¹ MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 355.

No mais, os procedimentos diferem-se da seguinte forma: para a Mediação Extrajudicial ficou estabelecido, basicamente, os critérios mínimos a serem cumpridos pelas partes, respeitando a previsão contratual, caso exista²². Vale destacar que neste caso o código fala em convite, e não em intimação, para se referir a convocação inicial das partes, além de não mencionar a palavra audiência, mas sim reunião de mediação. Já na última subseção, o legislador atribuiu a responsabilidade pela criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos aos tribunais²³, com respaldo nas normas do CNJ, o que configura o caráter institucional da mediação, gerenciado pelo Poder Judiciário.

Em razão disso, a Mediação Judicial terá início pelo rito processual normal, cabendo às partes manifestar o não interesse em mediar na primeira oportunidade²⁴. O juiz, por ser o administrador do processo, designará audiência de mediação²⁵, mas o mediador poderá ser eleito pelas partes. A presença de procuradores/advogados nessa hipótese é obrigatória, ressalvadas as disposições em contrário²⁶.

Com relação ao procedimento em específico, ficou estabelecido o prazo máximo de 60 dias para conclusão da mediação. No caso de haver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz para homologação por sentença e arquivamento do processo. É importante ressaltar a preservação da autonomia da vontade na mediação mesmo no caso da hipótese adjudicada, onde as partes poderão decidir sobre algumas questões procedimentais no curso do processo.

Percebe-se, pois, que os dois sistemas de mediação não se confundem, uma vez que funcionam independentes e de forma autônoma, muito embora ambos se orientem pela mesma base de princípios (o que causa alguns questionamentos, como será abordado abaixo). Cabem aos operadores do direito, ou às próprias partes, uma análise prévia da demanda, de maneira que possam identificar os pontos que favorecem uma mediação extrajudicial (em câmaras privadas, por exemplo), ou se seria o caso de se adjudicar a demanda, submetendo-se à mediação/conciliação judicial.

APLICAÇÃO X EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO JUDICIAL

Fredie Didier Jr. explica que a função da mediação institucionalizada não deve estar relacionada a um método para diminuir o número de processos ou abreviar seu tempo de duração, mas deve ser voltada para a participação do indivíduo na solução do conflito (participação do indivíduo na elaboração da norma que irá regular o seu caso concreto) em razão de sua liberdade, concretizada no direito ao autorregramento²⁷.

Da mesma forma, destaca Kazuo Watanabe que é um risco apostar nos meios alternativos como um remédio à crise do Judiciário. Ele teme que a mediação venha a ser utilizada com o objetivo de aliviar a carga da justiça, mas deveria ter um enfoque maior, como dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade. O uso inadequado da mediação pode ter a mesma direção que foi dada aos juizados especiais²⁸.

²² Art. 21 e seguintes, da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/15).

²³ Art. 24, da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/15).

²⁴ Art. 26, da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/15).

²⁵ Art. 27, da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/15).

²⁶ Art. 26, da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/15).

²⁷ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento, 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 280.

²⁸ WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação. In: CJF (org.). **Seminário Mediação**: um projeto inovador. Brasília: CJF, 2003, p. 43, 45-46. (Série cadernos do CEJ ; 22). Disponível em: <<http://bit.ly/2JCihCl>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

Nesse sentido, preocupa-se bastante com o modo em que a cultura da mediação será difundida no país. Como foi abordado anteriormente, o CPC/15 tornou a audiência preliminar de mediação/conciliação obrigatória, excetuando algumas situações em que poderá ser dispensada.

Para justificar tal imposição, o juiz americano Wayne Brazil explica que a adesão pelo método consensual é menor quando a mediação é voluntária, ou seja, quando depender da vontade das partes. Isso porque haveria uma desconfiança dos envolvidos em sair da zona de conforto em que estão acostumados (do julgamento por um terceiro). Logo, até que haja uma mudança cultural suficiente para gerar maior adoção voluntária pelos métodos alternativos, a melhor forma de implantá-los seria torná-los obrigatórios nos casos que aparentemente sejam mais adequados ao processo de mediação²⁹.

No Brasil, percebe-se que há mais seguidores da vertente que critica a mediação obrigatória. André Gomma Azevedo preconiza a voluntariedade na escolha do processo a ser utilizado, ao tempo em que a imposição de uma medida distinta do tradicional pode ser entendida como inconstitucional, por violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição³⁰, conferida pela Constituição, em seu art. 5º, inciso XXXV.

Carlos Alberto Salles tenta superar essa questão através do discurso no qual defende que a garantia da inafastabilidade da jurisdição deve ser entendida de forma a permitir a absorção pelo Judiciário dos mecanismos alternativos. Este autor encara a obrigatoriedade da mediação ou conciliação como um pré-requisito para o acesso ao Judiciário, igualmente aqueles que hoje já existem para o exercício do direito processual de ação: os pressupostos processuais e as condições da ação³¹.

Para Humberto Pinho, o melhor modelo é aquele que incentiva as partes a procurar a solução consensual antes de entrar com a demanda judicial, e não sua aplicação incidental, pois poderia evitar a movimentação da máquina judiciária. Destaca que a tentativa de conciliação/mediação deva estar agregada ao conceito de interesse de agir (dentro do binômio necessidade-utilidade), devendo as partes demonstrar que buscaram algum meio alternativo antes de ingressar no Judiciário, como uma forma de evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário (abuso do direito de ação). Acredita, ainda que, “se trata de uma³² interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição para o regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito”³³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo Código de Processo Civil inaugurou um sistema de justiça, comumente chamada de justiça do consenso, que visa alcançar a solução mais adequada para os conflitos, priorizando a autocomposição por meio da mediação e da conciliação judicial.

A partir disso, surgiram algumas dúvidas a respeito da implantação da mediação judicial, se a verdadeira intenção é exclusivamente a distribuição dos processos e a extinção das demandas ainda na fase inicial do processo (com a lavratura do acordo), sem se preocupar com o mais importante, a satisfação efetiva das partes.

²⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação e Judiciário**: condições necessárias para institucionalização dos meios auto compositivos de solução de conflitos. São Paulo, 2011. 256 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, f. 83.

³⁰ AZEVEDO, André Gomma. Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos auto compositivos. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 24, p. 13-22, jan./mar. 2004, p. 19.

³¹ GABBAY, op. cit., p. 84-85.

³² PINHO, Humberto Dalla Bernadina; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Mediação obrigatória**: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. Disponível em: <<http://bit.ly/2xRR0Hz>>. Acesso em: 20 set. 2016, p. 17.

³³ *Ibid.*, p. 17.

No entanto, para que se alcance esse objetivo, é necessário muito mais que mera reforma legal, pois é sabido por todos que não se muda uma cultura com uma lei. Na verdade, é justamente o oposto, para que a mediação judicial cresça e dê frutos, é necessário que haja um terreno fértil para tanto, que só será alcançada por meio de implantação de políticas públicas. A população deve ser bem informada sobre a mediação e a conciliação, a ponto de poderem chegar a um acordo de forma consciente, alcançando a plena satisfação e, principalmente, optem pelos meios consensuais nas próximas vezes que precisarem resolver um conflito. Essa responsabilidade, acredita-se, caberia ao CNJ.

Entende-se, portanto, que deve haver um movimento mais intenso na formação dos futuros profissionais do direito, ainda na graduação, onde deverão ser trabalhados os princípios basilares da mediação, sua importância e algumas técnicas, já que não é só o mediador o único responsável pela mediação, mas também os juízes, advogados, promotores, defensores, e assim por diante.

Diante do exposto, conclui-se que há um abismo entre a criação da lei, a aplicação e sua efetividade, visto que, desde o século XIX há por parte do Estado Democrático a iniciativa de criar soluções alternativas à judicialização dos conflitos de interesses. Assim, caberá não apenas, mas principalmente à nova categoria de auxiliar da justiça (mediadores judiciais) essa difícil tarefa, que alcançará maior eficiência se estiver bem qualificada e inserida em um contexto favorável.

8 CELERIDADE PROCESSUAL DO DIREITO DO AUTOR DE RECUSAR A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO

Jovi Vieira Barboza*

RESUMO: A questão apontada neste trabalho diz respeito a casos práticos em que alguns Juízes, fulcrados no art. 8º, da Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, recusam o pedido do Autor para não realização da audiência de conciliação e mediação, prevista no art. 334, do Código de Processo Civil, determinando a designação da mesma, às vezes com prazos muito longos, o que acaba por prejudicar o autor que tenha interesse na citação do Réu para contestar o feito. É que o prazo para contestação (CPC 335, I) encontra-se vinculado à realização da audiência e, assim, caso esta não se realize de imediato ou em pouco tempo, o autor é quem passa experimentar uma angústia injustificada à espera da audiência ou da boa vontade do Réu de desistir desta, tornando, dessa maneira, o processo ainda mais moroso do que era quando da vigência do *códex* anterior.

INTRODUÇÃO

Por muito tempo se esperou a publicação do Novo Código de Processo Civil brasileiro, agora sob a égide da Lei n. 13.105/2015. E a expectativa era grande no sentido de que a obtenção da tutela jurisdicional passasse a ser mais rápida e eficaz. Contudo, em alguns casos, acabou-se por se experimentar um atraso considerável na operação do Direito no Brasil, após a edição do Código atual.

Uma das primeiras estranhezas encontradas, *ab initio*, foi a retirada da Medida Cautelar anterior, com a introdução da nova Tutela de Urgência do art. 300. É que o novo instituto aparece com a possibilidade de ser **cautelar**, isto é, de natureza **liminar** e muito parecida com a cautelar anterior quando se verifica o art. 301, do Código, mas, confunde-se com a prevista no art. 303, pois se criou neste dispositivo, um procedimento realmente novo, com o necessário aditamento da inicial, caso seja concedida a tutela antecipada contemporânea à ação. É nesse âmbito que aparece no Código atual o grande problema do momento: É que os incisos II e III, do § 1º, do art. 303, remete a citação do Réu para audiência de conciliação ou de mediação do art. 334. Ou seja, o que era urgente passou imediatamente a ser moroso, pois, ao emendar a inicial, remete-se o feito ao rito ordinário com a inclinação para que a contestação possa ser apresentada, somente, após a audiência de conciliação e mediação. Certamente, a doutrina se encarregará de interpretar e **arrumar** as pequenas imperfeições que os mais técnicos andam comentando acerca dessa circunstância **cautelar** e de **urgência**.

Porém, no art. 334 encontramos a inovação que, aparentemente, a princípio, tende a **ajudar** a solução dos conflitos, pois traz a disposição sobre a realização da audiência de conciliação ou mediação, que se assemelha à antiga audiência do art. 331, do Código de 1973. Essa audiência já foi manejada, também, no Direito do Trabalho, quando foi introduzido na CLT o art. 625-A, que estabeleceu a necessidade de conciliação prévia para que pudesse, então, ser ajuizada a demanda trabalhista. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade

* Advogado, regularmente inscrito perante a OAB-SP sob n. 164.329 e perante a OAB-PR sob n. 38.030, com endereço profissional na Rua Silva Jardim, 386 – 2º. Andar – Conj. 04 – CEP 87.013-010 – Maringá – PR – endereço eletrônico: jovi@jovi.adv.br.

do dispositivo, com o julgamento das ADIs 2.139 e 2.160 e tornou-se inócua a tentativa legislativa de **obrigar** as partes a realizarem a tentativa de conciliação *a priori*, isto é, antes de ajuizamento da ação perante o Poder Judiciário.

A Constituição Federal garante o **direito de ação** (art. 5º, XXXV) e, ainda, pelo princípio da legalidade estabelece que **ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei** (art. 5º, inciso II).

Pois bem, alguns Juízes, especialmente no Estado do Paraná, andam tomando a decisão de encaminhar o feito para a audiência de conciliação e mediação, mesmo quando o autor exerce o seu direito de demonstrar **desinteresse** na realização da mesma. Sim, porque, em alguns casos, o autor vislumbra apenas matéria de direito no bojo da demanda. E, em sendo assim, melhor que se encaminhe o andamento para a citação e para a contestação, o que resultará em maior celeridade do feito. Levar o caso para a audiência de conciliação e mediação, nessas circunstâncias, somente retarda o momento de apresentação da contestação, prejudicando, o autor do feito e causando angústia e injustiça.

Contudo, a decisão, em sede de despacho inicial, normalmente, fundamenta-se no art. 8º, da Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, a qual tem natureza puramente administrativa, não se revestindo do caráter legal, de **criar** direitos e obrigações.

É de se entender que tal decisão e fundamentação fere o princípio da legalidade. Assim, analisando constitucionalmente, face ao princípio das garantias dos direitos fundamentais, o autor não pode ser **obrigado** a comparecer à audiência de conciliação, exceto se for por ato volitivo. Mas, quando demonstra, com o pedido inicial, total desinteresse na realização da audiência de conciliação, exercendo o direito previsto em lei (art. 334, § 5º.), o autor não pode ser compelido a aceitar a designação da audiência de conciliação do art. 334, *caput*, especialmente quando há prazo exagerado para realização da mesma.

Como objetivo principal, este trabalho foca as consequências da aplicação do art. 334, do CPC, por alguns juízes, com a designação da audiência de conciliação e mediação de maneira obrigatória, mesmo quando o autor da ação manifesta expressamente, na petição inicial, seu desinteresse na realização da mesma. E como objetivos específicos, o trabalho visa (i) estudar o desuso do art. 231, I e II, do CPC, em consequência da aplicação do art. 334, bem como, a natureza do despacho inicial que, em alguns vários casos está se tornando ato para intimação e não para citação, deixando esta pendente da realização ou desistência da audiência de conciliação (art. 334); (ii) estudar o direito do autor da ação em demonstrar **desinteresse** na realização da audiência de conciliação pela petição inicial, da mesma maneira que o réu poderá fazê-lo por petição dez dias antes da data designada para a audiência; (iii) estudar o direito constitucional do autor de desistir da audiência; (iv) estudar a prerrogativa pela qual o Magistrado não tem o poder de **obrigar** o autor da ação a participar de audiência que não deseja, porque, de alguma forma, entende que o feito trata de matéria de direito; (v) demonstrar que a aplicação exagerada dessa prescrição do CPC vem aumentando o retardamento do andamento processual, especialmente em Comarcas em que haja pequeno número de conciliadores e mediadores e rotatividade considerável de processos judiciais; e (vi) finalmente, apresentar proposições à XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, no sentido de melhorar a operação do Direito, com base nos tópicos estudados.

Em termos de metodologia, o trabalho baseia-se em estudo de caso e da legislação, especialmente no Código de Processo Civil e na Constituição Federal, com o auxílio da Lei de Arbitragem, que se enquadra no Estudo de Caso apresentado, para justificar, de maneira prática, a necessidade de análise um pouco mais acentuada das proposições.

DA INCOERÊNCIA INTERPRETATIVA DO DISPOSITIVO

A sociedade vinha se animando com a possibilidade de, a partir da edição do novo *códex*, o processo ganhar celeridade. E esse parece ser o desejo da maioria dos operadores do Direito, exceto para aqueles que têm interesse em prolongar ao máximo a solução do litígio. É o que acontece com os Bancos, por exemplo, quando figuram em polo passivo, pois, se tiverem que realizar qualquer pagamento, quanto mais tarde melhor, pois, qualquer dívida na Justiça crescerá muito menos do que o seu valor original crescerá aplicado em meandros financeiros, mercados de capitais ou coisa que o valha.

O art. 133, da Constituição Federal, estabelece que o “Advogado é indispensável à administração da justiça”. Portanto, qualquer circunstância que não seja **justa** não pode ser apreciada e louvada pelo advogado. E neste âmbito se enquadra perfeitamente o retardamento da entrega da tutela jurisdicional. Qualquer circunstância que promova o retardamento do andamento processual deve ser combatida pelo Advogado, como é o caso do presente estudo.

O povo brasileiro já vem sofrendo demasiadamente com as injustiças praticadas pela classe política, assim como por algumas decisões do Poder Judiciário que, claramente, se demonstram revestidas de caráter político. E esse ponto não pode deixar de ser rebatido, questionado e, até mesmo, refutado pelo Advogado, sob pena de desobediência aos ditames do art. 133, da Constituição Federal, que prevê que o advogado deve administrar a justiça.

Neste diapasão, é preciso que a classe da Advocacia enfrente algumas circunstâncias que são impostas à população brasileira, que acaba engolindo **goela abaixo** devidos tais circunstâncias se lhe apresentarem revestidas do manto interpretativo do poder judiciário.

É o caso, portanto, da inovação trazida com o Código de Processo Civil, em seu art. 334. A intenção do legislador vem sendo deixada de lado primorosamente por alguns juízes. O dispositivo trata da audiência de conciliação e mediação, que deve ser designada com antecedência de 30 (trinta) dias e o réu citado com, pelo menos, 20 (vinte) dias da data de realização da audiência.

A conciliação é instituto processual que já vigora há muito e, inclusive, viveu momentos de glória, mesmo sob o âmbito do processo amparado pelo Código anterior, principalmente, no âmbito dos conflitos trabalhistas. A mediação é objeto de legislação recente, com o advento da Lei n. 13.140/2015. A exemplo da Arbitragem, regulada pela Lei n. 9.307/96, que ainda encontra relutância por alguns membros da sociedade brasileira, a Mediação também encontra resistência e vai precisar de muito esforço doutrinário e muita boa vontade dos operadores do direito para que alguns aspectos culturais sejam superados no sentido de valorizar o instituto.

O caso estudado no presente trabalho é um exemplo de atitudes retrógradas, que, ao invés de contribuir para melhorar os institutos existentes, trabalham no sentido contrário, principalmente no tocante ao aspecto processual, que, como sabemos, enfrenta morosidade demasiada no âmbito forense brasileiro.

Ocorre que a infraestrutura judiciária brasileira não está preparada para uma medida tão providencial como a que o legislador tomou por ocasião da edição do Código de Processo Civil, especialmente no tocante ao dispositivo do art. 334 e seus parágrafos, bem como em relação à intenção do Conselho Nacional de Justiça, com a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010.

Enquanto se esperava que o Novo Código de Processo Civil trouxesse celeridade para a solução dos litígios, o art. 334, por conta da falta de pessoas habilitadas para operar conciliação e mediação, trouxe um **perigo** maior ainda para o processo. Audiências estão sendo designadas com prazos superiores a **seis meses**, o que, convenhamos, não se pode cogitar como algo bom

para a sociedade brasileira, ainda mais quando o próprio CPC estabelece que o prazo para contestação da ação começa a fluir a partir da realização da audiência (CPC 335, I). Convém, portanto, analisar alguns aspectos da lei processual.

A citação é o ato pelo qual se dá ao Réu a informação de que este tem contra si uma demanda judicial (CPC 238). O art. 246, do CPC, prevê a forma como deve ser feita a citação (correio, oficial de justiça, edital etc.). Citado, o réu poderá oferecer contestação no prazo de 15 (quinze) dias (CPC 335). Mas, este dispositivo tem três incisos, sendo que os dois primeiros remetem a contestação para após a audiência de conciliação ou a partir da data de desistência pelo réu (CPC 334, § 4º, inciso I). O terceiro inciso remete para outros (demais casos), referindo-se ao art. 231, do Código.

Ora, quais seriam esses demais casos? A princípio, pode-se dizer da citação prevista nos incisos III a V, do art. 231, pois, nos dois primeiros, salvo melhor juízo, a citação remeterá para a audiência de conciliação, se o autor não manifestar desinteresse na realização da mesma, como se propõe pelo presente trabalho.

O que nos interessa neste estudo é interpretar o Código no fito de se aferir quando é que a audiência não será designada: (i) quando o autor desistir, na petição inicial? (ii) quando o réu desistir na contestação? Ou (iii) somente quando ambos desistirem conjunta ou separadamente (CPC 334, § 4º)?

A princípio, nossa interpretação é a de que, uma vez o autor desistindo da audiência de conciliação, como lhe faculta o § 5º, do art. 334, a audiência não poderá ser designada e o réu será citado para contestar, passando, no tocante à contestação, a vigorar o art. 231, I e II, conforme o caso, senão não há razão para que esses dois incisos permaneçam no Código. Mas, entendemos haver um conflito com a interpretação do § 4º, do art. 334, que remete ao entendimento de que a audiência somente não será realizada, apenas, se ambas as partes desistirem (inciso I). Isto é, aqui, nos parece, haver certa imposição para uma das partes aceitar a realização da audiência, enquanto a outra não desistir dela. E, neste caso, trata-se de uma imposição inconstitucional, pois, somente o autor da ação pode ser prejudicado com essa condição. O réu nunca enfrentará tal circunstância, pois, o que se pode vislumbrar na prática são as situações em que (i) o autor desiste da ação na inicial (CPC 334, § 5º) e o réu não (haverá obrigação para o autor em aceitar a realização da audiência?). Pela norma, o autor há que comparecer à audiência, sob pena de multa, se não o fizer, caso o despacho inicial do juiz não atenda seu pedido e designe data para audiência; (ii) o autor não desiste da ação e o réu sim (o autor comparecerá à audiência e encontrará uma desistência do réu, com a apresentação da contestação, no prazo. Poderá o Juiz aplicar a multa ao réu?).

E o pior de tudo isto é que o autor estará, sempre, à mercê da data designada pelo juízo e da boa vontade do réu em desistir ou não da audiência, restando-lhe, simplesmente, esperar, mesmo diante de uma circunstância que a espera lhe seja prejudicial, como é o caso prático trazido para este estudo. E a continuar vigendo da forma como está, há que se entender que os incisos I e II, do art. 231, do Código, poderão ser considerados “letra morta”, porque o prazo para contestação não fluirá a partir da data da juntada aos autos do aviso de recebimento (inciso I) ou do mandado (inciso II), quando a citação ocorrer, respectivamente, pelo correio ou por oficial de justiça. O prazo fluirá, apenas, a partir da audiência ou da desistência da mesma pelas partes.

Está se criando um “monstrengo” processual para as circunstâncias em que autor e réu não se entendem de forma alguma e a justiça será mais rápida se não houver a realização da audiência do art. 334, pelos Centros de Conciliação e Mediação do Judiciário, a qual é desnecessária, principalmente porque o Magistrado poderá na audiência fazer uso de sua

prerrogativa de conciliador e propor a composição, deixando as partes à vontade para aceitá-la ou não. Pior, a mesma remete à desistência mútua (autor e réu).

Porém, a obrigação para o autor de esperar mais de seis meses para a realização de uma audiência que, certamente, será infrutífera, nos parece um pouco exagerado, senão inconstitucional, diante do princípio da legalidade (CF, 5º. II), uma vez que o art. 334, do Código de Processo Civil, § 5º, estabelece a oportunidade para o autor demonstrar o seu desinteresse na realização dessa audiência de conciliação. E demonstrando esse desinteresse, principalmente diante de circunstâncias claras de que não haverá possibilidade de composição, como é o caso concreto trazido com este estudo, nos parece que o autor adquiriu o direito de não realizar a audiência, não se lhe podendo tal circunstância ser imposta pelo juízo, ainda mais quando deixará o autor à mercê do réu, pois, este poderá (i) desistir até dez dias antes da data da audiência e apresentar contestação; ou (ii) comparecer em audiência e não aceitar composição alguma, passando a fluir, somente, a partir desse momento, o prazo para contestação. A nosso ver, somente o autor pode ser prejudicado com essa circunstância, mas, nunca o réu, pois o prazo que retarda a realização da audiência retarda, também, a contestação e somente beneficia o réu. Portanto, não há isonomia processual.

Ora, encontrando respaldo o autor no art. 334, §5º, do CPC, para desistir da audiência, o mesmo exerce direito constitucional de não ser submetido à realização da mesma de maneira forçada, pois, o art. 5º, II, da Constituição Federal deverá ser interpretado e aplicado a seu favor, neste sentido: não estará obrigado à realização da audiência, mesmo que a Resolução n. 125/2010, do CNJ, estabeleça a condição para tal. Isto porque a Resolução não tem caráter de lei e não pode, portanto, impor uma obrigação que o autor não tem.

Neste sentido, portanto, o juiz não tem poder para obrigar o autor a comparecer a audiência e lhe impor multa, caso não compareça. Parece-nos exagerada a disposição que obriga o comparecimento à audiência, inclusive e principalmente quando o autor comprova nos autos que notificou o réu de forma premonitória quanto à possibilidade da demanda. Ora, a notificação prévia ao réu, pelo autor, ainda que extrajudicial, não pode ser descaracterizada como prova de que o mesmo tentou a conciliação antes de ajuizar a demanda.

O art. 726, do Código de Processo Civil, regula a notificação e interpelação que anteriormente vigia sob a égide do art. 867, do Código antigo. A diferença de regra trazida com a nova lei processual, de forma alguma, aniquila a possibilidade de se fazer a notificação extrajudicial, que é instituto consagrado e pode prevenir o ajuizamento de ação judicial, exceto em caso de não atendimento pelo notificado, e principalmente, quando não houver contra notificação. Assim, uma vez demonstrado pelo autor que notificou o réu e que este ficou-se inerte quanto à questão discutida na demanda, o Magistrado, ao despachar a petição inicial, não pode negar ao autor da ação o direito de desistir da audiência de conciliação, pois, demonstrado que não há interesse do réu, também, na composição, devendo o processo ser encaminhado para o rito previsto no art. 231, I e II, com a citação para contestação e não para comparecimento à audiência, passando-se a contar o prazo a partir da juntada aos autos do aviso de recebimento ou do mandado cumprido pelo oficial de justiça.

A razão mais forte para este pleito, por parte do autor é sustentada pela necessidade da tutela jurisdicional. Não há justiça quando se retarda o andamento do processo. Rui Barbosa já disse isto: “justiça tardia não é justiça!”. Portanto, enquanto não houver estrutura para realização de audiências de conciliação imediata, o processo não pode ter seu andamento retardado e se impor a qualquer das partes que a instrução, especialmente a contestação, dependa da realização de audiência, com base no art. 334, do Código Processual, vez que inexistia prazo razoável para a realização da audiência, pois, não é possível admitir como normal a designação de audiência para **seis meses**, levando o prazo para contestação a começar a fluir a partir de oito meses do

ajuizamento. Tal circunstância supera as bordas do absurdo e precisa ser questionada pelos operadores do Direito que visam atender ao disposto no art. 133, da Constituição Federal, ou seja, administrar a justiça.

DO CASO CONCRETO

A questão trazida à análise neste trabalho, sem prejuízo de eventual menção de outras em exposição oral, encontra-se entabulada no feito de n. 0023085-50.2017.8.16.0017, tramitante perante o Juízo da 5ª. Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Maringá – Estado do Paraná, promovida por Wagner Teixeira em face de ITAU UNIBANCO S.A.

O caso verte sobre a circunstância em que o Autor sentiu-se prejudicado por ter encaminhado um Alvará Extrajudicial, extraído de um Procedimento Arbitral, pelo qual se realizara a partilha dos bens deixados pelo seu pai. O Alvará fora expedido por uma Árbitra e acompanhava cópia do termo de compromisso arbitral e da respectiva sentença. Mas, o documento foi recusado pelo Banco que, expressamente, alegou que a sentença deveria ser homologada pelo Poder Judiciário.

Embasado no art. 22-A, da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), o Autor valeu-se da Carta Arbitral (CPC 237, IV), instrumento que visa a cooperação Juiz-Árbitro, tendo logrado êxito na expedição de ofício pelo Juízo para que o Banco efetuasse o cumprimento do que fora determinado pela Árbitra no procedimento Arbitral.

Ocorre que a Carta Arbitral tem custos, destinados à remuneração da Câmara Arbitral, do Árbitro que a expede e do Advogado que administra o procedimento, além das custas judiciais do trâmite, que se assemelha ao procedimento da Carta Precatória. Junte-se a isto o tempo que transcorreu até o pagamento pelo Banco réu, que foi de cerca de 30 (trinta) dias, causando enormes prejuízos ao Autor.

Concluída a circunstância, o Autor ajuizou o feito em questão, visando ser ressarcido das despesas que lhe couberam, causadas pela atitude do Banco que recusou cumprir o Alvará Arbitral e, ainda, salientou que a decisão do Árbitro deveria ser **homologada pelo juiz**, o que se trata de uma ilegalidade, vez que a Lei n. 9.307/96, em seu art. 18, é clara em afirmar que a sentença do Árbitro não fica sujeita a homologação pelo Poder Judiciário.

Antes, porém, do ajuizamento da Ação em tela, o Autor **notificou** o Banco Réu, de forma premonitória, já visando acelerar e dar celeridade maior ainda ao processo.

Com a petição inicial, o Autor deixou comprovado que realizou **Notificação premonitória** ao Banco Réu, e que o mesmo se quedou inerte, demonstrando que não tem qualquer interesse na composição.

Assim, motivou e justificou que o Autor ajuizasse a ação, a qual se destina à obtenção da tutela jurisdicional para que o Banco pague o prejuízo que causou ao autor, acrescido dos consectários legais, quais sejam as custas e despesas processuais e honorários advocatícios, tudo nos termos do que prevê o Código de Processo Civil.

Mas, o Autor tem pressa no recebimento (ou julgamento do feito) da reparação, pois o valor gasto com a Carta Arbitral beirou 70% (setenta por cento) do valor que o Banco deveria pagar para os herdeiros, restituindo-lhes as aplicações que o *de cujus* havia confiado àquela instituição financeira.

Não se trata de negar ou recusar injustificadamente o instrumento da composição, da conciliação, ou da mediação, previstos na Lei n. 13.140/2015 – Código de Processo Civil. Trata-se, isto sim, de providência para celeridade do processo. O que se discute no bojo da ação constitui matéria puramente de direito. Assim, a citação deve ser feita para que o Banco Réu proceda à contestação e não para realização de audiência de conciliação que, como se sabe, vai, apenas, retardar a solução do feito, já que o Banco nem sequer se interessou pela notificação realizada pelo Autor de forma **premonitória**.

Todavia, em que pese haver o Autor demonstrado ao Magistrado que havia notificado o Banco e que não havia interesse, portanto, na realização da audiência de conciliação e mediação, requerendo que fosse realizada a citação do Réu para contestação, conforme prevê o art. 231, I e II, que prevê o início do prazo para contestar, “[...] a partir da data da juntada aos autos do mandado cumprido”, como, aliás, vigorava no âmbito do antigo Código de Processo, o Juízo determinou a realização de audiência, por despacho, no bojo do qual não fez qualquer menção ao pedido do Autor, limitando-se a comentar a Resolução CNJ 125/2010, motivando a propositura de embargos de declaração pelo Autor em outubro de 2017. Na sequência, seis dias após, mesmo sem qualquer resposta para os embargos, a audiência foi designada para março de 2018. Obviamente que o Autor não entende tal circunstância como a boa prática da Justiça, pois, no seu entender, quem sai **ganhando**, por enquanto, é o Banco que ficou com seu dinheiro por mais de trinta dias, em desobediência ao Alvará Arbitral e, após o pagamento, sendo cobrado pela via judiciária, vê ainda mais retardada qualquer possibilidade de ser compelido a indenizar o Autor.

Ora, o instrumento da composição, da mediação e conciliação deve ser utilizado para dar celeridade e não para **retardar** a solução do feito. Assim, sendo designada audiência de conciliação, com prazo longo para a realização da mesma e somente a partir daí contando-se o prazo para contestação, o Autor fica cada vez mais desprotegido e desamparado pela Justiça, sofrendo com os prejuízos que lhe foram causados pelas circunstâncias apontadas.

E, ainda, para agravar a circunstância em análise, a remessa ao órgão conciliador é feita pela Serventia, através de certidão exarada nos autos, o que dificulta totalmente qualquer insurgência por parte do autor, pois, não há possibilidade de recurso contra encaminhamento realizado pela serventia judiciária, o que exige um esforço ainda maior, com a interposição de petição para análise e decisão do juízo, objetivando, posteriormente, a interposição de agravo de instrumento na tentativa de modificar o rito processual, com o cancelamento da audiência, o que se torna, também, por vezes, inviável, pois o julgamento do agravo de instrumento pode demorar mais tempo ainda do que aquele previsto para a realização da audiência.

Ou seja, há que se pensar em alguma saída plausível para circunstâncias semelhantes, ou deveremos assumir a condição de que não há justiça em tempo hábil, já que não há estrutura capaz de atender às necessidades daqueles que precisam da justiça.

CONCLUSÃO E PROPOSIÇÕES

Por ser oportuno, em âmbito da realização da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, este trabalho vem propor uma reação da Classe contra essa interpretação dada pelos Juízes de que o Autor da ação não tem poder exclusivo para afastar a possibilidade de realização da audiência de conciliação e mediação quando esta não for do seu interesse, como é o caso apresentado alhures.

Como visto no estudo do caso, uma vez provado que o Banco não atendeu à Notificação do Autor (premonitória) e que o autor se demonstrou **desinteressado** na realização da audiência de conciliação, conforme lhe autoriza o art. 334, do CPC, a citação deve ser imediata para o Réu **contestar o feito** e não para demonstrar interesse na realização da audiência, pois, esta circunstância obrigaria o Autor a fazer algo que não quer e que não está obrigado pela lei, ferindo, portanto, seu direito fundamental de não ser obrigado a **fazer alguma coisa senão em virtude de lei** (CF 5º, II).

O § 5º, do art. 334, reveste-se de formalidade legal, enquanto que o art. 8º, da Resolução do CNJ 125/2010 reveste-se de natureza administrativa, não podendo, assim, se sobrepor à Lei. Se o Autor demonstrou desinteresse na realização da audiência do art. 334, o Magistrado não tem o poder de obrigá-lo a comparecer, devendo determinar a citação **para contestação**, simplesmente, pois o Réu somente passa a ter direito processual **após a citação**. Portanto, a prerrogativa do Réu, estabelecida § 5º, do art. 334, do Código de Processo Civil, somente se aplica no caso em que o Autor não se manifesta na inicial em desinteresse na realização da audiência, sendo a mesma designada pelo Juiz. Ao ser citado, o Réu poderá valer-se dessa prerrogativa e manifestar-se, por petição, até 10 (dez) dias antes da data designada para a audiência, manifestando desinteresse em sua realização, o que implicará em início do prazo para contestação e nada mais, não se aplicando aí, a disposição do § 4º, do mesmo artigo, pois, ali se trata de manifestação mútua do desinteresse na composição.

O importante é perceber que os institutos da conciliação e da mediação inseridos no Código de Processo Civil, através dos arts. 334 e 335, não podem ser utilizados, seja pela parte, seja pelos operadores do Direito, para **retardamento** do andamento do processo. O espírito da lei não é este. Se o legislador criou um artifício para melhorar o processo, é inadmissível que venham os operadores do direito utilizar este mesmo mecanismo para retardar o andamento do processo, apenas porque a estrutura forense não comporta realizar audiências rápidas, constituindo-se este fato em um subterfúgio para o retardamento e a morosidade da Justiça.

Como proposição, portanto, este trabalho pleiteia que providências sejam tomadas, sejam legislativas, com sugestões para mudança do dispositivo, sejam operacionais, como, por exemplo, a realização da audiência de conciliação e mediação, em, no máximo, 15 (quinze) dias após a intimação e, em caso de impossibilidade de realização nesse prazo, que seja o Réu citado para contestação, nos termos do que prevê o art. 246, combinado com o art. 231, I e II, o qual, se continuar vigorando a sistemática de realização de audiências para somente depois contar o prazo para contestação, perderá sua função, pois a maioria dos Juízes atribui caráter de **intimação** para a realização de audiência e não de “citação” para contestar o feito, circunstância que se torna automática, após a realização da audiência.

A proposição, portanto, é no sentido de encaminhar as seguintes providências, alternativamente:

- Proposta de alteração do CPC para deixar claro que, quando o autor demonstrar desinteresse na realização da audiência de conciliação, o Magistrado não poderá impor-lhe a realização da mesma, valendo, por isonomia, a mesma condição para o réu que poderá demonstrar seu desinteresse até 10 (dez) dias da data designada para a audiência;
- Proposta de alteração do CPC para restar claro que o ato inicial praticado pelo Magistrado, no caso de desinteresse demonstrado pelo autor na inicial, deverá ser para **citação** e não intimação

para audiência, o que significará, com base no art. 246, do CPC, que o prazo para contestação correrá a partir da citação e não da audiência;

- Proposta de alteração do CPC para vigorar o rito do saneamento do feito quando houver desinteresse na realização da audiência de conciliação, seja pelo autor, seja pelo réu, uma vez citado, obedecida a circunstância prevista na proposta acima;
- Proposta de alteração da Resolução n. 125/2010, do CNJ, no sentido de que seja determinado que a Audiência prevista pelo art. 334, do CPC, seja realizada, no prazo máximo de 15 (quinze) dias após o ajuizamento do feito, caso seja mantida a condição de fluência do prazo para contestar apenas após a audiência de conciliação;
- Proposta de alteração do CPC para impor o cumprimento do art. 246, que vem sendo **deixado de lado** por alguns Magistrados, tendo em vista que o ato inaugural vem sendo realizado no sentido de **intimar** o Réu para a audiência e não no sentido de **citar** o réu para se defender no processo.

Com essas medidas, queremos crer que o Processo Civil passará a ser mais ágil, rápido e célere, como espera a sociedade, pois, do contrário, teremos, como no exemplo estudado no presente trabalho, o prazo para contestar o feito tendo início **somente 7 (sete) meses** após o ingresso da ação perante o Poder Judiciário, o que não se trata de circunstância plausível.

E finalmente, todo o teor apresentado tem o propósito de tentar melhorar, cada vez mais, a administração da justiça, conforme determina o art. 133, da Constituição Federal, que constitui numa das mais importantes prerrogativas do Advogado.

REFERÊNCIAS

FUX, Luiz (org.). **Novo CPC Comparado**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2015.

SILVA, Bruno Freire e. O art. 3º do Novo Código de Processo Civil e o processo do trabalho. **Revista do Advogado**, São Paulo, nº 126, 2015, p. 16.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que se espera do Novo CPC? **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 126, 2015, p. 198.

9 SINDICALISMO DIGITAL: O CROWDSOURCING COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DO TRABALHADOR NAS DECISÕES SINDICAIS

Jadir Rafael da Silva Filho*

RESUMO: O presente trabalho científico surgiu em razão de uma discussão acadêmica sobre a falta de participação do trabalhador na tomada de decisões do sindicato que o representa. Prestigia principalmente a questão dos sindicatos tomarem decisões muitas vezes contrárias aos interesses da categoria que representa. O atual modo de representatividade dos sindicatos desprivilegia as intenções e ditames trazidos pela Constituição Federal, a qual buscou assegurar o mecanismo de defesa dos direitos trabalhistas por meio de uma estrutura sindical criada e mantida de forma democrática. Mas como tornar a instituição sindical mais democrática? Com a advento das novas tecnologias, surgiram inúmeros meios para permitir a aproximação do trabalhador com a instituição sindical. Daí a importância do tema.

Palavras-chave: Direito Sindical. Democracia Sindical. *Crowdsourcing*. Novas Tecnologias.

ABSTRACT: The present scientific work arose because of an academic discussion about the lack of participation of the worker in the decision making of the syndicate that represents it. It mainly emphasizes the issue of unions making decisions often contrary to the interests of the category it represents. The current mode of representation of the unions deprived the intentions and dictates brought by the Federal Constitution, which sought to ensure the mechanism of defense of labor rights through a union structure created and maintained in a democratic manner. But how to make the trade union institution more democratic? With the advent of new technologies, there were many ways to bring the worker closer to the trade union institution. Hence the importance of the theme.

Keywords: Right to Trade; Crowdsourcing; New technologies.

INTRODUÇÃO

Atualmente, em muitos casos o trabalhador não reconhece a entidade sindical como instituição que lhe representa. De fato, os sindicatos não são aceitos nem mesmo por seus associados.

Isso ocorre porque, na prática, a comunicação entre trabalhador e sindicato não ocorre de forma satisfatória. Consequentemente, as decisões tomadas pela entidade sindical em convenções coletivas ou outras ocasiões, não atingem aos interesses dos trabalhadores daquela determinada categoria.

* Advogado, OAB/SP 375.085, Avenida José Carmelo Zaupa, nº 38, Vila Maristela, CEP 19.020-310, Presidente Prudente/SP. Membro da Comissão da Jovem Advocacia da 29ª subseção da Ordem dos Advogados do Brasil. Bacharel em Direito e Pós-graduando em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Aluno especial da disciplina Filosofia do Direito, do Programa de Mestrado em Direito Negocial 2017, da Universidade Estadual de Londrina. e-mail: jadir_rafael@hotmail.com

Contudo, uma forma de salvar as instituições sindicais seria a fomentação da participação do trabalhador na tomada das decisões que atinjam toda a categoria. Tornar as decisões ainda mais democráticas e assim, sendo capazes de aumentar a participação dos trabalhadores na discussão das problemáticas gerais.

O uso das novas tecnologias podem ser um mecanismo extremamente eficiente para o aumento da participação do trabalhador na assembleia sindical, promovendo assim o fortalecimento da representatividade dos sindicatos.

O presente trabalho buscou analisar a crise de representatividade das entidades sindicais para o fim de constar seus verdadeiros motivos, pesquisando formas para o aumento da democracia interna destes organismos representativos, e finalmente estabelece parâmetros para a reforma sindical.

Em busca de uma solução, foi debatido, no presente trabalho a possibilidade de utilização do *Crowdsourcing* como instrumento de participação do trabalhador nas decisões sindicais.

O SINDICATO E O DIREITO SINDICAL

Os sindicatos foram organismos criados para representar o trabalhador, em decorrência do conflito de interesses gerado pelo capitalismo entre o empregador e empregado.

Com o avanço das tecnologias, principalmente a criação de maquinários que substituíam a produção manual dos operários da época, o produto criado era revertido em dinheiro, mas estes valores não eram revertidos em favor dos trabalhadores, sendo necessário a organização dos trabalhadores para reivindicar melhores condições de trabalho.

O início deste modelo de organização dos trabalhadores nasceu na Inglaterra, onde inúmeros grupos passaram a reivindicar direitos e melhores condições. Então, o parlamento inglês em 1824, editou uma lei que permitia a associação dos operários, nascendo um fenômeno chamado *Trade-unions* que pode ser interpretado como uniões dos sindicatos.

Com o despertar da classe operária para a busca de melhores condições, foi intensificado a discussão inclusive de políticas públicas, passando a aumentar inclusive a participação do trabalhador na política em geral.

No Brasil, neste período ainda predominava a existência de colônias agrícolas, não havendo grandes polos de industrialização, em um período em que ainda vigorava a escravidão.

Com a independência do país, abolição da escravidão e mudanças na economia, nascem as primeiras organizações de trabalhadores que posteriormente se tornaria regulada por lei. No século XIX enfim, houve a efetiva participação dos sindicatos no papel econômico e político no país.

Exemplo desta efetiva participação foi que no início dos anos 2000, foi eleito como presidente do Brasil um líder sindical filiado ao partido dos trabalhadores.

Independente desta participação sindical, o fato é que o sindicato tem previsão constitucional e goza de papel fundamental na representação e proteção dos direitos pertencentes a categoria que representa.

A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE

Atualmente, o sistema sindical no Brasil passa por uma crise de representação, onde os trabalhadores não reconhecem o sindicato como o defensor de seus interesses.

Como ensina Saulo Nunes de Carvalho Almeida (2013, p. 132):

Os sindicatos, como organismos representativos, pouco representam. Diretores, ainda que não explicitamente, centralizam o poder de decisão das entidades sobre suas mãos; o trabalhador, quando detentor de opinião contrária àquela apresentada pela diretoria, sente-se isolado, receoso das consequências de expressar seu pensamento destoante. Temendo represálias ou pressões, o indivíduo assume uma postura de passividade frente a inúmeras questões cruciais a ele e a sua própria categoria. Assembleias sindicais começam a se tornar um mero formalismo, servindo apenas para manter a necessária ilusão de participação e democracia quando da deliberação final, mas pouco materializando o verdadeiro espírito democrático.

A referida crise representativa pode ser atribuída ao afastamento da entidade sindical de seus representados. De fato, no Brasil os sindicatos, em sua grande maioria, não buscam identificar os interesses dos trabalhadores que representam e acabam tomando decisões que contrariam os desejos de sua categoria.

Atualmente, os movimentos sindicais atuam na proteção de um sistema composto pela unicidade sindical, onde pode haver apenas um sindicato por categoria adstrito a determinada base territorial, e a contribuição obrigatória do trabalhador, ambos previstos na Constituição Federal, Artigo 8º incisos II e IV¹:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

[...]

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

[...]

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

¹ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...]

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; e

[...]

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

Em decorrência desta forma de organização que, com o passar dos anos, o sistema sindical veio perdendo forças. Ao abordar o tema, Ricardo José Macêdo de Brito Pereira (2010, p. 92), afirma:

O Estado arrecada a contribuição sindical e repassa essa contribuição para os sindicatos. Esse sistema de organização sindical dá margem a uma série de abusos: sindicatos de fachada, sindicatos sem representatividade, sindicatos que querem só arrecadar. Isso é muito forte, ainda que não seja a maioria do movimento sindical. É um seguimento que acaba manchando de alguma maneira a imagem do movimento sindical como um todo e cria uma reação por parte do Ministério Público e do Poder Judiciário, uma atuação de jurisprudência de correção.

A principal reação que não foi mencionada pelo autor, foi a que se refere ao trabalhador, representado pelo movimento sindical, que atualmente renega o sindicato como organismo representativo.

Nesse sentido, vale transcrever a afirmação feita por Zilmara Davi de Alencar (2010, p. 116):

Verificamos hoje, no país, que, para superarmos também, precisamos sair desse padrão de sindicato em que tenha apenas a representação; precisamos ir atrás de um sindicato que tenha representatividade. Não basta ter um registro sindical, não basta tão somente atender aos ditames constitucionais e legais, tem de estar também com a aproximação da categoria representada. Se a lei assim determina, que temos de ter o limite da categoria, mas esse sindicato tem de ser, sim, de fato, um legítimo representante, tem de se buscar representatividade, de fato.

De fato, o sistema sindical deve, em um primeiro momento, buscar alcançar um diálogo com os trabalhadores da respectiva categoria, para que haja uma efetiva representação e, conseqüentemente, que os interesses desse grupo sejam alcançados.

Uma ferramenta que surge para sanar essa crise representativa é a internet, mais especificamente, os mecanismos que permitam a participação do trabalhador/usuário da internet, na tomada de decisão dos sindicatos.

A INTERNET E SEUS MECANISMOS

Os avanços tecnológicos permitiram o nascimento de relações jurídicas em ambiente eletrônico. Não houve alteração nos elementos da relação jurídica, passando apenas ocorrer virtualmente, permanecendo os sujeitos com seus direitos e deveres.

A internet resulta em novas formas de relações jurídicas, como bem ilustra Tarciso Teixeira ao abordar o comércio eletrônico, tema que não tem relação com o discutido neste

trabalho científico, mas que ilustra a forma de comportamento na internet, pois existem contratos decorrentes de sua manutenção, como por exemplo serviços de conexão e, ao mesmo tempo, ser a internet apenas um meio para a manifestação da vontade de contratar e expor sua opinião (TEIXEIRA, 2013, p. 129).

Como já mencionado, com o advento da internet foram criados mecanismos que possibilitaram ao seu usuário a possibilidade de expor sua opinião para qualquer questão estando em qualquer lugar do país ou do mundo.

Dentre esses mecanismos podemos citar: *Peer production*, que pode ser traduzido como **produção entre pares**. Trata-se de uma inovação organizacional que surgiu da prática social mediada pela Internet, que possibilita a colheita da maioria dos exemplos visíveis e importantes da inteligência coletiva, transformado em uma central de quadro teórico utilizado por cientistas sociais e juristas de inteligência coletiva²; e o *Crowdsourcing*, que apesar de não haver tradução literal para o português, é como uma cooperação coletiva de forma amadora, representando o ato de uma organização delegar uma tarefa para uma rede de pessoas, normalmente extensa, e feita de forma aberta, podendo assumir a forma de *peer production* – quando executada de forma colaborativa – ou ser individual (EBOLI; DIB, 2012, p. 8).

Diante desses novos meios de participação e comunicação, a entidade sindical, ao invés de submeter as discussões a determinado número de diretores, poderia consultar todos os seus representados, privilegiando assim a democracia interna dos sindicatos.

Evidente que, com uma maior participação do trabalhador na tomada de decisão pelo sindicato, a entidade se fortalecerá, assegurando assim os direitos e garantias previstos no texto constitucional.

A reforma sindical é uma necessidade contemporânea, pois estas entidades não possuem grande nível de representação dos trabalhadores. Dentre as principais reformas propostas pela doutrina, estão a da unicidade e o fim da contribuição obrigatória. Entretanto, deve ser observado também a organização das entidades em relação a sua democracia interna.

A internet é um instrumento capaz de combater a crise de representatividade que atinge as instituições sindicais no Brasil, pois é capaz de promover o diálogo entre o sindicato e o trabalhador e, consequentemente, possibilita a valorização do coletivo na busca por direitos e garantias comuns a todos.

CONCLUSÃO

O atual sistema sindical não privilegia a democracia interna destas entidades, uma vez que seus associados não têm efetiva participação nas votações e decisões da entidade sindical. Isto ocorre devido à falta de comunicação entre trabalhador e representante sindical.

Devemos adequar o funcionamento das instituições sindicais para que representem e alcancem ainda mais os trabalhadores que compõem aquela categoria.

O movimento sindical pode evoluir para aumentar sua representatividade e, assim, conquistar maiores benefícios aos trabalhadores no sistema capitalista, bastando para tanto, utilizar as novas tecnologias como mecanismo desta evolução.

² Peer production is the most significant organizational innovation that has emerged from Internet-mediated social practice, among the most visible and important examples of collective intelligence, and a central theoretical frame used by social scientists and legal scholars of collective intelligence. Disponível em: <<http://bit.ly/2jIFBP>>.

A internet é instrumento adequado e capaz para buscar o diálogo entre o sindicato e o trabalhador, pois possibilitará a participação daqueles trabalhadores que estavam afastados das reuniões sindicais. Consequentemente, as assembleias sindicais elegerão parâmetros e metas que efetivamente defendam os direitos de sua categoria.

Com uma reforma sindical, incluindo a possibilidade de uma maior participação dos trabalhadores nas decisões do sindicato, estas entidades estarão mais organizadas na busca dos interesses comuns de seus associados, possuindo mais força em convenções e acordos coletivos.

A facilitação da participação dos trabalhadores por intermédio das novas tecnologias promoverá uma efetiva democracia sindical, com o aumento da participação do trabalhador nas decisões dos sindicatos, pressionando ainda mais o empregador.

A internet é um mecanismo capaz de diminuir a crise de representatividade dos sindicatos no Brasil, pois a utilização das novas tecnologias aumentará a associação voluntária dos trabalhadores aos sindicatos, devido ao maior poder de decisão.

O sistema sindical encontra-se em crise e a reforma da legislação que trata sobre o tema deve ser realizada, pois as entidades não exercem mais o papel esperado pelos trabalhadores previstos na Constituição Federal.

O atual Sistema sindical no Brasil, em decorrência de sua crise de representatividade, necessita de propostas de reforma sindical que pode ter como meio de solução o *Crowdsourcing*, utilizado como sistema de captação de opinião e participação do trabalhador nas decisões sindicais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Mário. O Direito à liberdade de associação e de negociação coletiva e sua essencialidade no contexto do trabalho decente. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 76, n. 4, p. 84-90, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2M5Sfpu>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

ALENCAR, Zilmara Davi de. Desafios e perspectivas para o diálogo social no Brasil: o modelo sindical brasileiro e a reforma sindical. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 76, n. 4, p. 96-104, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2kWcoBS>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. Como a internet pode revolucionar as relações sindicais: premissas iniciais para um sindicalismo sindical. **Revista de Direito do Trabalho**, Brasília, v. 153, p. 131-154, set./out. 2013.

EBOLI, Leticia Ribeiro; DIB, Luís Antônio da Rocha. Criação coletiva na web 2.0: um estudo de caso em uma empresa brasileira de *crowdsourcing*. **Revista Eletrônica de Sistemas de Informação**, Curitiba, v. 12, n. 3, set./dez. 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/2kVVzHe>>. Acesso em: 8 jul. 2016.

GONÇALVES, João Carlos. Desafios e perspectivas para o diálogo social no Brasil: o modelo sindical brasileiro e a reforma sindical. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 76, n. 4, p. 105-109, out./dez. 2010. Disponível em: < <http://bit.ly/2sAd9VJ> >. Acesso em: 8 jul. 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. Sindicalização e negociação coletiva no setor público sob a perspectiva brasileira. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 76, n. 4, p. 91-95, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2Ji6FVD>> Acesso em: 8 jul. 2016.

SIQUEIRA NETO, Francisco José. Desafios e perspectivas para o diálogo social no Brasil: o modelo sindical brasileiro e a reforma sindical. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 76, n. 4, p. 96-104, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2LuS0mJ>>. Acesso em: 8 jul. 2016.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo. Saraiva, 2013.

10 A SUSTENTAÇÃO ORAL NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TRÂNSITO: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA ACERCA DO PLENO EXERCÍCIO DE DEFESA E PRERROGATIVAS DO ADVOGADO

Andreia Scheffer das Neves*

RESUMO: O presente material, elaborado na forma de parecer, apresenta fundamentação jurídica no intuito de viabilizar a realização de sustentação oral por advogados em julgamentos de recursos de infração de trânsito perante Juntas Administrativas de Recursos de Infração (JARIs) e Conselho Estadual de Trânsito (CETTRAN).

EMENTA: SUSTENTAÇÃO ORAL EM JULGAMENTO DE RECURSOS DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. PRERROGATIVA DO ADVOGADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ATO.

OBJETO DO PARECER

O presente arrazoado tem o propósito de analisar, sob a ótica jurídica e institucional, a possibilidade e constitucionalidade da realização de sustentação oral por advogado constituído em processo administrativo de trânsito. Neste propósito, passa a fundamentar.

CONCEITOS JURÍDICOS PERTINENTES

Sustentação Oral

A sustentação oral é a oportunidade que tem o advogado de sustentar, no dia do julgamento e perante o colegiado julgador, da tribuna e oralmente, as razões do seu recurso ou as suas contrarrazões ao recurso da parte adversária.

Faz-se este breve esclarecimento inicial para que não haja nenhuma desarmonia conceitual acerca do instituto em análise, eis que, sustentar oralmente as razões recursais não implica na não apresentação da peça defensiva por escrito ou desatendimento das formalidades peculiares a cada ato.

* Advogada; Especialista em Direito Civil e Processual Civil; Presidente da Comissão Especial de Direito do Trânsito da OAB/RS; Tesoureira da Comissão Especial do Jovem Advogado da OAB/RS; Moderadora de Grupo de Estudos em Direito de Trânsito e Professora na Escola Superior da Advocacia da OAB/RS.

Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal é visto como o princípio maior, fundamental, que norteia o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista englobar, de certa maneira, os demais princípios processuais, a exemplo dos princípios do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório.

É o princípio segundo o qual o processo deve observar necessária e impreterivelmente a legalidade, pressuposto de qualquer Estado de Direito. É o inafastável princípio do direito processual que preceitua a proteção aos bens jurídicos que, direta ou indiretamente, se referem à vida, à liberdade e à propriedade, amplamente consideradas.

A Constituição brasileira de 1988 traz a garantia do devido processo legal exarada no seu Artigo 5º, que trata das garantias e direitos individuais. Seu inciso LIV expressa a essência do devido processo legal e o inciso LV surge como seu corolário (ou desdobramento):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

LV – aos litigantes em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recurso a ela inerentes.

Contraditório e Ampla Defesa

Consiste em um princípio jurídico fundamental aplicável a processos judiciais e administrativos. Exprime a garantia de que ninguém pode sofrer os efeitos de um julgado ou sentença sem ter tido a possibilidade de ser parte do processo do qual esta provém, ou seja, sem ter tido a possibilidade de uma efetiva participação na formação da decisão.

Como corolário do Princípio do Devido processo legal, vem expressamente referido no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Prerrogativa do Advogado

As prerrogativas profissionais dos advogados são um conjunto de direitos tão importantes quanto desconhecidos. Reiteradamente, prerrogativa costuma ser confundida com privilégio, todavia convém esclarecer tais constituem direitos que visam o fiel exercício da advocacia e consequentemente o fortalecimento da cidadania.

As prerrogativas ou direitos dos advogados no exercício da atividade são previstos especialmente nos artigos 6º e 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, Lei Federal que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Dentre os direitos previstos no artigo 7º do Estatuto da Advocacia, vale referir:

Art. 7º São direitos do advogado:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional; [...]

VI - ingressar livremente:

a) nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados;

b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares;

c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado;

d) em qualquer assembleia ou reunião de que participe ou possa participar o seu cliente, ou perante a qual este deva comparecer, desde que munido de poderes especiais;

[...]

X - usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas;

XI - reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento;

XII - falar, sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgão de deliberação coletiva da Administração Pública ou do Poder Legislativo;

O exercício da advocacia é constitucionalmente definido como indispensável à administração da justiça, conforme expressa o Art. 133 da Carta Magna. Assim sendo, para que o exercício da advocacia seja pleno e o direito do constituinte devidamente atendido ou defendido, é de suma importância que o advogado tenha respeitadas as suas prerrogativas.

A SUSTENTAÇÃO ORAL EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TRÂNSITO

Da interposição de recurso no Processo Administrativo de Trânsito

O procedimento para apresentação de defesa e recurso em processo administrativo de trânsito tem suas diretrizes básicas estabelecidas na Resolução nº. 299 de 04 de Dezembro de 2008. O artigo 3º da normativa assim estabelece:

Art. 3º O requerimento de defesa ou recurso deverá ser apresentado por escrito de forma legível, no prazo estabelecido, contendo no mínimo os seguintes dados:

I - nome do órgão ou entidade de trânsito responsável pela autuação ou pela aplicação da penalidade de multa;

II - nome, endereço completo com CEP, número de telefone, número do documento de identificação, CPF/CNPJ do requerente;

III - placa do veículo e número do auto de infração de trânsito;

IV - exposição dos fatos, fundamentos legais e/ou documentos que comprovem a alegação;

V - data e assinatura do requerente ou de seu representante legal.

Como se vê, os requisitos para apresentação de defesa ou recurso são apresentados como condições mínimas de admissibilidade, não havendo limitação quanto à representação por advogado, colação de documentos, produção probatória, e tão pouco, a imposição de limite à atuação de eventual procurador constituído.

Da Legitimidade e da Representação por Advogado

É de suma importância que se faça a devida diferenciação de **legitimidade e representação**. Legítima é a parte detentora do direito ou do dever, é o titular da obrigação, seja ela de natureza civil ou administrativa. A legitimidade no processo administrativo de trânsito é disposta no Artigo 2º da Resolução nº. 299/08:

Art. 2º É parte legítima para apresentar defesa de autuação ou recurso em 1ª e 2ª instâncias contra a imposição de penalidade de multa a pessoa física ou jurídica proprietária do veículo, o condutor, devidamente identificado, o embarcador e o transportador, responsável pela infração.

§ 1º Para fins dos parágrafos 4º e 6º do artigo 257 do CTB, considera-se embarcador o remetente ou expedidor da carga, mesmo se o frete for a pagar.

§ 2º O notificado para apresentação de defesa ou recurso poderá ser representado por procurador legalmente habilitado ou por instrumento de procuração, na forma da lei, sob pena do não conhecimento da defesa ou do recurso.

O parágrafo 2º do mesmo dispositivo estabelece que a parte poderá ser representado por procurador através de instrumento de mandato. Portanto quando se defende a prática de ato processual através de advogado constituído para tanto, não há o que se falar em legitimidade, eis que são institutos jurídicos diversos.

Da Constitucionalidade da Sustentação Oral

Conforme já exposto alhures, o direito do advogado de sustentar oralmente suas razões decorre do princípio constitucional da ampla defesa, base do devido processo legal e consequentemente eixo essencial no Estado Democrático de Direito.

Ademais, sendo o advogado essencial à administração da justiça, ao profissional se reservam prerrogativas que visam o fiel exercício do mandato outorgado. O advogado possui também uma finalidade institucional, que se reveste de um verdadeiro mandato constitucional, consubstanciado na proteção do interesse público primário, da supremacia da Constituição, do primado dos Direitos Humanos e na luta pela concreção dos ideais democráticos de tratar-se a todos, indistintamente, como livres e iguais.

Com o advento do Estatuto da Advocacia, através da Lei nº. 8.806/1994, as prerrogativas dos advogados foram incorporadas ao ordenamento jurídico, prevendo dentre seus direitos, no inciso IX do Artigo 7º, o de sustentar oralmente suas razões no julgamento de qualquer recurso ou processo em instância administrativa ou judicial.

Sabe-se que tal dispositivo foi alvo de discussão acerca de sua constitucionalidade¹, todavia a inconstitucionalidade arguida teve como único argumento a possível interferência na organização interna dos tribunais, eis que a redação do inciso impugnado previa que a sustentação oral se daria após o voto do relator, e não antes, como de praxe ocorre.

Recentemente, através da Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015, o Novo Código de Processo Civil, tal controvérsia restou claramente afastada, conforme Artigo 937 da codificação:

Art. 937. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões [...].

Assim, vê-se que o legislador tem atentado para a importância desta ferramenta crucial ao efetivo atendimento aos princípios constitucionais outrora colacionados.

Do Regimento Interno das JARIs

O Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN estabeleceu as diretrizes para a elaboração do Regimento Interno das Juntas Administrativas de Recursos de Infrações – JARI – através da Resolução nº. 358 de 02 de Agosto de 2010.

A regulação realizada pelo Conselho visa definir parâmetros para elaboração do regimento interno de cada JARI, trazendo orientações no que toca à finalidade, competência e composição da junta.

As questões atinentes ao funcionamento, sessões de julgamento e demais tópicos de organização interna são de competência da própria Junta, cabendo ao órgão atuador a que está vinculada, instituí-la e elaborar seu regimento interno em observância e não limitado às diretrizes estabelecidas pelo Contran.

¹ ADIN 1.105-7.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o princípio constitucional a ampla defesa;

Considerando que o direito ampla defesa é base do devido processo legal este essencial ao Estado Democrático de Direito;

Considerando que a aplicabilidade dos princípios constitucionais apontados deve vigorar em qualquer processo, seja ele administrativo ou judicial, tanto no conflito de normas quanto na dúvida;

Considerando que a sustentação oral das razões de recurso constitui prerrogativa do advogado, o qual é indispensável à administração da justiça;

Ainda que o Regimento interno dos órgãos julgadores não estabeleça a forma de realização da sustentação oral, tem-se que:

Há de prevalecer os direitos constitucionalmente previstos, não havendo qualquer óbice legal a possibilidade de o advogado sustentar oralmente suas razões recursais em processo administrativo de trânsito. Portanto não se percebe qualquer inconstitucionalidade em garantir a ampla defesa e o fiel exercício da advocacia.

É o parecer.

11 A RESERVA DE INICIATIVA E O PAPEL DA ADVOCACIA DIANTE DAS LEIS AUTORIZATIVAS

Guilherme Aparecido da Rocha*

RESUMO: Este trabalho tem como objeto a reserva de iniciativa e o papel da advocacia diante das leis autorizativas. Objetiva-se analisar os prejuízos que esses expedientes legislativos geram à sociedade brasileira e como a Ordem dos Advogados do Brasil e os profissionais do Direito podem contribuir à sua eliminação do ordenamento jurídico. A pesquisa tem natureza compreensivo-analítica, pois visa reconstruir perspectivas a partir de análise constitucional histórica e dos resultados que as leis autorizativas têm gerado, do ponto de vista empírico.

Palavras-chave: Reserva de iniciativa. Poder Legislativo. Leis autorizativas. Advocacia.

INTRODUÇÃO

Ao longo da história constitucional brasileira parte das competências do Poder Legislativo foi transferida ao Poder Executivo, com destaque para a exclusividade na apresentação de projetos de lei relacionados a determinados assuntos. Não obstante a existência de reserva de iniciativa, os parlamentares brasileiros lograram identificar um método para driblar o impedimento constitucional: as leis autorizativas.

Como completas desconhecidas, as leis autorizativas existem aos milhares, sem que a sociedade brasileira tenha exata ciência acerca do seu potencial malefício. Por isso a presente pesquisa visa revelar problemas contemporâneos desse insistente expediente legislativo, notadamente para granjear o reforço dos profissionais da advocacia para o combate voltado ao seu extermínio do ordenamento jurídico brasileiro.

A presente pesquisa está organizada em três capítulos. No primeiro aborda-se o Poder Legislativo na República Federativa do Brasil, com a finalidade de identificar marcos e razões de tolhimento dos poderes que lhe são inerentes. No segundo, apresenta-se a evolução e os elementos característicos das leis autorizativas. No último, demonstra-se o papel da advocacia diante das leis autorizativas, com a criação de hipóteses que possam contribuir com o interesse público e com os direitos da pessoa humana.

O trabalho tem natureza compreensivo-analítica, pois visa reconstruir perspectivas a partir de análise constitucional histórica e dos resultados que as leis autorizativas têm gerado, do ponto de vista empírico. Realizou-se ampla pesquisa bibliográfica, inclusive mediante consulta de projetos e leis autorizativas.

* Professor Universitário das Faculdades Galileu (Botucatu/SP), e Gran Tietê (Barra Bonita/SP). Procurador-Geral da Câmara Municipal de Jaú/SP. Mestre em Direito pela UNIMAR. Especialista em Direito Tributário pela PUC/MG. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ITE/Bauru-SP.

O PODER LEGISLATIVO NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A análise sobre as leis autorizativas pressupõe a identificação de traços gerais do Poder Legislativo, à medida que este é o berço daquelas. Isso porque o ambiente parlamentar fornece vastos elementos que cingem à utilização desse expediente, que é largamente utilizado por parlamentares brasileiros em todos os âmbitos da Federação.

A organização dos Poderes da República no decorrer da história nacional revela traços do passado convenientemente mantidos no presente, muitos deles sem base constitucional atual. A repetição de práticas compatíveis com ordens constitucionais pretéritas impede a evolução completa do Estado Democrático, o que reclama uma atuação clara que revise temas de modo a revelar antigas novidades constitucionais.

No contexto da tripartição dos Poderes, perfunctoriamente se tem a impressão de um inequívoco patamar de igualdade entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Ao aprofundar a análise de cunho científico, no entanto, constata-se que essa equiparação sofre constantes ataques, especialmente tendentes a alancear o Poder Legislativo.

Na clássica obra de Montesquieu – **Do Espírito das Leis** – constata-se que ao Poder Legislativo foi dada a atribuição de elaborar as leis e de verificar a sua correta execução, ao Executivo a função de aplicar as leis para a gestão do Estado, e ao Judiciário o julgamento dos conflitos sociais¹.

Desde o clássico de Montesquieu restou evidente a proeminência do Poder Legislativo em relação aos demais², que, guardadas as distinções, estão limitados a aplicar o conjunto normativo criado pelo Parlamento. Não por acaso esse destaque passou a ser atacado por diferentes modos, contexto no qual os artigos federalistas de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay assumem destaque.

Em paralelo a outros objetivos, os artigos federalistas mencionavam a necessidade de impedir, nos Estados Unidos, que o Poder Legislativo alcançasse a proeminência europeia³. Por isso se afirmava que “[...] o departamento legislativo está estendendo sua esfera de atividade em toda parte, e atraindo todo o poder em seu vórtice impetuoso”⁴.

Visto como um centro ambicioso de poder, havia necessidade de limitar o Poder Legislativo, caminho que também foi seguido no Brasil. Por aqui, não obstante a previsão de independência e harmonia que conduz à conclusão de igualdade entre os Poderes, o relevo assumido pelo Poder Legislativo decorre de um processo natural – que muitas vezes sofreu interrupções por meio de processos artificiais.

Acerca do destaque do Poder Legislativo em relação aos demais, Geraldo Ataliba reflete sobre essa ocorrência natural a partir do prisma político e conclui que:

[...] embora os textos constitucionais modernos costumem colocar em pé de igualdade os órgãos verticais do poder, na verdade, pela natureza de suas funções, o Legislativo fica em posição sobranceira relativamente aos demais, dado que o Executivo e Judiciário incumbir-se-ão da aplicação da lei.⁵

¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 169.

² ROCHA, Guilherme Aparecido da. **A constitucionalidade e a legalidade das leis tributárias de iniciativa parlamentar**. Marília: UNIMAR, 2017, p. 25.

³ MADISON, James. **The federalist papers**: n. 48. New York: Yale Law School ; Lillian Goldman Law Library, 1788. Disponível em: <<http://bit.ly/2Jq2Aee>>. Acesso em: 12 out. 2017.

⁴ No original: *The legislative department is everywhere extending the sphere of its activity and drawing all power into its impetuous vortex*. (Ibid., 1788).

⁵ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48.

Mencionado autor também reflete sobre a proeminência do Legislativo à luz da ótica jurídica, contexto que revela a realidade decorrente do *rule of law*. Ao abordá-la, Geraldo Ataliba reconhece (em relação à função legislativa):

Deveras, esta é a mais nobre, a mais elevada e a mais expressiva de todas as funções públicas. Quem pode fixar genérica e abstratamente, com força obrigatória, os preceitos a serem observados não só pelos cidadãos, como pelos próprios órgãos do Estado, evidentemente enfeixa os mais altos e os mais expressivos poderes.

[...]

No Brasil todos os golpes de estado, revoluções, verdadeiras ou falsas, e crises ocorreram em torna da função legislativa. Pode-se dizer que no Brasil o Executivo não se conforma quando não pode legislar ou, pelo menos, comandar e condicionar o processo legislativo.⁶

No Brasil, além da influência estadunidense, outros fatores culminaram na redução de competências do Poder Legislativo. Durante períodos de concentração de poder houve drástica redução de atribuições do Legislativo, muitas delas não devolvidas mesmo depois do restabelecimento da Ordem Democrática, como algumas matérias de iniciativa privativa do Presidente da República⁷ – previstas no § 1º do art. 61 da Constituição da República de 1988.

O desejo do Poder Executivo em exercer competências que são originárias do Legislativo, contudo, não é contemporâneo. Desde a primeira República o Executivo visa exercer **funções de poder co-legislador** (FONSECA, 1981, p. 58). Trata-se de herança histórica, que também reflete o período atual e que apresenta resquícios (in)desejados do passado, os quais se mostram convenientes a um modelo de gestão concentrado na figura do Chefe do Poder Executivo.

Apresentado o contexto, resta delimitar qual competência, tolhida do Poder Legislativo pelo Poder Executivo, figura como objeto desta pesquisa. Trata-se, precisamente, da iniciativa para a propositura de projetos de lei. Ao longo da história constitucional brasileira concedeu-se legitimidade concorrente ao Poder Executivo para apresentar projetos de lei e, a partir da Constituição de 1934, concedeu-se exclusividade a este poder em relação à criação de leis sobre determinados assuntos⁸.

Em resposta ao tolhimento sofrido, legisladores brasileiros continuaram a apresentar projetos sobre matérias cuja iniciativa estava reservada ao Poder Executivo. Num primeiro momento, talvez como um grito de protesto. Mas e hodiernamente? Esta indagação é o objeto que instiga o próximo tópico, a partir do qual será possível concluir sobre o papel da advocacia no enfrentamento das leis autorizativas.

EVOLUÇÃO E ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DAS LEIS AUTORIZATIVAS

A utilização das leis autorizativas teve início na década de 1930, após restrições constitucionais às competências parlamentares, que retiraram a iniciativa para o início do processo legislativo em relação a determinados assuntos do Poder Legislativo, transferindo-a ao Poder Executivo⁹.

⁶ Ibid., p. 50.

⁷ ROCHA, Guilherme Aparecido da. **A constitucionalidade e a legalidade das leis tributárias de iniciativa parlamentar**. Marília: UNIMAR, 2017, p. 26.

⁸ Ibid., p. 31.

⁹ BARROS, Sérgio Resende de. Leis autorizativas. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*: Divisão Jurídica, Bauru, n. 29, p. 259-265, ago./nov. 2000, p. 262.

Como o parlamentar não podia elaborar o projeto de lei sobre determinada matéria, passou a apresentar, então, projetos de lei autorizativos. Trata-se de uma mera recomendação revestida da formalidade de uma lei, ou seja, não se cria nenhuma obrigação, haja vista a exclusividade de iniciativa transferida ao Poder Executivo.

A lei autorizativa é habitualmente caracterizada pela expressão **fica autorizado, autoriza-se o Poder Executivo**, entre outras. Na sequência da expressão genérica são conferidas previsões com alto nível de variação. Autoriza-se o Executivo a fornecer cestas básicas, conceder isenções tributárias, executar políticas públicas, criar direitos *etc.*

Para Sérgio Resende de Barros, o uso da lei autorizativa nada mais é que um abuso contra outro abuso¹⁰. É um **drible hermenêutico da proibição**, que foi e que continua sendo utilizado no âmbito do Poder Legislativo de todas as esferas da federação¹¹.

Mas que são, exatamente, leis autorizativas? Para Sérgio Resende de Barros, são:

Insistente na prática legislativa brasileira, a “lei” autorizativa constitui um expediente, usado por parlamentares, para granjear o crédito político pela realização de obras ou serviços em campos materiais nos quais não têm iniciativa das leis, em geral matérias administrativas. Mediante esse tipo de “leis” passam eles, de autores do projeto de lei, a co-autores da obra ou serviço autorizado. Os constituintes consideraram tais obras e serviços como estranhos aos legisladores e, por isso, os subtraíram da iniciativa parlamentar das leis. Para compensar essa perda, realmente exagerada, surgiu “lei” autorizativa, praticada cada vez mais exageradamente. Autorizativa é a “lei” que – por não poder determinar – limita-se a autorizar o Poder Executivo a executar atos que já lhe estão autorizados pela Constituição, pois estão dentro da competência constitucional desse Poder. O texto da “lei” começa por uma expressão que se tornou padrão: “Fica o Poder Executivo autorizado a...”. O objeto da autorização – por já ser de competência constitucional do Executivo – não poderia ser “determinado”, mas é apenas “autorizado” pelo Legislativo. Tais “leis”, óbvio, são sempre de iniciativa parlamentar, pois jamais teria cabimento o Executivo se autorizar a si próprio, muito menos onde já o autoriza a própria Constituição. Elas constituem um vício patente.¹²

A atribuição de competência é tarefa privativa do Constituinte. Uma vez concluída essa atividade, não compete ao parlamentar, por meio de instrumento infraconstitucional, repetir termos já estipulados constitucionalmente. Há inconstitucionalidade na espécie legislativa que revele essa intenção, que, também, revela um grave descompromisso com o ordenamento jurídico nacional, que há muito padece de hipertrofia legislativa.

Especificamente acerca da inconstitucionalidade das leis autorizativas, Sérgio Resende de Barros conclui que:

¹⁰ BARROS, op. cit., p. 262.

¹¹ ROCHA, Guilherme Aparecido da. A reserva de iniciativa e a inconstitucionalidade das leis autorizativas. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017, Brasília. **Anais eletrônico...** Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2LwRfd4>>. Acesso em: 14 out. 2017.

¹² BARROS, op. cit., p. 261-262.

Não é só inócua ou rebarbativa. É inconstitucional, porque estatui o que só o Constituinte pode estatuir, ferindo a Constituição por ele estatuída. O fato de ser mera autorização não elide o efeito de dispor, ainda que de forma não determinativa, sobre matéria de iniciativa alheia aos parlamentares. Vale dizer, a natureza teleológica da lei – o fim: seja determinar, seja autorizar – não inibe o vício de iniciativa. A inocuidade da lei não lhe retira a inconstitucionalidade. A iniciativa da lei, mesmo sendo só para autorizar, invade competência constitucional privativa.¹³

Não obstante a relevância, não possível concordar totalmente com as considerações de Sérgio R. de Barros, ao menos em relação à tese da inocuidade. Inócua é o que não causa dano, o que não é nocivo nem prejudicial¹⁴. Esta, contudo, não é a realidade oriunda das leis autorizativas, que estão carregadas de elevado potencial lesivo¹⁵. Aliás, é nesse contexto que o papel da advocacia adquire relevo – conforme exposição constante do capítulo 3 desta pesquisa.

A demonstração da lesividade das leis autorizativas pode ser demonstrada facilmente por meio do recurso da exemplificação. Consultas céleres e superficiais são suficientes para que se encontrem inúmeras proposições de lei dessa natureza, como o Projeto de Lei n.º 3.364/2017, apresentado perante a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro em 12 de setembro de 2017. Por meio dele o autor pretende “autorizar” o fornecimento de medicação para diabetes, além da que já consta na lista do Sistema Único de Saúde¹⁶.

A redação do artigo 1º da proposição pesquisada prevê: “[...] fica autorizado que todo indivíduo diagnosticado, na Rede Pública de Saúde, com Diabetes tipo 01 tem direito a tratamento adequado, com a finalidade de prevenir agravos e proporcionar reabilitação”. Já o *caput* do artigo 2º completa: “o indivíduo diabético tipo 01, que estiver em acompanhamento regular em uma Unidade Básica de Saúde, poderá adquirir insulinas de ação ultrarrápida e lenta, gratuitamente, pela Atenção Básica, além da insulina NPH e regular, já concedidas pelo SUS”.

Ao ser aprovado, um projeto como esse cria para a sociedade a aparência de um novo direito. Ao ler ou ouvir a notícia da publicação da lei, o cidadão crê possuir o novo instrumento de tratamento para a diabetes e busca a rede pública de saúde para obtê-lo. Contudo, será surpreendido ao receber as primeiras negativas, que serão fornecidas pelos servidores públicos do sistema de saúde.

Após transitar entre alguns setores da Administração Pública, o cidadão constatará que a obtenção do novo remédio não será imediata e nem voluntária. Alguns desistirão e creditarão a insatisfação ao Poder Executivo, ou ao Legislativo – que produziu a norma meramente autorizativa. Há, no entanto, os que buscarão o Poder Judiciário. Mas qual o papel da advocacia ao receber demandas dessa natureza?

¹³ BARROS, op. cit., p. 263.

¹⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**, 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 949.

¹⁵ ROCHA, Guilherme Aparecido da. **A constitucionalidade e a legalidade das leis tributárias de iniciativa parlamentar**. Marília: UNIMAR, 2017, p. 26.

¹⁶ RIO DE JANEIRO (Cidade). Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei n.º 3.364/2017**. Autoriza o fornecimento de medicação para diabetes tipo 01 no Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <<http://bit.ly/2kRZdIA>>. Acesso em: 15 out. 2017.

O PAPEL DA ADVOCACIA DIANTE DAS LEIS AUTORIZATIVAS

Diante do uso descompromissado de proposições legislativas divorciadas de interesse público, cria-se na sociedade uma (falsa) impressão de novos direitos. O cidadão que ouve ou lê uma notícia que dá conta da criação de um benefício, na maioria das vezes não distingue entre o caráter autorizativo ou imperativo da lei publicada. Ele pressupõe, naturalmente, que se algo está previsto em lei deve ser cumprido, e, não que a lei pode ser apenas uma folha de papel – no sentido utilizado por Ferdinand Lassalle, embora em outro contexto¹⁷ – sem qualquer relevância.

O parlamentar eleito não deve legislar sem o compromisso com a mudança da realidade. Se o faz age sem interesse público, ainda que o faça sem a intenção ou sem a consciência do prejuízo que pode gerar à sociedade. É por ações dessa natureza – em paralelo a outros problemas – que o Poder Legislativo enfrenta grave crise de legitimidade, ao ponto de que se questione a sua relevância¹⁸.

É nesse contexto que o papel da advocacia assume relevo: em âmbito preventivo e repressivo. No primeiro caso, a participação dos profissionais do Direito no âmbito do processo legislativo é fundamental para apontar falhas, para alardear sobre projetos irrelevantes ou, no caso das leis autorizativas, para alertar sobre os potenciais malefícios gerados à sociedade.

O olhar do profissional do Direito permite identificar o real alcance do projeto em trâmite perante o Poder Legislativo. Atualmente, a crítica oriunda do profissional especializado, feita pelos meios de comunicação em massa, inibe a atuação irresponsável e contribui para evitar a aprovação de projetos inconstitucionais, como é o caso das leis autorizativas.

Mas não apenas. A atuação repressiva da advocacia é fundamental à proliferação de leis dessa natureza, seja por meio do controle concentrado de constitucionalidade ou mediante ações individuais ou coletivas tendentes a obter a determinação de cumprimento do direito criado.

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o que se tem assistido são ações impetradas somente pelos Chefes do Poder Executivo que, não obstante terem vetado leis autorizativas, sofreram com a derrubada do veto. Perante o Poder Judiciário, o julgamento pela inconstitucionalidade das leis autorizativas é frequente, como pode ser constatado exemplificativamente abaixo:

Verifica-se que a lei impugnada, por tratar de proposição autorizativa, não cria isenção tributária, mas, sim, transfere ao prefeito a competência para concedê-la. Contudo, o Poder Executivo, na função normativa, é limitado a expedir decretos: [...]. De outro lado, leis autorizativas não são obrigatórias, facultando ao Executivo a execução do comando, como já se entendeu no C. Supremo Tribunal Federal: [...] A Constituição prevê hipóteses para autorização legislativa, na instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação (art. 37, XIX) ou para fins orçamentários (art. 166, §8º, art. 167, V, VI, VIII, IX). A Lei de Licitações, igualmente, exige autorização legislativa para alienação de bens imóveis pelo Poder Executivo (art. 17, I). Nota-se que, nas situações acima mencionadas,

¹⁷ LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 39.

¹⁸ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrol:** o que a globalização está fazendo de nós. Trad.: Maria Luiza X. de A. Borges. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003, p. 84.

pertinente a anuência do Poder Legislativo, diversamente do caso em tela. Cuidando de matéria tributária, de iniciativa concorrente entre os Poderes Executivo e Legislativo, ilógica a veiculação por lei autorizativa. Cria-se autorização incabível. Ora, além de o Executivo não poder conceder isenção fiscal por decreto, não está sujeito à aprovação para apresentar projeto de lei nesse sentido.¹⁹

Necessário, assim, que a Ordem dos Advogados do Brasil também passe a atuar com a finalidade de obter a declaração de inconstitucionalidade de leis que são publicadas ao arrepio da ordem constitucional vigente. A criação de aparentes direitos representa grave violação dos princípios democrático e republicano, além de (vários) outros.

Também a atuação judicial do advogado em relação às leis autorizativas vigentes deve ser balizada por aspectos que fogem à mera exigibilidade do seu teor normativo. Não são raras as demandas julgadas improcedentes por estarem amparadas em direitos inexistentes, isto é, em direitos que somente foram autorizados e não efetivamente criados. Por isso é importante atentar à natureza da norma.

São frequentes as seguranças denegadas ao amparo da tese da ausência de imperatividade da lei autorizativa, conforme pode ser constatado abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. Pedido liminar para a manutenção da concessão de transporte intermunicipal gratuito para estudantes universitários, com seu recadastramento no sistema. Discussão sobre a legitimidade ativa dos autores que não tem lugar. Ausência de juntada da documentação apresentada pelos agravados para atestar sua legitimidade ativa. **Lei Municipal 3.916/13 que autoriza a concessão do benefício.** Decreto 4.402/14 que passa a instituir tarifa para o serviço, mais tarde revogado pelo Decreto 4.418/15. **Lei meramente autorizativa, que não obriga o ente público, mas apenas garante a possibilidade de o Executivo exercer a atividade autorizada pelo Legislativo, já incluída em seu âmbito de competência.** Ausência de ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Inexistência de direito líquido e certo apreciável de plano. Recurso provido.²⁰ (grifo nosso)

Por isso o tema demanda reanálise. Ao invés do mero pedido de concessão do direito baseado no texto legal, novas teses, paralelas, podem ser utilizadas no processo de enfrentamento dos direitos “autorizados”. Isso porque não parece razoável que a criação da lei autorizativa possa, simplesmente, resultar em lamentações. É chegado o momento de impor responsabilidades, de discernir sobre os participantes do processo legislativo. Longe de apresentar soluções, esta pesquisa visa propor temas para ser objeto de pesquisa jurídica.

Em muitos casos constata-se que o parlamentar está criando leis autorizativas quando poderia efetivamente criar direitos, isto é, leis imperativas. Por supor que a ordem constitucional atual impede, por exemplo, que um projeto de lei de iniciativa parlamentar gere despesas ao

¹⁹ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2027038-94.2016.8.26.0000, Órgão Especial. Relator: Des. Evaristo dos Santos. São Paulo, 10 de agosto de 2016. **Diário de Justiça do Estado**: 12 ago. 2016.

²⁰ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. Agravo de Instrumento nº 2014789-48.2015.8.26.0000, Décima Câmara de Direito Público. Relator: Des. Marcelo Semer. São Paulo, 16 de março de 2015. **Diário de Justiça do Estado**: 18 mar. 2015.

Poder Executivo, o parlamentar cria uma lei autorizativa quando deveria elaborá-la de modo imperativo²¹.

Se o Chefe do Poder Executivo, sabedor das consequências das leis autorizativas, a sanciona ao invés de vetá-la, não poderia ser obrigado a cumprir o seu conteúdo, dever que lhe seria imposto como desestímulo à futuras práticas idênticas? Nesse caso, porém, poderia haver prejuízo ao interesse público? Se o cidadão é ludibriado pelo conteúdo da lei autorizativa, não seria esse elemento apto a justificar a obrigação do Estado em prover o que ele acreditou ter direito em virtude da lei publicada?

Se o Chefe do Poder Executivo, em contrapartida, vetou a lei autorizativa, mas teve o veto derrubado pelo Poder Legislativo, deveria sofrer a mesma consequência? E aos legisladores insistentes na publicação da norma inconstitucional, poderiam ser, de algum modo, responsabilizados?

Essas são as novas indagações que instigam a reabertura da pesquisa deste tema, que permaneceu adormecido no seio da pesquisa jurídica nos últimos anos, mas que merece ser revisitado até o ponto em que o Direito puder se ver livre das leis autorizativas produzidas em divórcio do interesse público.

CONCLUSÃO

O destaque natural do Poder Legislativo foi reduzido de modo gradual e artificial ao longo da história constitucional brasileira. Nesse contexto, parte das competências de legislar foi atribuída exclusivamente ao Poder Executivo, conforme se constata mediante a análise do § 1º do artigo 61 da Constituição da República de 1988 em comparação com os textos constitucionais anteriores.

Não obstante a barreira legislativa, os parlamentares brasileiros passaram a utilizar um expediente conhecido como lei autorizativa para driblar a proibição. Trata-se de uma lei sem cunho imperativo, isto é, uma proposição que se limita a repetir competências já constitucionalmente estipuladas.

Elaboradas em grande quantidade, as leis autorizativas não são apenas inconstitucionais. São, também, altamente prejudiciais à sociedade, que se vê ludibriada com a criação de aparentes direitos. A publicação de uma lei autorizativa movimenta setores dos Poderes Executivo e Judiciário, o que gera o emprego desnecessário de recursos materiais e pessoais.

O papel da advocacia é fundamental ao combate das leis autorizativas, seja por meio da Ordem dos Advogados do Brasil, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, bem como dos advogados em demandas específicas, ajuizadas em relação aos aparentes direitos criados pelos expedientes em análise.

O desenvolvimento da pesquisa jurídica em torno das leis autorizativas é fundamental para que se possa evoluir na sua aplicação judicial e responsabilização dos autores – aqui incluídos os Chefes do Poder Executivo que as sancionam –, em paralelo à revelação de matérias que têm sido meramente autorizadas quando poderiam ser, efetivamente, criadas a partir de iniciativa parlamentar.

Longe de propor conclusões específicas, a presente pesquisa lança novas indagações com o objetivo de instigar o desenvolvimento deste tema, em vista da eliminação das leis

²¹ Sobre a constitucionalidade de leis de iniciativa parlamentar que criam despesas para o Poder Executivo, vide Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 878.911 – Rio de Janeiro.

autorizativas do ordenamento jurídico nacional, bem como da devolução das competências que foram tolhidas do Poder Legislativo brasileiro ao longo da história.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS, Sérgio Resende de. Leis autorizativas. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica**, Bauru, n. 29, p. 259-265, ago./nov. 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**, 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós, 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

MADISON, James. **The federalist papers**: n. 48. Yale Law School: Lillian Goldman Law Library, 1788. Disponível em: <<http://bit.ly/2Jq2Aee>>. Acesso em: 12 out. 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

RIO DE JANEIRO (Cidade). Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei n.º 3.364/2017**. Autoriza o fornecimento de medicação para diabetes tipo 01 no Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <<http://bit.ly/2kRZdla>>. Acesso em: 15 out. 2017.

ROCHA, Guilherme Aparecido da. **A constitucionalidade e a legalidade das leis tributárias de iniciativa parlamentar**. Marília: UNIMAR, 2017.

_____. A reserva de iniciativa e a inconstitucionalidade das leis autorizativas. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017, Brasília. **Anais eletrônico...** Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2LwRfd4>>. Acesso em: 14 out. 2017.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2027038-94.2016.8.26.0000, Órgão Especial. Relator: Des. Evaristo dos Santos. São Paulo, 10 de agosto de 2016. **Diário de Justiça do Estado**: 12 ago. 2016.

_____. _____. Agravo de Instrumento nº 2014789-48.2015.8.26.0000, Décima Câmara de Direito Público. Relator: Des. Marcelo Semer. São Paulo, 16 de março de 2015. **Diário de Justiça do Estado**: 18 mar. 2015.

Quarta Tribuna Livre

CONFERENCISTAS

Simone Cristine Araújo Lopes

José Ailton Garcia

Leonardo Rocha de Almeida

Rosilene Aparecida Marton

Augusto Moutella Nepomuceno

José Carlos Buzanello

Ricardo Luiz Figueira Guedes Vasconcelos

Gilviano Marcos de Queiroz

Ariana Anari Gil

João Carlos Navarro de Almeida Prado

MESA

Presidente: Adilar Daltoé

Relator: Ildete França

Secretária: Raul Ribeiro da Fonseca Filho

1 ARNOLDO WALD E A POPULARIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL: UMA PROPOSTA

Simone Cristine Araújo Lopes*

INTRODUÇÃO

O instituto da Arbitragem no Brasil muito se desenvolveu desde 1996 quando do advento da Lei n.º 9.307/96, também chamada de Lei da Arbitragem Brasileira (LAB).

Antes relegada a mero instituto de Direito Civil nos diplomas legais do Brasil republicano, anteriores a 1996, tal como os contratos com força executiva, atendidos os pressupostos legais, ganhou a Arbitragem o reconhecimento como órgão judicante, já que o árbitro foi declarado pela LAB como “[...] juiz de fato e de direito [...]” em seu art. 18.¹ Era a superação do conceito da Arbitragem quando muito como mero “equivalente jurisdicional”, como ensinava Buzaid (2002, p. 63).

Nada obstante, o fato é que, mesmo após as alterações legislativas trazidas pela Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015, que inovou a LAB em alguns pontos para, por exemplo, possibilitar a Arbitragem Administrativa, isto é, a Arbitragem na qual tenha como polo processual entes da Administração Pública, como já apontava sobre o regime jurídico próprio da Arbitragem Administrativa e sobre sua possibilidade Lopes (2010), o instituto jurídico ainda não é acessível à grande maioria da população brasileira.

No entanto, propõe-se, com o presente trabalho, uma releitura do papel do instituto arbitral à luz da legislação pátria, em especial, resgatando proposta do eminente Professor e Doutor Arnoldo Wald (2017) que, em matéria publicada no jornal **Valor Econômico** de 13 de janeiro de 2017 defendeu a possibilidade de alargamento desse instrumento de resolução alternativa de conflitos por meio da atuação dos advogados brasileiros, com a promoção do instituto da classe que é a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Desse modo, busca-se contribuir com os pares da Advocacia brasileira na construção da cidadania para dar maior acessibilidade a qualquer do povo os benefícios do instituto arbitral. Para isso, vamos dividir em alguns tópicos esclarecedores, a saber:

- 1 – sobre a função jurisdicional da arbitragem;
- 2 – do direito de acesso à jurisdição e a viabilidade e necessidade da proposta do Professor Arnoldo Wald em face das limitações do Poder Judiciário no Brasil.

* Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, campus Governador Valadares. Advogada. Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), Mestra em Direito Público (Arbitragem e Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Associada ao Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG) e ao Grupo de Estudos em Direito Eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (GEDEL).

¹ “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.” (BRASIL, 1996).

SOBRE A FUNÇÃO JURISDICIONAL DA ARBITRAGEM

Já há algum tempo que a Corte Superior Federal do Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), consagrou aquilo que parte da doutrina,² há décadas, já apontava: que o ato decisório da Arbitragem é verdadeira função jurisdicional. De fato, veja-se a ementa a respeito do tema:

PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA FRENTE A JUÍZO ESTATAL. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE ARROLAMENTO. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL.

1. A atividade desenvolvida no âmbito da Arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral.

2. O direito processual deve, na máxima medida possível, estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização daquele. Não se pode, assim, interpretar uma regra processual de modo a gerar uma situação de impasse, subtraindo da parte meios de se insurgir contra uma situação que repute injusta.

3. A medida cautelar de arrolamento possui, entre os seus requisitos, a demonstração do direito aos bens e dos fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação destes, os quais não demandam cognição apenas sobre o risco de redução patrimonial do devedor, mas também um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal, circunstância que, aliada ao fortalecimento da Arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a prolação de decisões conflitantes.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Arbitral.³

Trata-se de julgado paradigmático no qual se admitiu Conflito de Competência entre dois tribunais de Estados brasileiros distintos, sendo um deles integrante do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e, portanto, juízo togado, e o outro órgão jurisdicional a Câmara Arbitral Brasil-Canadá com sede em São Paulo/SP.

De fato, uma vez aceito pelas partes a eleição da via arbitral – esse ponto é digno de nota, pois não se aplica à Arbitragem a inevitabilidade de seu exercício jurisdicional, sempre facultativo às partes em litígio e sobre direitos patrimoniais disponíveis, como dispõe a própria LAB – há que se suportar sua decisão como de um juízo de fato e de direito, cuja sentença é *capaz de coisa julgada*, sendo este o elemento que distingue das modalidades arbitrais do passado, anteriores à Lei n.º 9.307/96.

² Nesse sentido, menciona-se o pioneirismo do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) que, em artigo de 1990, já apontava a natureza jurisdicional da decisão arbitral comparando-a ao instituto do Tribunal do Júri, onde a decisão final conta com a participação de populares como juízes de fato, em colaboração ao juiz togado que exerce juízo de direito (CARMONA, 1990). No entanto, deve-se ponderar que, naquela quadra do tempo, não havia lei que amparasse sua tese sobre a função jurisdicional da Arbitragem.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 111.230-DF, Segunda Seção. Brasília, 8 de maio de 2013. **Diário de Justiça eletrônico**: 3 abr. 2014.

Estando claro esse ponto, é cabível, portanto, a ideia do Prof. Dr. Arnaldo Wald (2017) quando sugere a instalação de órgãos arbitrais com a participação dos advogados e apoio da OAB. Obviamente, os advogados não poderão confundir sua atuação como advogados e árbitros num mesmo procedimento tal qual um juiz não pode exercer o papel de advogado numa questão litigiosa que esteja presidindo o processo para julgamento.

E, de igual forma, estão impedidos ou suspeitos de atuar com as mesmas normas estabelecidas a qualquer juiz togado no país, como prevê a própria LAB,⁴ que equipara árbitros a funcionários públicos no art. 17.

Por fim, aponta-se o novo Código de Ética da Advocacia, cujo art. 36, § 2º, refere-se, diretamente ao sigilo profissional nos casos em que atuar na função de árbitro, mantida, ainda, a sua inviolabilidade no art. 38 e direito de não depor “em processo ou procedimento judicial, administrativo ou arbitral, sobre fatos a cujo respeito deva guardar sigilo profissional” (art. 38). Trabalho bem adequado à nova realidade jurídica, promovida pela relatoria do Professor da UFJF Paulo Roberto de Gouvêa Medina que cuidou de apontar a aplicabilidade dos princípios éticos da classe advocatícia quando no exercício da função jurisdicional arbitral.

DO DIREITO DE ACESSO À JURISDIÇÃO E A VIABILIDADE E NECESSIDADE DA PROPOSTA DO PROFESSOR ARNALDO WALD EM FACE DAS LIMITAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Nunca é demais rememorar o direito fundamental consagrado no disposto do art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88) pelo qual se afirma que a “[...] lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Interessante notar que, nada obstante o princípio da inafastabilidade jurisdicional, as dificuldades de regiões remotas no país encontram obstáculo prático, ao arrepio da norma constitucional, que obstem o acesso do cidadão mais carente a uma justiça célere e eficaz. A situação traz maior desconforto, especialmente, quando se percebe que negar o acesso à justiça significa negar todos os demais direitos, na feliz expressão de Cappelletti e Garth (1988, p. 67-68) que conduziram o estudo do famoso **Projeto Florença** que apontou, na década de 70 do século passado, possibilidades da democratização do direito de ação.

⁴ “Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou

b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15. A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.” (BRASIL, 1996)

Cite-se, por exemplo, a situação do Tribunal de Justiça do Amazonas (2016), cujo Desembargador-Presidente menciona que nunca aquele órgão estatal judiciário se conseguiu atender todas as Comarcas com provimento de juízes de direito, sempre em número inferior ao necessário. Ademais, há que se mencionar, no caso específico amazonense, a realidade de grandes extensões territoriais a serem atingidas apenas com transporte via fluvial.

Os estudos promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio de seus documentos denominados “Justiça em Números”, vem fornecendo, ano a ano, a realidade de um congestionamento da Justiça Brasileira que, segundo mencionou em fins de 2016, se fosse zerar o estoque de processos pendentes, todos os juízes brasileiros deveriam atuar, ininterruptamente, por meses e talvez anos, sem receber qualquer novo processo!

Em 2014, o Poder Judiciário iniciou com um **estoque de 70,8 milhões de processos**, que tende a aumentar devido ao total de processos baixados ter sido inferior ao de ingressados (**Índice de Atendimento à Demanda - IAD de 98,7%**). Estima-se, portanto, que ao final de 2014 o estoque cresça em meio ponto percentual, ultrapassando, assim, 71,2 milhões de processos pendentes. Apesar deste cenário, desfavorável, houve aumento de 1,4% no total de processos baixados e que representa cerca de 28,5 milhões de processos em 2014. Já o número de casos novos aumentou em 1,1%, atingindo quase 28,9 milhões de processos ingressados durante o ano de 2014 (Gráfico 3.14). Como consequência do aumento do quantitativo de casos novos e de pendentes, a Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário foi de 71,4% no ano de 2014, com aumento de 0,8 pontos percentuais em relação ao ano anterior. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 34)

A ideia do Prof. Arnoldo Wald, portanto, é apta a facilitar a entrega do serviço público da prestação jurisdicional por meio da Arbitragem com a colaboração da OAB, aos que assim desejarem, por eleição dessa via de resolução de conflitos. Prescinde da necessidade de participação de qualquer órgão do Poder Judiciário.

A OAB, antes mesmo da criação das Defensorias Públicas dos Estados, ao longo de anos, foi quem garantiu, por meio de indicação de advogados dativos, o direito de defesa a acusados e réus em matérias penais ou civis para a população mais carente, impossibilitada da contratação de advogados particulares. Mais uma vez pode promover a disseminação do instituto arbitral no território brasileiro. Capilaridade territorial, a OAB tem na pessoa de seus membros inscritos.

CONCLUSÃO

Se é fato que a OAB é uma instituição que visa a promoção da justiça social e a paz social e sendo a prestação de uma decisão de modelo heterocompositivo arbitral apta à solução de uma lide entre partes, nada impede a proposta lançada pelo Prof. Arnoldo Wald em artigo jurídico publicado e já mencionado no presente trabalho que, em verdade, remete às antigas realidades

do exercício da função jurisdicional por qualquer pessoa, não só àquele habilitado mediante concurso público de provas e títulos como juiz, como apontado em tese de doutoramento por Lopes (2017) na formulação de um conceito de “Jurisdição Popular”.

A Arbitragem mostra ser um mecanismo aberto à colaboração de todos aqueles que fazem da busca da Justiça seu ideal e seu serviço.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, consolidada com as alterações da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 1996.

_____. Ordem dos Advogados do Brasil (Conselho Federal). Resolução nº 02/2015. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 nov. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2sQ2Yvn>>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 111.230-DE, Segunda Seção. Brasília, 8 de maio de 2013. **Diário de Justiça eletrônico**: 3 abr. 2014.

BUZAID, Alfredo. **Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil**: notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshel. São Paulo: RT, 2002, 319p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, 168p.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 58, p. 833-844, abr./jun. 1990.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (2014-2015). **CAM-CCBC**. São Paulo: CAM-CCBC, 2014-2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2xUEjvB>>. Acesso em 19 set. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2015). **Justiça em Números 2015**: Ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015, 498p.

LOPES, Simone Cristine Araújo. **A Arbitragem como Instrumento Alternativo e Consensual de Controle da Administração Pública**. 2010. 196f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://bit.ly/2xTztyG>> Acesso em: 29 abr. 2017.

_____. **Jurisdição Popular**: evolução histórica. O caso equatoriano. 2017. 320f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAPÁ. Presidente do TJAM quer justiça mais próxima da população. **Youtube**, 18 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2JIR3Ri>>. Acesso em: 31 ago. 2017

WALD, Arnaldo. Novos Campos para a Arbitragem. **Valor Econômico**, São Paulo, 13 jan. 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2sGAntr>>. Acesso em 27 out. 2017.

RESUMO: Este trabalho foi elaborado tendo em vista a evidente relevância da água, por tratar-se de um bem essencial à existência humana individual e coletiva. Seu regime jurídico é complexo e intenso, tendo merecido tratamento cuidadoso e detalhado. A identificação do atual titular do domínio da água e sua consequente desapropriação é realizada sob a ótica constitucional e sob o prisma da legislação **especial**.

A DESAPROPRIAÇÃO DA ÁGUA

Para tratar sobre a desapropriação da água é necessário, como pressuposto, elucidar o regime jurídico¹⁻²⁻³ das águas no Brasil e identificar seu domínio cumpre debruçar sobre o significado de água, bem como investigar a atual Carta Política da nação brasileira e a legislação infraconstitucional **especial**.

1. O vocábulo água deriva do latim (*aqua*). Numa abordagem físico-química, trata-se de um líquido inodoro, insípido e incolor. Suas moléculas são formadas por dois átomos de hidrogênio e um de oxigênio (H₂O). Tal substância química se encontra na superfície terrestre nos estados líquido, sólido e gasoso⁴, possuindo grande poder de dissolução de muitas outras substâncias químicas.⁵

Numa abordagem jurídica, tem-se que a água é um bem de domínio público. É um **bem ambiental**⁶ de uso comum do povo e indispensável à sadia qualidade de vida. É um recurso natural limitado e dotado de valor econômico.

É elemento essencial à vida do ser humano, dos animais e vegetais, sendo necessário que seja de boa qualidade e em quantidade suficiente para proporcionar o seu uso múltiplo. Em

* Advogado. Doutor e mestre em Direito Processual Civil pela FADISP. Professor Convidado na Pós-Graduação da PUC SP Cogeeae, da FAAP SP e da Universidade Cândido Mendes RJ.

¹ Carlos Maximiliano assenta que a Hermenêutica e a Aplicação do Direito “precisam inquirir qual a norma que melhor corresponde não só às exigências da justiça, como também às da utilidade social”. O hermenêuta deve não apenas atender ao regime jurídico **geral**, mas principalmente ao **especial**. A exegese de um preceito de direito está subordinada ao sistema como um todo, adotado a respeito de cada instituto (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 134).

² A expressão **regime jurídico** é utilizada para indicar “[...] o conjunto de normas jurídicas que dispõem sobre um certo sujeito, bem ou atividade” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, 11. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 127). Compreende desde a norma de origem constitucional até as disposições legais que regulamentam o mesmo tema (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1176).

³ Na definição clássica de Ulpiano, encontrada no *Digesto* (D.1.1.2), o regime jurídico pode ser *público* (*jus publicum*), que diz respeito às coisas do Estado, ou *privado* (*jus privatum*), que se refere aos bens dos particulares. Extraí-se do fragmento original: “*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*.” Tradução livre: Duas são as posições neste estudo: o público e o privado. É direito público o que diz respeito ao estado da república, privado o que diz respeito à utilidade dos particulares, pois há coisas de utilidade pública e outras de utilidade privada. O direito público consiste no ordenamento religioso, dos sacerdotes e dos magistrados. O direito privado é tripartite, pois está composto dos preceitos naturais, dos povos e civis. (Nesse sentido: LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 56).

⁴ Neste trabalho vamos nos referir apenas à forma líquida da água.

⁵ MILARÉ, Édís. **Dicionário de direito ambiental**. São Paulo: RT, 2015, p. 43. FREIRE, William; MARTINS, Daniela Lara (coord.). **Dicionário de direito ambiental e vocabulário técnico de meio ambiente**. Belo Horizonte: Mineira, 2003.

⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**, 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 54.

situações de escassez, destina-se essencialmente a atender o consumo humano e à dessedentação de animais.⁷

2. A atual Carta Política da nação brasileira fornece as bases fundamentais necessárias à compreensão e identificação do domínio das águas brasileiras.

A Constituição Federal, no que concerne à **propriedade** das águas, classificou-as em **federais** ou **estaduais**.

As águas denominadas **federais** são os lagos, rios e correntes de água localizados em terrenos de domínio da União ou que banhem mais de um Estado, que sirvam de limítrofes com outros países, ou, ainda, que se estendam a território estrangeiro (CF, art. 20, III).⁸

Por sua vez, as águas denominadas **estaduais**, que podem ser superficiais, subterrâneas, fluentes, emergentes ou em depósito, são aquelas localizadas em áreas de domínio dos Estados-membros (CF, art. 26, I).

Destaca-se, desde já, que a Carta Magna não tratou de águas **particulares**, tampouco **municipais**.

Além da Constituição Federal, em caráter infraconstitucional, subsidiário e regulamentar, a matéria relacionada ao domínio da água está disciplinada, também, na legislação **especial** – Código das Águas (Decreto nº 24.643/1934), Lei nº 9.433/1997, e Lei nº 9984/2000 – e na legislação ordinária – Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

Nesse ponto, cabe trazer algumas ponderações acerca do significado, do alcance e da aplicação da norma **especial**, também denominada **singular**.

Norberto Bobbio alerta que são possíveis muitas distinções entre as normas jurídicas. Entre elas, a elementar, que se encontra em todos os tratados de lógica, é aquela entre as proposições **universais** e **singulares**.⁹ Com base nisso, no que se refere à amplitude ou ao alcance da norma, pode-se dizer que as leis se classificam em **gerais** ou **especiais**. Enquanto as **gerais** disciplinam um número indeterminado de pessoas e atingem uma esfera de situações genéricas, as **leis especiais** regulam matérias com critérios particulares, específicos. As **leis singulares**, também denominadas **especiais** “[...] não se opõem às normas gerais, antes, as completam”¹⁰.

Nesse diapasão, Dimitri Dimoulis alude que o princípio da **especialidade** possui justificação lógica, pois, sendo o legislador racional, ao estabelecer de forma específica um determinado assunto, revela que essa é a vontade concreta que deve prevalecer¹¹. Disso se extrai que, quando houver lei **especial** e lei **genérica** estabelecendo regras sobre determinado assunto, prevalecerá aquela cujos preceitos forem dotados de maior grau de **especialidade** (*lex specialis derogat legi generali*).

No mais, na doutrina clássica, Carlos Maximiliano consignou que as leis especiais limitadoras do domínio são disposições de ordem pública, imperativas ou proibitivas e que “interpretam-se **estritamente**”¹².

⁷ Lei nº 9.433/1997, art. 1º, inciso III.

⁸ Em sentido diverso, Celso Antonio Pacheco Fiorillo entende que os rios e lagos mencionados no inciso III do art. 20 da Constituição Federal, por se tratarem de bens ambientais, “não são propriedade de qualquer dos entes federados. [...] Na verdade, esta atua como simples administradora de um bem que pertence à coletividade, devendo geri-lo sempre com a participação direta da sociedade” (FIORILLO, op. cit., p. 54). No mesmo sentido: MIRRA, Alvaro Luiz Valery. Fundamentos do direito ambiental no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 7, p. 186, 1994.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru-SP: EDIPRO, 2001, p. 178. No me sentido: Id. **Teoria geral do direito**, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 159-160.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 98.

¹¹ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: RT, 2003, p. 234.

¹² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 182.

Estas breves considerações acerca do alcance e significado da norma **especial** servem para estabelecer que, enquanto as regras gerais disciplinam um número indeterminado de pessoas e atingem uma esfera de situações genéricas, as leis especiais regulam matérias com critérios particulares específicos. Havendo qualquer divergência entre a norma **geral** e a **especial**, esta deve prevalecer. A regra dotada de maior grau de **especialidade** deve prevalecer sobre a **geral**. É isto que se aplica às disposições sobre o domínio da água, tal qual insculpido em nosso ordenamento jurídico.

Tendo em vista que o ponto de interesse nesta parte é tratar sobre o domínio das águas, na seara da legislação **especial**, cabe mencionar, inicialmente, o Código das Águas (Decreto nº 24.643/1934).

O vetusto Código das Águas classifica as águas no Brasil em **públicas** (art. 1º), **comuns** (art. 7º) e **particulares** (art. 8º). As **públicas**, de uso comum ou dominicais, pertencem, conforme estabelecido no artigo 29, do mesmo Código, à União (inciso I), aos Estados (inciso II) ou aos Municípios (III). As denominadas **particulares** são as nascentes e todas as águas situadas em terrenos privados, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas públicas ou as comuns (art. 8º).

Na doutrina, renomados autores, entre eles Hely Lopes Meirelles, ainda sustentam a existência de águas **particulares**, que, portanto, pertencem aos seus proprietários¹³⁻¹⁴⁻¹⁵. Não obstante, o mesmo autor entende que o fato de a Constituição não atribuir qualquer domínio aos Municípios importa em derrogação da norma pertinente às águas municipais¹⁶.

De nossa parte, entendemos que em razão de a Carta Magna não tratar expressamente de águas **particulares**, tampouco **municipais**, exclui-se a pertencibilidade desses institutos ao ordenamento jurídico atual. Portanto, não há mais que se falar em águas **particulares**¹⁷⁻¹⁸⁻¹⁹. Além disso, deve-se aplicar a legislação **especial**, mormente a Lei nº 9.433/1997 e a Lei nº 9.984/2000.

Nesse diapasão, cabe mencionar um julgado de 2007, no qual a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, com relatoria e voto da lavra do Ministro João Otávio de Noronha, integrada pelos demais Ministros Herman Benjamim, Castro Meira, Humberto Martins, e Eliana Calmon, por unanimidade, ao dar parcial provimento ao recurso, fez constar, *in verbis*:

¹³ Para Hely Lopes Meirelles, as águas localizadas em caudais “particulares, pertencem aos respectivos proprietários” (MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**, 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 621).

¹⁴ Também assim, com base no § 3º do art. 2º do Código de Águas, Celso Antônio Bandeira de Mello propugna que “[...] os lagos e lagoas situados e cercados por um só prédio particular e que não forem alimentados por correntes públicas não são bens públicos” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 929).

¹⁵ Da mesma forma, José dos Santos Carvalho Filho entende que “as águas formadas em áreas privadas – tanques, pequenos açudes e lagos, locais de armazenamento de águas da chuva – são bens privados” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito administrativo**, 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 1320).

¹⁶ Hely Lopes Meirelles, ao mencionar a partilha constitucional dos rios públicos, aduz que o fato de a Constituição não atribuir qualquer domínio fluvial ou lacustre aos Municípios “já importava derrogação do art. 29 do Código de Águas” (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, op. cit., p. 620).

¹⁷ Também José Carlos de Moraes Salles sustenta que não há mais que se falar águas **particulares**, “porque estas não mais existem” (SALLES, José Carlos de Moraes. **A Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**, 6. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 160).

¹⁸ Da mesma forma, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que diante da atual Constituição, “não se pode mais falar em águas particulares, o que é confirmado pela Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 785).

¹⁹ Na mesma linha, Marçal Justen Filho aduz que “A Constituição não deixou espaço para a propriedade privada ou municipal de águas” (JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1228).

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. TERRENOS SITUADOS NA MARGEM DOS RIOS. TERRENOS MARGINAIS E PRAIAS FLUVIAIS. DOMÍNIO PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO. INVIABILIDADE.

1. Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934) deve ser interpretado à luz do sistema da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 9.433/1997 (Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos), que só admitem duas modalidades de domínio sobre os recursos hídricos – águas federais e águas estaduais. [...] ²⁰.

No mesmo sentido, em precedente de 2011, a mesma 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, dessa vez com relatoria e voto da lavra do Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhado unanimemente pelos Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin, em sede de Recurso Especial que questionava uma desapropriação indireta, fez constar no acórdão “que a Constituição Federal aboliu expressamente a dominialidade privada dos cursos de água” ²¹.

Ainda investigando a atual Carta Política da nação brasileira, no que concerne ao domínio da água, tem-se no artigo 21, inciso XIX, que cabe à União “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso”. De fato, tal dispositivo está regulamentado em lei *especial* – Lei nº 9.433/1997 – que, ao estabelecer a Política Nacional de Recursos Hídricos, deu origem ao Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Esta norma revela-se imprescindível ao presente estudo, notadamente no que tange ao domínio da água.

Os fundamentos da lei que regulamenta a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/1997) estão dispostos no art. 1º e devem ser interpretados estritamente. *In verbis*: “[...] a água é um bem de domínio público” (inciso I). “A água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico” (inciso II). “Em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais” (inciso III). “A gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas” (inciso IV). “A bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos” (inciso V). “A gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades (inciso VI).

Assim, a lei **especial** que trata dos recursos hídricos (Lei nº 9.433/1997), estabelece que a água é um **bem de domínio público** (art. 1º).

Além de tratar das questões relacionadas ao domínio da água, a Lei nº 9.433/1997 cuida também das hipóteses de **uso** dos recursos hídricos sujeitas a outorga pelo Poder Público, (art. 12, § 1º). São elas: o uso para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural (inciso I) ²²; as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes (inciso II) e as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 508.377-MS, Segunda Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 23 de outubro de 2007. **Diário de Justiça eletrônico**: 11 nov. 2009.

²¹ Id. Recurso Especial nº 1.152.028-MG, Segunda Turma. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 17 de março de 2011. **Diário de Justiça eletrônico**: 29 mar. 2011.

²² Nesse sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.317.668-RJ. Relator: Min. OG Fernandes. Brasília, 17 de março de 2015. **Diário de Justiça eletrônico**: 24 mar. 2015.

(inciso III). E frisa: “[...] a outorga não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso” (art. 18).

Na mesma seara da **especialidade** legiferante, com a finalidade de se implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos, foi sancionada a Lei nº 9.984/2000, que dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA, entidade federal que coordena o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

No texto, encontra-se tão somente a previsão de domínio dos corpos de águas pela União, Estados ou Distrito Federal (art. 7º, § 2º), sem, em nenhum ponto haver referência ao domínio **particular** das águas.

Por outro lado, a legislação **ordinária** – Código Civil de 2002 –, adotando concepção individualista, ao tratar sobre o direito à utilização das águas, emprega equivocadamente a expressão **proprietário de nascente** (art. 1.290). Entende-se tratar de sentido impróprio, pois a conotação apropriada é a de “proprietário do solo onde se encontra nascente de água”^{23, 24}.

Assim, à luz do teor estabelecido na atual Carta Magna (CF, art. 20, III; art. 26, I e art. 21, IX) e na legislação **especial** que deve ser aplicada ao tema (Lei nº 9.433/1997 e Lei nº 9.984/2000), entende-se que o domínio das águas brasileiras é da União e dos Estados-membros. Afasta-se, nesse ponto, o vetusto Código das Águas (Decreto nº 24.643/1934). Da mesma forma, não se aplica, *in casu*, o teor individualista mencionado no Código Civil de 2002. Com isso, pode-se dizer que o regime jurídico, ou seja, o conjunto de normas jurídicas aplicáveis às águas brasileiras é de direito público²⁵. Ademais, não se pode mais falar em domínio *muni* ou domínio **particular** da água. O particular não mais detém o domínio desse bem; apenas aufer o direito ao seu **uso**.

3. Esclareceu-se que o regime jurídico aplicável às águas no Brasil é de direito **público**. Também ficou esclarecido que o domínio das águas no Brasil é da União, dos seus Estados-membros ou do Distrito Federal. Contudo, as águas não integram o patrimônio **privado**²⁶ de tais entes federativos, mas o seu patrimônio **público**.

Pode-se definir **patrimônio público** como sendo o conjunto de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.²⁷ As águas integram o meio ambiente e são inalienáveis (Lei 9.433/1997, art. 18).

O patrimônio público é também denominado **bem público** pertencente às Pessoas Jurídicas de Direito Público, nesse caso, a União e os Estados-membros. “O conjunto de bens públicos forma ‘domínio público’”²⁸, que inclui tanto os bens imóveis como móveis e cujo direito de propriedade se exerce “sobre todas as coisas de interesse público”²⁹.

²³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Nota 2 ao art. 1.290. In: _____. **Código Civil comentado**, 7. ed. rev. ampl. e atual. até 25 ago. 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 996.

²⁴ Da mesma forma, Francisco Eduardo Loureiro, ao tratar o tema, utiliza acertadamente a expressão “o dono ou possuidor do prédio onde nascem ou caem” (LOUREIRO, Francisco Eduardo. Direito das coisas. In: PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Lei n. 10.406, de 10.01.2002, 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2015, p. 1221).

²⁵ Marçal Justen Filho (2015, p. 1225), na mesma linha, assevera que o regime jurídico aplicável aos recursos hídricos no Brasil é “[...] um regime jurídico de direito público”.

²⁶ Os bens que integram o patrimônio **privado** dos entes federativos são também chamados **dominiais** – são os próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados ao uso comum (BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 930).

²⁷ A definição ora utilizada encontra fundamento no § 1º do art. 1º da Lei nº 4.717/65, c/c o inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal. Em sentido idêntico: MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 191.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 929.

²⁹ O conceito de **domínio público** não é uniforme na doutrina. Hely Lopes Meirelles ao tratar o tema, conceitua “o **domínio público** em sentido **amplo** e em seus desdobramentos político (**domínio eminente**) e jurídico (**domínio patrimonial**)”; (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, op. cit., p. 573-574, grifo nosso).

Nesse diapasão, a água é “um bem de domínio público, recurso natural limitado e dotado de valor econômico”³⁰. Inclui-se no complexo de direitos sobre bens materiais corpóreos, oponível *erga omnes*, do gênero propriedade, pertencente ao patrimônio público da entidade jurídica de direito público (União/Estados-membros) que se destinam ao uso comum do povo³¹.

Trata-se de um bem de domínio **público**, que integra o patrimônio **público** da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal. Como qualquer propriedade deve cumprir sua função social.

4. Cabe, ainda, tecer breves considerações acerca do instituto da **propriedade**, tal como garantido na Constituição Federal, (CF, art. 5º, XXII). Trata-se do direito de, nos exatos limites normativos, “usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”³².

Não obstante, deve-se frisar que toda propriedade “[...] atenderá a sua função social”³³ (CF, art. 5º, XXIII), segundo a qual o direito de propriedade será “condicionado ao bem-estar social”³⁴. Trata-se de um “fundamento político e jurídico”³⁵ que justifica a intervenção do Estado na propriedade. A função social da propriedade diz respeito à própria estrutura do direito de propriedade.

O núcleo fundamental do conceito de preenchimento da função social da propriedade “é dado pela sua eficácia atual quanto à geração de riqueza”³⁶. Destarte, a Constituição Federal relativizou o significado de propriedade³⁷.

Desta forma, a teor da Constituição Federal, a propriedade tem como princípio-vetor o cumprimento de sua **função social** na extensão de todo o território nacional. Em caso de descumprimento desse princípio, a Carta autoriza, excepcionalmente, sua expropriação (art. 5º, XXIV). O Texto também determina que haverá uma justa e prévia indenização³⁸, a qual deve ser feita nos moldes da lei que regulamenta o procedimento para desapropriação – Decreto-Lei nº 3.365/41 e Lei nº 4.132/62 –, sob o fundamento da **necessidade** ou **utilidade pública**, ou do **interesse social** (art. 5º, XXIV).

Portanto, com base na Constituição Federal e na legislação **especial** pertinente, pode-se afirmar que o agente desapropriador da água foi o Legislador Constituinte de 1988, ao definir que o regime jurídico aplicável às águas no Brasil é de **direito público**. As águas são de domínio **público** e integram o patrimônio **público** da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal.

³⁰ Ibid., p. 618.

³¹ Ainda, no que concerne à definição de **domínio público**: SILVA, op. cit., p. 504; GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**, 8.ed. São Paulo: Rideel, 2006, p. 248.

³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das coisas, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4, p. 126.

³³ A Constituição Federal não define o que seja **função social**, mas fornece, em diversas passagens, parâmetros que permitem inferir se a propriedade está ou não a cumprir sua destinação social. Nesse mesmo sentido: MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. São Paulo: RT, 2012, p. 83.

³⁴ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 715.

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito administrativo**, 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 845.

³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 366.

³⁷ No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 281.

³⁸ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. **A justa e prévia indenização na desapropriação**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2013.

3 PODE O EMPREGADOR MONITORAR MENSAGENS ELETRÔNICAS DURANTE O EXPEDIENTE? BREVES COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO 61496/08 (BARBULESCU X ROMENIA) DO TRIBUNAL EUROPEU* DOS DIREITOS HUMANOS**

Leonardo Rocha de Almeida***

INTRODUÇÃO

No mês de janeiro de 2016 a imprensa generalista, em especial, a europeia, repercutiu a decisão proferida pela 4ª Turma do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, mencionado a seguir como TEDH, proferida nos autos do Processo de nº 61496/2008, como uma autorização ampla para que os empregadores pudessem monitorar as trocas de mensagem eletrônicas que seus empregados efetuassem entre si e terceiros durante o horário do expediente.

A referida decisão, diametralmente oposta ao relatado em manchetes sensacionalistas por toda a imprensa, tecnicamente expressa que a decisão proferida pelo órgão judiciário romeno, país de origem do reclamante, não violou o Artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Para que se tenha uma exata noção do alcance da decisão é preciso interpretá-la de forma distanciada ao simplismo editorial, além de entender o sistema europeu de proteção aos Direitos Humanos.

É este o tema que o presente artigo procurará responder.

A REPERCUSSÃO DO CASO NA IMPRENSA ESCRITA

A divulgação do caso na imprensa europeia merece especial citação.

Em breve pesquisa realizada verificamos que as manchetes de praticamente todos os serviços informativos europeus contemporâneos ao decidido, afirmaram que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos teria livremente autorizado a observação do tráfego de mensagens eletrônicas pessoais pelos empregadores.

Por uma breve verificação da pesquisa acima efetuada, podemos perceber que há divergência de interpretação da mesma decisão, já que o Legal Cheek afirma a impossibilidade da observação, enquanto todos os demais interpretam pela admissão. É importante ressaltar

* Optou-se pela utilização da nomenclatura de **Tribunal Europeu dos Direitos Humanos** ao contrário da nomenclatura do português de **Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**, pois, apesar da ciência que parte da doutrina diferencia os “Direitos Humanos” dos “Direitos do Homem”, quanto a nomenclatura do Tribunal, no Brasil é mais utilizada a primeira.

** “O termo **direitos humanos** tem um alcance mais amplo, sendo empregado, de um modo geral, para fazer referência aos **direitos do homem** reconhecidos na esfera internacional, sendo também entendidos como exigências éticas que demandam positividade, ou seja, como um ‘conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional” (LUNO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**, Madrid: Tecnos, 1999, p. 48 apud PEREIRA. Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 76)

*** Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procurador da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Procurador Geral da UERJ (2012-2015). Associado a Eduardo Biondi Advogados.

a voz dissonante do Legal Cheek, que consiste em um portal inglês especializado em análises dos bastidores da comunidade jurídica, o que, verificado de forma apressada, poderia tirar um pouco da credibilidade da informação, ainda mais em se conhecendo a fama sensacionalista da mídia inglesa.

Portanto, ainda mais importante se mostra analisar o conteúdo e alcance da decisão proferida pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, para que se possa traçar uma conclusão uniforme, ainda que permaneça divergente a interpretação dada à decisão.

O SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, cabe salientar que o TEDH, assim como a Corte Interamericana, não possui jurisdição sobre a decisão final de um caso concreto, pelo o que as manchetes são, ao menos parcialmente, alarmistas.

Ao ser verificar de forma rápida a decisão proferida, tem-se que a reclamação foi feita pelo cidadão em face da República da Romênia, o que, por si só, impede a conclusão obtida, já que a decisão apenas verifica se a providência do Estado Nacional está em conformidade ou não com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ainda que, para isso seja preciso tangenciar o mérito de eventual decisão judicial.

O sistema judicial e administrativo europeu, em linhas gerais, possui uma multiplicidade de leis, normativas e órgãos decisórios que merecem ser elencados. Conforme denomina Baquer, uma verdadeira “[...] interconexão dos ordenamentos jurídicos”, senão vejamos:

Por outro lado, a princípio não me parece ocioso recordar, como uma mínima orientação metodológica, que, em nosso tempo, o panorama jurídico está presidido pelo que se pode denominar interconexão dos ordenamentos jurídicos no sentido de que as normas que regem, por exemplo, em cada ponto concreto da Espanha – ainda que se trate de um fenômeno com vocação de universalidade –, foram elaboradas pelo Parlamento da Comunidade Autônoma correspondente. As normas proveem em parte das Cortes Gerais, mas também, em grande medida, originaram-se fora, muito longe talvez de nosso território, como podem ser os regulamentos ou as diretivas comunitárias, ou talvez as interpretações definidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia ou, ainda, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Em suma, o sistema de fontes de direito oferece uma árdua complexidade à qual se convém habituar para superar suas dificuldades.

O Sistema de Proteção de Direitos Humanos, veja-se, atua em face de decisões ou providências dos estados-parte, ou seja, estados nacionais signatários de determinados acordos, no caso, os europeus, que possam ter violado qualquer das regras da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Há também, a necessidade do esgotamento das instâncias judiciais ordinárias antes do acesso ao sistema protetivo da Corte. Isso porque, nas palavras de Antonio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Internacional de Haia:

Alguns aspectos da interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos são particularmente significativos. Em primeiro lugar, os próprios tratados de direitos humanos atribuem uma função capital à proteção por parte dos tribunais internos, como evidenciado pelas obrigações de fornecer

recursos internos eficazes e de esgotá-los, que recaem, respectivamente, sobre os Estados demandados e os indivíduos reclamantes. Tendo a si confiada a proteção primária dos direitos humanos, os tribunais internos têm, em contrapartida, que conhecer e interpretar as disposições pertinentes dos tratados de direitos humanos. Onde a propalada subsidiaridade do processo legal internacional, a qual encontra sólido respaldo na prática internacional, na jurisprudência, nos tratados, assim como na doutrina.

A necessidade de esgotamento dos recursos ordinários internos apenas não se aplica quando ausente o devido processo legal ou quando da demora interna excessiva na sua apreciação, o que não parecer ser o caso dos autos examinados, já que a decisão da Corte de Bucareste foi proferida em junho de 2008 e o requerente foi demitido em agosto de 2007.¹

Em breve visualização, ora transcrita em uma das línguas de trabalho da Corte, que são o inglês e o francês, a conclusão da decisão, semelhante ao dispositivo de uma decisão judicial elenca que:

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. Declares, unanimously, the complaint concerning Article 8 of the Convention admissible and the remainder of the application inadmissible;

*2. Holds, by six votes to one, **that there has been no violation of Article 8 of the Convention;***

Done in English, and notified in writing on 12 January 2016, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

(grifo do autor)

Podemos concluir, inicialmente, que a decisão apenas afirma a não conformidade da decisão judicial com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o que, por si só, já desnatura eventual tentativa de interpretar o TEDH como uma nova instância judicial ou como um tribunal de revisão.

Cançado Trindade, em prosseguimento, afirma que a decisão dos Tribunais multilaterais, como no caso do TEDH, tem a função principal de complementar e supervisionar a proteção interna dos Direitos Humanos, cabendo aos Tribunais locais a proteção primária.

Cabe, pois, naturalmente aos tribunais internos interpretar e aplicar as leis dos países respectivos, exercendo os órgãos internacionais especificamente a função de supervisão, nos termos e parâmetros dos mandatos que lhes foram atribuídos pelos tratados e instrumentos de direitos humanos respectivos. Mas cabe, ademais, aos tribunais internos, e outros órgãos dos Estados, assegurar a implementação a nível nacional das normas internacionais de proteção, o que realça a importância de seu papel em um sistema integrado como o da proteção dos direitos humanos, no qual as obrigações convencionais abrigam um interesse comum superior de todos os Estados Partes, o da proteção do ser humano. Os órgãos de supervisão internacionais, por sua vez, controlam a compatibilidade da interpretação e aplicação do direito interno com as obrigações convencionais, para determinação dos elementos factuais a serem avaliados para o propósito da aplicação das disposições pertinentes dos tratados de direitos humanos.

¹ ECHR-CEDH, Case of BARBULESCU v. ROMANIA. Strasbourg, 12 jan. 2016.

É possível que os órgãos de supervisão venham a ocupar-se, no exame dos casos concretos, e.g., de erros de fato ou de direito cometidos pelos tribunais internos, na medida em que tais erros pareçam ter resultado em violação de um dos direitos assegurados pelos tratados de direitos humanos. Na mesma linha, podem os órgãos de supervisão, na consideração dos casos concretos, vir a examinar a legislação nacional, não *in abstracto*, mas na medida em que sua aplicação pareça constituir uma violação de um dos direitos assegurados pelos tratados de direitos humanos. Com efeito, graças à atuação - desde seus primórdios - dos órgãos de supervisão próprios aos sistemas europeu e interamericano de direitos humanos, em numerosos casos tem-se logrado pôr fim a práticas administrativas violatórias dos direitos humanos e alterar medidas legislativas para salvaguardar os direitos humanos.

Observado como se estrutura o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, ponto necessário para que se possa interpretar a decisão do TEDH, passamos a mencionar os aspectos principais da decisão.

O ACÓRDÃO 61.496/08

Questões Fáticas

Mariana Almeida Picanço de Miranda, em trabalho de fôlego acerca da proteção dos Direitos Humanos e o Poder Judiciário brasileiro, e citando Cançado Trindade, afirma que o acesso ao Sistema de Proteção dos Direitos Humanos, se dá através do Sistema das Nações Unidas em plano global e em Sistemas Regionais Complementares, da seguinte forma:

Portanto, cabe ao indivíduo que sofreu uma violação de direito, tendo em vista esse complexo universo de instrumentos internacionais, a escolha do organismo mais propício, aplicando-se, dessa forma, o critério da primazia da norma mais favorável à vítima.

Pois bem: foi isso que o Sr. Bogdan Mihai Bărbulescu, cidadão romeno, em 15 de dezembro de 2008, através de advogados constituídos, resolveu fazer ao formular Reclamação ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, com base no Artigo 34 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que, em sua tradução para o português, confirma a lição acima e afirma:

ARTIGO 34º

Petições individuais

O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.

Pela mera interpretação literal do dispositivo acima, pode se concluir que os Direitos Humanos, por se tratarem de direitos que pertencem a todos os humanos, sem qualquer distinção, considerados pela doutrina interesses transindividuais, permitem que a reclamação para preservação seja outorgada a amplo espectro de indivíduos, no caso, além do próprio indivíduo atingido, grupo de indivíduos ou organizações não-governamentais.

A proposital exclusão das organizações governamentais se dá por dois motivos: o primeiro, pois conforme a lição anterior de Cançado Trindade, aos Tribunais locais cabe a proteção primária dos Direitos Humanos, assim sendo, faltaria interesse de agir ao Estado Nacional que reclamasse proteção internacional quando a si próprio caberia a tutela.

O segundo motivo é que para a tutela de interesse de Estados Nacionais, ainda que se trate da preservação de Direitos Humanos, já há o organismo internacional próprio para tal, que é a Organização das Nações Unidas e, em especial, seu Conselho de Segurança.

Por isso, para além de não poder acessar como parte reclamante a referida corte, o Estado Nacional, no caso a Romênia, não pode de nenhuma forma limitar tal acesso, conforme a própria Carta obriga no Artigo 34. No caso em questão o Sr. Bărbulescu alegou que a decisão de seu empregador de resolver o contrato com base na violação de normas internas, decisão esta que foi considerada correta pela Corte Romena em suas duas instâncias teria violado a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

O Sr. Bărbulescu fora demitido de seu emprego como gerente de vendas por ter violado as normas internas da companhia que não admitiam a utilização dos meios de trabalho para propósitos pessoais.

O caso se iniciou quando, em 2007, o empregado recebeu comunicação interna de sua empresa, instaurando procedimento disciplinar e informando que sua conta do Yahoo Messenger havia sido monitorada e que os registros *logs* mostravam que ele tinha usado a Internet para fins pessoais. O Sr. Bărbulescu respondeu, informando que só tinha usado o Yahoo Messenger para fins profissionais. Porém, quando confrontado com uma transcrição de quarenta e cinco páginas de suas comunicações sobre o Yahoo Messenger, o Sr. Bărbulescu contra notificou a companhia por violação de sua correspondência, infração prevista no Código Penal Romeno, assim como no brasileiro.

Consta da decisão do TEDH que a conta Yahoo Messenger foi aberta sob ordem do empregador para atividades profissionais e que a empresa resolveu o contrato de trabalho do recorrente por violação do regulamento interno da empresa que continha a seguinte disposição: “É estritamente proibido perturbar a ordem e a disciplina no interior das instalações da empresa e, especialmente [...] a usar computadores, fotocopiadoras, telefones, telex e fax para fins pessoais.”

Inicialmente o Sr. Bărbulescu ingressou com demanda judicial a fim de declarar nula a decisão de seu empregador por ter violado sua correspondência protegida pela Constituição romena e pelo Código Penal daquele país e que tinha sido o resultado de uma violação injustificada do seu direito à privacidade.

O Tribunal local julgou improcedente o pedido, alegando que era direito do empregador o despedimento, tendo sido observado o rito do Código do Trabalho romeno para atuações disciplinares, não podendo ser invalidado pela possível ilegalidade da violação das comunicações e que julgou suficientemente provado que a empresa havia cientificado de forma expressa o empregado acerca da proibição da utilização dos meios e recursos da empresa para fins pessoais, por meio de declaração firmada pelo próprio reclamante.

Afirmou a decisão local que, quando o Sr. Bărbulescu negou inicialmente a utilização do computador, e, por conseguinte, do Yahoo Messenger, não havia outra alternativa ao empregador senão a visualização do conteúdo das mensagens, para que pudesse fazer o contraponto, já que a informação dos registros de fluxo de dados *logs* já permitia pressupor tal conduta. Reforçou que a providência de verificação do uso de computadores da empresa no local de trabalho se insere no amplo alcance de supervisionar se as tarefas profissionais estão sendo realizadas de forma adequada, ou seja, um dos requisitos da relação de emprego que é a subordinação hierárquica e que o acesso à Internet no local de trabalho seria uma ferramenta à disposição do empregado.

Por fim, relatou que algumas das razões para a realização de verificações do fluxo de dados são: a) possa danificar os sistemas de TI da empresa para uso pessoal; b) envolvimento em atividades ilícitas; c) revelação de segredos comerciais ou de invenção.

Em face de tal decisão o empregado dispensado interpôs recurso para o Tribunal de Recursos de Bucareste. Como razão de recurso alegou que os e-mails também foram protegidos pelo artigo 8º da Convenção como pertencente à **vida privada e correspondência**. O Tribunal de Recursos negou provimento ao recurso e confirmou a sentença proferida pelo tribunal local.

Baseando-se na Diretiva 95/46/EC, o Tribunal de Recursos decidiu que a conduta do empregador tinha sido razoável e que o monitoramento das comunicações da recorrente tinha sido a única forma de estabelecer se houve uma violação disciplinar.

A decisão do Tribunal de Recursos afirma, em sua parte principal:

Em virtude do fato de que o empregador tem o direito e a obrigação de assegurar o funcionamento da empresa e, para esse efeito, [o direito] para verificar a maneira pela qual seus funcionários desempenham suas tarefas profissionais, bem como o fato de que [empregador] tem o poder disciplinar de que pode legitimamente dispor e [o direito] a monitorar e transcrever as comunicações no Yahoo Messenger que o funcionário negou ter tido para fins pessoais, depois de ter sido, juntamente com os seus outros colegas, advertido contra o uso de recursos da empresa para fins pessoais, pode-se considerar que a violação de sua correspondência (*violarea secretului corespondenței*) era a única maneira de alcançar este objetivo e que o equilíbrio adequado entre a necessidade de proteger sua vida privada e do direito do empregador de supervisionar o funcionamento do seu negócio não foi violado.²

Quando seus pedidos foram rejeitados pelos tribunais nacionais, ele apresentou uma queixa perante o TEDH alegando que o Estado romeno havia fracassado em sua obrigação primária de proteger o seu direito fundamental à privacidade.

Argumentos de Validade

O objeto da queixa perante o TEDH, portanto, foi a fiscalização das suas comunicações durante o horário de expediente no âmbito de um processo disciplinar interno.

O Tribunal Europeu considerou que, preliminarmente, para a análise do direito posto e se houve violação da vida privada e da correspondência no fato da entidade patronal ter acessado a conta de Internet profissional, para usar o registro das comunicações no litígio interno, deve ser interpretado, por conseguinte, o Artigo 8º da Convenção que dispõe:

ARTIGO 8º

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

² Livre tradução do autor da transcrição do Acórdão local pela decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.³

A simples leitura de decisão permite observar que, apesar dos argumentos utilizados, a técnica de decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos utiliza-se da menção aos precedentes da própria corte para confirmar ou refutar argumentos. Com isso, afirmou que o conceito de vida privada possuía abrangência ampla, como o desenvolvimento de relações interpessoais e do direito à identidade e ao desenvolvimento pessoal e que em decisões anteriores, havia a afirmação de que telefonemas de estabelecimentos comerciais são cobertos pelas noções de **vida privada** e **correspondência** para os fins do artigo 8º, item 1 da Convenção.

O Tribunal considerou ainda que os e-mails enviados a partir de trabalho deve ser igualmente protegida nos termos do artigo 8, como bem como os *logs* de monitoramento do uso da Internet. Neste específico ponto, fez referência ao chamado caso *Copland x Reino Unido* em que um servidor público teve o uso do telefone, e-mail e internet submetidos a monitoramento pelo seu superior hierárquico.

No caso, o TEDH considerou que ocorrera uma violação do artigo 8 da Convenção. A importância do referido precedente é que, pela primeira vez as chamadas telefônicas dos estabelecimentos comerciais foram consideradas abrangida pelas noções de **vida privada** e **correspondência** e sua extensão aos e-mails enviados a partir de trabalho, que deveriam deve ser protegidos da mesma forma.

Deixando em aberto a questão de saber se o monitoramento do uso de um funcionário de um telefone, e-mail ou internet no local de trabalho pode ser considerada “necessária numa sociedade democrática” em determinadas situações em busca de um objetivo legítimo, o Tribunal concluiu em *Copland x Reino Unido* que, na ausência de qualquer lei que disponha acerca do monitoramento, a interferência era ilegal.

Ocorre que no caso concreto: a) o reclamante tinha sido registrado no serviço Yahoo Messenger a pedido do seu empregador, para troca de mensagens na atividade laboral; b) os regulamentos internos proibiam usar computadores e recursos da empresa para fins pessoais; c) adesão do empregador de rescindir o contrato não foi baseado no conteúdo de suas comunicações nem sobre o fato de sua eventual divulgação, mas sim pela violação dos regulamentos internos;

Foram estes os argumentos principais que fizeram o TEDH entender que há a necessidade de ponderar os interesses conflitantes da privacidade do empregado e da vigilância dos meios de trabalho, no caso, o acesso a internet e rede interna bem como os computadores pessoais.

Em análise das decisões proferidas pelos Tribunais Nacionais, foi verificado que as transcrições das comunicações foram apresentadas apenas e tão somente por um período limitado, em que se demonstrou o uso privado pelo reclamante das ferramentas de trabalho, o que também afetara sua produtividade.

³ Utilização do português original, língua oficial da União Europeia.

Na decisão do Tribunal Nacional também foi expresso que a proibição de uso pessoal de recursos era explicitamente contida nos regulamentos da empresa, e que sua aplicação e consequências era de amplo conhecimento e ciência pessoal de todos os empregados, inclusive o reclamante.

Com isso, o TEDH concluiu que os tribunais nacionais romenos, em suas decisões, tinham atingido um justo equilíbrio entre os direitos do recorrente e interesses legítimos de seu empregador e que não houvera qualquer omissão relevante por parte do Estado romeno.

Como já mencionado anteriormente, ao TEDH cabe zelar pela inobservância de regras de direitos humanos por parte de estados nacionais, o que considerou não ter havido pelo estado romeno, pois não houve qualquer omissão na análise dos argumentos do recorrente, mas, tão somente, discordância.

Considerou, ainda, que o conteúdo das comunicações não foi um elemento decisivo nas decisões dos tribunais nacionais.

CONCLUSÃO

Embora o TEDH tenha reconhecido que o acesso do empregador ao fluxo de dados pessoais constitui uma limitação do direito à privacidade - como já havia sido decidido nos casos de telefonia e e-mail em Halford e Copland, respectivamente, no presente caso, afirmaram não ter ocorrido uma violação frontal ao Artigo 8º da Convenção Europeia pelo Estado Nacional da Romênia. O Tribunal, em nenhum momento ignorou os resultados de Halford e Copland, ao contrário, os cita, mas afirma que, no presente caso concreto, vários fatores específicos geraram a necessidade de distinção dos casos anteriores.

Tal limitação ao direito de privacidade gerou aos serviços de informação a falsa premissa de que o julgamento abriria as portas para a vigilância indiscriminada dos empregadores ao tráfego de dados de seus empregados. Como vimos, enfaticamente, esta não é a conclusão correta.

Na jurisprudência anterior, reafirmada na presente decisão, acerca dos meios de vigilância pelo empregador, o Tribunal enfatizou que se os empregados não tinham recebido uma notificação prévia quanto a vigilância, possuíam assim **expectativa razoável de privacidade**⁴.

Não foi o caso da relação trabalhista com o Sr. Bărbulescu, que tinha sido expressamente alertado pelos regulamentos internos de seu empregador quanto a proibição de qualquer uso não-profissional de equipamentos de trabalho (enquanto as comunicações pessoais eram ao menos toleradas nos casos Halford e Copland). Por isso, o TEDH concluiu que a função judiciária romena agiu de forma adequada.

Entendemos que o caso apreciado pelo TEDH teria solução diferenciada em território nacional, em virtude da promulgação da Lei 12.965/2014, denominada **Marco Civil da Internet**. Isso porque a legislação nacional, revolucionária quanto ao seu caráter democrático no processo de elaboração, com a realização de consultas públicas e inspiradora de outras legislações similares ao redor do mundo, dispõe que a coleta de dados e registros de navegação devem ser realizadas pelos provedores de internet por um prazo de 6 meses.

Ademais, a decisão foi tomada por Órgão Fracionário, no caso, a 4ª Turma do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, pelo o que pode ser ainda integrada pelo Órgão Pleno, de modo que, qualquer conclusão definitiva acerca da possibilidade ou não de vigilância das comunicações pessoais em âmbito europeu deve aguardar o manejo de eventual recurso pelo reclamante.

⁴ Expressão original: “reasonable expectation as to privacy”.

4 A EVOLUÇÃO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – 50 ANOS (1966-2016)

Rosilene Aparecida Marton

ANTECEDENTES: da Reforma de 1966 à Constituição de 1988¹.

O Direito Tributário Brasileiro, passou a ter uma forma sistêmica, a partir da Emenda Constitucional nº18/65. Ocorre que antes de 1965, apesar do seu desenvolvimento e técnica impositiva concernente a alguns tributos, faltava uma estrutura capaz de harmonizar as diversas tendências, aspirações e necessidades dos diversos entes com competência para tributar.

Anteriormente, a Emenda Constitucional nº 18/65² estabelecia:

[...] as formas tributárias eram utilizadas com imperfeições notórias, as garantias, se diluíam em casuísmos surgidos da melancólica vocação da Federação Brasileira em transformar os governantes em criadores de despesas úteis e inúteis a serem – apenas após a sua projeção – cobertas pelas receitas fiscais.

Neste sentido, os entendimentos sobre os abusos e ilegalidades geram choques contínuos, com soluções penosas, quando não se consagra o arbítrio e a impunidade, pela fraca força dos contribuintes em enfrentar os Erários, levando suas divergências doutrinárias para os Tribunais.

É fato que os pagadores de tributos, sem recursos e ânimo para as grandes discussões judiciais, acolhiam o injusto, incentivando ainda mais alavancar as ilegalidades por parte dos governos.

A falta de um sistema constitucional tributário, multiplicava os problemas, para um contínuo atrito entre contribuintes e fiscais, abrindo espaço para um contínuo **ajuste** entre as partes, à margem do interesse nacional e de um governo sem instrumentos fiscalizadores.

A Constituição de 1946, em nível de sistema, trazia alguns princípios constitucionais, porém veiculados de forma esparsa e inconsistente.

Neste contexto, crescia a necessidade de uma reforma tributária imperiosa, imposta pelo crescimento nacional e pela complexidade do desenvolvimento da economia brasileira.

Os fundamentos básicos da necessidade de uma reforma tributária, surgiram a partir da percepção do fenômeno federativo, ou seja, da consciência de que no Brasil, diferentemente, ou seja, criava tríplice ordem de atuação autônoma, experiência inexistente no Direito Constitucional dos demais países com idêntica forma de Estado.

A Federação, foi o primeiro elemento esculor do sistema tributário brasileiro com o objetivo de torná-la regulada, nasceu a Emenda Constitucional nº 18/65.

¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A evolução do sistema tributário no Brasil. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, n. 8, 1994.

² BRASIL. Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965. Reforma do Sistema Tributário. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 dez. 1965.

Por outro lado, a sistematização das espécies tributárias, era uma exigência, visto que no desarmônico complexo anterior, taxas havia que invadiam as áreas pertinentes aos impostos, assim como contribuições que se confundiam com impostos e taxas, sobre não se definir com correção e adequação dos fatos geradores dos diversos tributos.

A necessidade de um corpo de princípios e normas gerais revelou-se de aguda preocupação entre os aplicadores da legislação, razão pela qual o Código Tributário passou a ser o elemento segundo desse anseio por um sistema.

Por fim, prevaleceu também o desejo de orientar a própria conformação das finanças públicas, a partir de um dos três orçamentos, que é o fiscal, facilitando sua análise e aprovação legislativa, pela da transparência do sistema.

A Emenda Constitucional nº 18/65 foi, portanto, a semente do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966)³, veiculado, à época, como lei ordinária, mas recebendo, pouco depois, eficácia de lei complementar, quando da promulgação da Constituição de 1967.

O Sistema Tributário decorreu, portanto, do crescimento do país, de sua evolução econômica e dos anseios de fortalecimento da Federação, em uma concepção centralizadora, autônoma, mas não ao ponto de permitir o desequilíbrio impositivo, em nível de carga global a ser suportada pelo contribuinte.

O sistema fora proposto à luz de uma visão que considerava a imposição norma de rejeição social, posto que sobre ser rígido, de um lado, objetivou ofertar à União –e aos demais entes tributantes- o poder de se orientar em sua política tributária, sem abrir mão da harmonia previamente estabelecida nos comandos constitucionais.

Neste sentido, o Código Tributário Nacional, passou a ser elemento de particular relevância na veiculação do sistema introduzido.

O Código Tributário Nacional, desde a década de 50 que eram preparados, no país, estudos para a conformação de um estatuto nacional do direito tributário. Ocorre que Rubens Gomes de Sousa, de início, redigira anteprojeto de espectro abrangente, que foi gradativamente analisado por eminentes mestres, à época, tendo o Instituto Brasileiro de Direito Financeiro - IBDF, hoje Associação Brasileira de Direito Financeiro - ABDF, examinado artigo por artigo do esboço legislativo elaborado pelo saudoso mestre.

No texto do referido documento, Gilberto de Ulhôa Canto, Tito Rezende e Carlos Rocha Guimarães exerceram essa função revisora, com especial percuciência, a tal ponto que as anotações dos três juristas foram preservadas até o presente, continuando, em face da publicação editada pelo IBDF, a serem citadas.

O trabalho dos quatro eminentes tributaristas, que se louvaram também na experiência de Amílcar de Araújo Falcão, serviu de base para ofertar o perfil da Emenda nº 18/65, assim como da Lei 5.172/66, que constitui o atual Código Tributário Nacional.

Da Emenda Constitucional nº 18/65 para o Código Tributário Nacional, houve acentuado processo de depuração do projeto original, com a colaboração de Gerson Augusto da Silva e Aliomar Baleeiro, este sendo o principal artífice de sua veiculação pelo Congresso Nacional.

O projeto que surgiu da intensa discussão e elaboração legislativa, em grande parte alterou o esboço de Rubens Gomes de Sousa, inclusive destruindo o capítulo das infrações tributárias, tão meticulosamente tratado por Rubens, reduzido a dois artigos no atual texto.

³ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 out. 1966.

A linguagem, todavia, foi revisada, visto que a genialidade de Rubens levava-o, muitas vezes, a um discurso legislativo mais prolixo e menos técnico, na busca de esclarecimentos para o maior número possível de problemas que a realidade pudesse suscitar.

O Código Tributário Nacional com muitas das imperfeições de seu período de gestação, permaneceu até hoje, com poucas alterações no livro dedicado ao sistema, e nenhuma, naquele, ofertado às normas gerais.

O Código Tributário Nacional – CTN é elemento de estabilização do Direito Tributário, posto que serve de colchão legislativo aparador entre a Constituição e a legislação ordinária.

Neste século, tem-se estudado muito na teoria geral do Direito a função de normas de estabilização do Direito. Aquelas que não são apenas produtoras de lei, nem de aplicação do Direito. Que não cuidam nem dos mecanismos de criação ou interpretação ou execução legislativa, nem de normas de comportamento ou sancionatórias.

De rigor, apenas neste século XXI examinou-se, em maior profundidade, o conteúdo das normas de estabilização, sendo a lei complementar típica norma dessa natureza, na medida em que nem produz, nem interpreta, nem executa, nem sanciona comportamentos ou leis, mas apenas explicita princípios harmonizadores do direito, permitindo que a legislação ordinária seja conformada no perfil explicitado.

Neste sentido, esta é a razão pela qual, no sistema anterior, o artigo 18, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1/69 apenas se referiu a tais funções, tendo o seguinte discurso:

Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar.⁴

As três funções consagradas permitiram a explicitação constitucional em nível de estabilização sistêmica, motivo pelo qual houve por bem o Supremo Tribunal aceitar tal conformação, afastando escola que via na dicção legislativa duas e não três funções. Dessas eliminava a de estabelecer normas gerais, de longe a mais relevante.

O Código foi dividido em dois grandes livros, o primeiro sobre o sistema constitucional, dando-lhe a esculptura, definindo tributo, explicitando as espécies tributárias, cuidando de imunidades, de empréstimo compulsório, conformando os

impostos, taxas e contribuição de melhoria (esta com dicção alterada após a Emenda Constitucional nº 23), indicando todos os impostos federais, estaduais e municipais, só não o fazendo em relação ao Imposto de Propriedade Veículo Automotor - IPVA, criado posteriormente.

Os Decretos-leis 406 e 834 vieram, mais tarde, introduzir modificações, dando novo desenho ao Imposto sobre serviços - ISS e ao Imposto de Circulação de Mercadorias - ICM.

O Código Tributário Nacional, contudo, não abrangeu muitas das leis complementares previstas pela Constituição Federal, como as de números 22 e 24, posto que foi editado anteriormente à Constituição de 1967. A sua própria incorporação ao sistema de 1967, só foi possível graças ao princípio da recepção, visto que veiculada por legislação ordinária, na medida em que não previa a Constituição anterior tal veículo legislativo para todas as normas gerais.

⁴ BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, Art. 18, § 1º. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 out. 1969.

É importante destacar que a Emenda Constitucional nº 18/65 foi parca em permitir a lei complementar como veículo estabilizador do Direito, principalmente em uma Federação com três esferas de poderes tributantes, em nível constitucional e, esta é a razão pela qual não projetou, tal emenda, o Código Tributário Nacional em sua dimensão plena, conforme abrangido pela Constituição de 67 e pela sua alteração consolidada de 1969.

Nenhuma dúvida existe de que o Código Tributário Nacional representou sensível marco na evolução do Direito Tributário no país, devendo-se em grande parte à esplêndida produção doutrinária e jurisprudencial dos últimos anos e sua implantação, como sistema veiculador da imposição fiscal.

É fato que o Código Tributário Nacional permitiu uma ampla visão de normas gerais, com a explicitação do princípio da legalidade, da vigência e aplicação as leis, com o desenho das técnicas de interpretação, assim como a indicação dos sujeitos ativos e passivos da obrigação, definição de seu fato gerador, que, ao contrário do que apregoam certos doutrinadores, tem conformação científica, tendo ainda estatuído a responsabilidade tributária, em nível de substituição, personalização e penal-infracionária, sobre cuidar de matéria paralela à obrigação, como do lançamento, da administração tributária e formas de extinção, inclusive por inércia, seja da obrigação, seja do crédito tributário, além de examinar as isenções, anistia, privilégio, preferências do crédito fiscal e da Administração Tributária, matéria mais de Direito Administrativo que de Direito Tributário.

O Código Tributário Nacional permitiu que os princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei formal, fossem consagrados pela doutrina e jurisprudência, transformando-se muito mais em um estatuto do contribuinte que em manual de exigência impositiva.

No atual CTN, ficou absolutamente esculpido o princípio pelo qual ao contribuinte tudo é permitido, exceção feita ao que a lei expressamente proibir ou colocar como imposição. Ao Poder Tributante nada é permitido senão o que estiver na lei.

Neste sentido, acreditar-se que seja este aspecto o que de mais relevante, o Código Tributário Nacional, apresentou para esculpir o Direito Tributário no Brasil.

O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO NA CONSTITUINTE

Os trabalhos constituintes sobre o sistema tributário nacional, após a discussão do regimento interno do Congresso Nacional, foram divididos em 24 Subcomissões, das quais uma delas dedicada ao Sistema Tributário Nacional. A Subcomissão de Tributos estava vinculada à Comissão de Orçamento, Sistema Financeiro e Tributos, tendo como relator o Deputado José Serra e presidente o Deputado Francisco Dornelles. Os Deputados Benito Gama e Fernando Coelho foram, respectivamente, o presidente e o relator da Subcomissão.

Durante duas semanas ouviram os constituintes vinculados à Comissão, além do parecer do jurista Ives Gandra da Silva Martins e do depoimento dos seguintes especialistas: Fernando Rezende, Alcides Jorge Costa, Geraldo Ataliba, Carlos Alberto Longo, Pedro Jorge Viana, Hugo Machado, Orlando Caliman, Edvaldo Brito, Souto Maior Borges, Romero Patry Accioly, Nelson Madalena, Luís Alberto Brasil de Souza, Osiris de Azevedo Lopes Filho e Guilherme Quintanilha, passando a trabalhar, de rigor, com dois anteprojetos articulados que lhes foram levados, a saber: o preparado pelo IPEA da Secretaria de Planejamento e aquele levado pelo jurista Ives Gandra da Silva Martins em nome do IASP e da ABDF.

Os dois projetos tinham contextura clássica de um sistema rígido, embora fosse o do IASP e ABDF, mais conservador que o do IPEA mais federalizado, no pressuposto de que a uma maior descentralização de receitas corresponderia uma maior descentralização de atribuições. No projeto do IASP e ABDF, a descrença de que os constituintes e o modelo federativo brasileiro voltar-se-iam para a dupla descentralização de receitas fosse mais tímida, visto que o projeto não hospedava matéria pertinente à descentralização de atribuições, como, de resto, também não hospedava o do IPEA.

O texto final da nova Constituição Federal Brasileira, demonstrou que os temores do grupo do IASP e ABDF, eram mais fundados que a profissão de fé, do que o apresentado pelo IPEA na dupla descentralização federativa: de receitas e de atribuições.

Ocorre que do primeiro anteprojeto, surgido da Subcomissão, portanto, resultou projeto convergencial em que os alicerces fundamentais foram retirados dos dois esforços coletivos, posto que ambos os grupos (IASP-ABDF e IPEA-Seplan) trabalharam em seu estudo por mais de um ano, servindo tal reflexão acadêmica de valiosa contribuição para os primeiros textos constituintes.

É importante destacar que o anteprojeto IASP-ABDF foi mais jurídico e o do IPEA-Seplan, mais econômico-financeiro, embora ambos cuidassem de aspectos jurídicos e econômicos.

O primeiro anteprojeto da Constituinte foi, de longe, o melhor produzido por aquela Casa. A partir das pressões exercidas, quando levado às Comissões de Tributos, Orçamento e Finanças, de Sistematização e, finalmente, ao Plenário, sofreu o primeiro arcabouço legislativo notável “contribuição de pioria” dos demais constituintes, preocupados mais em aumentar receitas do que em proteger o direito dos contribuintes, fazer justiça fiscal e promover o desenvolvimento nacional.

Gradativamente foi sendo deformado até ser plasmado, de forma definitiva, nos termos que hoje se encontra na nova Constituição.

O sistema tributário nacional da Constituição Federal de 1988, acarretou elevação considerável do nível da carga tributária para o cidadão, pela criação de novas formas de imposição, transferência acentuada de receitas e, não de atribuições da União, estando veiculado de forma consideravelmente pior que aquela que apresentada à Assembleia Constituinte, em nome do IASP e ABDF.

O atual Sistema Tributário Brasileiro foi plasmado nos artigos 145 a 156 da Constituição Federal. O capítulo foi dividido em cinco partes, a primeira delas dedicada aos princípios gerais. Nota-se que de rigor, são três: o princípio das espécies tributárias, as quais foram conformadas em cinco tipos diferentes (impostos, taxas, contribuição de melhoria, contribuições sociais e empréstimos compulsórios), o princípio da lei complementar e o princípio da capacidade contributiva. Estes dois últimos objetivam proteger o contribuinte contra o Poder Público.

O primeiro princípio geral determina que as normas gerais, os conflitos de competência entre os poderes tributantes e as limitações constitucionais do poder de tributar sejam formatados por lei complementar, que passa a ter caráter de lei nacional.

O outro exige que a imposição tributária não implique efeito de confisco, devendo ser respeitada a capacidade econômica dos contribuintes, sendo, os impostos, pessoais ou reais (diretos ou indiretos).

A secção segunda do capítulo do sistema faz menção às limitações constitucionais ao poder de tributar, assegurando 6 princípios básicos, a saber: da legalidade, da equivalência, da irretroatividade, da anterioridade, da não limitação de tráfico, da não confiscatoriedade

das imunidades fiscais. Tais princípios já estão, em parte, explicitados pelo Código Tributário Nacional, que ainda vige no que diz respeito às normas gerais.

As três últimas partes do capítulo são dedicadas aos impostos federais, estaduais e municipais.

No início do sistema tributário nacional, passou a União, a ter competência impositiva sobre sete impostos (importação, exportação, renda, propriedade territorial rural, operações financeiras, produtos industrializados e grandes fortunas).

Ocorre que com a Emenda Constitucional nº 3⁵ de 17 de março de 1993, foi acrescido o IPMF (imposto provisório sobre operações financeiras). Como nunca entrou em vigor o imposto sobre grandes fortunas, o IPMF teve vida curta, sendo substituído pelas Emendas Constitucionais números 12 e 21 pela Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), destinada à Assistência Social e Previdência, arrecada a União 7 (sete) impostos, lembrando, todavia, que repassa quase metade de seus ingressos concernentes ao IPI e do Imposto de Renda para Estados e Municípios.

Os Estados tiveram em 1988, a outorga de quatro impostos (transmissão imobiliárias não onerosas, operações relativas à circulação de mercadorias, adicional de imposto de renda e veículos automotores).

A Emenda Constitucional nº 3/93 retirou-lhes o adicional do imposto de renda, estando, hoje, com apenas 3 impostos e as transferências que receber da União.

No ano de 2000, estava em curso um projeto de reforma tributária na Câmara dos Deputados com três propostas. Ao encerrar seus trabalhos, a Comissão de Reforma Tributária da Câmara dos Deputados levou ao Presidente da Casa, três projetos: uma emenda aglutinativa, uma substitutiva do Relator e a proposta aprovada pela Comissão.

Ao estudar as três propostas e acompanhando o parecer do jurista Ives Gandra Martins, contamos que qualquer uma das propostas de futura **Reforma Tributária**, se for aprovada nos próximos anos, temos que o sistema tributário ficará mais complexo, os contribuintes terão que pagar mais à União, aos Estados e aos Municípios, e os mecanismos para sua implantação serão tão obscuros que certamente provocarão problemas de arrecadação, quer por facilitarem a corrupção, quer por aumentarem a burocracia tributária.

É fato que os deputados da Comissão, principalmente o seu presidente e relator que se empenharam em ouvir especialistas e colher sugestões com vistas a aperfeiçoar o projeto. Entretanto, sobre não terem acolhido nenhuma das sugestões que lhes foram feitas, acabaram tendo que ceder ao poderio dos Estados, que decididamente pretendem manter a regionalização do ICMS, fruto de todos os problemas de relevo na área fiscal.

O Brasil é o único país em que os legisladores tributários, teimam em manter regionalizado imposto que tem vocação nacional.

É fato notório que mais de 100 países adotam tal técnica de tributação, mais centralizada, razão pela qual a sua administração do tributo não oferece maiores problemas nem para o fisco, nem para os contribuintes. No Brasil o ICMS, que é o IVA regionalizado, só ocasiona litígios, sendo a guerra fiscal o mais conhecido, mas não o maior.

A vocação nacional do imposto sobre valor agregado é demonstrada por esta simples constatação: embora o IPI e o ICMS adotem a mesma técnica de tributação (não cumulatividade), o IPI, por ser de competência da União, não gera nenhum problema. O ICMS só gera problemas, por ser regionalizado, ou seja, de competência dos Estados.

⁵ BRASIL. Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 mar. 1993.

Ocorre ainda que não queremos, transigir em nossas convicções na busca de um sistema consensual de interesse dos governantes, e não dos contribuintes que sustentam o Estado e todos os que o dirigem.

Concluímos após o resultando de 26 anos de debates, que a fórmula adotada pelo projeto de **Reforma Tributária** é pior do que o sistema atual, pois ofereceria tantos problemas se os Estados cumprissem a Constituição, o que não fazem.

Para finalizar e se ter uma ideia, se aprovada qualquer das propostas, todos os contribuintes ficarão sujeitos aos 3 impostos a serem criados: o ICMS federal, o ICMS estadual e o IVV municipal, desde que se relacionem com pessoas físicas ou jurídicas, que sejam ou não contribuintes do próprio imposto. Por outro lado, em dois dos projetos, o ICMS federal incidente sobre as operações interestaduais, nunca será inteiramente compensável na operação final, com o que, com o tempo, os maiores ativos das empresas serão representados por créditos acumulados do ICMS federal não compensados.

E na outra proposta, o ICMS arrecadado nos Estados de origem seria transferido para um Fundo destinado à distribuição aos Estados de destino das mercadorias e dos serviços, gerando mais burocracia e todo o tipo de manipulação de difícil fiscalização e controle.

A União, que hoje tributa a indústria (IPI), alargaria seu poder impositivo para comércio e serviços. Os Estados além do comércio passariam a tributar a indústria e os serviços. E os Municípios manteriam a competência para tributar os serviços para consumidor final e alcançariam também o comércio a varejo.

Se todos os poderes ganharão maior campo de tributação, quem perderá será, necessariamente, o contribuinte.

Os três projetos sobre o ICMS são inaceitáveis e, apesar de ruim, o atual sistema é melhor do que aquilo que deles consta.

Quanto a parte boa das propostas - que se resume na eliminação da não-cumulatividade das contribuições sociais - não há necessidade de reforma constitucional para promovê-la, pois a sistemática cumulativa pode ser eliminada por lei ordinária, com desoneração das exportações.

Enfim, acreditamos que todas as razões expostas que não há, razão para que se aprove qualquer um dos textos.

Desta forma, ou se faz um novo texto de “Reforma Tributária”, com a federalização do IVA e partilha da receita tributária entre as entidades federativas, ou é melhor que não haja a reforma tributária alguma, no plano constitucional.

REFERÊNCIAS

BERLINI, Antonio. **Corso Istituzionale di Diritto Tributario**. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, v. I, p. 1-2.

COCEVERA, Benedetto. **Principi di Diritto Tributario**. Milano: Giuffré, 1961. v. 1, p. 3.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**: Constituição e Código Tributário Nacional, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, parte 1.

_____. **Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros. 2014, parte 3.

DENARI, Zelmo. **Curso de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 9-10.

GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições**. São Paulo: Dialética, 2000. Cap. 1.

_____. **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, 2005. Cap. 3.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIANNINI, Dom. **Instutuzioni di Diritto Tributário**. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1974. p. 6.

KFOURI JUNIOR, Anis. **Curso de Direito Tributário**, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Cap. 1.

MACHADO, Hugo de Brito. Elisão e Evasão de Tributos In: YAMASHITA, Douglas (coord.). **Planejamento Tributário à Luz da Jurisprudência**. São Paulo: Lex Editora, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A evolução do sistema tributário no Brasil. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, ano 2, n. 8, jul./set. 1994. Disponível em: <<http://bit.ly/2LIIsAlV>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

_____.; MORONE, José Rubens. In: YAMASHITA, Douglas (coord.). **Planejamento Tributário à Luz da Jurisprudência**. São Paulo: Lex Editora, 2014.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**, 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. (Cap. 2).

MORAES, Bernardo Ribeiro. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Curso de Direito Tributário**, 1. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2013.

_____. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**, 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VANONI, Ezio. **Opere Giuridiche**. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1962. v. 2.

5 A EXECUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NAS DEMANDAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NA ATUALIDADE E O SEQUESTRO DE VALORES ENQUANTO FERRAMENTA DE EFETIVIDADE

Augusto Moutella Nepomuceno*

Trata-se de assunto em constante trato nos Tribunais e na comunidade jurídica em geral, sendo deveras intrínseco aos que exercem a advocacia, diz respeito a possibilidade de receber os honorários convencionados com o cliente, diretamente da Fazenda Pública nas ações em que restar condenada, em título individualizado dada a natureza autônoma destes, tanto em sede sucumbencial, como em sede contratual, de maneira a permitir que possa receber por requisição de pequeno valor, nos casos em que o valor do crédito assim possibilitar independentemente de o crédito do ou dos clientes ser pago por Precatório.¹

Desta feita, poderá o advogado, nos termos do art. 22, § 4º, do Estatuto da Advocacia, receber seus honorários convencionados no contrato diretamente da Fazenda Pública via RPV, enquanto o credor/cliente/exequente aguarda o que lhe cabe pecuniariamente em precatório, nos termos e prioridades do artigo 100 da CRFB/88.

No que se refere aos honorários de **sucumbência**, ainda que protagonize aqui os de aqueles de ordem contratual, os precedentes firmados se encontram no sentido de também ser possível, haja vista a natureza **autônoma e alimentar** desses honorários, critérios salientados pelo Supremo Tribunal Federal.³

Assim, mesmo que a razão decisória acerca do recurso extraordinário tivesse por alvo os honorários de sucumbência, imperioso salientar que **os mesmos fundamentos jurídicos atribuídos pelo E. STF para autorizar o pagamento em Títulos destacados, se aplica perfeitamente aos honorários contratuais**, posto ser igualmente um crédito autônomo, alimentar e não acessório do chamado principal. Ocorre que tais honorários de sucumbência são exequíveis em ação autônoma, conforme o art. 23, do Estatuto da advocacia, enquanto que aos contratuais é permitido receber diretamente do devedor dos respectivos clientes contratantes, ou seja, Fazenda Pública executada no feito.

Portanto, agrega-se no peticionamento executório originário toda a instrução de contrato firmado junto aos clientes preteritamente, pugnando-se por dedução da quantia a ser recebida por esses, antes da expedição dos precatórios, bem como o quantum a ser pago em sede de honorários sucumbenciais. E assim, serão formadas as requisições de pequeno valor em favor do patrono e os precatórios em favor dos exequentes clientes após o decréscimo das verbas honorárias legitimadas.

* Mestre em direito público. advogado especializado em direito do Estado e Regulação. Sócio sênior do Escritório Teodoro da Silva & advogados associados (tsadv.com.br). Advogado Fundacional. Autor de obras doutrinárias em direito administrativo. Palestrante e Parecerista em direito administrativo. Professor universitário dos cursos de graduação e pós graduação *lato sensu* em direito na universidade Estácio (Rio de Janeiro - Unidade Centro I - Presidente Vargas). Coordenador Adjunto do curso de Direito - Unidade Centro I - Presidente Vargas - RJ).

¹ Vide informativo 539 do STJ;

² Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. [...] § 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 564.132-RS, Tribunal Pleno. Relatora p/acórdão: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 30 de novembro de 2014. **Diário de Justiça eletrônico**: 10 fev. 2015.

Note-se que essa diferença entre as naturezas das verbas honorárias não desnatura a autonomia dos honorários contratuais, conquanto o percentual convencionado com os clientes litisconsortes passa a pertencer exclusivamente ao advogado após a juntada do contrato, posto que a ele, advogado, deve ser pago diretamente pela Fazenda devedora, o que demonstra o caráter autônomo dessa verba. E isso é o que importa avaliar para evitar o fracionamento do precatório a ser alegado em defesa pela Fazenda Pública.

Na verdade, não há espaço para tal alegação de ofensa a regra constitucional protetiva do não fracionamento, pois embora ao passar para as mãos do advogado respectivo um todo executório enquanto valor, o que se representa é um mero total matemático devido pelo poder público Réu, uma vez que por sua origem constitutiva tais verbas por mais que apareçam somadas não perdem seu caráter individualizado nos percentuais reclamados através de cada relação contratual entre cliente litisconsorte e advogado.

É evidente que o fracionamento se caracterizaria se houvesse o pagamento para o mesmo advogado credor de parte em Precatório e a outra em RPV, o que não é o assunto ora em comento.

A respeito disso muito se fala irresponsavelmente, que a E. Min. Rosa Weber, bem como outros de seus pares teriam posicionamento contrário ao do E. Min. Barroso. Isto por que, a luz da recente edição da súmula vinculante 47⁴, os honorários ditos e tratados pelo Supremo não estão individualizados restando contemplados tanto sucumbenciais, como contratuais.

A aludida Ministra, entende não de forma diversa, mas sim acerca de situação diversa, ou seja, o óbice ao fracionamento, portanto, na esteira da jurisprudência desta Suprema Corte, tem por escopo assegurar a estrita observância da ordem cronológica de pagamento dos precatórios, inviabilizando sejam adotados, por um mesmo credor e para um mesmo crédito, concomitantemente, os regimes de execução por precatório e de requisição de pequeno valor.⁵

Vale por oportuno comentar que a presente tese em consonância ao tema aqui albergado encontro abrigo jurídico na Resolução nº 115⁶, do Colendo CNJ, a qual precisamente em seu art. 5º, em especial nos §§ 2º e 3º, taxativamente reafirma o direito de o advogado receber em precatório, ou mesmo por RPV individualizado o montante correspondente aos honorários convencionados, na condição de beneficiário exclusivo do precatório, dando correta interpretação ao art. 22, § 4º, da Lei 8.906/94.

De outra forma, há que se comentar os termos firmados na decisão da Suprema Corte⁷ por unanimidade e nos termos do voto da eminente Relatora, Ministra Cármen Lúcia, negando provimento ao recurso e firmada a tese de que, **em hipótese de litisconsórcio facultativo, a forma de pagamento dos débitos da Fazenda Pública, por requisição de pequeno valor ou**

⁴ Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

⁵ Colheita de precedentes a respeito: RE 595978 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 24.04.2012, DJe-099, 22.5.2012; RE 592619, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe-218, 16.11.2010; RE 537315 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe- 070, 18.4.2008; RE 514808 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe-142, 14.11.2007; RE 523199, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJe-042, 22.6.2007; e AC 653 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 12.5.2006”.

⁶ Art. 5º O juiz da execução informará no precatório os seguintes dados, constantes do processo:

[...] § 2º Se o advogado quiser destacar do montante da condenação o que lhe couber por força de honorários contratuais, na forma disciplinada pelo art. 22, §4º da Lei nº 8.906/1994, deverá juntar aos autos o respectivo contrato antes da apresentação do precatório ao Tribunal.

§ 3º Ao advogado será atribuída a qualidade de beneficiário do precatório quando se tratar de honorários sucumbenciais ou contratuais(grifamos).

⁷ Sessão plenária de 24 de setembro de 2014, tema nº 148 em repercussão geral: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 568.645-SP, Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 24 de setembro de 2014. **Diário de Justiça**: 13 nov. 2014. Disponível em: <>. Acesso em: 13 nov. 2014.

por precatório, depende dos valores isoladamente considerados, sem que tal importe em ofensa ao § 8º do art. 100 da Constituição da República.

Neste momento, já entendido o desdobramento das verbas honorárias quando devidas em sede executória em face do que é devido por parte da Fazenda Pública por via indireta ao cliente exequente e consequentemente em percentual contratual ao respectivo advogado, se poderá aclarar quanto a efetividade do pagamento destas verbas já firmadas em caráter autônomo.

Importante Verificar de pronto que o § 3º do art. 100⁸ da Constituição Federal exclui a aplicação das regras estatuidas no *caput* às requisições de pequeno valor (RPV), inclusive na parte que vincula os precatórios à ordem cronológica de apresentação e à conta dos créditos e dotações orçamentárias respectivos.

O sistema de requisições de pequeno valor fora instituído no texto constitucional a fim de introduzir à tutela jurisdicional, pois através dela o credor é capaz de obter a satisfação rápida de seus créditos junto à Administração Pública, representando instrumento de importante eficácia. Tal ferramenta impede que créditos considerados de pequeno valor fiquem sujeitos às longas e intermináveis listas cronológicas previstas no procedimento do precatório.

A título ilustrativo, pode ser citado por sua natureza pública e já consolidado por força da coisa julgada em que este patrono promoveu em face do Estado do Rio de Janeiro executado no feito, seus respectivos quinhões valorativos em sede de honorários contratuais ante ao percentual sobre o êxito da condenação que lhe cabia face ao valor devido por aquele a cada um dos clientes exequentes, que receberiam suas indenizações por força de precatório regular.

Desta forma, fora o poder público executado citado em execução à época ainda por força dos termos do artigo 730 do CPC, e posteriormente mesmo tendo apresentado embargos à execução não discutiu em nenhum momento tal matéria, embora descrita explicitamente na petição executório originária, tendo sido juntado os termos contratuais cabíveis.

Ato contínuo o mesmo fora a pedido deste patrono intimado por plúrimas vezes quedando-se inerte a todas as decisões do juízo competente neste sentido sem, inclusive apresentar qualquer pleito recursal em face destes comandos para pagamento das verbas honorárias contratuais devidas e com suas respectivas RPV's emitidas nos aludidos valores subtraídos percentualmente da valoração condenatória de cada cliente.

Por tal razão, o não pagamento do valor devido autorizaria o Juiz da execução a determinar o pagamento das RPV's, no intuito de que o crédito viesse a ser quitado no prazo de 60 dias.

Não há dúvidas de que, na hipótese narrada, o sequestro de valores se afigura imperiosa e indispensável, sob pena de relegar o instituto da Requisição ao absoluto fracasso e ineficácia, incentivando os entes públicos ao seu não pagamento e obrigando o credor a se submeter a longas filas para quitação de seu crédito.

Ocorre que a notória ausência de normas mais cogentes e imperativas acaba levando muitos administradores públicos a simplesmente "optarem" por não adimplir suas obrigações contraídas perante os credores de RPV, submetendo o instituto a verdadeira escolha política do gestor público.

⁸ Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.[...]

§ 3º. O disposto no «caput» deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

Com isso, surge uma vasta e proveitosa aplicação do que leciona o § 2º, do Art. 17 da lei 10.259/2001⁹, a lei é de clareza incontestável, pois autoriza a expedição de ordem de sequestro de numerário suficiente à satisfação da demanda no caso em que desatendida a requisição judicial.

É preciso dizer que as negativas a esta medida, ponderam no sentido da autoridade do acórdão prolatado por ocasião do julgamento da ADI 1.662¹⁰.

Ocorre que esta é uma articulação ardilosa de precedente que, na verdade em nada se refere a impeditivos no sentido da discussão quanto a exequibilidade por meio de sequestro de valores devidos pela Fazenda Pública, ou seja, tal precedente da Suprema Corte refere-se única e exclusivamente à possibilidade, ou não, de pagamento de valor pertinente à desapropriação sem a expedição de precatório.

Nesta oportunidade, a Corte firmou orientação no sentido de que o não-pagamento ou a não-inserção do pagamento do crédito em previsão orçamentária não poderiam ser equiparados à preterição ou quebra de ordem cronológica para os créditos alimentares, e assim gerar pleito de sequestro.

Igualmente não há espaço para a alegação de impenhorabilidade dos bens públicos para justificar o indeferimento da medida. É que em nenhum momento fora posta a baila a possibilidade ou não de penhora destes ou de dinheiro deste enquanto bem público propriamente dito. Faz, sim, menção a sequestro, medida preparatória que assegura a viabilidade da pretensão do credor inserida no ordenamento jurídico, prevista, inclusive, nos casos de precatórios judiciais, não havendo o que se questionar quanto ao seu cabimento.

Nesse contexto, firma valiosa lição o professor Humberto Theodoro Júnior¹¹, com relação ao significado do sequestro. Mesmo por que, é importante reiterar que a Lei 10.259/2001 contém dispositivos que se referem a procedimentos a serem adotados na execução de obrigação de pagar quantia certa, determinando que na requisição judicial, o Juiz determinará o sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão. Tal previsão encontra-se em total harmonia aos dispositivos legais que tratam das execuções em RPV. De tal modo, não há que se falar em afronta a qualquer dispositivo constitucional.

Oportuno registrar que a decisão agravada se baseou no entendimento jurisprudencial que atribui autonomia aos honorários contratuais para admitir que o crédito do advogado poderá ser pago através de regime diferenciado do crédito principal.

Até então, a jurisprudência dominante se posicionava no sentido de que a verba honorária, por tratar-se de verba acessória, seguia a principal, o que obrigava que tanto a verba principal quanto a honorária, deveriam seguir a mesma sistemática de pagamento, independentemente do valor de cada uma.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça fixou outro entendimento, inclinando-se pela possibilidade de pagamento de honorários sucumbenciais ao advogado através de regime de pagamento distinto do credor principal.

⁹ Art. 17. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório. [...]

§ 2º Desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão.

¹⁰ Por ocasião do julgamento da ADI 1.662, o Supremo Tribunal Federal fixou a orientação de que o pagamento insuficiente ou o inadimplemento de crédito para pagamento por precatório não podem ser considerados preterição ou quebra de ordem cronológica, para fins de determinação de ordem de sequestro de verbas públicas (art. 100, § 2º, da Constituição). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.662-SP, Tribunal Pleno. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 30 de agosto de 2001. *Diário de Justiça*: 19 set. 2003).

¹¹ É a medida cautelar que assegura execução para entrega de coisa e que consiste na apreensão de bem 'determinado', objeto do litígio, para lhe assegurar entrega, em bom estado, ao que vencer a causa."

Não se pode olvidar do que resta consolidado junto ao Superior Tribunal de Justiça nos autos do recurso repetitivo nº 1.347.736/RJ¹², bem como nos termos do que tratou o E. Ministro Luiz Roberto Barroso, nos autos da Reclamação nº 21.297 RS - Rio Grande do Sul¹³, deferiu o pagamento de honorários contratuais através de requisição de pequeno valor, ressaltando que viola a Súmula Vinculante nº 47 a decisão que excluiu do seu âmbito de incidência os honorários advocatícios contratuais. que reconheceu a autonomia dos honorários sucumbenciais, conferindo adequada interpretação à norma prevista no art. 100 § 8º da Constituição Federal, entendendo esta Magistrada que o entendimento ali consolidado deveria ser estendido aos honorários contratuais.

Urge demonstrar, a partir do cenário de leading case acima que, há caso recente atendido por parte do ora autor, na qualidade de advogado dos autores que em litisconsórcio facultativo ativo processavam o Estado do Rio de Janeiro por questões funcionais remuneratórias irregulares.

Desta feita, houve determinação do sequestro de valores em face da Fazenda Pública Estadual executada, por força dos respectivos juízos competente¹⁴.

¹² Embora o mencionado recurso nº 1.347.736/RJ tenha tratado somente dos honorários sucumbenciais – porque, naquele caso, se discutia apenas o pagamento de verba sucumbencial – o entendimento ali consolidado deve ser aplicado também aos honorários contratuais. Adotando o mesmo posicionamento, decidiu o Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz nos embargos de declaração opostos nos autos do agravo de instrumento nº 5030314-98.2014.404.000/RS: “Em que pese o recurso repetitivo nº 1.347.736/RJ ter tratado apenas dos honorários sucumbenciais, entendo que a orientação ali fixada também deve ser estendida aos honorários contratuais. Isso porque a jurisprudência pacífica do STJ reconhece que os honorários, sejam contratuais, sejam resultantes da sucumbência, constituem direito do advogado, direito autônomo, que não pode ser confundido com o direito da parte, tal como dispõe a Lei nº 8.906/1994. (arts. 22 e 23)” Além disso, o relator do mencionado Recurso Repetitivo conferiu adequada interpretação à regra constitucional prevista no art. 100 § 8º da Constituição Federal que assim dispõe: “art. 100, § 8º CF - É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.” Como observado pelo eminente relator: “Com o respeito que merecem aqueles que pensam de modo diverso, creio que o dispositivo não proíbe, sequer implicitamente, que a execução dos honorários se faça sob regime diferente daquele utilizado para o crédito dito “principal”. A norma em destaque tem por propósito evitar que o exequente utilize de maneira simultânea – mediante fracionamento ou repartição do valor executado – de dois sistemas de satisfação do crédito (Requisição de Pequeno Valor e Precatório). O fracionamento vedado pela norma constitucional, ao que parece, toma por base a titularidade do crédito. Assim, um mesmo credor não pode ter seu crédito satisfeito por RPV e precatório, simultaneamente. Nada impede, todavia, que dois ou mais credores, incluídos no polo ativo de uma mesma execução, possam receber seus créditos por sistemas distintos (RPV ou precatório), de acordo com o valor a que couber a cada qual. Sendo a execução promovida em regime de litisconsórcio ativo facultativo, aferição do valor, para fins de submissão ao rito da RPV (art. 100, § 3º da CF/88), deve levar em conta o crédito individual de cada exequente.”

¹³ DECISÃO: Ementa: RECLAMAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PRECATÓRIOS. FRACIONAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. [...] O alcance dos honorários contratuais pela Súmula Vinculante 47 pode ser deduzido do seu próprio texto, que contempla honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor. A expressão em destaque claramente remete ao § 4º do art. 22 da Lei nº 8.906/1994. Observe-se ainda que, nos debates para a aprovação da Súmula Vinculante, não foi acolhida a sugestão da Procuradoria-Geral da República, no sentido de manter no texto apenas os honorários advocatícios incluídos na condenação, com explícita remissão apenas ao art. 23 do Estatuto da OAB. Dito isso, ofende a Súmula Vinculante 47 decisão que afasta sua incidência dos créditos decorrentes de honorários advocatícios contratuais. Nessa linha, confira-se: Rcl. 21.516, Rel. Min. Luiz Fux. Diante do exposto, com base no art. 161, parágrafo único, do RI/STF, julgo procedente o pedido, para cassar a decisão reclamada, e determinar que seja expedida requisição de pagamento autônoma, de natureza alimentar, com referência aos honorários advocatícios a que a parte reclamante faz jus. Publique-se. Intimem-se. Comunique-se. Brasília, 14 de setembro de 2015 Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO Relator (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 21.297-RS. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 14 de setembro de 2015. **Diário de Justiça eletrônico**, n. 183, 16 set. 2015);

¹⁴ Promovida a penhora *on line* dos valores exequendos relativos aos honorários advocatícios contratuais, na forma das decisões de fls. 454/458 e 533, a medida judicial restou infrutífera, consoante se depreende às fls. 534/535, penhorando-se tão somente a quantia de R\$ 3,57 (três reais e cinquenta e sete centavos). É cediço que os honorários possuem natureza alimentar conforme pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores. De outro lado, é notória a crise econômica pela qual passa o Estado do Rio de Janeiro, havendo notícias inclusive do atraso no pagamento dos servidores do Estado do Rio de Janeiro com modificação do calendário mediante a edição de Decreto. Visando a satisfação do crédito do patrono, frise-se, que também possui caráter alimentar, sem perder de vista a crise financeira vivenciada, deve-se ponderar para que novo sequestro não atinja as contas vinculadas a serviços essenciais como saúde, educação e segurança. Pelo exposto, DEFIRO o sequestro do valor de R\$ 107.314,57 (cento e sete mil, trezentos e catorze reais e cinquenta e sete centavos), na forma do art. 17, §2º da Lei 10.259/2001, através de mandado a ser cumprido pelo Oficial de Justiça no Banco do Brasil, Banco Bradesco, Itaú e Caixa Econômica. Quanto aos dois primeiros bancos, deverá o Sr. Oficial de Justiça cumprir o mandado nas agências que se encontram neste Fórum Central. O bloqueio deverá ser efetuado em quaisquer contas de titularidade do requerido com saldo disponível, VEDADA A INCIDÊNCIA DA CONSTRIÇÃO SOBRE VERBAS DESTINADAS À SAÚDE, EDUCAÇÃO E SEGURANÇA PÚBLICA. Preferencialmente, o bloqueio deverá incidir sobre contas de titularidade dos seguintes números de CNPJ: 42.498.600/0001-71 (Governo do Estado do Rio de Janeiro) e 42.498.675/0001-52 (Secretaria de Estado de Fazenda). A quantia bloqueada deverá ser transferida IMEDIATAMENTE para conta judicial destinada a depósitos, junto ao Banco do Brasil, vinculada ao presente processo. Expeça-se mandado. Após, intimem-se os réus. (Feito representado pelo

Ademais, não se pode perder de vista, em nenhum momento, o objetivo para o qual o processo de execução foi criado. Se não é para satisfazer o credor, para que mais serve? Poderiam argumentar: as medidas a serem utilizadas devem ser menos onerosas para o devedor, ao que responderia: quando o devedor desrespeita voluntariamente a consecução de tais medidas, como é o caso do descumprimento do RPV, nada mais resta ao credor que não a utilização de meios mais efetivos capazes de viabilizar o seu direito.

Nesta linha de compreensão, defender a impossibilidade do sequestro de numerário público para fazer frente a valores de pequeno valor, quando desatendida a determinação de Requisição legitimamente expedida, representa trilhar caminho diametralmente oposto à satisfação do credor, a efetividade do processo executivo e, sobretudo, ao princípio da boa-fé, que deveria ser o norteador primeiro de todas as relações jurídicas.

INTRODUÇÃO

O Direito de Defesa será objeto de análise nesse artigo, quanto aos seus fundamentos jurídicos, que embasaram o ordenamento constitucional de 1988. Na experiência constitucional brasileira, o Direito de Defesa se insere no capítulo dos direitos fundamentais e das liberdades individuais, que recebeu a seguinte fórmula genérica, no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988: “Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Esse direito-garantia completa-se em pormenorizado detalhamento por outros dispositivos constitucionais e legais do Direito de Defesa. Esse vasto ordenamento jurídico, em termos de forma e conteúdo, alcança o universo dos direitos fundamentais e seu enquadramento classificatório na teoria constitucional.

O Direito de Defesa pode ser traduzido como elemento garantidor do processo constitucional, contribuindo, por consequência, para revitalizar o peso jurídico dos direitos fundamentais. Dessa forma, também os direitos fundamentais devem ser considerados direitos de defesa da sociedade contra o Estado, como encontra-se na compreensão do direito de defesa metaindividual. Acaba, assim, por não fugir aos padrões clássicos que examinam a relação da sociedade contra o Estado, ou ainda de poder e indivíduo.

O exercício do Direito de Defesa está concebido dentro dos marcos da regularidade constitucional, como forma limitativa do poder estatal e da ação governamental. Propugna-se, desta forma, pela unidade teórica do Direito de Defesa, independentemente das suas extensões que tomaram assento constitucional, já que essas espécies de Direito de Defesa podem atuar de forma contraditória, ao manter, transformar ou deformar os ambientes político e jurídicos.

A existência desta proteção constitucional nos leva a crer, que qualquer pessoa ofendida utilizando-se dos meios adequados, terá o direito de se defender, ou seja, o direito à ampla defesa. De outra forma, o direito de defesa é um direito para se ter direito, isto é, um direito secundário, que supõe que seu exercício está em favor do gozo de um direito primário, como a dignidade humana, da vida, da justiça, da propriedade. Se justifica o direito de defesa, para implementar direitos como também para fazer frente a uma ordem ilegal, prestando contra excessos, violências ou abusos de qualquer tipo.

O conceito jurídico: Direito de Defesa é a capacidade das pessoas ou os grupos sociais exigirem do Estado ou de pessoas físicas e jurídicas, para pedir ou garantir o pronto atendimento a determinado direito ou como instrumento inibidor dos abusos do poder da autoridade.

O Direito de Defesa opera com legítima defesa civil ou penal e constitui-se em uma competência de substituição provisória do Estado, deixada aos indivíduos realizarem a suas próprias defesas frente ao abusos de autoridade e ou de terceiros. Nestes casos cabe o uso do Direito de Defesa, mas no caso inverso, quando o indivíduo ofende ou abusa da autoridade pública cria-se uma situação melindrosa para o instituto do Direito de Defesa, que conforme o caso pode descambar para a tipificação de crime contra a Administração Pública (resistência, desobediência ou desacato tipificados nos arts. 329 e seguintes, do Código Penal). Em ambos os casos, há previsão legal, que tipificam e sancionam as condutas contrárias à lei, sejam no

âmbito penal ou disciplinar, no caso do abuso de autoridade, também abrangendo o abuso de poder, conforme disposto no art. 4º. da lei 4898/65.

A leitura metodológica do Direito de Defesa ocorre sob dois enfoques: seja por uma forma propositiva que estimule a solução de problemas da sociedade democrática, seja por uma crítica parcial ao sistema jurídico. Assim, os objetivos que fundamentam este texto são: 1º: fomentar a discussão sobre o Direito de Defesa, principalmente nesse momento de **Operação Lava-Jato** e de **crise institucional**, em busca da ponderação entre liberdade e autoridade; 2º: assegurar e efetivar os direitos fundamentais, notadamente as espécies do Direito de Defesa Constitucional.

O Direito de Defesa retoma uma área complexa do debate do direito público, debate que estava restrito mais aos advogados criminalistas e que agora toma vulto, em razão da perquirição criminal nos processos anticorrupção da operação Lava-jato¹⁵ e de alguns abusos de autoridade notórios neste processo e de outros similares, que inclusive levou ao suicídio o Reitor Luiz Carlos Cancellier de Olivo da Universidade Federal de Santa Catarina. Registra-se, por outro lado e com felicidade, que entidades democráticas e novos autores estão desenvolvendo e aprofundando o tema, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), além de organizações da sociedade civil de direitos humanos, consumeristas, ambientalistas e criminalistas. A presença do Direito de Defesa na Constituição de 1988 tornou-se bastante atual, nesse momento de **crise institucional** e também na passagem dos quase trinta anos de sua vigência.

INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA

O constitucionalismo foi o momento alto da racionalização e da limitação do Estado, que teve como protótipos as Constituições americana e francesa. Estas questões marcam a discussão da organização do Estado e também o início do fenômeno constitucional. A exteriorização jurídica dos fatos ligados à Revolução Francesa e à Independência Americana, materializados em documentos solenes (Declaração e Constituições), de caráter internacional e nacional, tais como:

a) Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, no preâmbulo, declara solenemente o Direito de Resistência, enquanto Direito de Defesa. Nas suas dez primeiras emendas, aprovadas em 1789 e ratificadas em 1791, pretendeu-se limitar o poder estatal estabelecendo a separação dos poderes estatais e os diversos direitos fundamentais;

b) Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: esse evento histórico que declara os princípios da liberdade política, que dá fim ao Antigo Regime e inaugura o Estado Constitucional, mediante um rol de direitos universais da pessoa humana (igualdade, legalidade, propriedade, segurança jurídica, associação política, da reserva legal, da presunção de inocência, da liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento. Esta Declaração serviu de preâmbulo à Constituição de 1791;

c) Constituição Francesa, de 1793, expressa um catálogo de direitos fundamentais, como a resistência à opressão, igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, liberdade de imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direito de petição, direitos políticos.

¹⁵ A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro do Brasil. O nome **Lava Jato**, decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis usados para movimentar recursos de criminosos.

Os princípios centrais desses documentos políticos podem ser resumidos em duas formas: 1) todo ser humano tem certos direitos que lhes são inerentes. Trata-se de uma justificativa jus filosófica; os direitos básicos de todo cidadão são irrevogáveis e/ou inalienáveis, isto é, tais direitos não podem ser negados, nem pelo Estado nem pelos próprios indivíduos; 2) prenunciam de que o governo é para o indivíduo, e não o indivíduo para o governo, princípio este que exerce grande influência não apenas sobre todas as Constituições, mas também sobre o Estado.¹⁶

Na Constituição do Brasil de 1988, o núcleo de desenvolvimento do Direito de Defesa assenta-se no direito da liberdade, que se espalha para o artigo 5º, da Constituição Federal, ao assegurar o Direito de Defesa, principalmente no inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Nesse ínterim se destacam os direitos do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Além disso, o sistema constitucional brasileiro, desmembrou o direito de defesa em várias espécies, entre as quais, no artigo 5º da Constituição Federal: a defesa do consumidor (XXXII), o direito de petição (XXXIV), a plenitude de defesa no tribunal do júri (XXXVIII), o *habeas corpus* (LXVIII), o mandado de segurança (LXIX), a ação popular (LXXIII), a defesa jurídica dos pobres (LXXIV), o devido processo legal (LIV), presunção de inocência (LVII), o direito ao silêncio (LXIII), a defesa de direito profissional ou sindical (art. 8, III) etc. Toda essa materialidade se combina com os elementos constitucionais da cidadania, a dignidade da pessoa humana, erguidos como fundamentos do Estado Democrático (art. 1º, II, III) e a defesa da paz (art. 4º).

DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do contraditório e da ampla defesa está assegurado na Constituição Federal, no art. 5º, LV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A observância do devido processo legal tem no preceito *by the law of the land* do direito inglês, transposto para a cláusula *by due process of law* do direito americano. Somente a Constituição de 1988 é que expressa de forma imperativa do devido processo legal, preceito de alta proteção contra o arbítrio judicial. A preciosa cláusula do *due process of law* é, sem dúvida, coluna mestra da cidadania corporificado no direito de defesa, abrigo insindicável do indivíduo, sem a qual o Direito de Defesa seria asfxiado, desprovido de efetividade.

As origens do devido processo legal, enquanto princípio norteador da jurisdição, remontam à Magna Charta de João Sem Terra, da Inglaterra de 1215. A Magna Charta não fazia alusão expressa a esse princípio, mas ao princípio “*law of the land*”, ou seja, direito da terra, garantindo aos cidadãos o direito a um justo processo legal da propriedade. Este princípio expressamente aparece nas Declarações de Direito e nas Constituições dos Estados membros e depois na Constituição Americana de 1787, reaparecendo como *due process of law*.

A Constituição Brasileira inspirou-se na Constituição Americana, ao trazer para o ordenamento jurídico o devido processo legal (Art. 5º, LIV). O princípio do devido processo legal consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (San José, Costa Rica, 1969), aprovada no Brasil através do Decreto Legislativo nº 27, de 26/5/1992.

O princípio do devido processo legal norteia o ordenamento jurídico brasileiro, que de certa maneira engloba os princípios do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório, para a proteção aos bens jurídicos (vida, liberdade e propriedade). O devido processo legal

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral de política, 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 63-65.

também insere o direito de ação, a igualdade de todos perante a lei, que enfeixa o acesso à justiça. Assevera esse princípio a necessidade do processo formal, que: a) gera a garantia de qualquer processo se dá em relação a fatos cuja ocorrência é posterior às leis que os regulamentam; b) significa também que o Poder Judiciário deve apreciar as lesões e ameaças à liberdade e aos bens dos indivíduos; c) contraditório e ampla defesa; d) a imparcialidade do juiz; e) não há pena sem processo, significa que a sanção penal só pode ser imposta dentro do competente processo com a intervenção do juiz.

Divide-se o devido processo legal em duas espécies: substancial e processual. O substancial considera o direito material e requer uma produção de leis de interesse público, justaposto ao anseio do grupo social a que se destina. É precisamente no princípio da razoabilidade das leis que se configuram os limites imprescindíveis ao poder legiferante do Estado, de sorte a ser evitado o abuso de poder por parte do próprio Governo, garantindo-se ao cidadão na elaboração legislativa leis razoáveis, assim denominadas em razão de atenderem aos reclamos da sociedade.

Por outro lado, o devido processo legal é empregado no sentido estrito, referindo-se tanto ao processo judicial quanto ao processo administrativo, assegurando-se aos litigantes direitos no âmbito do processo, como: citação, ampla defesa, apresentação de provas, ter defensor legalmente habilitado (advogado), contraditório, contra argumentação face às provas arroladas pela outra parte, juiz natural, julgamento público mediante provas lícitas, imparcialidade do juiz, sentença fundamentada, duplo grau de jurisdição e à coisa julgada.

Para Nelson Nery Júnior, o devido processo legal, sob a ótica estritamente processual, “nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”¹⁷.

O Código Civil permite a proteção do direito até com desforço físico, em certas circunstâncias, como o esbulho possessório. Se, da mesma forma em que há uma ordem de despejo de uma terra invadida, poderá haver uma ordem de manutenção de posse em favor dos invasores. Então diante de colisão de direitos entre propriedade e dignidade humana.

Já a ampla defesa corresponde ao direito da parte de se utilizar de todos os meios a seu dispor para alcançar seu direito, seja através de provas ou de recursos. Assim, o juiz não pode negar à parte o direito a apresentar determinada prova, exceto for utilizada apenas para atrasar o processo.

O princípio da ampla defesa e do contraditório possuem base no dever delegado ao Estado de facultar ao acusado a possibilidade de efetuar a mais completa defesa por meios processuais. O meio processual probatório se apresenta na oportunidade em que os litigantes têm de requerer a produção de provas, assim como também de se pronunciarem a respeito de seu resultado. Questiona-se se há efetivamente contraditório penal no sistema inquisitivo, pois o acusado não passa de mero objeto de investigação, motivo esse que não há de se falar em contraditório na fase pré-processual.

O novo CPC (lei 13105/2015) traz, em alguns dispositivos, o modo como deve ser observado o princípio do contraditório no processo judicial. Assim é que, nos termos do art. 8º, incumbe ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (o que mostra que o contraditório deve ser mais efetivo); o art. 9º estabelece que, com as ressalvas do parágrafo, o contraditório deve ser prévio à produção da decisão; e o art. 10 expressamente proíbe as **decisões-surpresa**.

Fica claro, assim, que o Código acolhe a ideia de que o contraditório deve ser visto como uma garantia de participação com influência e de não-surpresa, de modo a assegurar que haja, no processo judicial, um contraditório pleno, efetivo, prévio à construção das decisões

¹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 6. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 41.

judiciais, e destinado fundamentalmente a assegurar que o resultado do processo seja fruto de um processo com participativo, em que todos os seus atores trabalham juntos (ainda que buscando resultados diversos) no qual, democraticamente, será construído.

O contraditório pode significar **ouça-se também a outra parte**, isto é o direito do réu a ser ouvido e na proibição de que haja decisão sem que se tenha ouvido os interessados. Por conta deste princípio, no processo cível, a sentença será nula se o demandado não tiver tido oportunidade de contestar a ação. No processo penal será suspenso até que a defesa seja apresentada e caso haja condenação com base apenas em prova produzida pela acusação é também nula, motivo pelo qual o juiz não pode condenar com base em prova produzida apenas no inquérito policial.

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA DEFESA

A Constituição elenca uma série de direitos e garantias de defesa, que enumeramos algumas:

1. Defesa dos Pobres: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (CF, art. 5º, inciso LXXIV). Por último, impõe-se o registro da garantia de assistência dos necessitados em juízo, instituindo a Defensoria Pública, qualificada como “[...] essencial à função jurisdicional do Estado”, e programando a sua organização (CF, art. 134).

2. Presunção de Inocência: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF, art. 5º, inciso LVII). A presunção de inocência é sem dúvida, uma das grandes conquistas que dignifica o direito de defesa e que se harmoniza com o princípio da dignidade da pessoa humana. Originária do pensamento expresso no clássico brocardo latino *in dubio pro reo* dos grandes diplomas jurídicos internacionais.

3. Identificação do responsável pela prisão: “O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial” (CF, art. 5º, inciso LIV). Essa garantia assegurada ao preso se situa no campo de vitalização do direito de defesa, que é a identificação do órgão de repressão e dos responsáveis por sua prisão e interrogatório policial. Essa exigência traz a providência integrativa do efetivo exercício da defesa, evitando abusos policiais no ato de prisão ou durante o interrogatório, ação preventiva para à sua integridade física e moral do preso.

4. Direito ao silêncio: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (CF, art. 5º, LXIII). Esse direito consubstancia em mais um mecanismo de direito de defesa, ao assegurar que o preso tem o direito de permanecer calado (CF, art. 5º, LXVII), entra em sintonia com toda a ordem constitucional do Mundo Ocidental, capitaneada pelos Estados Unidos.

5. Provas ilícitas: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (CF, art. 5º, inciso LVI). A vedação de uso, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos, chamada na doutrina dos “frutos da árvore envenenada”, é outra norma integrativa do princípio da ampla defesa.

6. Plenitude de defesa no Tribunal do Júri: São preceitos afirmativos de uma mesma ideia, a proteção e a defesa da pessoa em face de uma acusação no Tribunal do júri, assegurada “a plenitude de defesa” (CF, art. 5º, inciso XXXVIII).

7. Vedação do Tribunal de Exceção: “Não haverá juízo ou tribunal de exceção” (CF, art. 5º, inciso XXXVII). A vedação de juízo ou tribunal de exceção é uma das grandes conquistas da democracia contemporânea. Tal princípio veio proscrever do mundo civilizado o terror dos julgamentos políticos e sumários, fatos que mancharam a história da humanidade.

Essas garantias também aparecem nas leis penais, de forma mitigada no inquérito policial e na ação penal. Inquérito policial. Consolidou-se entre nós o conceito de que o inquérito policial é um procedimento administrativo inquisitivo e, por isso, dispensável o contraditório. Contudo, em alguns casos, torna-se um instrumento de condenação por estar sem efetivo controle de defesa, susceptível de produzir provas definitivas, como o corpo de delito, documentos, perícias, sempre utilizados para embasar sentença condenatória. Como tudo é produzido sem a intervenção da defesa do réu avilta o Direito de Defesa.

Registra-se que o Código de Processo Penal (CPP) autoriza a autoridade policial a fazer buscas e apreensões (arts. 240/249), sequestro de bens (arts. 125/132), quebra do direito à intimidade pela investigação da vida pregressa (art. 6º, IX), prisão preventiva (art. 312), ordem de incomunicabilidade do indiciado (art. 21), além da prisão temporária (Lei 7.960/89), atos estes sempre realizados de surpresa, sem possibilidade de exercício do Direito de Defesa.

Ação Penal: A regra do art. 396, do Código de Processo Penal **apresentada ou não a defesa**, autoriza a consolidação da tese de que a defesa prévia é uma faculdade e não uma providência indispensável à formação do processo. Sem defesa prévia, imperativa para a composição do contraditório, ter-se-á uma instrução criminal capenga, que induz para condenações injustas, que está em contradição com a garantia da ampla defesa. A mesma crítica se faz quanto ao prazo de 24 horas para a defesa requerer diligências no término da instrução, o qual tem curso em cartório independentemente de intimação (arts. 499 a 502, CPP), resulta imprestável e implica, na prática, cerceamento de defesa.

Ampla Defesa e Legítima Defesa

O direito de defesa é visto como um recurso de legítima defesa, expressado contra a violação do direito subjetivo para a conservação de valores sociais. Desse modo, a teoria da legítima defesa cível assemelha-se, em parte, à de natureza penal, sendo que esta se destina à defesa da vida, enquanto a outra se volta para a defesa da posse e da propriedade. No direito penal, o Direito de Defesa assenta-se no Código Penal Brasileiro nos institutos da legítima defesa (art. 25) e no estado de necessidade (art. 24). O direito de defesa apresenta-se bipartido, em direito à autodefesa, exercido pessoalmente pelo acusado e o direito à defesa técnica, exercido por profissional habilitado, com capacidade postulatória, para adquirir o equilíbrio entre a acusação e a defesa. O direito à autodefesa se divide em três aspectos: direito de presença; direito de audiência; direito de postular pessoalmente. O direito de postular está presente no Código de Processo Penal (CPP), tais como: possibilidade de recorrer pessoalmente (art. 577, caput, CPP), de interpor *habeas corpus* ou revisão criminal (art. 623, CPP), de arrolar testemunhas (art. 395, CPP).

A licitude do direito de defesa está assegurada dentro de certos limites e segundo certas regras que pressupõem uma agressão injusta, caracterizando uma reação dirigida contra o agressor. Assim, o direito de defesa lícita tem o sentido de: a) ato ou efeito de resistir; b) qualidade de resistente; c) defesa em favor de direitos e contra-ataque; d) defesa contra constrangimento ou ordem ilegal ou injusta. Assim como o direito à vida; se uma pessoa vem matar alguém, e essa outra pessoa a mata primeiro, estará amparada pelo instituto da legítima defesa.

O Estado reconhece que ninguém pode tirar a vida do outro, senão para assegurar sua legítima defesa pessoal, pois o indivíduo defende seu direito do mesmo modo que cada um é guardião de sua integridade. Para isso, o sistema jurídico estabelece três condições para que o direito de defesa seja legítimo: primeira, que haja necessidade inevitável de reagir, o que consiste em opor-se a injustas agressões; segunda, que a reação seja a menor possível; terceira, que cesse imediatamente após o desfecho da ação. Dessa forma, o Estado formalmente reconhece o direito de defesa como um direito de legítima defesa, como direito natural, preexistente a toda e qualquer sociedade (direito à vida) e como direito decorrente de outros direitos positivos, o direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

A legítima defesa é mais um problema de necessidade do que de moralidade, pois a defesa do direito natural da vida está mais para a biologia do que para a axiologia. Esse direito de defesa visa defender um outro direito, como a vida, contra ato ilegal ou injusto, e, no sentido político, a sociedade e a ordem democrática. Recupera-se, nessa modalidade de direito de defesa lícita, o jusnaturalismo hobbesiano que inclui o direito de resistir, diante do medo da morte, inclusive podendo, em último recurso, matar outra pessoa para salvar a si mesmo. É natural, em Hobbes, que as pessoas escolham o mal menor, ou seja, a vida e a segurança física do indivíduo são valores supremos no sistema jurídico e jamais podem ser abandonados, e não poderá haver qualquer obrigação jurídica de se morrer.

Quando se trata de defesa de direitos, como o da vida e o da propriedade, deve-se perguntar: quais são as garantias jurídicas de que estão cercados os indivíduos para resistirem às violências? A morte resultante de legítima defesa não deixa de ser crime, mas não tem a imputação penal, há excludente de ilicitude. Na significação do direito penal, a legítima defesa (art. 25, CPB) resulta sempre da violência ou da ameaça da violência. Está claro que o direito de defesa tem um papel a cumprir nesse particular, já que o Estado outorga ao ofendido a legítima defesa do seu direito. A intervenção do Estado vem quase sempre depois que a violação do direito ficou perpetrada, punindo o culpado na proporção do dano contido no crime.

Além da legítima defesa, o sistema jurídico adota um outro direito de defesa lícita, o estado de necessidade (art. 24, CPB; art. 188, CCB). São seus requisitos: que o perigo seja iminente, e sua remoção pode ir ao ponto de deteriorar ou destruir a coisa alheia; ser o ato absolutamente exigido pelas circunstâncias; que não se exceda do indispensável para a remoção do perigo. É mais um conflito de direito em que prevalece o critério extraído da natureza, que o mais forte vence o mais fraco fisicamente (lei da selva).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de defesa é, por si só, um tema complexo e ao mesmo tempo, é um direito de exercício da cidadania. O conceito moderno de direito de defesa só se consegue impor, em termos de estrutura político-jurídica, nas Declarações de Direito e nas Constituições. Os fatos relacionados à Independência e à Constituição dos Estados Unidos da América criticavam as violações do rei da Inglaterra, e a independência surge sob o auspício do princípio da autodeterminação dos povos. O questionamento inicial do direito de defesa gira em torno da ameaça de morte do indivíduo pelo Rei. Modernamente, evolui para defesa social.

O direito de defesa serve para a incorporação de direitos individuais, um direito instrumental para alcançar direitos primários (vida, segurança, liberdade, bens) e também serve como sinal vermelho contra a ilegalidade e abuso de autoridade. Toda vez que a autoridade pública em nosso País descumpra o seu compromisso de cumprimento à Constituição, qualquer cidadão pode valer-se do seu direito de defesa.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**, 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFFER, Celso. **A Reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 6. ed. São Paulo: RT, 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: RT, 1989.

7 APRIMORAMENTO DO SISTEMA ELEITORAL COMO CAMINHO PARA CUMPRIR A VONTADE DO ELEITOR E FORTALECER A DEMOCRACIA

Ricardo Luiz Figueira Guedes Vasconcelos

RESUMO: A democracia tem como um dos pilares o exercício ao voto, que expressa a vontade do cidadão na escolha de seus representantes. Contudo, o simples exercício do voto é insuficiente para prevalecer a vontade do eleitor. Assim, é necessário o aprimoramento do sistema eleitoral, o que se tem buscado desde a redemocratização brasileira. O presente estudo tem o objetivo de analisar o sistema brasileiro e propor alterações nas agremiações partidárias e no sistema de eleições proporcionais adotado pelo Brasil para fazer com que os eleitos passem a ter legitimidade perante a sociedade e haja fortalecimento de nossa democracia.

INTRODUÇÃO

No Brasil, o sistema político passa por alterações pontuais desde a redemocratização (FLEISCHER, 2005), e nos últimos dez anos tem sido tema recorrente no Congresso Nacional.

Essas modificações trouxeram importantes instrumentos, como a Lei Complementar (LC) nº 135/2010, o fim das coligações nas eleições proporcionais, a implantação de gasto máximo nas campanhas eleitorais e a prestação de contas eleitorais.

Contudo, a sociedade permanece descrente com as instituições políticas brasileiras, o que torna necessária uma reforma substancial no processo eleitoral, que respeite o direito a voto do eleitor e exija a melhoria qualitativa dos candidatos.

O presente estudo tem o objetivo de contribuir com o aprimoramento da democracia brasileira, através do fortalecimento das associações partidárias e da adequação do sistema eleitoral proporcional para que atenda a vontade do cidadão expressa no voto.

Para tanto, será analisado o direito fundamental ao voto em uma democracia e o sistema eleitoral brasileiro, propondo alterações que permitam a democratização partidária e a conscientização do eleitor.

O trabalho foi realizado através de revisão bibliográfica e análise da legislação brasileira atual.

O DIREITO AO VOTO COMO INSTRUMENTO ESSENCIAL À DEMOCRACIA

O sistema democrático consiste no poder do povo de se governar, como destaca o art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal (CF).

Segundo Velloso (2012), a democracia é um sistema de governo que concede às decisões governamentais um grau muito maior de legitimidade, uma vez que há participação popular.

Bobbio (2000) leciona que para os antigos, democracia era o poder do *demos*, enquanto para os modernos, consiste no poder dos representantes do *demos*, isto porque, de fato, o que compete em regra ao povo é a escolha de seus representantes.

O ideal seria a manutenção do poder do *demos*, mas ante a impossibilidade de unir diariamente toda a comunidade para decidir as questões governamentais, houve necessidade de se criar a democracia representativa, existente no Brasil, em que os cidadãos são chamados para escolher seus representantes, mediante o exercício do voto.

Tamanha é a importância do voto que, por ocasião das eleições de 1902 nos Estados Unidos, um juiz da Corte Suprema daquela nação declarou que “[...] a cabine eleitoral é o templo das instituições americanas, onde cada um de nós é um sacerdote, ao qual é confiada a guarda da arca da aliança e cada um oficia do seu próprio altar”, (BOBBIO, 2000).

Portanto, a democracia só existe com o exercício do direito fundamental ao voto pelo cidadão, que no Brasil é obrigatório, de sufrágio universal, direto, secreto e com valor igual para todos, nos termos do art. 14 da Constituição Federal.

Contudo, apesar do voto ser um direito fundamental e um dos pilares da democracia, o simples fato de votar não significa que haja uma democracia forte, como alerta Bobbio (2012): Quando falamos de democracia, a primeira imagem que nos vem à mente é o dia das eleições, longas filas de cidadãos que esperam a sua vez para colocar o voto na urna. Caiu uma ditadura, instaurou-se um regime democrático? [...].

O voto, por si só não estabelece um regime democrático forte. O que legitimará as decisões governamentais será a escolha consciente do eleitor e o respeito a sua vontade expressa no voto.

As manifestações sociais ocorridas no Brasil, nos últimos anos têm demonstrado que nossa democracia passa por uma crise, em parte porque os cidadãos não se fazem representados pelos políticos eleitos, isto porque o cidadão não tem participado ativamente na escolha dos pré-candidatos, não lhe são fornecidas informações suficientes sobre os candidatos participantes do pleito eleitoral, e, por fim, sua vontade expressa no voto é desconsiderada na apuração, em razão de um sistema que informa ao eleitor a necessidade de votar nominalmente em um candidato, mas, na apuração, seu voto é contabilizado para o partido e, após essa contagem, o político eleito é beneficiado com o voto de outro candidato, seu adversário na disputa eleitoral.

OS SISTEMAS ELEITORAIS

Os sistemas eleitorais são os mecanismos responsáveis pela transformação do voto dado pelos eleitores no dia das eleições e mandatos (NICOLAU, 2004). Em geral, se dividem em sistema de escolha majoritária e de escolha proporcional, conforme leciona Velloso (2012):

No sistema majoritário, apenas o candidato que recebeu o maior número de votos consegue se eleger – os demais, mesmo que tenham recebido grandes votações, não terão assegurado um mandato. Nota-se, claramente, que nesse sistema eleitoral apenas a maioria tem representatividade, ficando a minoria excluída da representação eleitoral. No sistema proporcional é assegurada representação dentro das forças políticas que ganharam eleições como às que perderam desde que haja a concretização do quociente eleitoral. Esse sistema permite, assim, a representação tanto da maioria quanto da minoria.

Sem adentrarmos no estudo específico de cada sistema eleitoral existente no mundo, Nicolau (2004) utiliza três conjuntos de sistema e os subdivide da seguinte forma:

- Majoritários: maioria simples; dois turnos; voto alternativo; voto único não transferível; voto em bloco.
- Proporcionais: listas abertas; listas fechadas; voto único transferível.
- Sistemas mistos: correção e paralelo

Portanto, o sistema majoritário é “aquele em que se preocupa em eleger o candidato mais votado, desprezando assim a representação das minorias”. Já o sistema proporcional confere representatividade à maioria e às minorias, pois se busca com a proporcionalidade atender toda a vontade do povo na medida proporcional ao número de seus votos. Enfim, os sistemas mistos buscam atender parcialmente a vontade da maioria do povo sem impedir que a minoria faça-se presente no poder (BEHLING, 2014).

DA ESCOLHA DOS REPRESENTANTES NO BRASIL

O Brasil utiliza os dois sistemas principais, o majoritário para escolha dos membros do Executivo e do Senado Federal, e o proporcional, para escolha dos Vereadores e Deputados, sendo certo que não há possibilidade de candidatura avulsa.

A seguir, serão analisadas as regras específicas para cada cargo.

Do Presidente e Governadores

A eleição do Presidente e Vice-Presidente é regida pelo art. 77 da CF, o mesmo aplicável à eleição dos Governadores e Vice-Governadores, por força do art. 28 do mesmo diploma legal.

O Brasil adotou o sistema majoritário de dois turnos, em que o candidato só será eleito se obtiver mais de 50% dos votos válidos, sendo desconsiderados na contagem, os votos nulos e brancos. Assim, caso nenhum candidato obtenha os 50% dos votos válidos no primeiro turno, os dois candidatos mais votados se enfrentam no segundo turno, quando um obterá a maioria absoluta dos votos.

Ainda, os eleitores elegem uma chapa compreendida pelos candidatos a Presidente e Vice-Presidente ou Governador e Vice-Governador.

Dos Prefeitos

Na eleição para os governantes dos Municípios, o legislador resolveu inovar. Assim, para Municípios com mais de 200.000 habitantes, a eleição se rege pelo art. 77 da CF, enquanto

para Municípios menores, o sistema eleitoral é o majoritário de maioria simples, em que o mais votado em um único turno será eleito, nos termos do art. 29, II da CF c/c art. 3º, *caput* e § 2º da Lei nº 9.504/97.

Dos Senadores

A eleição para Senador ocorre mediante chapa composta pelo candidato e por dois suplentes, através do sistema majoritário de maioria simples para exercer mandato de oito anos, com renovação da Casa a cada quatro anos, alternadamente, por um e dois terços, uma vez que cada Estado e o Distrito Federal possuem três representantes, nos termos do art. 46 da CF.

Dos Vereadores e Deputados

O sistema é o proporcional de lista aberta, em que cada partido pode ser registrar candidatos até o total de 150% do número de lugares a preencher¹, e o eleitor é convocado para escolher um candidato para o cargo em disputa, mas seu voto é primeiramente computado para o partido de seu candidato (detentor do mandato) e posteriormente para o candidato escolhido.

A partir das eleições de 2020, não haverá mais a possibilidade de coligação partidária nas eleições proporcionais, nos termos do art. 17, § 1º da CF c/c art. 2º da EC nº 97/2017.

A NECESSIDADE DE APRIMORAR O SISTEMA PROPORCIONAL

O sistema proporcional brasileiro permite que o eleitor vote no candidato de sua preferência, mas seu voto será contabilizado para o partido. Em um segundo momento, o voto do eleitor irá para o candidato escolhido. Contudo, o voto do eleitor poderá beneficiar candidatos que sequer sejam de seu conhecimento, isto porque, obtidos os números de cadeira que cada partido possui, é elaborada uma lista de candidatos no partido por ordem de votação, e os mais votados na agremiação ocuparão as cadeiras obtidas.

O sistema tem como objetivo fazer com que as cadeiras ocupadas sejam do partido, dando maior representatividade aos grupos sociais. Contudo, diferente do sistema proporcional fechado em que o voto é no partido, a permissão de que o eleitor vote no candidato lhe dá a sensação de escolher seu representante, mas ao longo dos últimos anos verificou-se que o eleitor tem beneficiado candidatos que desconhece.

Nesse sentido, o sistema tem sido prejudicial, pois faz com que o eleitor não reconheça a legitimidade de seus representantes. Não que o sistema proporcional seja ruim, mas as regras específicas da lei brasileira acarretam nesse distanciamento entre o eleitor e seu representado.

Reis (2017), ao tratar do nosso sistema proporcional, assim leciona:

¹ Segue transcrição do art. 10 da Lei nº 9.504/97, devido às exceções quanto ao número de candidatos: Art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo: I - nas unidades da Federação em que o número de lugares a preencher para a Câmara dos Deputados não exceder a doze, nas quais cada partido ou coligação poderá registrar candidatos a Deputado Federal e a Deputado Estadual ou Distrital no total de até 200% (duzentos por cento) das respectivas vagas; II - nos Municípios de até cem mil eleitores, nos quais cada coligação poderá registrar candidatos no total de até 200% (duzentos por cento) do número de lugares a preencher.

Com a redemocratização, o sistema proporcional foi mantido e o pluripartidarismo, consagrado pela nova Constituição. O objetivo era o de se obter a maior representatividade possível nas casas legislativas, preservando a tradicional possibilidade de o cidadão votar no representante de sua escolha. Contudo, a falta de informação ao eleitor sobre como funciona o sistema, o grande número de candidatos apresentados pelos partidos e o discurso de que o eleitor tem o direito de escolher o seu próprio candidato acentuam a característica da representação pessoal do candidato e dão ao eleitor a impressão de que ele vota para as câmaras legislativas pelo sistema majoritário.

O número elevado de candidatos tem impedido o eleitor de conhecê-los. Para exemplificar, o Estado de São Paulo possui 70 cadeiras para Deputado Federal. Se cada partido registrar todos os candidatos possíveis, haverá 3.675 candidatos. Ora, é impossível que o eleitor os conheça em 45 dias de eleição. Mesmo que analise apenas candidatos de um partido, deverá conhecer 105. Certamente que acaba por votar em um dos poucos que conhece sem saber que seu voto poderá eleger candidatos que, se os conhecesse, jamais desejaria suas eleições. Nas eleições de 2002, o candidato Enéas do PRONA foi eleito com 1,57 milhão de votos e seus votos elegeram um Deputado que teve apenas 275 votos diretos. Aos olhos do eleitor, este Deputado não possui qualquer representatividade. Se na campanha, o eleitor tivesse informação suficiente de que seu voto poderia eleger outro candidato que não lhe representa, a votação do Enéas não seria tão expressiva.

Outro prejuízo para o eleitor consiste na falta de transparência do sistema, pois, como assentado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o partido é o titular do mandato, mas as campanhas eleitorais são voltadas para os candidatos, fazendo com que o eleitor imagine que seu voto servirá exclusivamente para seu candidato escolhido, o que comprova com os dados do TSE nas últimas eleições, em que apenas 16,9% dos eleitores paulistas deram seus votos na legenda, Estado com maior percentual de votos em legenda.

Na recente reforma eleitoral, foi proposta a mudança do sistema proporcional para o majoritário, em que a circunscrição eleitoral passaria a ser dividida em vários distritos, cada qual elegeria um representante.

Apesar de o sistema proposto ser prejudicial quanto à representação das minorias, certamente os eleitos teriam maior legitimidade nas decisões governamentais, pois o voto da maioria dos eleitores seria respeitado. Contudo, novamente não houve aprovação pelo Congresso, pois os políticos que alteram o sistema foram eleitos pelo método atual.

Nesse viés, é preciso ao menos criar mecanismos legais que façam com que o voto do eleitor seja respeitado mesmo no sistema proporcional. Um dos mecanismos consiste na redução considerável do número de candidatos afim de que todo eleitor obtenha informações sobre os partidos e candidatos em disputa. Outro mecanismo se deve a realização de campanhas massivas para que os eleitores sejam devidamente informados sobre o sistema eleitoral brasileiro. Ainda, é necessária a democratização dos partidos políticos, que será abordado no tópico seguinte.

DEMOCRATIZAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Os partidos políticos são um forte instrumento para a defesa da democracia, uma vez que podem ser canais para a sociedade participar de forma mais efetiva das decisões governamentais. Reis (1999) define os partidos da seguinte maneira:

Associação de pessoas, organizadas de modo permanente, com o escopo de participar do funcionamento das instituições e buscar o acesso ao poder ou ao menos influenciar em seu exercício para fazer prevalecer suas ideias e interesses.

Nesse viés, o partido político é um canal ideológico necessário ao exercício do poder, e por se tratar de associação, a CF deu plena autonomia aos partidos. Contudo, desde 1988, os partidos utilizaram-se desta autonomia para impedir o uso de instrumentos democráticos dentro das agremiações, o que acarretou no surgimento exacerbado de partidos fisiológicos e na recorrente infidelidade partidária, tendo como consequência o descrédito do eleitor.

Desde a redemocratização brasileira, temos visto um número crescente de partidos, que não inovam em ideologias, mas cujos únicos objetivos são o de promover seus líderes políticos e permitir o uso inadequado do fundo partidário e do tempo de rádio e televisão, como assevera Vasconcelos (2017):

A lição ficou para mostrar um dos motivos de serem criados partidos políticos no Brasil. Collor, para ser presidente, criou o PRN. Lula, para ter sucesso na política, criou o PT. Brizola, o PDT; Fernando Henrique e o grupo dele em São Paulo, o PSDB; Marina Silva a Rede; e, antes de todo mundo, Tancredo Neves precisou do PP para enfrentar Ulysses Guimarães no MDB.

A ausência de democracia nos partidos impede o crescimento de novas lideranças políticas, que acabam por criar novas siglas que em nada inovam ideologicamente.

De fato, todos os partidos se resumem a mera disputa de poder e possuem mesmo plano de governo. Assenta Bobbio (1999) apud Silva (2015) que, “[...] em vez de subordinarem os interesses partidários e pessoais aos interesses gerais, grandes e pequenos partidos disputam para ver quem consegue desfrutar com maior astúcia todas as oportunidades para ampliar a própria esfera de poder”.

Como exemplo da ausência ideológica partidária, os três maiores partidos brasileiros, PMDB, PSDB e PT propagam praticamente os mesmos planos de governo (SILVA, 2015).

Outro fato está na infidelidade partidária, pois por falta de espaço em seu partido, o político, mesmo após eleito, troca de agremiação para que nas futuras eleições não venha a ter dificuldades de se reeleger. Essa atitude também provoca o descrédito do eleitor, pois apenas confirma a ausência ideológica político-partidária.

Para solucionar a questão, o TSE (na consulta nº 1.398, de 27/03/2007) afirmou que o mandato é do partido e não do candidato. Em razão da decisão, o candidato eleito que se desligar do partido perderá o mandato.

A regra possui exceções, conforme contido no art. 22-A, parágrafo único da Lei nº 9.096/95, quais sejam: desfiliação partidária por mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário, grave discriminação política pessoal e desfiliação dentro dos 30 dias que antecedem o prazo de filiação exigido por lei para concorrer à eleição.

Todas estas anomalias afastaram o eleitor da vida partidária, a tal ponto que apenas 11,54% dos eleitores brasileiros estão filiados, conforme dados do TSE, e destes, poucos são os que participam das convenções para escolha dos pré-candidatos.

Apesar de ser necessária a manutenção da autonomia partidária, a lei precisa inovar e criar regras que aumentem a participação dos eleitores nas agremiações, tais como a exigência de número mínimo de filiados para criação e manutenção do partido, quórum mínimo de presença nas convenções, vedação às listas fechadas de pré-candidatos e incentivo às campanhas internas no período pré-convencional.

Com a ausência de regramento legal nos partidos quanto à escolha dos pré-candidatos, o que se observa é a manutenção de caciques políticos que decidem os pré-candidatos e fazem convenções pró-forma, sem permitirem que seus opositores participem em igualdade de condições.

Em suma, a plena autonomia partidária impede que a escolha dos pré-candidatos seja democrática e obrigam o eleitor a escolher o “melhor”, na expressão popular.

Se ao revés, a lei criar mecanismos de democratização certamente haverá qualificação dos candidatos, o eleitor terá maior consciência do seu voto e os partidos serão ideológicos.

CONCLUSÃO

Na democracia representativa, o voto é direito fundamental do cidadão para o fortalecimento do Estado democrático brasileiro. Contudo, em razão de empecilhos do processo eleitoral, a vontade do eleitor expressa nas urnas não tem sido plenamente considerada, o que torna ilegítimos seus representantes e enfraquece a democracia.

Para que o eleitor possa expressar sua vontade e esta ser respeitada nas urnas, o processo eleitoral necessita de diversas alterações, tais como o aprimoramento do sistema eleitoral proporcional, a redução do número de candidatos em disputa, a realização de campanhas explicativas sobre o sistema eleitoral, a democratização partidária e o incentivo à participação do eleitor nas convenções partidárias.

REFERÊNCIAS

BEHLING, R. S. M.; **Sistemas Eleitorais no Brasil e no Mundo**: um debate acerca dos sistemas eleitorais com ênfase no anteprojeto de reforma política do Senado Federal. Boa Vista, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório parcial 2016**. Brasília: Câmara dos Deputados, Comissão Especial para Análise, Estudo e Formulação de Proposições Relacionadas à Reforma Política, 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2MIGLye>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

_____. Lei Complementar nº 135 de 4 de junho de 2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 jun. 2010.

BOBBIO, N.; **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CARVALHO, V. O. O eleitor narcisista e a reforma política no Brasil: caminhos e perspectivas. **Revista de Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 12, n. 1, p. 57-82, jan./abr. 2017.

FLEISCHER, D. V. Análise política das perspectivas da reforma política no Brasil, 2005-2006. In: KOFMEISTER, Wilhelm. (org.). **Reforma Política**: agora vai? Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

NICOLAU, J. M.; **Sistemas Eleitorais**. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

REIS, M. R.; **O Sistema proporcional de lista aberta no Brasil e a Corrupção**. Revista de Estudos Eleitorais, Brasília, v. 12, n. 1, p. 57-82, jan./abr. 2017.

SILVA, F. K. S.; MENDONÇA, T. L. G. A Descrença na Instituição do Partido Político. **Revista de Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 48-64, jan./abr. 2015.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Estatísticas do eleitorado**: eleitores filiados. 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2MmM3tm>>. Acesso em: 22 out. 2017.

VASCONCELOS, J. **Que Raios de Eleição é essa?** Como são as estratégias na política e nos bastidores de campanhas eleitorais. Rio de Janeiro: Livros Ilimitados, 2017.

VELLOSO, C. M. da S.; AGRA, W. de M. **Elementos de Direito Eleitoral**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

8 AUXÍLIO-INCLUSÃO COMO DIREITO SOCIAL FOMENTADOR DA INCLUSÃO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Gilviano Marcos de Queiroz

RESUMO: O direito ao trabalho da pessoa com deficiência está assegurado na Carta Maior de 1988 e na legislação correlata, em especial no neófito Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), que inovou ao garantir o auxílio-inclusão como direito social. Os objetivos desta pesquisa é aduzir a relevante função social do auxílio-inclusão como veraz incentivo ao ingresso ou reinserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho e averiguar as reais condições deste direito ainda desconhecido da grande maioria da sociedade, bem como frisar a ausência de regulamentação e da implantação pela própria Previdência Social. Neste sentido, a metodologia se pauta em revisão de literatura, com coleta e seleção de textos no ordenamento jurídico brasileiro, convenções internacionais, jurisprudência e doutrina pátria. Espera-se como resultados divulgar, conscientizar e exigir da Previdência Social ações concretas para efetivação do auxílio-inclusão na realidade das pessoas com deficiência, como direito social de alta relevância para a dignidade e emancipação sócio-laboral da pessoa humana no Brasil.

Palavras-chave: Auxílio-inclusão. Direito social. Pessoa com deficiência. Previdência Social. Regulamentação.

INTRODUÇÃO

Este trabalho discorre a respeito do instituto da aprovação do auxílio-inclusão como elemento fomentador do direito ao trabalho das pessoas com deficiência física no âmbito do mercado de trabalho.

As pessoas com deficiência estão aptas a oferecer a sua força de trabalho em diversas modalidades laborais, porém se torna peremptório que o Poder Público, as instituições, os órgãos e empresas privadas cumpram com o papel que a Constituição e a legislação lhes incumbe, com o fito de garantir a efetivação do direito social ao trabalho a todos, balizado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso social, sem prejuízo da aplicação dos demais, a exemplo do princípio da construção de uma sociedade igualitária, solidária e inclusiva.

É plenamente justificável a elaboração deste trabalho visto que a pessoa com deficiência luta desde os primórdios da humanidade para contemplar seu espaço na sociedade e, ao longo do tempo, tem conseguido singelas e gradativas conquistas, entre elas, o auxílio-inclusão, inserido no Estatuto da Pessoa com Deficiência, neófito consolidação dos direitos.

O presente trabalho elege como objetivos aduzir a importância da aprovação do auxílio-inclusão e sua relevante função social como veraz incentivo ao ingresso ou reinserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho e averiguar as reais condições deste direito ainda desconhecido da grande maioria da sociedade, bem como frisar a ausência de regulamentação e da implantação pela própria Previdência Social.

Em referência à metodologia, trata-se de uma revisão literária, pautada na busca e na seleção de materiais no Direito, no ordenamento jurídico, doutrina, jurisprudência, tratados

internacionais, dicionários, teses, dissertações e artigos, bem como em textos de outros ramos da ciência, com o escopo de elucidar as questões mais relevantes da *res deducta*, com fulcro no método dedutivo.

O DIREITO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Destarte, o direito ao trabalho às pessoas com deficiência física, com acesso e a permanência garantidos no mercado, traduz-se em importante efeito na realização da sua dignidade, pois o trabalho é um direito que liberta o homem, o faz sentir-se útil e socializado e em condições de igualdade com as demais pessoas na sociedade e, assim, poder se autodeterminar na vida.

No entanto, o trabalho da pessoa com deficiência sempre foi negligenciado pelo Estado Brasileiro, pois, mesmo que a Lei nº 8.213/91, no art. 93, estabeleça cotas de 2% a 5% nas empresas, não há fiscalização eficiente pelo auditor fiscal do trabalho, como determina a Instrução Normativa nº 20, de 26.01.2001, ou controle e aplicação de penalidades, a teor do comando do art. 133, da Lei nº 8.213/91 em conjunto com a Portaria nº 142, do Ministério da Previdência Social e da Portaria nº 1.199, do Ministério do Trabalho e Emprego (BOCCHI JÚNIOR; BOCCHI NETO; LÉPORE, 2015, p. 413).

Por seu turno, no âmbito público, as legislações federal e estaduais, no que concerne às vagas reservadas em concursos públicos, também padecem de inúmeros entraves ao acesso e à permanência do trabalhador.

De todo modo, a pessoa com deficiência admitida a trabalhar em alguma empresa ou classificada em certame público, certamente é forçada por lei a fazer uma escolha, pela sua natureza, inconciliável com a realidade econômico e financeira da maioria das famílias brasileiras: abrir mão de uma aposentadoria por invalidez, altamente comum, ou de um benefício de prestação continuada, àquelas pessoas que não tem condições de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família.

Isso porque a admissão na seara privada, a teor dos artigos 46 e 47 da Lei nº 8.213/91 (Brasil, 1991), a pessoa perderia a aposentadoria por invalidez, o mesmo ocorrendo no serviço público, devido à proibição de cumulação de salário com aposentadoria por invalidez.

Ressalva a Lei nº 8.213/91, no art. 42, caput:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, **for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição** (BRASIL, 1991, grifo nosso).

No entanto, essa avaliação é bastante subjetiva e superficial por parte do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), vez que a advertência é clara e taxativa de que, além de ser reabilitado para atividade diversa da que desempenhava antes da aposentadoria por invalidez, ainda é requisito legal que a atividade assegure a subsistência.

A leitura do art. 46, do referido diploma: “Art. 46. O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a

partir da data do retorno”, conduz à interpretação teleológica com o art. 42, caput, da dita norma, ao entendimento de que há um rol concatenado de requisitos para que a aposentadoria por invalidez seja cessada, ou seja, é preciso que o retorno seja voluntário à atividade e que lhe garanta condições de subsistência. (BRASIL, 1991).

Note-se que o art. 42, caput, da Lei nº 8.213/91 (BRASIL, 1991), não definiu qual atividade, isto é, se reingressar a pessoa aposentada por invalidez à atividade anterior à aposentadoria, geralmente a causa do benefício previdenciário, ou se à qualquer outra atividade, abrindo leque de dúvidas na hermenêutica, tampouco esclarece se ao mesmo regime de previdência ou se englobaria quaisquer regimes, ainda que independentes entre si a fonte arrecadadora e a pagadora, embora a legislação trate a respeito da contagem de tempo recíproca e a devida compensação entre os regimes.

E mais, a Lei nº 8.213/91, no art. 89, estabeleceu ao beneficiário incapacitado para o trabalho e às pessoas com deficiência, a habilitação e a reabilitação profissional, conforme o caso, a obrigatoriedade contida no art. 90, da mesma norma, não funcionou como previsto. (BRASIL, 1991).

Na **Apresentação** de sua obra, em 2000, José Pastore, em análise da própria trajetória de 40 anos de vivência com questões de emprego e desemprego, aponta que uma das mais destacadas questões que lhe transcorreu, focava-se na irrisória participação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Quando percebeu tal fato, observou que o Brasil portava-se com atraso considerável, pois registrava que, em meio à população de pessoas com deficiência em idade laboral (cerca de nove milhões de pessoas, à época), somente 2% desse contingente ocupavam o mercado de trabalho, enquanto nos países mais desenvolvidos essa proporção atingia entre 30% e 40%. (PASTORE, 2000, p. 7).

Hoje, o quadro pouco se alterou, havendo um grande contingente de pessoas com deficiência excluídas do mercado de trabalho formal ou no serviço público, mesmo porque poucos indivíduos têm um colchão econômico-financeiro-social protetivo para adentrar ao trabalho, sem antes se preocupar com a aposentadoria por invalidez ou o benefício de prestação continuada que, apesar de auferirem, na maioria das situações, pequena monta mensal, internalizam o receio de aventurar-se a perder o pouco que lhe sustenta para, em um futuro próximo, ser demitido e ficar à deriva desempregado e sem o benefício previdenciário.

APROVAÇÃO DA LEI Nº 13.146/15 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA)

Em 2015, acertadamente o legislador se debruçou às questões da pessoa com deficiência e, por fim, aprovou a Lei nº 13.146/15 (BRASIL, 2015), o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que passou a vigorar em 03.01.2016.

A neófito lei encarregou-se de definir problemáticas e normas esparsas em diversos diplomas e convenções, acampando uma satisfatória consolidação de conceitos, direitos e regras gerais.

Entre os benefícios contribuídos pela Lei nº 13.146/15, o art. 94 (BRASIL, 2015), agregou relevante e inovador benefício, destaque pleiteado pela Deputada Federal Mara Gabrilli (PSDB-SP), que também é pessoa com deficiência. Avante, a literalidade do mencionado comando:

Art. 94. Terá direito a auxílio-inclusão, nos termos da lei, a pessoa com deficiência moderada ou grave que:

- I - receba o benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e que passe a exercer atividade remunerada que a enquadre como segurado obrigatório do RGPS;
- II - tenha recebido, nos últimos 5 (cinco) anos, o benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e que exerça atividade remunerada que a enquadre como segurado obrigatório do RGPS. (BRASIL, 2015).

Portanto, trata-se da criação do auxílio-inclusão, assegurando à pessoa com deficiência moderada ou grave perceber um benefício de prestação continuada e que se ponha a exercer atividade remunerada e obrigatoriamente enquadrada no Regime Geral de Previdência Social (RGPS). O benefício também foi também estendido àquela pessoa com deficiência que tenha auferido prestação continuada no último lustro e que já exerça atividade remunerada que a inclua como segurado obrigatório no RGPS.

Com efeito, simples raciocínio torna patente que o legislador excluiu, nos casos dos incisos I e II, a pessoa com deficiência que auferiu atualmente ou que auferiu, nos derradeiros cinco anos, aposentadora por invalidez do rol de beneficiários do auxílio-inclusão.

O motivo provável ou plausível, a nosso sentir, é que a lei procurou garantir maior proteção àquela pessoa mais exposta às contingências sociais, posto que o benefício de prestação continuada não propicia ao beneficiário a percepção de gratificação natalina, sequer qualquer garantia que continuará a receber o auxílio previdenciário, diversamente da aposentadoria por invalidez, que é direito adquirido da pessoa.

Não obstante a doutrina e, mormente, a jurisprudência, ainda são completamente incipientes na abordagem da problemática, todavia, a nosso ver, o legislador poderia ter sido mais ousado e, por que não dizer, mais equânime, e aprovar a extensão do auxílio-inclusão ao aposentado por invalidez e aos que não recebem nenhum benefício previdenciário de prestação continuada, sob o pálio do princípio da igualdade.

Não remanesce dúvida de que dito auxílio teria o condão de estimular as pessoas com deficiência a entrar no mercado de trabalho, pois teriam a certeza de uma proteção socioeconômica mínima que lhes daria tranquilidade para se firmar na atividade remunerada, seja como empregado em uma empresa privada, ou autônomo, ou ainda, microempreendedor, todas essas sujeitas à filiação como segurado do RGPS.

EFETIVAÇÃO DO AUXÍLIO-INCLUSÃO: PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Destecendo o tema, remanescem questões a respeito da aplicação prática do auxílio-inclusão na esfera previdenciária com escopo na inclusão no mercado de trabalho. Há que se tomar precauções gerais para não gerar o mínimo retrocesso social, pois, enquanto a lei avança e garante o direito formal, o desconhecimento da norma retrocede por não assegurar o direito material (substancial) às pessoas com deficiência.

Ora, o princípio da dignidade humana figura na Carta Maior da República como garantia intransponível e irrenunciável, tal como Ingo Wolfgang Sarlet (2006), munido da habitual jurisperícia, assim o define:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano o 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 que assegurem a pessoa tanto como todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2006, p. 60).

Reforça o argumento, o ilustre magistério de José Gomes Canotilho (2006), quando pondera a respeito do princípio da vedação do retrocesso social:

Neste sentido se fala também de cláusulas de proibição de evolução reaccionária ou de retrocesso social (ex. consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações “retornando sobre seus passos”; reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador extinguir este direito, violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido) (CANOTILHO, 2006, p. 177).

Ancorado no teor do art. 94, da Lei nº 13.146/15 (BRASIL, 2015), está manifestamente aprovado um amparo alicerçado numa norma asseguradora de evolução social, devendo o Estado, por intermédio dos seus órgãos regulamentadores, fazer valer na prática a tinta da lei, pois senão se tratará de norma natimorta, sem qualquer eficácia no mundo jurídico real.

Mais ainda, o auxílio-inclusão deveria ser estendido a todos, seja aposentado, recebedor do BPC ou a quem ainda não percebe qualquer benefício, baseado no princípio da isonomia de tratamento, ou seja, havendo igualdade de situação fática o tratamento deve ser equânime, tendo o direito por equiparação.

Ausência de regulamentação: entraves a suprimir

Apesar de a Lei nº 13.146/15, no art. 94 (BRASIL, 2015), já ter assegurado o direito ao auxílio-inclusão às pessoas que desejem ou necessitem ingressar no mercado de trabalho, que estejam ou não recebendo o benefício de prestação continuada, em verdade, não há regulamentação por decreto, resolução ou portaria ministerial.

O Decreto nº 3.048/99 (BRASIL, 1999), que regulamenta a Previdência Social, enumera os benefícios e serviços a que faz jus o cidadão, porém nota-se que hodiernamente ainda não inseriu naquele rol o auxílio-inclusão.

O próprio site da Previdência Social ainda não incluiu o auxílio-inclusão no rol de benefícios¹.

¹ INSTITUTO NACIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL. **Benefícios do INSS**. 22 mar. 2018. Disponível em: <<http://bit.ly/2JfKsZa>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

Pelo contrário, ainda persiste no site da autarquia a possibilidade de o beneficiário da prestação continuada de requerer a suspensão do amparo para ingressar no mercado de trabalho, isto é, completamente oposto ao que garante a Lei nº 13.146/15, art. 94². Esta incongruência pode ser observada no endereço:

Formulários para quem já recebe o BPC

[...]

Suspensão do benefício em caráter especial em decorrência de ingresso no mercado de trabalho; (INSS, 2017).

A inexistência de regulamentação impede o exercício do direito na prática, impossibilitando à pessoa com deficiência o acesso ao mercado de trabalho com maior segurança.

De todo modo, visando regulamentar o auxílio-inclusão, visualiza-se o Projeto de Lei nº 161/2017 de autoria do Senador Paulo Bauer (PSDB-SC), que pretende alterar o art. 94, da Lei nº 13.146/15. Contudo, a proposta não preenche os requisitos de emancipação social pretendida inicialmente pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, posto que sugere um auxílio-inclusão no importe de 10% (dez por cento) do valor do BPC (SENADO FEDERAL, 2017).

Ora, o BPC é pago no valor máximo de um salário-mínimo que vale, em 2017, R\$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais), resultando no auxílio-inclusão de meros R\$ 93,70 (noventa e três reais, setenta centavos)! A nosso sentir, patente o despropósito da proposta do Senador Paulo Bauer, haja vista que o valor aventado é irrisório e não traz a mínima segurança esperada do auxílio-inclusão.

Quem abandonará a percepção de um salário-mínimo do BPC para se arriscar no mercado de trabalho, imerso em crises frequentes e, na maioria das situações, descumpridor das cotas da Lei nº 8.213/91, para trabalhar 44 horas semanais tendo como auxílio-inclusão a ínfima quantia de R\$ 93,70?

No PL 161/2017, o auxílio-inclusão seria de cunho indenizatório, o que concordamos, porém, o valor monetário é incompatível com o espírito da Lei nº 13.146/15 e com os princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso social. (SENADO FEDERAL, 2017).

Normalmente, a verba indenizatória teria o condão de equalizar certos custos ou perdas inerentes às pessoas com deficiência, sendo necessárias, a depender do caso, gastos e despesas com medicina de tratamento (dores, infecções urinárias e pulmonares, escaras de pressão) e medicina de reabilitação (consultas médicas, cirurgias, medicamentos), serviços de fisioterapia, fonoaudiologia, psicologia e terapia ocupacional, assistência de terceira pessoa para atividades cotidianas (enfermeiro, cuidador), cadeiras de rodas, aparelhos de ortopédicos (próteses, órteses), tecnologia assistiva (computadores, telefones celulares, softwares para voz, mouses, telas touch) e ajudas técnicas (adaptação de casas, banheiros, carros, triciclos), cães-guia para pessoa com deficiência visual, óculos, aparelhos auditivos, calçados, muletas, produtos hospitalares especiais (como sondas uretrais, almofadas, encostos de cabeça, entre outros). Esses tipos de assistência e suporte são amplamente demonstrados no “Relatório Mundial sobre a Deficiência” produzido pela Organização Mundial da Saúde (OMS, 2012, p. 145).

De outro lado, a OMS (2012, p. 148) reporta que, mesmo em países ricos, a exemplo dos Estados Unidos, membros de famílias com crianças com deficiência trabalham menos horas que membros das demais famílias, bem como são mais propensos a abandonar os empregos,

² Id. **Benefício assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência (BPC)**. 7 maio 2018. Disponível em: <<http://bit.ly/2JM9ON9>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

possuem maiores problemas financeiros e menores possibilidades de se realocarem em um novo emprego.

Ademais, as famílias com pessoas com deficiência geralmente são as provedoras da assistência e apoio, verificando-se, de modo geral, insuficientes serviços formais estatais, de forma que, se o Estado fornecer essa assistência, haveria melhores condições para que os membros da família pudessem trabalhar com atividades renumeradas ou geradoras de renda. (OMS, 2012, p. 149).

A recomendação da OMS (2012, p. 127) preconiza uma política de financiamento destinado às pessoas com deficiência para aumentar a cobertura e acesso aos serviços de reabilitação, estando entre essas ações expandir o amparo do seguro social e realocação e distribuição de recursos.

Todavia, mesmo em países bem ou medianamente desenvolvidos há problemas no atendimento das famílias com pessoas com deficiência, agravando-se a situação nos países em desenvolvimento ou pobres, nos quais os recursos são dirigidos às famílias carentes e somente uma pequena parcela chega de fato às famílias mais vulneráveis, incluindo as que agregam indivíduos com deficiência, assim como os serviços de bem estar social são parcos e insuficientes (OMS, 2012, p. 151).

Esse contexto prejudica expressivamente a entrada e permanência das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, pois sofrem aumento do custo do trabalho, seja para ir e voltar ao local de trabalho ou mesmo executar um serviço. Assim sendo, mesmo que a pessoa receba um benefício assistencial de baixo valor, em muitos casos, é maior que o salário que receberia trabalhando numa empresa. De outro turno, as pessoas com deficiência empregadas geralmente ganham menos que os seus colegas sem deficiência, piorando o quadro quanto às mulheres, as quais recebem menos que os homens. (OMS, 2012, p. 245). Esta situação desestimula a pessoa com deficiência a se aventurar no mercado de trabalho, visto que não é compensativo ou poderá ficar descoberto do mínimo que ainda recebe de benefício assistencial.

Como exemplo de sucesso, cita-se o Reino Unido, que inovou em benefícios além do tradicional, o que as encorajou a trabalhar, com o pagamento de um crédito fiscal ao trabalhador, empregador ou autônomo, sob fiscalização oficial, de modo que a pessoa com deficiência, oriunda de família de baixa renda, se inscreve e mostra prova da desvantagem devida à determinada deficiência e se qualifica para trabalhar por, no mínimo, 16 horas semanais, e passa a receber o crédito ou recebe uma pensão por deficiência por um longo período.

Embora o sistema seja difícil de administrar, o que requer melhorias ao longo do tempo, o crédito, criado em abril de 2003, motivou pessoas a entrar no mercado de trabalho e reduziu antigos obstáculos para os jovens procurarem trabalho (OMS, 2012, p. 158).

Requerimento do auxílio-inclusão na atualidade

Em se tratando de lei sem regulamentação, a pessoa com deficiência, a princípio, poderá requerer o benefício numa agência do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), já prevendo que será indeferido justamente pela ausência de regulamentação.

Indeferido o pedido, poderá acionar a competência originária da Justiça Federal (onde houver) ou uma Vara Cível da Comarca e pleitear contra o Instituto Nacional de Seguridade Social a concessão do auxílio-inclusão por mandado de segurança, por se tratar de direito líquido e certo, ou mandado de injunção, por falta de regulamentação, ou ainda, ação ordinária, todos com possibilidade de pedido de urgência antecipada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O auxílio-inclusão é um direito previsto no art. 94, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo vigência desde 03.01.2016, assegurando à pessoa com deficiência, grave ou moderada, que receba atualmente ou que tenha recebido, nos últimos cinco anos, o benefício de prestação continuada o direito de percebê-lo se trabalhar em regime em que se enquadre a obrigatoriedade da filiação ao Regime Geral de Previdência Social.

O amparo excluiu as pessoas com deficiência que recebem aposentadoria por invalidez e as que não recebem ou receberam o benefício, nem mesmo estabeleceu os valores a serem recebidos pelo beneficiário.

Outrossim, inexistente regulamentação do auxílio-inclusão, pois à leitura do Decreto nº 3.048/99, não se verifica a sua inclusão no rol de amparos da Previdência Social, bem como não se observa outro meio regulamentador, como resolução ou portaria do INSS ou do Ministério da Previdência Social, assim como não figura na lista disponibilizada no site daquela autarquia.

O Projeto de Lei nº 161/2017, de autoria do Senador Paulo Bauer, propôs regulamentação, porém achatou a 10% do BPC recebido pelo beneficiário o valor do auxílio-inclusão, o que, hoje, aufere R\$ 93,70, o que, a nosso sentir, não estimulará a pessoa com deficiência a ingressar no instável mercado de trabalho brasileiro, porque, muitas vezes, o BPC é maior que o salário que receberia trabalhando, bem como o irrisório importe não tem o condão de motivar a pessoa a trabalhar o dia todo, com todas as responsabilidades e dificuldades adicionais, ferindo os princípios da dignidade da pessoa humana e o da vedação do retrocesso social.

Portanto, conquanto bem intencionado pelo legislador, o auxílio-inclusão não significou, até o momento, nenhum avanço na inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, ante a ausência de regulamentação, às razoáveis dúvidas da fruição e, sobretudo, quanto ao valor a ser recebido pelo beneficiário.

REFERÊNCIAS

BOCCHI JÚNIOR, Hilário; BOCCHI NETO, Hilário; LÉPORE, Paulo. **Manual do Advogado Previdenciário**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 ago. 1988.

_____. Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, Poder Executivo, 21 jun. 1999.

_____. 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). **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 jul. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2006.

INSTITUTO NACIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL. **Benefícios do INSS**. 22 mar. 2018. Disponível em: <<http://bit.ly/2JFkSZa>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. **Benefício assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência (BPC)**. 7 maio 2018. Disponível em: <<http://bit.ly/2JM9ON9>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (org.). Trabalho e emprego. In: **Relatório mundial sobre a deficiência**. Tradução de: Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: Secretaria de Estado dos Direitos da Pessoa com Deficiência de São Paulo - SEDPcD, 2012. (Cap. 8). Disponível em: <<http://bit.ly/2JMuYqU>>. Acesso em: 20 out. 2017.

PASTORE, José. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência**. São Paulo: LTr, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 161, de 2017**. Autoria: Senador Paulo Bauer. Brasília: Senado Federal, 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2MpyYj9>>. Acesso em: 18 out. 2017.

9 POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PARA OS ANIMAIS: CONCEITO E IMPLANTAÇÃO

Ariana Anari Gil

RESUMO: A formulação e implementação de políticas públicas ambientais para os animais em nosso País se faz necessário com urgência, atualmente estamos diante de uma forte globalização das preposições dos movimentos ecológicos e proteção animal. Nessa perspectiva, a garantia constitucional elencada no artigo 23 c.c 225 da Constituição Federal, impondo a sociedade e ao Estado o dever de respeitar a vida, a liberdade corporal e a integridade do meio ambiente e dos animais, além de proibir expressamente as práticas que coloquem em risco a função ecológica, provoquem a extinção ou submetam à crueldade qualquer animal, nos faz ter certeza da necessidade supra, vez que, a garantia constitucional nos legitimou a construção de luta e necessidade de políticas públicas ambientais para os animais. É preciso conscientização dos cidadãos e poder público que políticas públicas versando meio ambiente e proteção animal, é questão também de saúde pública, e manter diretrizes mais eficazes e rigorosas com relação à proteção da fauna é apresentar uma politização eficaz, inclusive, gerando em tese lucro ao poder público.

INTRODUÇÃO

A relação do ser humano com os animais sempre foi regida pela noção de domínio. Acostumado à ideia de legitimidade da exploração dos animais e da natureza, o homem tem agido, muitas vezes, com barbárie, torpeza e irresponsabilidade para com o meio ambiente e animais, exemplos atuais e muito debatido em nosso País a morte desnecessária da Onça Juma no Estado do Amazonas, do Boto-Cinza no Estado do Rio de Janeiro e a Dona de Canil Clandestino presa em flagrante na cidade de São Bernardo do Campo no Estado de São Paulo por maus-tratos à 07 (sete) cachorros, em que a atitude das autoridades foram exemplos para o País.

Neste prisma, o ponto central é a conscientização de que Direito Ambiental, de Saúde e Animal, se completam, um depende do outro para que possamos ter um meio ambiente equilibrado, com respeito aos animais e saudável. Saudável não só para os animais, mas também para nós seres humanos, vez que, cuidar, zelar e proteger os animais na nossa fauna é questão também de saúde pública, muitas vezes esquecida neste aspecto, ou seja, é a Saúde Única como pilar fundamental.

Não podemos mais nos dar ao luxo de dividir a sociedade brasileira entre aqueles que gostam de **bichinhos** e os que **não gostam de bichinhos** é preciso ir além, o nosso meio ambiente pede socorro e a população suplica por questões mais rígidas em relação à proteção dos animais e meio ambiente.

A formulação e implantação de políticas públicas para proteger e defender a nossa fauna, flora, animais, seja que esfera for, bem como, conscientizar a população de que todos os animais têm direito à vida e ao respeito e à proteção do ser humano, em quaisquer circunstâncias é dever elencado no artigo 23 c.c 225 da Constituição Federal Brasileira e não escolha.

ENTENDENDO AS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PARA ANIMAIS.

Considerando que políticas públicas são um conjunto de atividades, programas e/ou ações, desenvolvidas pelo Estado, Município e/ou União, direta ou indiretamente, com a integração entre entes públicos e privados, que visam no caso, assegurar um meio ambiente equilibrado, bem-estar animal e saúde pública de qualidade, no que se refere ao tema.

Assim nos diz Bonetti (2007, p. 74):

Entende-se por políticas públicas o resultado da dinâmica do jogo de forças que se estabelece no âmbito das relações de poder, relações essas constituídas pelos grupos econômicos e políticos, classes sociais e demais organizações da sociedade civil. Tais relações determinam um conjunto de ações atribuídas à instituição estatal, que provocam o direcionamento (e/ou o redirecionamento) dos rumos de ações de intervenção administrativa do Estado na realidade social e/ou de investimentos.

Neste prisma, o meio ambiente é também reconhecido como um direito de todos, consagrado nos artigos 23 e 225 da CF/88, bem como, instituído pela Lei Federal 9.605/98, legislações estas que asseguram a saúde e bem-estar do animal, silvestre, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, sendo vedado, qualquer ato que configure maus-tratos, como abandono, agressão física ou moral;

Lei nº 9605/98.

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Claro e evidente a necessidade de políticas públicas ambientais para os animais, primeiro porque a população precisa ter a consciência de que a proteção animal se encontra na legislação do meio ambiente, vez que, proteger o animal é também manter o meio ambiente saudável e equilibrado tanto que a Lei supra dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Existência de deveres jurídicos ao estado e demais poderes públicos, em que não cabe ao poder público decidir se o meio ambiente deve ou não ser protegido, porque sua proteção decorre de imposição constitucional (NERY, 2009, p. 688).

Dia desses me perguntaram, posso cortar bambu para festa junina? E a resposta foi, depende, depende se estão em reserve de proteção permanente, ou nas margens de rios por exemplo, porque estão ali para alimentação dos animais, e assim, meio ambiente e direito animal vão se completando.

Não ignorando que o meio ambiente equilibrado, o animal saudável, irá contribuir para a saúde pública, animal bem cuidado evita doenças transmissíveis aos humanos.

Um exemplo de meio ambiente equilibrado relacionado aos animais é a Dengue, muito se fala no controle em não manter água parada, recipientes limpos etc., porém, se esquece de falar da preservação dos animais controladores de pragas como os sapos, que se não fossem mortos diariamente, se não fossem vítimas de vivissecção, poderiam estar mantendo o meio ambiente saudável, equilibrado e sem Dengue.

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 presente e futuras gerações (BRASIL, 2004, p.70).

Destarte a Lei supra, em seu artigo 6º é claro ao afirmar, que para a aplicação da penalidade imposta da legislação a autoridade deverá, entre outras questões, observar a gravidade do fato e as consequências para a saúde pública e para o meio ambiente.

Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

- I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente;
- II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;
- III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.

Como se vê, a legislação é clara que, Direito Ambiental, Animal e de Saúde se completam, embora não em todos os aspectos, mas é preciso conscientização da população que políticas públicas ambientais efetivas para os animais trará reflexo também à saúde pública, vez que, a aceitação da população com o trabalho supra, fará com que o Poder Público tenha mais interesse e vontade na efetiva aplicação da legislação pertinente, não podemos deixar a Lei letra morta.

Assim, claro e evidente a necessidade da conscientização da População e convencimento do Poder Público que a efetiva aplicação da legislação já existente diminuirá o impacto ambiental, trazendo reflexos aos animais e saúde pública dos seres humanos, inclusive diminuindo gatos com a saúde pública local, meio animal saudável, meio ambiente equilibrado e saúde pública sem reflexos neste aspecto.

A EFETIVIDADE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA FACE A POLÍTICA PÚBLICA AMBIENTAL PARA OS ANIMAIS

Nos dias atuais, em meio a movimentos políticos e culturais, surge a dúvida, a legislação de proteção ao animal é branda ou falta efetividade e políticas públicas para sua efetiva aplicação?

Vejam, a legislação federal existente que dá a possibilidade de punir o agressor que encontra-se no artigo 32 da lei 9605/98, com pena de 3 meses à 1 (um) ano e multa, aumentado

de 1/6 à 1/3 se ocorrer a morte do animal, pena esta que dá direito responder o processo criminal como crime de menor potencial ofensivo, é branda e precisa ser modificada com urgência, sob a ótica da privação de liberdade do agressor.

Destarte, a efetividade de punição é possível, temos meios, verificarmos o recente exemplo na cidade de São Bernardo do Campo no Estado de São Paulo, em que empenho dos envolvidos, juntamente com o comprometimento da autoridade policial, tornou possível a prisão em flagrante da tutora que mantinha 7 (sete) cachorros em condições de maus tratos, foi um marco na crescente do Direito Animal, embora, tenha pago fiança e responderá o processo em liberdade, fica o exemplo de que se praticar maus-tratos você pode sim ser privado de sua liberdade.

Vejamos, atualmente no Brasil a pena privativa de liberdade, com detenção ou reclusão do acusado, não parece tão eficaz para combater o ilícito, até porque se assim fosse, não teríamos altos índices de criminalidade e tantas reincidências.

Neste prisma, não podemos ignorar o fato da pena ser cominada com pagamento de multa, vivemos, num momento em que parece tudo ser possível quantificar, parece que tudo tem preço, e por vezes o dinheiro fala mais alto que a própria privação de liberdade.

E então surge a necessidade de políticas públicas para os animais, vez que, a Lei permite a cominação das penas, o que permite margem para criação de políticas públicas ambientais para os animais diversas, regulamentando e efetivando a Legislação já existente, nossa Constituição é clara, o que precisa é mudar a interpretação de quem a aplica.

Que, a multa aplicada aos agressores dos animais e meio ambiente, precisar ser eficaz, combativa, e isto seria possível com altos valores, com possibilidade inclusive do tutor poder ter penhorado seu único bem, nas comunidades de menor renda, além de multa, os agressores poderiam ser punidos com perda de qualquer benefício assistencial do Governo, vez que, não respeitar o meio ambiente ou os animais, causa gasto público, por vezes, evitável.

Não se pode ignorar que no Brasil os problemas econômicos e sociais existentes, acabam por refletir para o maior índice de abandono e crueldade para com os animais, não só domésticos (cães e gatos), mas também os conhecidos como animais de tração, utilizados para transporte de carga, é preciso combater a ideia de que a relação do ser humano para com os animais é regida pela noção de domínio.

É difícil considerar que os animais possam ser reduzidos a conjuntos mecânicos primitivos, porquanto o animal é também o mecânico do seu próprio corpo. Nesse sentido, torna-se difícil ver os animais como coisas, e vale mais representá-los como sujeitos cuja actividade se organiza com base na acção e na percepção. Os animais são compostos por órgãos e não por peças como as máquinas. São animados por um sujeito e não por um motor. O conjunto dos órgãos constitui um concerto que rege a tonalidade viva do animal no seu todo. Quando essa tonalidade desaparece, o animal morre (LESTEL, 2001, p. 200).

Nessa perspectiva, teria como solução base, com a legislação pertinente, criar estímulos para aqueles que tratam com zelo e dedicação seus animais, que contribuem como cidadãos,

como já ocorre na Itália e recentemente foi aprovado no Estado do Paraná em Ponta Grossa, em que o cidadão que adotar um animal na condição de abandono no Canil Municipal, cumprimento com suas obrigações de tutor, terá desconto no valor de R\$ 63,00 (sessenta e três reais) IPTU;

O diferencial da iniciativa supra, fica pela fiscalização efetiva, sendo que não cumprida as obrigações do tutor, o desconto será revogado e o tutor terá que pagar multa de multa 20 VRs, valor médio atual de R\$ 1.260,00 (uns mil duzentos e sessenta reais).

Parece simples, porém, no Brasil embora num crescente, os passos são muito vagarosos, atualmente na questão animal o Sul do País encontra-se evoluído, surgindo a necessidade de aplicar políticas públicas ambientais para os animais à nível Federal.

Outro aspecto conquistado na cidade de Ponta Grossa e importantíssimo aplicá-lo à nível federal é a inclusão de posse responsável de animais dentro da disciplina Educação Ambiental, nas escolas, como sempre afirmamos as crianças são o futuro de nosso País.

Outra, política pública eficaz seria a criação do Fundo Nacional dos Direitos dos Animais, em que pessoas jurídicas que investem no fundo, teriam descontos em seus impostos.

Algumas cidades já funcionam com o castra-móveis, visando o controle populacional e abandono dos animais, precisamos abranger, é preciso que a população cobre seus governantes;

Projeto veterinário gratuito, em que tanto pessoa jurídica como física, poderiam doar valores para consultas veterinários de terceiros, de retorno receberiam abate no Imposto de Renda;

Criação do bolsa animal, pessoas que adotem animais, e cuidem com zelo e dedicação, receberiam um valor de ajuda mensal.

Assim, claro e evidente que precisamos de avanços em nossas legislações, porém, as existentes com comprometimento são possíveis dar efetiva aplicação à mesma, sem que fique o sentimento de Impunidade.

DAS RELAÇÕES DO DIREITO ANIMAL COM O SER HUMANOS - DOS FOGOS DE ARTIFÍCIO

O ano de 2017 está sendo marcado pela luta, através de políticas públicas, da proibição do uso dos Fogos de Artifício em alguns municípios do país, como meio de respeito à Saúde única, a proibição tem por finalidade assegurar o Direito à vida de tudo que têm vida, Seres Humanos, Seres não Humanos e Meio Ambiente, garantindo o direito à saúde de todos e dignidade humana. Na esfera no Direito Animal a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, artigos 1º, inciso III, 5º “caput”, 23º, 30º, 196º, 225º todos da Constituição Federal, artigo 32º da Lei Federal 9.605/98 e Lei Estadual 11.977/05, mantém a Constitucionalidade de se legislar sobre o tema nos municípios.

Destarte, o Decreto Federal 3.665/2000, que os adeptos aos fogos defendem não possui eficácia absoluta, tanto que possibilita a venda dos explosivos de classe A e B, para qualquer pessoa, inclusive menores, prática criminalizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente com pena de reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos.

O mais importante é o debate de quanto vale a vida? será plausível colocá-la em risco pela simples vaidade de barulhos excessivos e luzes no céu, em que por vezes, soltam também para expressar satisfação ou provocação de algo.

Como se vê, é preciso mais respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais dos Cidadãos, tendo como pilar a VIDA e os Direitos dos Animais, reconhecendo que os animais são seres sencientes, sujeitos de direitos naturais que nascem iguais perante a vida.

DA RELAÇÃO ENTRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E MAUS-TRATOS AOS ANIMAIS

Tema pouco fomentado, mas de extrema relevância para criação de políticas públicas, que visam combater os maus-tratos aos animais, como meio de combate à violência doméstica e sim isto é possível.

A relação entre maus-tratos aos animais e violência doméstica, é real, assunto sério, de suma importância, e apresenta uma forma de prevenção na violência contra a mulher, tanto que o próprio Ministério Público apresenta como um alerta que demonstra os sinais que possibilitam as chances de uma relação violenta, entre elas a crueldade com os animais do agressor.

Atualmente existem estatísticas que demonstram a efetiva relação, um exemplo foi a pesquisa desenvolvida pela Associação Amigos Defensores dos Animais e do Meio Ambiente (AADAMA), que no ano de 2011 revelou que 71% das mulheres vítimas de violência doméstica entrevistadas, afirmaram, que seus animais de estimação em determinado momento foram vítimas de atos cruéis de seus agressores, ocorrendo em alguns casos o evento morte.

Ponto comum, é que tanto o animal como a mulher vítima de violência, são considerados em questão de vulnerabilidade em relação ao agressor, tanto que já se admite embora em minoria doutrinária utilizar a aplicação analogicamente do ECA nas questões que envolve os animais, pela questão de vulnerabilidade do mesmo, um marco no Direito Animal, mas que ainda necessita de muito debate aplicação e efetividade.

Que, assegurar o Direito da mulher contra a violência doméstica foi necessário muita luta até chegarmos a efetividade e aplicação da Lei Maria da Penha, que embora consolidada encontra alguns entraves, já no Direito Animal a luta é grande, porém, precisamos de autoridades engajadas com a causa com a vontade de efetividade, temos inúmeras legislações pertinentes ao tema, principalmente no âmbito Estadual e Municipal, porém, as principais são à nível Federal artigos 23 e 225 da Constituição Federal, bem como, a Lei 9605/98 que criminaliza os maus-tratos.

Percebe-se quanto o Direito Animal e Direitos da Mulher são comum. Tivemos recentemente exemplo clássico, divulgado nos meios de comunicação um indivíduo que foi filmado “estuprando” uma cachorrinha, o conhecido crime de Zoofilia, porém, não tipificado no Brasil como tal, mas atitude abominável que caracteriza maus-tratos e é crime.

A questão de Zoofilia ou bestialidade no Brasil (prática de atos libidinosos contra animais), atualmente possui proposta aprovada na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara dos Deputados, para inserir na Lei 9605/98 o inciso que criminaliza a zoofilia, dependendo de análise pela CCJ - Constituição e Justiça e de Cidadania antes de seguir para o Plenário, vamos torcer.

Destarte, é preciso consciência de que a violência sexual interespecies, argumentando que as relações sexuais com animais é um paralelo a agressão sexual contra as mulheres, vez que, em ambos os casos há problemas de coerção, dor, sofrimento e a falta de consentimento.

Frisa-se o **machismo** que faz o homem se sentir no poder de explorar e dominar o que acha que deve ainda impera, e a mulher e os animais vistos como ser frágil de domínio e exploração do homem, ocasionado atos cruéis, agressões físicas e psicológicas, sim os animais

também são vítimas de abuso emocional, consequência da visão errônea e arraigada que a mulher e os animais são vistos como posse e abusados das mais variadas formas por seus agressores.

Assim, é preciso conscientizar o poder público e população que formular e implantar políticas públicas que buscam o combate aos maus-tratos como meio preventivo à violência doméstica se faz necessário com urgência.

CONCLUSÃO

Desenvolver políticas públicas ambientais para os animais é conscientizar a população de que assegurar os Direitos dos Animais é também assegurar os Direitos e Garantias Fundamentais dos Cidadãos, é debate que se faz necessário e urgente, afinal, cuidar dos Animais é cuidar da saúde pública dos seres humanos, é manter o homem vivo, é junção e não escolha.

Não podemos mais permitir que cidadãos tenham a visão arraigada e equivocada de que zelar pelo Direito dos Animais é preterir seus Direitos, vez que, se continuarmos tratando como escolha, e clamando saúde só para os seres humanos futuramente a falta de cuidado com os animais vai acarretar colapso na saúde pública, basta ter informação do que aconteceu na Holanda para ter certeza do que a falta de cuidado com os animais pode refletir na saúde do cidadão.

Após conscientização da população, torna-se interesse do Poder Público, investir na causa, chegou o momento de pararmos e refletir o caminho que queremos seguir, que seguir em frente é preciso e com qualidade de vida é muito melhor, como diria Mahama Gandhi: “A grandeza de uma nação pode ser julgada pelo modo que seus animais são tratados”.

Holanda conseguiu através da efetiva aplicação da política públicas ambientais para os animais, erradicar o abandono dos animais sem sacrifícios ou apreensão, Portugal está debatendo o combate aos maus-tratos físicos e psicológico e porque não, nosso Brasil, crescer de forma acelerada e se tornar exemplo de País que possui animais saudáveis, meio ambiente equilibrado com reflexo na saúde pública.

No Brasil, atualmente 30 milhões de animais domésticos vivem, em situação de abandono, nas ruas.

Não podemos admitir que em pleno século XXI, o Poder Público se omita quanto aos direitos do meio ambiente e animais, e deveres da sociedade para com eles.

É preciso acreditar, e principalmente lutar pela efetiva aplicação da legislação, CHEGA de interpretações modificadoras do que está escrito, vez que, se está escrito que é vedado como em nosso artigo 225, § 1º inciso VII da CF/88 “vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” é vedado e PONTO sem exceções é letra de texto.

Assim, políticas públicas ambientais para os animais, precisam ser formuladas e implantadas, respeitando quatro pilares fundamentais, leis rigorosas, multas para infrações, campanhas de castração e conscientização sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ALBORGHETTI, Luiz. Placas informando proibição de tração animal são instaladas em Curitiba. **XV Curitiba**, Curitiba, [2015?]. Disponível em: <<http://bit.ly/2JJXGcj>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

_____. Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, Poder Executivo, 23 jul. 2008.

_____. Decreto nº 6.686, de 10 de dezembro de 2008. Altera e acresce dispositivos ao Decreto no 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 dez. 2008.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1988. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 fev. 1998.

G1 Bauru; G1 Marília. Dono de animais recebe multa de R\$ 9 mil por maus-tratos em Lins. **G1**, Lins, 31 dez. 2014. Bauru e Marília. Disponível em: <<https://glo.bo/2Jwy4Ds>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

GIL, Ariana Anari. A Advogada Ariana Anari Gil na Secretaria do Meio Ambiente da Cidade de Suzano! **Blog Chat Jurídico**, 12 maio 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2HJ0k01>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

POLÍCIA prende mulher que matinha canil clandestino em estacionamento de São Bernardo. **São Bernardo.info**, São Bernardo, 7 ago. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2l5Bbn8>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

SALLES, Carolina. Nova lei fixa multa de até R\$ 3 mil para quem maltratar animais em MG. **JusBrasil**, [S. I.], 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2JBWETo>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

10 O PAPEL DO ADVOGADO E DEMAIS AGENTES DO PROCESSO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DA CIDADANIA E DA RÁPIDA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

João Carlos Navarro de Almeida Prado

RESUMO: A justiça depende da atuação conjunta de harmônica de todos os seus atores processuais: juiz, partes, advogados, membros do Ministério Público, entre outros. Enquanto ao juiz incumbe conduzir e julgar o processo com imparcialidade, advogados e membros do Ministério Público atuam na defesa dos interesses de seus representados ou em prol do interesse público; mas todos estes devem exercer seus misteres em respeito à Constituição Federal, zelando pela efetividade dos direitos fundamentais nela contidos. Ocorre que a formação cultural e jurídica de tais atores muitas vezes favorece o fomento à cultura do litígio e o prolongamento das demandas. É isto que se busca aqui combater, defendendo a atuação de um advogado e demais sujeitos que busquem na Justiça a efetivação dos direitos e da cidadania, colaborando com a rápida solução dos litígios.

EFETIVIDADE DA JUSTIÇA: dever de todos. a formação dos profissionais do direito. advogados e membros do ministério público.

Os operadores do direito têm missões de maior relevância para efetivação dos direitos fundamentais, dentre as quais a rápida tramitação dos processos. Tal dever abrange não apenas magistrados, mas também membros do Ministério Público e advogados. A efetividade do processo depende, dentre outros fatores, da mentalidade de todos os envolvidos e dos próprios litigantes cujo comportamento pode influir significativamente no desenrolar do processo.¹

Dispõe *ipsis litteris* o Código de Processo Civil que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (art. 378), em disposição idêntica ao art. 339 da anterior codificação. Diante deste cristalino mandamento, devem colaborar com a Justiça e, de forma reflexa, contribuir para a celeridade dos procedimentos jurisdicionais, no uso de suas atribuições, magistrados, membros do Ministério Público e advogados, os quais se encontram, segundo Calamandrei (2000), no mesmo plano de ordem moral².

Assim, trata-se de um dever inerente a todos aqueles ligados direta ou indiretamente ao processo e à atividade jurisdicional. A efetividade do processo depende, dentre outros fatores, da mentalidade de todos os envolvidos e dos próprios litigantes “[...] cujo comportamento pessoal tantas vezes influi, de modo decisivo, no desenrolar do pleito”³.

Desta forma, todos os envolvidos com os serviços judiciais, ainda que de forma acessória, antes de se queixar da lentidão do sistema, deve fazer um exercício de autorreflexão, avaliando a própria conduta frente à morosidade e o que poderia fazer para reduzi-la.

¹ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 54. No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1989, p. 5.

² Ibid., 2000, p. 54.

³ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 5.

A FORMAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO DIREITO

O homem é um ser social, que invariavelmente reage às mais diversas formas de estímulos e situações de seu cotidiano. Durante seu desenvolvimento, a personalidade humana vai sendo moldada, de acordo com as influências recebidas do seu ambiente de vida.

Quando a pessoa opta em seguir uma carreira jurídica, sua bagagem de vida será necessariamente utilizada em sua vida profissional ou, ao menos, trará reflexos na sua atuação.

Não é de se esperar outra coisa de um jurista que, como alerta Roberto Rosas, não pode ficar insensível às mutações sociais e econômicas que vivencia⁴. Deste modo, se o direito disciplina as relações em sociedade e esta é nitidamente dinâmica, deve o jurista ser um profissional flexível, atualizado com as transformações que afetam o direito.

Assim, é de se questionar a formação profissional do jurista, diante da falta de controles efetivos, quer sobre a equação quantidade-qualidade de bacharéis e sua absorção pelo mercado de trabalho, quer no que toca à qualidade do ensino, à frequência aos cursos, à aprovação e diplomação dos estudantes. Assim: ter um diploma de bacharel em Direito, hoje, não significa habilitação profissional para as carreiras jurídicas.⁵

A esse respeito, é de fundamental relevância os trabalhos desempenhados pela Ordem dos Advogados do Brasil visando o aprimoramento do ensino jurídico. O Conselho Federal e os seccionais atuam ativamente na fiscalização das instituições e manifestam-se sobre pedidos de abertura de novos cursos. Embora a decisão final caiba ao Poder Executivo, por meio do Ministério da Educação, tal atuação coíbe o aumento desmensurado de vagas em cursos de duvidosa qualidade acadêmica e, conseqüentemente, a formação de profissionais despreparados.

Na lição de Barbosa Moreira, referente aos magistrados, mas certamente extensíveis a todo profissional do direito, a formação universitária, com suas luzes e sombras, acompanha os juízes, em larga medida, durante sua carreira. Àqueles que se dispõem a lecionar nas bancas universitárias deixarão impressões de sua personalidade e perfil profissional gravados na mente dos alunos, dentre os quais alguns seguirão o mesmo destino.⁶

Há de se fazer coro à Calamandrei, ao conceber como salutar a largueza de ideias do magistrado e demais atores da Justiça, incluindo “[...] a despreconceituosa experiência do mundo, a cultura que permite entender os fermentos sociais que fervilham sob as leis, a literatura e as artes, que ajudam a penetrar os mais profundos mistérios do espírito humano”.⁷

É inegável também que a monta de feitos sob a responsabilidade de cada juiz prejudica indubitavelmente o exercício de suas funções e mesmo seu **aprimoramento cultural**. Assim, o irracional volume de serviço enseja interpretações errôneas relativas a diversos institutos, como a antecipação da eficácia da sentença e o procedimento monitorio, o que gera a constatação de alguma falha no sistema.⁸

Mazzilli critica a formação profissional do jurista, que atribui à falta de controles efetivos, quer sobre a equação quantidade-qualidade de profissionais formados e sua absorção pelo mercado de trabalho, quer no que toca à qualidade do ensino, à frequência aos cursos, à aprovação e diplomação dos estudantes. Assim: ter um diploma de bacharel em Direito, hoje, não significa habilitação profissional para as carreiras jurídicas.⁹

⁴ ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**: Princípios constitucionais do processo civil, 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 210-211.

⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 44.

⁶ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 63-64.

⁷ CALAMANDREI, op. cit., p. 280.

⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**. São Paulo: RT, 1997, p. 103.

⁹ MAZZILLI, op. cit., p. 44.

O desenvolvimento de um padrão de atitudes democráticas nos operadores jurídicos demanda uma completa reformulação do ensino do direito, indispensável à implementação de uma concepção profissional mais atualizada, aliada à uma moderna prática forense.¹⁰

Por outro lado, a formação completa do profissional do direito depende, em grande parte, inclusive para o bem dos propósitos aceleradores, de conhecimentos de cursos universitários outros, como economia, administração de empresas, engenharia, informática e mediação, empreendendo uma visão mais preventiva do direito, voltada à sua teleologia e consequências futuras dos comportamentos sociais de hoje, não ao uso dos instrumentos repressivos, que atuam após consumada a lesão a um bem jurídico; e conceitual, no sentido de preparar o aluno para que possa, por si só, compreender as mais amplas transformações sociais. Assim, um jurista poderá se valer de uma vasta gama de conhecimento, “[...] interagindo e relacionando conceitos legalistas com regras mercadológicas”. Por fim, deve se buscar conceber uma formação não-contenciosa, voltada à pacificação dos conflitos, como forma de antever e resolver os litígios fora do juízo, sendo este manejado somente como última opção.¹¹

Nota-se atualmente preocupante formação burocrática e subserviente, que valoriza uma abordagem sistemática e lógico-dedutiva do acadêmico de direito¹². Com isto, obtém-se um decorador de fórmulas legais, incapaz de articular, “[...] imperativos lógicos-abstratos com a complexidade da vida palpitante a seu redor”.¹³

Assim, postula-se a formação de um juízo crítico e voltado para a praticidade da ciência jurídica, reprimindo o modelo escolar em que o aluno é ordenado a repetir o conteúdo abordado, cujo produto será um profissional sem qualificação prática adequada. Um bom juiz, além de bom técnico e teórico, precisa, primordialmente, conhecer os anseios das partes e comprometer-se à prestação de uma tutela jurisdicional justa e, para tanto, efetivada em prazo razoável.¹⁴

A lei, no Estado liberal, tinha o fito de assegurar a liberdade, sendo o **referencial jurídico de todo o comando da sociedade**. Desta forma, incumbia ao juiz aclarar a **vontade do legislador**, realizando uma atividade interpretativa meramente literal ou semântica.

Tem-se aí a clássica e célebre afirmação de Montesquieu pela qual o juiz seria, singelamente, **a boca que pronuncia as palavras da lei**. Em sua obra maior, *Do Espírito das Leis*, Montesquieu chega a dizer que, na monarquia, por não comportar leis tão simples como no despotismo, seriam necessários tribunais. Nos governos republicanos, a lei deveria ser observada literalmente, sendo seus julgamentos expressão de seu texto exato. Assim, o juiz teria a incumbência de lavrar “[...] as decisões que devem ser conservadas, aprendidas para que se julgue hoje como se julgou ontem”¹⁵. Enfim, seria ele um ser inanimado, impedido de dosar a força ou o rigor da lei.

Já no final do século XIX, a *mens legislatoris* foi sendo substituída pela *mens legis*. Com isto, a lei adotou a feição de um instrumento **atualizado em relação ao tempo de sua**

¹⁰ PRUDÊNCIO, Carlos; FARIA, José Eduardo; ANDRADE, Lédio Rosa. *Modernização do Poder Judiciário: a justiça do futuro*. Tubarão – SC: Studium, 2003, p. 33.

¹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. Franca: Lemos & Cruz, 2003, p. 92-93. No mesmo sentido, sugerindo a inclusão de matérias multidisciplinares, ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Responsabilidade Objetiva do Estado pela Morosidade da Justiça**. Campinas – SP: Copola, 1999, p. 86. Defendendo uma formação interdisciplinar ou transdisciplinar, NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**, 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 71. Por fim, postulando que magistrados sejam equipados com conhecimentos econômicos, sociológicos e políticos sobre a sociedade e a administração da justiça, SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. In: _____. (org.). **Direito e Justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989. (série fundamentos ; 48), p. 59.

¹² Nesse sentido, FARIA, José Eduardo. **Ordem legal x Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado**. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989. (série fundamentos ; 48), p. 104.

¹³ KATO, Shelma Lombardi de. *A crise do direito e o compromisso da libertação*. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça: a função social do Judiciário**, 1989, p. 172.

¹⁴ ARAÚJO, op. cit., p. 100,106-107.

¹⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Nova Cultura, 1997, p. 113 et seq. (Os pensadores)

aplicação.¹⁶ Desta forma, permitiu-se a evolução e atualização do direito desvencilhada da atividade legislativa formal, então pregada por Chiovenda, em que “[...] os juízes rigorosamente féis à lei conferem aos cidadãos maior garantia e confiança do que os farejadores de novidades em geral subjetivas e arbitrárias”.¹⁷

Assim, o juiz, assumindo com postura moderna o seu desiderato, passou a suprir, ainda que de ofício, eventuais deficiências probatórias das partes, deixando de ser reles **convidado de pedra do processo**.¹⁸ Passou a observar os fins sociais da norma e as exigências do bem comum (art. 5º da LINDB), contornando obstáculos burocráticos inúteis impostos pela lei para alcançar a solução da lide.

A mudança de postura do magistrado depende, certamente, da formação proporcionada não apenas nos bancos acadêmicos, mas também na formação realizada pelo Poder Judiciário desde seu recrutamento. Contudo, o sistema de seleção vigente se limita a avaliar a memorização de informações teóricas e textos de lei, doutrina e jurisprudência, que refletem uma cultura técnico-burocrática e formação dogmático-positivista, condizente com o papel de juiz-executor e juiz-delegado, escravos da lei que têm incutidos desde logo os dogmas da **inércia, imparcialidade e neutralidade**, incompatíveis com as matérias complexas hodiernamente submetidas ao Poder Judiciário. Tem-se um juiz de tradição normativista-formalista da dogmática jurídica, atávico, comandado por vetustos axiomas. Por isso, seria bem-vindo um **juiz rebelde**, que nutre atributos como **flexibilidade, polivalência, criatividade e intuição**, capazes de atender às exigências de uma sociedade heterogênea, emergente e periférica.¹⁹

Além disso, como pode o Poder Judiciário e as demais instituições públicas atribuir um precário resultado nos concursos públicos ao ensino universitário se este mesmo nicho produz profissionais tão competentes na iniciativa privada, em grandes empresas e prestigiados escritórios de advocacia?²⁰

Por certo, os mesmos bancos universitários, que formam renomados e bem sucedidos profissionais na advocacia privada, formam os magistrados que iriam comandar os foros judiciais. Destarte, ou a formação acadêmica fomenta melhor as aptidões dos primeiros, ou os segundos são aproveitados de forma errônea ou subaproveitados. Em ambas as hipóteses, compete ao Judiciário corrigir a forma de aproveitamento de seus membros ou as mazelas oriundas do aprendizado universitário.

Por isso, o Poder Judiciário deve reconhecer sua parcela de culpa na formação de um juiz de tradição normativista-formalista da dogmática jurídica²¹. Aquilo que foi plantado no cabedal de informações do estudante na vida acadêmico-universitária é adubado e nutrido por bancas de concurso que tendem a engessar o direito, perpetuando entendimentos ultrapassados que destoam do pensamento jurídico moderno, principalmente no que toca à aplicação do texto constitucional e à efetividade do direito e da Justiça.

A qualificação adequada de juízes e auxiliares é necessária para a prestação de serviços igualmente de qualidade à população, o que se busca em qualquer empresa moderna, almejando eficiência e qualidade. No Poder Judiciário, porém, ocorre a estagnação intelectual após o ingresso na carreira – ressalvados aqueles que veem a se dedicar concomitantemente à vida acadêmica, sendo imperiosa a realização de cursos de aperfeiçoamento.²²

¹⁶ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Manual de Direito Processual Civil*, 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 1, p. 185.

¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2. ed. Campinas – SP: Bookseller, 2000. v. 1, p. 63.

¹⁸ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 11.

¹⁹ PRUDÊNCIO; FARIA; ANDRADE, op. cit., p. 160; NALINI, op. cit., p. 52, 152-158. Criticando o sistema de recrutamento de magistrados na Argentina: SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*, 3. ed. Buenos Aires (ARG): Astrea, 2003. t. 2, p. 760.

²⁰ NALINI, 2000, p. 159.

²¹ FARIA, op. cit., p. 96.

²² PRUDÊNCIO; FARIA; ANDRADE, op. cit., p. 55.

Neste ponto, a previsão constitucional de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira (art. 93, inciso IV) sempre foi considerada letra morta, em que pese a formação continuada ser curial à supressão das mazelas da educação de base.²³

Isto se deve ao fato de que o aguardado Estatuto da Magistratura, até hoje, não fora aprovado. Não obstante, a norma ganhou atenção do constituinte reformador ao determinar que a participação nestes cursos constituem “etapa obrigatória do processo de vitaliciamento”, na redação dada pela EC 45/2004.

A mesma reforma incluiu, ainda, a previsão de uma **Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados**, a funcionar junto ao Superior Tribunal de Justiça, com a função de regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira (art. 105, par. único, inciso I). Resta aguardar se da semente plantada na Lei Fundamental serão colhidos bons frutos, para que juízes tenham uma preparação voltada sobremaneira à efetividade prática do direito e desenvolvam maior senso de responsabilidade no que toca à efetividade dos direitos fundamentais e celeridade da tutela jurisdicional.

Atuando com a consciência de sua missão jurídico-político-social de entregar a prestação jurisdicional justa e tempestiva, o juiz assume seu real papel de pacificador de conflitos sem se desvencilhar da imparcialidade que lhe é inerente, de forma a ser muito mais do que uma figura burocrática para se tornar responsável pela distribuição da justiça com maior rapidez e simplicidade. Este mesmo juiz que pode arrastar um processo anos a fio pode ser o maior aliado da efetividade e da celeridade, caso vislumbre a magnitude de sua missão e avalie como proceder com maior eficácia utilizando o menor número de ferramentas possível.

Afinal, se excesso de burocracia fosse sinônimo de segurança, o erário não seria amiúde atingido por golpes e fraudes milionárias, que chegam a levar anos até serem descobertas, quando isto de fato ocorre. Postula-se, pois, a transformação da realidade retratada por Calamandrei de que “[...] a importação da justiça é vigiada mais severamente que a de drogas estupefacientes”.²⁴

ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em sendo o advogado o primeiro juiz da causa, ao lhe ser pedido aconselhamento, deve usar de bom senso, atuando de forma imparcial, buscando a **desinfecção judiciária**, de forma que será útil, do ponto de vista social, pronunciar o maior número de **sentenças de improcedência** em seu escritório. Deste modo, sendo o seu mais precioso trabalho realizado antes do processo, fulminando litígios através do aconselhamento à negociação de forma sábia para evitar, a todo custo, que se atinja “[...] aquele paradoxismo doentio que torna indispensável a recuperação na clínica judiciária”.²⁵

Ademais, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Lei 8.906/94) estabelece, dentre as finalidades da entidade, a defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado democrático de direito, dos direitos humanos e da justiça social e do aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, além de pugnar pela boa aplicação das leis e pela **rápida administração da justiça**, nos termos do art. 44, inc. I do referido Estatuto. O melhor meio de defender a Constituição é contribuindo para torná-la efetiva. Assim, a atuação pautada pela

²³ Nesse sentido, tecendo diversas considerações sobre a importância da Escola da Magistratura, a educação à distância e a pós-graduação virtual (NALINI, op. cit., p. 88-95).

²⁴ CALAMANDREI, 2000, p. 155.

²⁵ Ibid., 2000, p. 147-148.

colaboração com o sistema de justiça galga credibilidade a toda a classe da advocacia, além de ter significativo relevo na efetivação dos direitos constitucionais, o que inexoravelmente depende de uma prestação jurisdicional célere.

O advogado deve se desvencilhar de fazer uso malicioso do processo, deixando de utilizar seus conhecimentos como forma de protelar a duração de processo em que qualquer nova tentativa de resistência se revele inútil, fazendo uso do **fator temporal do Judiciário**.²⁶ É inegável, porém, que, muitas vezes, este caminho é escolhido e o advogado usa de todos os seus conhecimentos e expedientes, por vezes obscuros, para retardar o andamento do feito, em regra a pedido de seu cliente, que intenta **ganhar tempo**.

Por tudo isso, é possível constatar que a celeridade processual constituiria um dos principais meios para assegurar a efetividade dos direitos. De fato, não é a única e nem suficiente por si só, mas possui papel determinante em relação à eficácia não apenas dos direitos, mas da própria prestação jurisdicional. Afinal, o Poder Judiciário deve ser o pronto-socorro dos direitos fundamentais. E este socorro somente será efetivo se for de fato **pronto**, ou seja, tempestivo.

Por isso, irretorquível a lição de Egaña, ao anotar que “[...] *la mejor protección de los derechos humanos, sin embargo, está en la eficacia del sistema, o sea, en el acceso a una justicia rápida y efectiva*”.²⁷ Deste modo, o homem, ao viver em sociedade, poderá atingir seu desiderato de busca da felicidade pois, segundo Kelsen: “Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social”.²⁸

Assim, deve se reprimir o uso excessivo da chicana. Chega-se ao ponto de dificultar a composição amigável do litígio, ainda que benéfica a ambas as partes, de modo a alimentar uma inútil discussão.²⁹

Contra o uso de subterfúgios processuais protelatórios, há de se lembrar a possibilidade de imposição das sanções processuais (como a litigância de má-fé) e, se entender cabível, deve o juiz representar ao Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil.³⁰

A esse respeito, o novo Código de Ética e Disciplina, aprovado pelo Conselho Federal da OAB em 2015, estabelece, como dever do advogado, “[...] estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” (art. 2º, parágrafo único, inciso VI).

Outras vezes, o advogado, aqui acometido de mal que também pode atingir o juiz e os membros do *parquet*, utiliza-se do processo como plataforma para enaltecer o próprio ego, apresentar teses irrelevantes para o deslinde do caso concreto, ou ainda, nas imagens de Calamandrei, vitrine para expor mercadorias, uma academia de conferencistas, um salão de desocupados que trocam frases espirituosas ou um círculo de jogadores de xadrez.³¹

Como não poderia deixar de ser, a vaidade conduz à morosidade, principalmente se, partindo de um dos sujeitos do processo, gera réplicas à altura, seguidas de tréplicas e assim sucessivamente... enquanto as partes, no meio desta fogueira de vaidades, aguardam, de mãos atadas, o longínquo provimento final.

A respeito dos membros do *parquet*, deve se impor igualmente o dever de colaborar para o sucinto deslinde das controvérsias postas em juízo, seja atuando como parte, seja como

²⁶ GAJARDONI, 2003, p. 94.

²⁷ EGAÑA, José Luis Cea. **Derecho Constitucional Chileno**: Derechos, Deberes y Garantías. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003. t. 2, p. 144.

²⁸ KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo, Martins Fontes, 2001, p. 2.

²⁹ ARAÚJO, 1999, p. 135-6.

³⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005, p. 289-290.

³¹ CALAMANDREI, op. cit., p. 115.

custus legis. Até porque, mesmo quando assume a postura ativa, não se exonera do dever de fiscalizar a correta aplicação da lei, que traz ínsito o dever de obter a mais rápida solução que o litígio permitir.

Ademais, da leitura da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, encontram-se os deveres de **zelar pelo prestígio da Justiça e obedecer aos prazos processuais** (art. 43, incs. II e IV da Lei 8.625/93). Deveras, a Justiça somente pode gozar de prestígio se dotada da celeridade ansiada pela população, de forma que o *parquet* deve colaborar na consecução deste objetivo.

Na seara criminal, quando intervindo em questões incidentes, incumbe ao membro do Ministério Público promover-lhe o rápido andamento, nos termos do art. 93, § 3º do Código de Processo Penal.

A respeito da possibilidade de reconhecimento de litigância de má-fé por parte de seus membros, doutrina e jurisprudência não chegam a entendimento pacífico. De toda forma, sua exclusão não poderia elidir o *parquet* dos deveres éticos do processo, apenas se postular que, para tal reconhecimento, há meios próprios na esfera administrativa, civil ou penal.

Nesse sentido, afastando a incidência da litigância do órgão ministerial, pontifica Mazzilli que, embora se admita a possibilidade de erros e abusos desses agentes, a responsabilidade cingir-se-á à seara administrativa, civil e penal, conforme o caso, mas não alcançará a instituição em si mesma, dada sua ausência de personalidade jurídica. Sobre ela não incide responsabilização porque, enquanto instituição, não se pode admitir que aja de má-fé, devendo o Estado arcar com eventual indenização e cobrar, regressivamente, o membro responsável.

O autor ainda colaciona a inviolabilidade dos membros do Ministério Público por suas opiniões e manifestações, nos limites do princípio constitucional ministerial da independência funcional. Por fim, postula que os representantes do *parquet* podem ser pessoalmente responsabilizados em razão de dolo ou fraude, abuso de poder, desvio de finalidade, entre outras situações. Não, porém, em razão de culpa nos atos da atividade-fim da instituição, ao contrário da responsabilidade funcional, que abrange o comportamento culposos.³²

A par da controvérsia sobre a responsabilidade pessoal dos membros do Ministério Público e da própria instituição, resta uma observação diretamente relacionada aos propósitos deste trabalho.

À luz da função institucional do *parquet* de **zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia**, nos termos do inciso II do art. 129 da Carta Política, o Ministério Público deve se apresentar como importante aliado na tutela da efetividade dos direitos e da celeridade processual.

Tendo em conta que, no conceito constitucional de **Poderes Públicos** encontra-se a Justiça, bem como na alusão a **serviços de relevância pública** não se poderia excluir o serviço judiciário, é dever institucional de todos os membros do órgão ministerial combater a morosidade do processo, valorizando a própria instituição e a Justiça, da qual, aliás, depende grande parte de seu serviço.

Assim, de nada adianta o Ministério Público ser dotado de membros dispostos a defender os interesses sociais indisponíveis da melhor forma possível se, para tanto, ao ajuizar as demandas competentes, seu ímpeto inicial é freado pela inefetividade do Judiciário, resultando em perda de esforços e verbas públicas de ambas as instituições.

Do exposto, Poder Judiciário, Ministério Público e advocacia, igualmente essenciais à Justiça, que prestam serviços tão relevantes à população, devem unir forças para que possam,

³² MAZZILLI, op. cit., p. 94, 458-463.

em ambiente colaborativo, buscar um objetivo comum não apenas destas instituições, mas de toda a sociedade: a efetividade dos direitos, que nada mais faz do que prover os meios para tornar uma sociedade justa e democrática, em que os cidadãos sejam plenamente realizados.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Responsabilidade Objetiva do Estado pela Morosidade da Justiça**. Campinas – SP: Copola, 1999.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Manual de Direito Processual Civil**, 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**: Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, 2. ed. Campinas – SP: Bookseller, 2000. v. 1.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**. São Paulo: RT, 1997.

EGAÑA, José Luis Cea. **Derecho Constitucional Chileno**: derechos, deberes y garantías. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003. t. 2.

FARIA, José Eduardo. Ordem legal x Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: _____. (org.). **Direito e Justiça**: a função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989. (série fundamentos ; 48).

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. Franca: Lemos & Cruz, 2003.

KATO, Shelma Lombardi de. A crise do direito e o compromisso da libertação. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça**: a função social do Judiciário, São Paulo: Ática, 1989. (série fundamentos ; 48).

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo, Martins Fontes, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Nova Cultura, 1997. (Os Pensadores).

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**, 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

PRUDÊNCIO, Carlos; FARIA, José Eduardo; ANDRADE, Lédio Rosa. **Modernização do Poder Judiciário: a Justiça do Futuro**. Tubarão – SC: Studium, 2003.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional: Princípios Constitucionais do Processo Civil**, 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional**, 3. ed. Buenos Aires : Astrea, 2003. t. 2.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989. (série fundamentos ; 48).

Quinta Tribuna livre

CONFERENCISTAS

Arthur Bobsin de Moraes

Carlos Alexandre de Carvalho

Taís Nader Marta

Flaviana de Freitas Oliveira

Marcelle Altoé Duarte

Cleide Aparecida Vitorino

Quinara Resende Pereira da Silva Viana

Gabriel Coelho Pontin

Maria Eliane Alves de Sousa

Guilherme Loria Leoni

José Cezario de Almeida

Francivaldo Gomes de Moura

Márcia Cristina Lamego

Sônia Regina Lamego Lino

Katia Bizinotto Macedo Soares

Thiago Barbosa de Oliveira

MESA

Presidente: Wanderley Cesário Rosa

Relator: Arthur Bolsin de Moraes

Secretária: Daniel Camargo

INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo será o estudo do negócio jurídico processual, com foco na democracia participativa trazida pelo Novo Código de Processo Civil, aliado ao princípio da cooperação. O estudo é voltado, num primeiro momento, a análise do princípio da cooperação, com a posterior observação de como a cooperação entre os sujeitos do processo cria uma atmosfera na qual as partes podem (e devem) estabelecer procedimento que melhor se adapte as características e peculiaridades de sua lide.

Ato contínuo, definir-se-á os atos processuais e os negócios jurídicos processuais, com a análise pormenorizada do artigo 190 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais.

Por derradeiro, será feito o questionamento acerca das condições de existência e validade dos negócios jurídicos processuais, bem como qual o limite da vinculação do magistrado acerca das cláusulas que compõe a avença firmada entre as partes.

PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL: princípio da cooperação

O legislador, desde sempre, buscou por meio do sistema processual civil formas de **entregar** uma tutela jurisdicional de maneira célere e efetiva ao jurisdicionado, seja inserindo novos institutos no ordenamento jurídico, seja suprimindo regras ultrapassadas.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, Lei Federal nº. 13.105/2015, emergiu a oportunidade de se criarem novos institutos e de estabelecerem novos (e ainda mais atuais) princípios, com um olhar voltado à Constituição Federal, que retoma seu lugar de prestígio em nosso ordenamento seja, por exemplo, com a constitucionalização do direito administrativa, seja com a constitucionalização dos princípios processuais.

É exatamente por conta de tal inovação na análise da Constituição e do Código de Processo Civil que o legislador estabeleceu nos primeiros artigos do novo diploma processual suas normas fundamentais. Previstas nos artigos 1º ao 12¹, as normas fundamentais contemplam

¹ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

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 juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

os princípios constitucionais de natureza processual, dentre eles: princípio da cooperação, princípio da vedação das decisões surpresa e princípio da isonomia pelo julgamento de feitos pela ordem cronológica, etc.

Assim, estes princípios permitiram que o Código de Processo Civil adotasse um modelo cooperativo de processo com a valorização da vontade das partes e o equilíbrio das funções dos sujeitos do processo. São exemplos práticos, conforme já citado, o efetivo contraditório (CPC, art. 7º), de modo a não proferir decisão contra uma parte sem que esta seja previamente ouvida (CPC, art. 9º). Enfim, o juiz não pode valer-se de fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes (CPC, art. 10)².

Leonardo Carneiro da Cunha, afirma e reafirma que o novo diploma processual valoriza o consenso e se preocupa em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos. Isso propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido.³

Apenas para exemplificar esta nova concepção de princípios no direito processual civil, toma-se de exemplo o caso do princípio da cooperação.

O referido princípio, estabelecido no artigo 6º do Código de Processo Civil, determina que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva.

Além do princípio da cooperação, todo o diploma processual é estruturado de modo a estimular a solução do conflito, objetivando encontrar a via mais adequada a cada caso, seja pela mediação e a conciliação (artigos 165 a 175), ou inserindo a tentativa de autocomposição como ato anterior à defesa do réu (artigos 334 e 695), além de permitir, no acordo judicial, a inclusão de matéria estranha ao objeto litigioso do processo (artigo 515, § 2.º) e, por fim e objeto deste estudo, acordos sobre o processo (artigo 190).⁴

Assim, o artigo 6º. estabelece um modelo cooperativo, fortemente inspirado pelo modelo constitucional de prestação efetiva da tutela jurisdicional, com a participação de todos os

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§ 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§ 2º Estão excluídos da regra do caput:

I - as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;

III - o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

IV - as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;

V - o julgamento de embargos de declaração;

VI - o julgamento de agravo interno;

VII - as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;

VIII - os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;

IX - a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

§ 3º Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.

§ 4º Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.

§ 5º Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.

§ 6º Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que:

I - tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução;

II - se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II.

² CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigos 188 ao 293. In: MARINONI, Luiz Guilherme et al. (org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2016, p. 50 (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil ; 3).

³ Ibid., p. 50.

⁴ CUNHA, op. cit., p. 50.

sujeitos do processo, buscando a identificação das questões de fato e de direito, deixando de provocar incidentes desnecessários.⁵

Com efeito, é evidente que o artigo não tem o condão de determinar que os litigantes em polos opostos facilitem a pretensão contrária, contudo, o objetivo do artigo é, justamente, facilitar o exercício da jurisdição, a razoável duração do processo e a simplificação dos atos processuais.

São exemplos do princípio da cooperação: ao determinar a emenda da petição inicial, deve o magistrado indicar exatamente o ponto que deve ser corrigido; cabe ao juiz determinar a carga dinâmica da prova, autonomia das partes juntamente com o juiz de estabelecerem a forma dos atos processuais de acordo com os **negócios jurídicos processuais**, etc.

Este último exemplo se situa no âmbito dos chamados **negócios jurídicos processuais**, que são grande inovação do Código de Processo Civil e visam a dar caráter menos publicista (mais privatista) ao processo civil brasileiro, permitindo às partes a autonomia em certos aspectos do procedimento judicial, mesmo em sede de jurisdição estatal, alheia à arbitragem convencional.

Justamente esta relação entre o princípio da cooperação com os atos processuais que permitem que as partes estipulem os negócios jurídicos processuais.

ATOS PROCESSUAIS E NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: análise do artigo 190 do código de processo civil de 2015

Para entender a dinâmica da convenção entre os sujeitos do processo, se faz necessário conceituar o ato processual. Valendo-se da lição de Alexandre Freitas Câmara, os atos processuais podem ser divididos em distintas modalidades, de acordo com o trâmite processual. Assim é que, por um critério subjetivo, os atos processuais classificam-se em **atos do órgão jurisdicional** e **atos das partes**. Os atos do órgão jurisdicional, por sua vez, dividem-se em **atos do juiz** e **atos dos auxiliares da justiça**.⁶

O autor define o negócio jurídico processual como *atos dispositivos*, que são aqueles em que as partes livremente regulam suas posições jurídicas no processo, podendo ser unilaterais, renúncia a pretensão, ou bilaterais, como a transação ou a eleição de foro⁷.

Pedro Henrique Nogueira, conceitua o negócio jurídico como o ato pelo qual, em razão do autorregramento da vontade, o sujeito manifesta vontade visando à criação, modificação ou extinção de situações jurídicas previamente definidas no ordenamento jurídico. Ainda segundo o autor, a vontade não cria os efeitos; compõe o suporte fático, que, após a incidência da regra jurídica, produz o fato jurídico do qual derivam efeitos.⁸

Previsto no artigo 190 do Código de Processo Civil⁹, o **negócio jurídico processual** estabelece que, desde que o processo verse sobre direitos que admitam a autocomposição, é

⁵ BUENO, Celso Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 125.

⁷ CÂMARA, op. cit., p. 126.

⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. 2011. 243 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

⁹ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Art. 192. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa.

Parágrafo único. O documento redigido em língua estrangeira somente poderá ser juntado aos autos quando acompanhado de versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado.

lícito às partes plenamente capazes estipularem mudanças no procedimento, para ajustá-lo às especificidades da causa, antes ou até mesmo durante o processo. O princípio da cooperação está presente, visto que o parágrafo único do supracitado artigo determina que o juiz, de ofício ou a requerimento, controlará a validade das convenções, recusando-lhe apenas nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contratos de adesão, por exemplo.

Em que pese tal inovação soar como uma das grandes novidades no Código de Processo Civil, é fato que os negócios processuais já existiam sob o manto das antigas codificações, entretanto com menor relevância e não autorizam as partes efetivamente construir um próprio procedimento. Eram exemplos os pactos de suspensão do processo, de distribuição do ônus da prova, etc.¹⁰

Por exemplo, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, o art. 158 dispunha que “[...] **os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais**”. No atual sistema, o vernáculo do referido artigo é repetido na íntegra, no artigo 200 do CPC/2015. Daí já se poderia construir o princípio da atipicidade dos negócios processuais, concluindo que é possível qualquer tipo de negócio entre as partes ou entre estas e o juiz¹¹.

Conforme já dito, a cláusula geral de negócio processual está prevista no artigo 190 do atual Código, que faculta às partes adequar o procedimento de acordo com a realidade do direito material em discussão, valendo dizer que o procedimento previsto em lei para determinado processo deve atender às finalidades e à natureza do direito tutelado. É preciso, enfim, haver uma adequação do processo às particularidades do caso concreto¹².

Aliás, é justamente por conta das particularidades do direito material que existem diversos procedimentos especiais, de modo que a tutela jurisdicional pleiteada pela parte autora há de ser proferida em procedimento adequado à satisfação do interesse material ou do direito subjetivo a que se visa proteger. Desse modo, caso o direito material de que a parte alegue ser titular contenha alguma nota particular ou revista o timbre de direito especial, a lei, via de regra, confere-lhe um procedimento igualmente especial. O procedimento **sofre**, assim, influência das peculiaridades do direito material.¹³

Percebe-se que de acordo com o direito material em discussão, é facultado às partes modificarem seu procedimento. Mas o que são os direitos que admitem autocomposição e que podem ser modificados?

A leitura do artigo em discussão não deixa dúvida de que o direito material deve ser aquele que admite autocomposição (não sendo o caso de direitos patrimoniais disponíveis, como optou por o legislador na Lei da Arbitragem, Lei Federal nº. 9.307/1996).

Os direitos que admitem autocomposição, que possui uma gama de direitos maior do que os direitos patrimoniais disponíveis e ainda podem indisponíveis, podem ser objeto de negociação, e frequentemente o são, quanto ao modo de cumprimento, tal como se passa nos compromissos de ajustamento de conduta.

Além disso, mesmo direitos teoricamente indisponíveis, posto que irrenunciáveis (por exemplo, direito subjetivo a alimentos), comportam transação quanto ao valor, vencimento e forma de satisfação¹⁴.

¹⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Art. 188 a 192. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 692.

¹¹ CUNHA, op. cit., p. 51.

¹² Ibid., p. 51.

¹³ Ibid., p. 51.

¹⁴ CUNHA, op. cit., p. 54.

Desta feita, admite-se, por exemplo, uma ação civil pública negociada, com regras de procedimento estipuladas entre as partes, inclusive entre o Ministério Público, mesmo quando apresente à base de seu objeto litigioso direitos difusos ou coletivos. Pedro Henrique Nogueira é preciso: **se há possibilidade de autocomposição, em qualquer nível ou amplitude, mesmo que mínima, sobre o direito litigioso, permite-se a negociação sobre o procedimento e sobre os ônus, poderes e deveres processuais.**¹⁵

Mas em que momento é possível firmar o negócio jurídico processual? O negócio processual pode ser celebrado a qualquer momento, antes ou durante o processo. Quanto a isso não há dúvida. Admite-se, por exemplo, em um contrato celebrado, desde que verificada as condições de validade e eficácia, antes mesmo de existir o processo, as partes já estabeleçam determinadas regras processuais a serem observadas.¹⁶

Por outro lado, o negócio processual pode ser celebrado no próprio processo, em qualquer etapa, seja no início, ou na audiência de saneamento ou, até mesmo, no âmbito recursal. Aliás, o próprio texto do art. 190 dispõe ser lícito às partes plenamente capazes, “[...] antes ou durante o processo”.¹⁷

Enfim, a novidade prevista no artigo 190 do Código de Processo Civil autoriza as partes a regular, modificar, acordar ou ajustar o procedimento de acordo com as nuances do caso concreto, mas até que ponto o magistrado está vinculado a estas definições? Pode (deve) o juízo analisar as condições do negócio e julgá-las abusivas? Quais são, afinal, os requisitos de validade e de existência dos negócios jurídicos processuais?

Bruno Garcia Redondo, elenca inúmeros requisitos de validade e de existência do negócio jurídico processual. Segundo ele, são ao menos cinco pressupostos de existência: **(i)** agente (capacidade de ser parte); **(ii)** vontade; **(iii)** autorregramento de vontade; **(iv)** objeto; **(v)** forma. Por outro lado, os requisitos de validade são um pouco mais e atingem a quantidade de sete, veja-se: **(i)** capacidade processual; **(ii)** liberdade (da vontade); **(iii)** equilíbrio; **(iv)** precisão, determinabilidade, previsibilidade, possibilidade e licitude; **(v)** direito substancial passível de autocomposição; **(vi)** adequação da forma; **(viii)** proporcionalidade e razoabilidade do conteúdo.¹⁸

O primeiro dos requisitos, agente com capacidade, refere-se à capacidade processual¹⁹, de modo que ao limitar aos plenamente capazes optou por o legislador não deixar margem para os negócios jurídicos processuais firmados pelos relativamente incapazes.

Diogo Rezende de Almeida, parte do pressuposto que nos negócios processuais, exige-se a capacidade processual, mas, quando eles são celebrados antes do processo, deve-se exigir a capacidade do direito material.²⁰ Se produz efeitos em um processo, o negócio é processual, ainda que celebrado antes ou fora do processo.

Nada obstante, a segunda exigência é que as partes tenham vontade livre, ou **autorregramento de vontade**, ou seja deve haver manifestação por ação. Essa vontade não pode estar maculada por vícios de consentimento ou vícios de na emissão da vontade.

Ato contínuo, o terceiro dos requisitos é o equilíbrio, que nada mais é do que a ausência de manifesta situação de vulnerabilidade. Ou seja, no momento da celebração do negócio

¹⁵ NOGUEIRA, op. cit., p. 693.

¹⁶ CUNHA, op. cit. p. 54.

¹⁷ NOGUEIRA, op. cit. p. 693.

¹⁸ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Jurídicos Processuais: Existência, Validade e Eficácia. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (coord.). **Panorama Atual do Novo CPC**, 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 28.

¹⁹ NOGUEIRA, op. cit. p. 693.

²⁰ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. **A Contratualização do Processo**: das convenções processuais no processo civil. De acordo com o novo CPC, 1. ed. São Paulo. LTr. 2015, p. 120.

processual não pode existir qualquer situação de hipossuficiência no agente que emite sua vontade. O sujeito será ou não considerado em situação de vulnerabilidade a partir da relação estabelecida entre o sujeito ou direito litigioso e a outra parte.²¹

O objeto, talvez o conceito mais polêmico, deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. Assim, deve ser uma situação jurídica processual individualizada e concreta, referente a certa quantidade ou com qualidade passível de identificação e que sua característica seja possível de negociação.²²

Desta forma, no caso de algum dos requisitos não for atendido, o negócio será inválido. Também será inválido o negócio jurídico processual simulado (Código Civil, art. 167). Com efeito, não há que se falar em forma específica para a formalização dos negócios processuais, sendo permitido sua celebração por instrumento público ou particular, sem formalidade essencial imposta por lei. Ressalta-se, o negócio jurídico processual somente pode ser invalidado ou desconsiderado nessas hipóteses. Fora daí, não é possível negar eficácia a um negócio processual, não sendo adequado o juiz dele discordar ou entender que não seria conveniente ou apropriado.²³

Entretanto, o magistrado deve observar a validade das convenções, seja os de caráter subjetivo (capacidade processual, ausência de vulnerabilidade), quer os de índole objetiva (causa versando sobre direitos passíveis de autocomposição, respeito ao formalismo processual, inclusive a observância dos limites objetivos ao exercício do **autorregramento** da vontade no processo). Isso porque, pode o juiz, de ofício ou a requerimento, controlar a validade das convenções e negócios processuais²⁴.

À exceção da situação acima descrita, o magistrado se vincula aos acordos celebrados pelas partes, seja os que se referem aos procedimentos seja os relacionados a ônus, poderes e deveres processuais, devendo promover a implementação dos meios necessários ao cumprimento do que foi avençado entre as partes.

Por conta de tal fato, não há necessidade de homologação judicial do negócio jurídico processual, já que o artigo 200 do Código de Processo Civil, como já mencionado anteriormente, dispõe que as declarações bilaterais de vontade produzem efeitos, dispensando-se qualquer ato homologatório do juiz para a sua eficácia seja produzida.

Superadas as questões procedimentos e de validade do negócio jurídico processual, merecem destaque algumas situações práticas, em que se pode verificar o funcionamento da nova sistemática de atos processuais.

A primeira delas ocorre nos casos de negócio jurídico processual celebrado em contratos de adesão, situação que muito provavelmente não demorará muito tempo para abarrotar o Poder Judiciário para verificar sua legalidade.

Ora, a vedação dos negócios jurídicos processuais nos contratos de adesão visa mitigar abusos, pois nessa modalidade de contratos não há um amplo espaço de negociação entre as partes contrapostas. Na verdade, um dos sujeitos estipula, unilateralmente, as condições e obrigações, cabendo ao aderente simplesmente aceitar ou não o que ali foi predisposto, pouco ou quase nada participando da formação do ato.²⁵

Entretanto, contudo pouco provável, em tese poder-se-ia estipular negócio jurídico processual em contrato de adesão desde que mais benéfica ao aderente, ou ao menos, que determinasse condições iguais, na medida da desigualdade, às partes.

²¹ NOGUEIRA, op. cit., p. 694.

²² REDONDO, op. cit., p. 28.

²³ CUNHA, op. cit., p. 55.

²⁴ NOGUEIRA, op. cit., p. 694.

²⁵ NOGUEIRA, op. cit., p. 695.

Outra novidade prática refere-se a possibilidade de as partes estipularem calendário processual, situação bastante inovadora, figura que bem se enquadra na categoria dos negócios jurídicos processuais plurilaterais. Nesse caso, tanto as partes, como os juízes, manifestam vontade com vistas a definir, negocialmente, os momentos para a prática dos atos do processo e somente em casos excepcionais e justificados os prazos definidos no calendário podem ser revistos.²⁶

Conforme mencionado na introdução do presente texto, tal possibilidade se encaixa naquelas em que o legislador buscou trazer mais efetividade ao julgamento, afastando o tempo em que o processo fica imóvel. O calendário poderá ser elaborado valendo-se de todo o procedimento, ou voltado apenas para uma das fases do processo, como por exemplo para produção de prova pericial.

Contudo, merece especial destaque a ingerência do calendário processual na ordem cronológica de julgamento. Ora, é possível fixar uma data de proferimento da sentença sem *furar a fila* da ordem cronológica de julgamento? Enfim, como acordar sobre a ordem cronológica de julgamento sem ferir de morte o artigo 12 do Código de Processo Civil.

Desta forma, a princípio não aparenta ser é possível fixar em comum acordo uma data para a prolação da sentença sem observância da ordem cronológica, na medida em que o negócio jurídico afetaria direito de terceiros que aguardam na fila formada a partir das conclusões.²⁷

Em assim sendo, a solução proposta por Leonardo Carneiro da Cunha é dada de duas maneiras: (a) ou bem se entende que a sentença não é ato que possa ser inserido no calendário processual; (b) ou, no calendário, fica estabelecido que a sentença será proferida em audiência especificamente designada para tanto, com sua data já fixada no próprio calendário.²⁸

Outra novidade decorrente da elaboração do calendário processual é a desnecessidade das intimações para a prática dos atos processuais, isso porque já estão previamente agendados. A negociação do calendário propicia que todos tenham ciência prévia de quando os atos irão ocorrer.²⁹

Por fim, em razão da versatilidade dos negócios jurídicos processuais e da abrangência das normas de direito material, é possível que as partes pactuem negócios que não se encaixem nos tipos legais, estruturando-os de modo a atender às suas conveniências e necessidades.³⁰

É justamente por tal razão que o Fórum Permanente de Processualistas Civis elaborou 44 Enunciados³¹ que afetam diretamente os negócios jurídicos processuais, orientando como

²⁶ NOGUEIRA, op. cit., p. 695.

²⁷ CUNHA, op. cit., p. 66.

²⁸ Ibid., p. 66.

²⁹ NOGUEIRA, op. cit. p. 696.

³⁰ CUNHA, op. cit. p. 57.

³¹ 6. (arts. 5º, 6º e 190) O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação. 6. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio) 16.00 (art. 190, parágrafo único) O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo. (Grupo: Negócio Processual) 17. (art. 190) As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção 13. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio) 18. (art. 190, parágrafo único) há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (Grupo: Negócio Processual) 19. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso¹⁴, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. 15-16-17 (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba) 20. (art. 190) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância,

proceder com os negócios jurídicos processuais atípicos, de modo a respeitar os princípios do Código de Processo Civil e as condições de validade e de eficácia do artigo 190 do CPC/2015.

acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos 18. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no VI FPPCCuritiba) 21. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais 19. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio) 115. (arts. 190, 109 e 110) O negócio jurídico celebrado nos termos do art. 190 obriga herdeiros e sucessores. (Grupo: Negócios Processuais) 129. (art. 139, VI, e parágrafo único) A autorização legal para ampliação de prazos pelo juiz não se presta a afastar preclusão temporal já consumada. (Grupo: Negócios Processuais) 132. (art. 190) Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190. (Grupo: Negócios Processuais) 133. (art. 190; art. 200, parágrafo único) salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial. (Grupo: Negócios Processuais) 134. (art. 190, parágrafo único) Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente. (Grupo: Negócios Processuais) 135. (art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais) 252. (art. 190) O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento. (Grupo: Negócios Processuais) 253. (art. 190; Resolução n. 118/CNMP) O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte. (Grupo: Negócios Processuais) 254. (art. 190) É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. (Grupo: Negócios Processuais) 255. (art. 190) É admissível a celebração de convenção processual coletiva. (Grupo: Negócios Processuais) 256. (art. 190) A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais) 257. (art. 190) O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. (Grupo: Negócios Processuais) 258. (art. 190) As partes podem convençionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa. (Grupo: Negócios Processuais) 259. (arts. 190 e 10). A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio. (Grupo: Negócios Processuais) 260. (arts. 190 e 200) A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio. (Grupo: Negócios Processuais) 261. (arts. 190 e 200) O art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190. (Grupo: Negócios Processuais) 262. (arts. 190, 520, IV, 521). É admissível negócio processual para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença. (Grupo: Negócios Processuais) 402. (art. 190) A eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo. (Grupo: Negócios Processuais) 403. (art. 190; art. 104, Código Civil) A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. (Grupo: Negócios Processuais) 404. (art. 190; art. 112, Código Civil). Nos negócios processuais, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem. (Grupo: Negócios Processuais) 405. (art. 190; art. 113, Código Civil) os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (Grupo: Negócios Processuais) 406. (art. 190; art. 114, Código Civil) os negócios jurídicos processuais benéficos e a renúncia a direitos processuais interpretam-se estritamente. (Grupo: Negócios Processuais) 407. (art. 190; art. 5º; art. 422, Código Civil) nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé. (Grupo: Negócios Processuais) 408. (art. 190; art. 423, Código Civil) quando houver no contrato de adesão negócio jurídico processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. (Grupo: Negócios Processuais) 409. (art. 190; art. 8º, caput, Lei 9.307/1996) A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserida, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual. (Grupo: Negócios Processuais) 410. (art. 190 e 142) Aplica-se o art. 142 do CPC ao controle de validade dos negócios jurídicos processuais. (Grupo: Negócios Processuais) 411. (art. 190) O negócio processual pode ser distratado. (Grupo: Negócios Processuais) 412. (art. 190) A aplicação de negócio processual em determinado processo judicial não impede, necessariamente, que da decisão do caso possa vir a ser formado precedente. (Grupo: Negócios Processuais) 413. (arts. 190 e 191; Leis 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009). O negócio jurídico processual pode ser celebrado no sistema dos juizados especiais, desde que observado o conjunto dos princípios que o orienta, ficando sujeito a controle judicial na forma do parágrafo único do art. 190 do CPC. (Grupo: Impacto nos Juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante) 427. (art. 357, §2º) A proposta de saneamento consensual feita pelas partes pode agregar questões de fato até então não deduzidas. (Grupo: Negócios Processuais) 490. (art. 190; art. 81, §3º; art. 297, parágrafo único; art. 329, inc. II; art. 520, inc. I; art. 848, inc. II). São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, §3º, 520, inc. I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II). (Grupo: Negócios Processuais) 491. (art. 190) É possível negócio jurídico processual que estipule mudanças no procedimento das intervenções de terceiros, observada a necessidade de anuência do terceiro quando lhe puder causar prejuízo. (Grupo: Negócios Processuais) 492. (art. 190) O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter negócios processuais. (Grupo: Negócios Processuais) 493. (art. 190) O negócio processual celebrado ao tempo do CPC-1973 é aplicável após o início da vigência do CPC-2015. (Grupo: Direito Intertemporal) 494. (art. 191) A admissibilidade de autocomposição não é requisito para o calendário processual. (Grupo: Negócios Processuais) 495. (art. 200) O distrato do negócio processual homologado por exigência legal depende de homologação. (Grupo: Negócios Processuais) 579. (arts. 190, 219 e 222, §1º) Admite-se o negócio processual que estabeleça a contagem dos prazos processuais dos negociantes em dias corridos. (Grupo: Negócios Processuais) 580. (arts. 190; 337, X; 313, II) É admissível o negócio processual estabelecendo que a alegação de existência de convenção de arbitragem será feita por simples petição, com a interrupção ou suspensão do prazo para contestação. (Grupo: Negócios Processuais) 628. (arts. 334, 695, 190 e 191) As partes podem celebrar negócios jurídicos processuais na audiência de conciliação ou mediação. (Grupo: Mediação e conciliação (CPC e Lei 13.140/2015))

CONCLUSÃO

Conclui-se, deste modo, que o negócio jurídico processual veio como um forte pilar do Código de Processo Civil de 2015 que, em conjunto com o princípio da cooperação, buscam trazer uma nova visão do direito processual, fugindo da antiga e ociosa litigiosidade.

Entretanto, é fato que o negócio jurídico processual deve ser direcionado pela boa-fé e pela cooperação entres aqueles que celebram o acordo processual, não podendo servir de instrumento para inviabilizar o acesso à justiça e ao direito material.

Não se pode negar que o Poder Judiciário será instado a se manifestar diante das situações de ilegalidade, principalmente nos contratos de adesão, em que uma parte sempre será vulnerável. Contudo, o instrumento vem em momento oportuno, onde os litigantes não suportam mais conviver com a ausência de efetividade dos processos, com pleno acesso ao Judiciário e nenhum acesso a efetiva justiça.

É necessário aguardar os próximos capítulos para verificar se o novo instituto **pegou, ou não pegou**. As opções de negociar são várias e a autonomia fornecida às partes também, portanto aguardamos esperançosos e certo de que o legislador fez sua parte e que agora cabe às partes efetivarem esta faculdade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. **A contratualização do processo das convenções processuais no processo civil**: de acordo com o novo CPC, 1. ed. São Paulo: LTr, 2015.

BUENO, Celso Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigos 188 ao 293. In: MARINONI, Luiz Guilherme et al. (org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil ; 3).

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. 2011. 243 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Art. 188 a 192. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Jurídicos Processuais: Existência, Validade e Eficácia. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (coord.). **Panorama Atual do Novo CPC**, 1. ed. Florianópolis. Empório do Direito, 2016, p. 28.

Carlos Alexandre de Carvalho

Taís Nader Marta

RESUMO: O presente trabalho irá traçar a educação e seus elementos fundamentais e o verdadeiro papel do Estado democrático frente à ótica Constitucional. Estado este tão sonhado antes do ano de 1988 e, que hoje, passados quase 25 anos de sua promulgação ainda encontra dificuldades de sua aplicação. Também será demonstrado quais são os direitos dos cidadãos e como a educação é capaz de promover o desenvolvimento de uma nação, possibilitando assim, um renascimento social, onde a educação torna-se ferramenta indispensável para o aprimoramento do Estado e de seus cidadãos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Educação. Estado. Sociedade.

ABSTRACT: This paper will trace the education and its fundamental elements and the true role of the democratic state front of the Constitutional perspective. State this as dreamed by the year 1988 and that today, after almost 25 years of its enactment still faces difficulties in its application. It will also be shown what are the rights of citizens and how education can promote the development of a nation, thus enabling a social renaissance, where education becomes indispensable tool for the improvement of the State and its citizens.

Keywords: Fundamental Rights. Education. State. Society.

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade tão volátil como a nossa, muitas vezes encontramos realidades diversas aquelas tidas como **normais** ou distantes dos desejos do Estado. A sociedade e suas características é ordenada e alterada pela formação de cada cidadão, formação esta que não deve restringir-se apenas ao conhecimento familiar ou religioso, deve, ser complementada e completada com uma formação acadêmica justa e igualitária, onde todos os cidadãos possam usufruir de um direito tido como Constitucional e somente existe por que no passado, homens almejando um mundo melhor, despejaram seus sangues em conflitos.

O fruto desta conquista chama-se Estado Democrático, cuja manutenção e progresso deste sistema baseia-se no esforço e na busca por condições melhores, que neste caso termina na educação

Desta forma, o objetivo deste trabalho será unir as duas linhas vitais da sociedade: Educação e Estado. Demonstrando assim, o papel da educação como mecanismo apto para promover o bem estar dos cidadãos, o que proporcionará à sociedade uma conscientização coletiva e não mais individual, para que assim, evitemos Estados totalitários, situação vivida em nosso País entre os anos de 1964 e 1985, onde era encontrado uma nação dividida, com cidadãos privados de liberdade e em alguns casos descontentes com a situação política. O

fim da ditadura militar brasileiro, proporcionou que em 1988, fosse promulgada uma das Constituições mais democrática do mundo. Surge aí, um Estado Democrático, com textos legais garantindo direitos e garantias aos cidadãos, garantias estas, como a Educação. Entretanto, este novo modelo ainda necessita de muitos anos para aperfeiçoar ou conscientizar os cidadãos do qual valioso é esta liberdade.

O Estado ofertado aos cidadãos é um Estado Democrático de Direito, necessita de uma gerência imparcial e independente, que seja capaz de satisfazer todas as necessidades dos indivíduos de forma completa e sem erros, com uma educação plena, sem falhas, com cidadãos, conscientes de seus papéis na sociedade e de seu poder na hora de escolha de seus representantes. E esta escolha barra em uma sociedade com habilidade e capacidade de interpretar e analisar em tempo razoável o correto para se seguir. O problema é que o tempo sem conhecimento ou formação não é suficiente solucionar ou chegar a conclusões. A sociedade precisa de uma sociedade educada e com um Estado Democrático, com uma educação voltada para todas as áreas do conhecimento e aptas para aumentar o índice de desenvolvimento humano, através da redução de desigualdades, injustiças sociais, com incrementos de condições financeiras, culturais e políticas à todos os cidadãos, onde todos os cidadãos possam sentir seus direitos realizados.

A Constituição de 1988¹, é clara qual será um rumo ou destino da sociedade. Dentre os artigos mais importantes desta carta, devemos destacar o art. 3º.

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.

Estes ditames constitucionais somente serão alcançados se a sociedade Brasileira for nutrida com uma educação de qualidade e capaz de assimilar e concretizar o artigo 3º, o que levaria ao Brasil à uma sociedade com um Estado Democrático de Direito verdadeiramente executável.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O chamado Estado Democrático de Direitos somente existe porque encontramos uma democracia. Democracia está que surgiu no século V a.C. Grécia antiga, e tem por objetivo um governo do povo, por isso que a palavra δημοκρατία, *dēmokratía*, quando traduzido, significa governo do povo. Um diferencial daquela democracia para a nossa, é que o povo somente era possível para os homens, filhos de pais e mães gregos e com idade igual ou superior a 21 anos. Logo a ideia de para todos, não atendia um direito “para todos”, mas sim, uma parcela, pois eram excluídos os estrangeiros e escravos.

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://bit.ly/2JjbLxf>>. Acesso em 2 jan. 2015

Para a professora emérita de filosofia. Co-diretora, no Instituto Michel Villey da Universidade de Paris II Simone Goyard Fabre², a democracia na Grécia Antiga era exercida da seguinte forma:

[...] a democracia, em Atenas e nas outras cidades gregas, era uma democracia direta – modo de governo que se tornou impensável nos Estados modernos em razão de suas dimensões territoriais e demográficas. A *eclésia* ou assembleia do povo podia facilmente reunir-se na ágora, deliberar publicamente e até votar por meio de mãos erguidas. Disso se conclui que as democracias de antanho ignoravam o regime representativo que caracteriza a maioria das democracias modernas.

Deve-se ressaltar que A democracia grega era exercida em sua mais pura forma: cada cidadão exercia o seu poder direto de manifestação, o que possibilitava a sua participação no governo. Porém, isto não significa dizer que todos os cidadãos governavam a *polis* e tampouco que todos os habitantes exerciam a democracia. Apesar disso, a democracia já era considerada um regime político avançado, quando comparado à monarquia e à oligarquia (aristocracia).

Uma das causas do surgimento da democracia na Grécia foi o descontentamento com relação à oligarquia – regime este que já era o resultado de lentas modificações, que transformaram as pequenas realezas em governos aristocráticos. A passagem do tempo transformou os reis em aristocratas, os quais, mais à frente, cederam espaço ao “governo do povo”. Única forma encontrada para acalmar os ânimos dos gregos, já que era grande os descontentamentos daqueles que detinham alguma posse.

Dando continuidade na criação da Democracia, encontramos ainda na obra **O que é democracia?**³ da professora Simone Goyard-Fabre uma das melhores definições:

[...] O movimento histórico-político que, tendo inicialmente transformado as pequenas realezas em governos aristocráticos, viu em seguida aparecer a democracia ateniense, não se deu dentro de um quadro categorial estabelecido e rígido, mas por meio de transformações lentas. (...) Isso significa que o momento fundador da democracia consiste no movimento que a opunha, muito naturalmente, à oligarquia. Ademais, a democracia de que Atenas forneceu a primeira forma ao Ocidente não significava que ‘todos’ governam, mas que ‘todos os cidadãos’ participam do governo. A amplitude da democracia era portanto limitada, pois o povo (*demos*) saudado como soberano não se confundia com toda a população (*pléthos*) da CidadeEstado: só eram levados em consideração os ‘cidadãos’, o que excluía não só os escravos, que excediam em número os homens livres, mas também as mulheres, consideradas inferiores, e os metecos, que eram estrangeiros domiciliados em Atenas. [...].

² GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 21.

³ GOYARD-FABRE, op. cit., p. 21.

De acordo com Benedetto Croce⁴, os acontecimentos iniciados no segundo milênio da era Cristã, foram fundamentais para a criação da nossa Constituição de 1988, desta forma, conhecendo um pouco da história da Democracia, podemos avançar no tempo, e citar algumas garantias legais surgidas a partir do século XIII e que serviram de base para nossa Constituição de 1988. Entre elas temos a Magna Carta de 1215, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 e a Constituição Federativa do Brasil, de 1988.

Logo, percebe-se que a ideia de democracia iniciada na Grécia antiga não está terminada, pelo contrário, ela está em constante evolução e aperfeiçoamento, agregando valores conforme a evolução humana e principalmente, sua educação, que acaba por **soldar** esta relação, podendo enfatizar assim, o quão o homem ainda tem por se desenvolver a aprender. Os regimes totalitários presentes nos dias de hoje poderão ser nos passados, motivos de críticas, assim como os já criticados modelos gregos Aristocratas que em um determinado momento da história, foi capaz de mudar não apenas a realidade local, para de todo o mundo com consciência dos acontecimentos.

Não poderia falar em democracia e não citar Hans Kelsen, destacando assim, sua obra *A democracia*⁵.

A ideia política do século XIX, nascida das revoluções americana e francesa do século XVIII, foi a democracia. Sem dúvida, também existiam na civilização ocidental forças extraordinárias a serviço da manutenção do princípio autocrático. Seus representantes, porém, foram estigmatizados como reacionários. O futuro pertencia a um governo pelo povo. Essa era a esperança de todos os que acreditavam no progresso, que defendiam padrões mais elevados de vida social. Foi, sobretudo, a jovem e ascendente burguesia que lutou por essa ideia.

Kelsen ainda enfatiza o significado do conceito democracia, ele sugere que estudemos a origem grega da palavra democracia é de origem grega, sendo **governo do povo** o seu significado (*demos* = povo e *kraiton* = governo). Já a sua essência é a participação dos governados (povo) no governo e os seus valores mais caros são a liberdade e a igualdade. Para o professor Sahid Maluf, a democracia possui dos sentidos: o formal e substancial podendo assim destacar estes dois modelos⁶:

Em sentido formal ou estrito, democracia é um sistema de organização política em que a direção geral dos interesses coletivos compete à maioria do povo, segundo convenções e normas jurídicas que assegurem a participação efetiva dos cidadãos na formação do governo. É o que se traduz na fórmula clássica: **todo poder emana do povo e em seu nome será exercido**. Neste conceito, são pressupostos os princípios da temporariedade e eletividade das altas funções legislativas e executivas; já em sentido substancial, sobre ser um sistema de governo temporário e eletivo, democracia é um ambiente,

⁴ CROCE, Benedetto; CARR, E. H.; ARON, Raymond. In: PORTO, Walter Costa (coord.). **Declarações de direitos**, 2. ed. atual. e rev. por EaD/CEE/MCT. Brasília: Senado Federal ; Centro de Estudos Estratégicos ; Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002, p. 49-51.

⁵ KELSEN, Hans. **A democracia**, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 139.

⁶ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**, 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 281, grifo nosso.

uma ordem constitucional, que se baseia no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

E finaliza citando o art. 5º da Constituição de 1988, artigo este que vem salvaguardar os direitos individuais do cidadão.

Já o Professor Dalmo de Abreu Dallari⁷, cita o filósofo Aristóteles e expõe uma classificação mais antiga da forma de governo e sua aplicabilidade como um todo:

A classificação mais antiga das formas de governo que se conhece é a de Aristóteles, baseada no número de governantes. Distingue ele três espécies de governo: a **realeza**, quando é um só indivíduo quem governa; a **aristocracia**, que é o governo exercido por um grupo, relativamente reduzido em relação ao todo; e a **democracia** (ou república, segundo alguns tradutores), que é o governo exercido pela própria multidão no interesse geral. [...]. “Na realidade, ainda hoje, a monarquia e a república são as formas fundamentais de governo, sendo necessário, portanto, fazer a fixação das características de cada uma e o exame dos principais argumentos favoráveis e contrários a elas. [...].

A **república**, que é a forma de governo que se opõe à monarquia, tem um sentido muito próximo do significado de democracia, uma vez que indica a possibilidade de participação do povo no governo. Na Antiguidade há referências à república, mas o sentido que se dá ao termo não corresponde ao moderno, como se verifica, por exemplo, com a expressão ‘república romana’, que identifica o próprio Estado e não sua forma de governo. Modernamente, é com Maquiavel que aparece o termo **república**, em oposição à monarquia.

Para Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes⁸, a democracia seria o componente principal para a república

As ideias republicanas aparecem como oposição ao absolutismo e, ao mesmo tempo, pela afirmação do conceito de soberania popular. Jefferson chegou a dizer que as sociedades sem governo são melhores que as monarquias... A República surge como aspiração democrática de governo, através das reivindicações populares. Buscava-se, além da participação popular, a limitação do poder. Além disso, a possibilidade de substituição dos governantes era um importante apelo em favor da forma de governo republicana. [...].

Atualmente, a grande maioria dos países republicanos, ao redor do mundo, adotou a democracia como modalidade da República – considerando que uma República pode ser também aristocrática, como muito se viu no passado, desta forma, podemos concluir que a

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 189-192, grifo nosso.

⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**, 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 166.

democracia é um dos valores supremos da República e o ingrediente primordial do Estado Democrático de Direito e que irá garantir os direitos básicos como educação, saúde, transporte e segurança à todos os cidadãos.

O SURGIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Com sabemos, o poder constituinte originário ocorrido em 1988, trouxe à Nação Brasileira uma nova Constituição Federal, cujo objetivo era limitar o poder estatal e preservar os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo assim, um novo Estado Democrático de Direito.

Para Zulmar Fachin⁹, com um surgimento de uma nova constituição,

[...] é criado por força do poder constituinte originário, sendo que isso pode ser feito a partir do nada, quando cria o Estado e lhe dá a primeira Constituição, ou então, a partir de uma ruptura da ordem jurídica existente, quando estabelece um novo tipo de Estado e lhe dá uma nova Constituição, em substituição à anterior.

Desta forma, verifica-se que a Assembleia Constituinte de 1988, promove uma ruptura do *status quo ante*, ao eliminar o regime ditatorial preexistente, dando início ao tão sonhado Estado de Direito.

Tal afirmação, da Criação de um Estado Democrático de Direito Brasileiro, fica evidente no preâmbulo da Constituição, cuja função é demonstrar valores mais caros à nação democrática brasileira, os quais devem ser considerados vetores de interpretação de todo o texto constitucional, além de significar o dever-ser almejado por toda a sociedade brasileira.

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 nacional e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1988).

Para o professor Sahid Maluf¹⁰, o preâmbulo é: “[...] um enunciado solene do espírito de uma Constituição, do seu conteúdo ideológico e do pensamento que orientou os trabalhos da Assembleia Constituinte”.

Ficando assim, possível de extrair o objetivo da Constituição: a proteção aos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça, dentre outros.

⁹ FACHIN, Zulmar. *Teoria geral do direito constitucional*, 2. ed. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006, p. 48.

¹⁰ MALUF, op. cit., p. 191.

O professor Dalmo de Abreu Dallari¹¹, enfatiza que existe a possibilidade plena de construção de um Estado Democrático de Direito, distanciando das doutrinas que considera esta realidade utópica, e conclui que:

Aí estão os pressupostos fundamentais do Estado Democrático possível. Dotando-se o Estado de uma organização flexível, que assegure a permanente supremacia da vontade popular, buscando-se a preservação da igualdade de possibilidades, com liberdade, a democracia deixa de ser um ideal utópico para se converter na expressão concreta de uma ordem social justa.

Para o professor Paulo Bonavides¹², a questão do Estado Democrático de Direito, afeta a passagem da democracia liberal à democracia participativa:

Começa daí a obra de dinamitação da primeira fase do constitucionalismo burguês. O curso das ideias pede um novo leito. Da liberdade do Homem perante o Estado, a saber, da idade do liberalismo, avança-se para a ideia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo Homem na formação da vontade estatal.

O Bonavides continua afirmando que a efetiva participação do cidadão na formação da vontade estatal, simboliza a existência de democracia.

Neste mesmo pensamento, Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes¹³ tecem considerações sobre o Estado de Direito, o qual pode se moldar em Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito:

O Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado.

Tais divisões firam os autores elaborarem as seguintes conclusões:

Como liberal, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. Por outro lado, a efetividade da normatividade é garantida, genericamente, através da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com a hipótese normativa.

¹¹ DALLARI, op. cit., p. 257-259.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43.

¹³ STRECK; MORAIS, op. cit., p. 86-87.

Transmutado em social, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.

Em ambas as situações, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida.

Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do *status quo*. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que se pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais.

Podendo assim concluir que a passagem do Estado liberal para o Estado Social, representa evolução do Estado Democrático de Direito, no sentido de assegurar aos cidadãos garantias sociais. Garantias estas impressas em nossa Constituição no ano de 1988.

FORMAÇÃO ACADÊMICA E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS

A democracia somente prosperará quando os cidadãos tiverem capacidade de afirmar e formar seus cidadãos de forma plena e independente com condições de discernir e assimilar os saberes proposto não apenas no mundo acadêmico como empírico. A Construção e formação de um Estado Democrático de Direito, dentre os aspectos Constitucionais presentes no art. 3º de nossa Constituição é claro quando garante os direitos fundamentais

Art. 3.º 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.

Sendo assim, o projeto de construção democrático, depende exclusivamente de transformação do sujeito pelo qual se pretende atingir e melhorar não apenas a igualdade, como a liberdade e justiça social, impondo aos cidadãos uma forma de respeito à nação, indispensável para o sucesso e desenvolvimento de uma nação.

O filósofo alemão Werner Jaeger¹⁴, foi brilhante ao mencionar Platão quando explicar que o desenvolvimento do Estado, esta associado a formação do homem.

¹⁴ JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia**: a formação do homem grego, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 142.

É esta a significação do novo Estado na formação do Homem. Platão afirma, com razão, que cada forma do Estado implica a formação de um tipo de Homem definido, e tanto ele como Aristóteles exigem que a educação do Estado perfeito imprima em todos a marca do seu espírito.

Estas palavras, são capazes de perceber a necessidade de formação do sujeito. Os filósofos Gregos apenas confirmaram a necessidade e condições para existência de cidadãos adaptados ao Estado em que esteja inseridos e não **jogados** a margem da realidade, demonstrando a realidade que se deve aplicar aos cidadãos.

O mundo moderno deve aplicar em sua realidade os ensinamentos Gregos: educação para todos.

O professor, Doutor em Direito, Sergio Alves Gomes¹⁵, é claro a elencar a indisponibilidade e a indispensabilidade da educação da sociedade.

Na democracia participativa, toda a sociedade é chamada a interpretar a constituição, isto é, a compreendê-la e a agir em prol da concretização de seus princípios e regras no espaço social. Isso implica a indispensável educação para a convivência democrática. Há de ser uma educação integral do sujeito, capaz de desenvolver neste a compreensão do sentido da convivência democrática, dotada de certos pressupostos que a caracterizam, a começar pelo reconhecimento do valor intrínseco de cada indivíduo enquanto pessoa a fundamentar sua qualificação como sujeito dotado de dignidade. Este é titular de direitos, mas também compromissado com deveres de participação política, econômica e social na vida da sociedade a que pertence, a qual hoje apresenta dimensões locais, regionais e globais.

Os ensinamentos José Afonso da Silva¹⁶, demonstram o quanto a educação desenvolve o Estado e quanto o Estado deve fornecer aos cidadãos:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos (art. 1.º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um

¹⁵ GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 247.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 119-120.

processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Para o educador Paulo Freire¹⁷, o contínuo processo de interação do homem com a razão, faz com que o indivíduo conduza a sociedade em uma realidade:

A partir das relações do homem com a realidade, resultantes de estar com ela e de estar nela, pelos atos de criação, recriação e decisão, vai ele dinamizando o seu mundo. Vai dominando a realidade. Vai humanizando-a. Vai acrescentando a ela algo de que ele mesmo é o fazedor. Vai temporalizando os espaços geográficos. Faz cultura. E é ainda o jogo destas relações do homem com o mundo e do homem com os homens, desafiado e respondendo ao desafio, alterando, criando, que não permite a imobilidade, a não ser em termos de relativa preponderância, nem das sociedades nem das culturas. E, na medida em que cria, recria e decide, vão se conformando as épocas históricas. É também criando, recriando e decidindo que o homem deve participar destas épocas.

O processo de educação é algo contínuo e permanente, a doutrina do professor Jacques Delors¹⁸, deve fazer com que cada indivíduo saiba conduzir seu próprio destino, atentos as mudanças de globalização:

[...] a educação ao longo de toda a vida, no sentido em que a entende a Comissão, vai mais longe ainda. Deve fazer com que cada indivíduo saiba conduzir o seu destino, num mundo onde a rapidez das mudanças se conjuga com o fenómeno da globalização para modificar a relação que homens e mulheres mantêm com o espaço e o tempo. As alterações que afetam a natureza do emprego, ainda circunscritas a uma parte do mundo, vão, com certeza, generalizar-se e levar a uma reorganização dos ritmos de vida. A educação ao longo de toda a vida torna-se assim, para nós, o meio de chegar a um equilíbrio mais perfeito entre trabalho e aprendizagem, bem como ao exercício de uma cidadania ativa.

Esta formação fará com que o sujeito democrático possa ser capaz de garantir a preservação e o progresso do Estado democrático, essencial para o sucesso da educação e dos homens.

¹⁷ FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**, 31. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008. p. 51.

¹⁸ DELORS, Jacques (org.). **Educação: um tesouro a descobrir**, 4. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: MEC; Unesco, 2000, p. 105.

HISTORIA DA EDUCAÇÃO NO BRASIL

O Estado democrático de direito inaugurado em 1988, trouxe para sociedade um novo modelo de educação, antes apenas encontrado em países de primeiro mundo. Foi a primeira vez, desde a chegada dos Jesuítas em 1549, que o cidadão brasileiro teve o direito assegurado por lei.

A professora Maria Lúcia de Arruda Aranha¹⁹, enfatiza o papel desenvolvido pelos jesuítas na esfera educacional:

Quando o primeiro governador-geral, Tomé de Sousa, chega ao Brasil em 1549, vem acompanhado por diversos jesuítas encabeçados por Manuel da Nóbrega. Apenas 15 dias depois, os missionários já fazem funcionar, na recém fundada cidade de Salvador, uma escola 'de ler e escrever'. É o início do processo de criação de escolas elementares, secundárias, seminários e missões, espalhados pelo Brasil até o ano de 1759, quando os jesuítas são expulsos pelo Marquês de Pombal. Nesse período de 210 anos, eles promovem uma ação maciça na catequese dos índios, educação dos filhos dos colonos, formação de novos sacerdotes e da elite intelectual, além do controle da fé e da moral dos habitantes da nova terra.

E ela continua destacando que a educação não era a meta prioritária:

[...] a educação não é meta prioritária, já que não há necessidade de formação especial para o desempenho de funções na agricultura. Isto porque a economia do Brasil colonial se caracterizou, em sua maior parte, pela existência de grandes latifúndios produtores de cana-de-açúcar, pela exploração da mão de obra escrava – indígena e negra – e pela monocultura. Neste contexto, não havia espaço para um pleno desenvolvimento educacional de toda a população, sendo que apenas a elite usufruía de tal privilégio.

Deve-se destacar, que a missão dos jesuítas tinham duas vertentes: primeira de catequizar e pacificar os índios e sem segundo plano educar os filhos dos colonos. Os jesuítas permaneceram no Brasil até o ano de 1759, quando a decisão de Marques de Pombal, foram expulsos. Importante destacar, que a expulsão dos jesuítas se deu por motivos políticos e, principalmente econômico, a Metrópole temia o poder e prestígio alcançado pela Companhia dos Jesuítas e seu poder de influência sobre os que aqui habitavam. O resultado foi a quebra de um sistema educacional que funcionava, pois trazia aos brasileiros e colonos um pouco da educação do velho mundo, fato este que desagradava quem estava no poder.

Para a professora Maria Lúcia de Arruda Aranha²⁰, critica os acontecimentos e enfatiza que a expulsão dos jesuítas trouxe um retrocesso ao processo educacional brasileiro:

¹⁹ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **História da educação**, 2. ed. São Paulo: Moderna, 1996. p. 99.

²⁰ ARANHA, op. cit., p. 134-135.

[...] a reforma pombalina significou um retrocesso de todo o sistema educacional brasileiro; somente a partir de 1772, com a implantação do ensino público oficial, a coroa nomeia professores e estabelece planos de estudo e inspeção; foram criadas 17 aulas de ler escrever, distribuídas entre Rio de Janeiro, Bahia, Pernambuco, Minas, São Paulo, Pará e Maranhão. Este modelo de ensino reformado decorre da intenção de oferecer aulas de línguas modernas, como o francês, além de desenho, aritmética, geometria e ciências naturais, em evidente contraposição ao ensino dogmático dos jesuítas.

Com o início do período imperial, ou seja, chegada da família real portuguesa em 1808, o Brasil desencadeia uma reestruturação no processo educacional. De acordo com Thomas Ransom Giles²¹, novos rumos são tomados não apenas na questão educacional, como também na postura do governo em outras áreas, como biblioteca e imprensa:

No novo regime também se cria uma divisão de poder sobre o processo educacional, o que resulta de fato numa dualidade de sistemas. Ao poder central cabe o poder e o direito de promover e regulamentar o ensino na Capital, como também o ensino superior em todo o território nacional. Às Províncias cabe o controle sobre o ensino primário e secundário, em nível local. Entretanto, é a esfera sob controle do governo central que dá o tom de todo o sistema, tanto ao nível do programa de estudos, como também ao nível da estruturação do ensino, inclusive o ensino secundário.

Para Marcos Augusto Maliska²², a Constituição de 1824, começa a esboçar os primeiros passos de direito a educação, porém deixando claro que a educação ficaria a cargo da família e da igreja.

O direito à educação na Constituição de 1824 é expressado em dois tópicos do art. 179, que enumera os direitos civis e políticos. Compreendidos em harmonia com o resto da Constituição, o tratamento dispensado à educação na Constituição do Império do Brasil é bastante reduzido e reproduz o entendimento da época em que a educação ficava a cargo, preponderantemente, da família e da Igreja.

Em 1879, Leôncio de Carvalho, começa a estabelecer as primeiras normas para o ensino primário, secundário e superior. Estas normas somente são possíveis através de sua reforma, que tinha por objetivo a liberdade de ensino, de frequência, de credo religioso, a criação de escolas normais e o fim da proibição de matrícula de escravos. Ele buscava uma escola universal, com caráter democrático.

Com a queda da monarquia de 1889, e com a Constituição de 1891, inicia-se o período conhecido como primeira república ou república oligárquica, representando que seria um governo de poucos, indicando que a escolha dos governantes não é propriamente democrática, mas controlada por uma elite.

²¹ GILES, Thomas Ransom. **História da educação**. São Paulo: Ed. Pedagógica e Universitária, 1987, p. 287.

²² MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 21.

Segundo os ensinamentos de Maliska,²³ evidenciou o caráter descentralizado da educação:

Outra característica que evidenciou a diferença com o modelo anterior foi o caráter descentralizado. O art. 34 dispunha ser da competência privativa do Congresso Nacional legislar sobre o ensino superior. O art. 35 (nºs 2º, 3º e 4º), por sua vez, incumbia de forma não privativa ao Congresso Nacional, animar, no país, o desenvolvimento das letras, artes e ciências, criar instituições de ensino superior e secundários nos Estados e prover a instrução secundária no Distrito Federal.

O início da fase republicana desencadeou o entusiasmo de algumas famílias, elas viam na educação, um novo sentido e inspiravam na instrução um novo caminho a ser seguido pelos seus filhos. Entretanto, alguns planos hábeis a democratizar a educação foram menosprezados pela oligarquia governante.

Os anos de 30 do século passado foram marcados pela paulatina perda de poder da aristocracia rural, pela ascensão de Getúlio Vargas e pelo fortalecimento das vanguardas dos grandes educadores brasileiros, representantes da Escola Nova, dentre os quais merecem menção os nomes de Fernando de Azevedo, Lourenço Filho e Anísio Teixeira.

A proposta do filósofo Anísio Teixeira era que a escola fosse democrática, única, capaz de servir como contrapeso aos males e desigualdades sociais provocados pelo sistema capitalista.

Em 1924, é fundada a escola Associação Brasileira de Educação (ABE), que realiza diversas conferências nacionais.

Esta realidade é demonstrada nas palavras da professora Maria Lúcia de Arruda Aranha²⁴:

Nesse contexto, educadores da **escola nova** introduzem o pensamento liberal democrático, defendendo a escola pública para todos, a fim de se alcançar uma sociedade igualitária e sem privilégios. Os intelectuais escolanovistas produzem obra abundante e pretendem remodelar o ensino brasileiro, mas suas considerações dependem da produção estrangeira, faltando uma análise mais profunda de nossa realidade.

A Constituição de 1934, abandona a característica descentralizadora da Constituição de 1891, o governo passa a assumir a responsabilidade da educação nacional, princípio que vigora até os dias de hoje

Maliska,²⁵ citando João Batista Herkenhoff, menciona que houve grande valorização do ensino privado:

²³ Ibid., p. 23.

²⁴ ARANHA, op. cit., p. 198.

²⁵ HERKENHOFF, João Batista apud MALISKA, op. cit., p. 29.

A Constituição determinou ser da competência privativa da União fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a que deveriam obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude (arts. 15, IX e 16, XXIV). O Estado fascista de 1937, como observa João Batista Herkenhoff, concedeu acentuado privilégio ao ensino particular, reservando ao Estado uma função suplementar de preencher as deficiências e lacunas desse ensino.²⁶ Neste sentido, o art. 125, determinava ser a educação o primeiro dever dos pais, cumprindo ao Estado colaborar de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. Em caso de pais miseráveis, cumpria a estes invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importava em falta grave dos responsáveis (art. 127, 2.^a e 3.^a partes).

Com o fim do Estado Novo, a urbanização e a industrialização crescentes, com o advento da Constituição de 1946, o Brasil ganhou ares de uma iminente democracia. Nas palavras de Paulo Ghiraldelli Junior:²⁶

O país conseguiu, então, a duras penas, uma democracia. Mas era uma democracia bastante peculiar. Nem todos os partidos políticos puderam ter existência legal; [...]. A ausência de liberdade partidária total e o populismo maculavam a democracia liberal. Mas esses aspectos negativos eram contrabalançados pelo fato de os partidos políticos formados nesse período serem capazes de empolgar boa parte do eleitorado e, em certo sentido, representar correntes de opiniões e setores econômico-sociais.

Na concepção de Paulo Ghiraldelli Junior²⁷, O período da Ditadura Militar, compreendido entre os anos de 1964 e 1985, foi extremamente prejudicial para a educação nacional:

[...] o período ditatorial, ao longo de duas décadas que serviam de palco para o revezamento de cinco generais na Presidência da República, se pautou em termos educacionais pela repressão, privatização do ensino, exclusão de boa parcela das classes populares do ensino elementar de boa qualidade, institucionalização do ensino profissionalizante, tecnicismo pedagógico e desmobilização do magistério através de abundante e confusa legislação educacional. Só uma visão otimista/ingênua poderia encontrar indícios de saldo positivo na herança deixada pela ditadura militar.

²⁶ GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **História da educação**. São Paulo: Cortez, 2000, p. 158.

²⁷ Ibid., p. 163.

A Constituição de 1967, no âmbito educacional, não fica imune a críticas, já que garantiu o ensino à livre iniciativa, competindo ao Estado somente o amparo técnico e financeiro, além da concessão de bolsas de estudo. Ademais, o autor destaca que as escassas verbas públicas destinadas à educação, ao invés de financiarem o ensino público, universal e gratuito, destinaram-se às escolas particulares, o que evidenciou a ausência de um projeto justo de redistribuição da riqueza, assim como a impossibilidade de ascensão social das classes pobres.

Na Constituição de 1969, o direito à educação teve consideráveis alterações, como aquelas dispostas no art. 8.º, inciso XIV, que, além dos estabelecimento e execução do plano nacional de educação, dispôs também acerca do plano regional de desenvolvimento.

Vale salientar, outrossim, que no período da ditadura militar, várias reformas foram promovidas no âmbito educacional, tais como as modificações da Lei de Diretrizes e Bases, a reforma do ensino fundamental e médio, dentre outras.

Com o fim da Ditadura Militar e o advento da Nova República, inicia-se o período de transição democrática, na busca de uma democracia bem sedimentada, em contraposição ao modelo ditatorial vigente nas décadas anteriores.

Com o surgimento da Constituição de 1988, inicia-se a democratização do ensino, haja vista que estabelece normas de ordem pública atinentes à educação e a consagra como um direito social. Além disso, a Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) regulamenta aspectos importantes da educação. Salienta-se, por fim, que a doutrina majoritária entende ser a educação um direito fundamental.

CONCLUSÃO

Podemos concluir que o Estado Democrático de Direito é algo que dever ser para TODOS, podemos ainda encontrar qual a finalidade da educação e principalmente o que pode acontecer com o Estado quando a educação é colocada de forma plena e irrestrita, podemos ainda acompanhar um pouco da evolução histórica do Brasil não apenas em seu âmbito constitucional, como também, político, social, e por que não econômico? Afinal de contas, uma sociedade com cidadãos educados é capaz de possuir um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

E em se tratando de educação, direito, e democracia, ainda temos muito que aprender para que sejamos e tenhamos um Estado Democrático de Direito de verdade, onde todos possam ter ensino de qualidade de forma homogênea e não apenas de ficção como infelizmente ocorre em nossa sociedade.

3 A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO BRASIL E O RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Flaviana de Freitas Oliveira

RESUMO: Nos dias de hoje, a entidade familiar é vista não apenas como aquela que possui consanguinidade, mas também como a que é formada por afetividade. A partir desta nova formação, fica nítido que os casais homoafetivos têm direito a ter filhos e possuir sua própria família. A partir de 2015, a adoção em famílias homo parentais passou a ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O crescente número de crianças e adolescentes em abrigos mostra a necessidade de inserção destes menores em maior quantidade de famílias. Vale ressaltar que os princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana vão de acordo com a possibilidade de adoção pelas famílias homo parentais. Além disso, a adoção é baseada no melhor interesse da criança.

INTRODUÇÃO

A adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos é tema de ampla discussão nas sociedades democráticas. O presente trabalho analisa o instituto da adoção dentro do contexto da família homo parental, examinando os princípios constitucionais que garantem ao casal homoafetivo o direito de adotar uma criança ou adolescente.

De um lado, estão os casais homoafetivos, que são alvo de intenso preconceito, embora haja um crescente reconhecimento dessa minoria no tecido social brasileiro. De outro, estão as crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, que estão em processo de formação e merecem ampla proteção do Estado, da sociedade e da família.

Este tema é de extrema relevância na sociedade atual e precisa ser discutido de forma significativa. Aceitar que casais formados por pessoas de mesmo sexo adotem uma criança é importante para que se cumpra os princípios constitucionais existentes e a função social da adoção como forma de combater a vulnerabilidade infantil.

O CONCEITO AFETIVO DE FAMÍLIA

A família é consolidada como a base da sociedade na Constituição Federal, em seu artigo 226. Por esta razão, é um ente que recebe especial atenção do Estado, conforme a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 16, inciso III: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Por ser uma realidade sociológica e constituir a base do Estado, a entidade familiar é o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Para Gonçalves (2005, p. 1), “[...] trata-se de instituição necessária e sagrada para desenvolvimento da sociedade como um todo, instituição esta merecedora de ampla proteção do Estado”.

Quem melhor sintetiza o sentido de família constante no ordenamento jurídico é Gomes (2000), que considera família “[...] o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos,

e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção”.

Hoje em dia, a afetividade se tornou princípio norteador do direito de família. Não há, assim, padrão familiar a ser seguido, como ocorria na sociedade romana ou até mesmo na sociedade católica do Brasil colonial. A pluralidade de formas e a diversidade são características relevantes para o conceito de entidade familiar atual.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988, com seu caráter mais humanista, protege o formato atual de família ao garantir direitos fundamentais e colocar alguns princípios como sendo básicos ao exercício da convivência social no País. Assim, torna-se fundamental o reconhecimento da união homoafetiva como núcleo familiar, garantindo às famílias homoafetivas os mesmos direitos dados a outros tipos familiares.

Neste sentido, a jurisprudência brasileira já tem avançado. Em março de 2015, a ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal (STF), negou recurso do Ministério Público do Paraná e manteve decisão que autorizou a adoção de crianças por um casal homoafetivo. Na decisão, a ministra argumentou que o conceito de família não pode ser restrito por se tratar de casais homoafetivos. Em suas palavras, “[...] o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico”¹.

A família não é limitada exclusivamente aos modelos apontados expressamente no texto constitucional. Conforme Salazar Jr. (2006), a entidade familiar, por ser base da sociedade e merecedora de proteção especial do Estado, deve ser todo agrupamento constituído de afetividade, estabilidade e ostensividade – elementos essenciais da família contemporânea, onde se incluem as denominadas uniões homoafetivas.

Para Lôbo (1999), três são os mais importantes princípios constitucionais regentes das relações familiares: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade. Estes princípios estão totalmente relacionados às relações familiares atuais e são fundamentais quando se trata da abordagem das famílias homoafetivas.

O artigo 5º da Carta Magna proclama, de forma explícita, o princípio da igualdade: “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”. Também assevera no inciso I do referido artigo: “[...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

O constituinte não exclui de seu rol, em momento nenhum, os casais homoafetivos. Ao afirmar categoricamente que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, extrai-se o entendimento de que homens e mulheres, independentemente de serem heterossexuais, homossexuais, transexuais ou bissexuais, têm as mesmas obrigações e garantidas, como bem expõe Dias (2015).

O inciso II do artigo 5º da Constituição Federal assevera que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal dispositivo reforça a garantia de liberdade trazida como preceito fundamental para o povo brasileiro. E, à garantia de liberdade, soma-se o direito a autodeterminar-se livremente na construção de sua vida afetiva e sexual.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 846.102. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 5 de março de 2015. *Diário de Justiça*: 18 mar. 2015.

O conceito de liberdade está interligado, de forma absoluta, à livre orientação sexual e à multiplicidade de tipos familiares. La-Flor (2008) ressalta que a vida é o bem mais precioso do ser humano, e a vida sem liberdade – inclusive quanto à orientação sexual – não tem qualquer significado. A convivência diária, estável, livre, independente da orientação sexual, integra o direito à liberdade da pessoa, não podendo haver distinção entre cidadãos, pois todos são iguais perante a lei.

Por fim, Maria Berenice Dias (2015, p. 44) afirma que “o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios”. Este é o princípio basilar dos direitos e respeito aos cidadãos, tendo por obrigação garantir o mínimo existencial para cada um em seu território, independentemente de sua orientação sexual, status social, cor e raça, pois todos devem ser tratados de forma igual perante seus direitos e deveres. O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 garante este princípio.

A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos fundamentais, representando o núcleo essencial de cada um dos direitos individuais ou coletivos, sendo, dessa forma, o principal direito fundamental. A dignidade é o respeito que cada um merece do outro e que se inicia no seio familiar. As relações homoafetivas estão enquadradas constitucionalmente como uma forma de família e, por isso, são receptoras diretas dos direitos fundamentais, entre eles a dignidade da pessoa humana.

A fim de corroborar os argumentos apresentados sobre o princípio da dignidade da pessoa humana frente à homoafetividade, merece transcrição a decisão em Apelação Cível, julgada em 1994, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

É preciso, inicialmente, dizer que homem e mulher pertencem à raça humana. Ninguém é superior. Sexo é uma contingência. Discriminar um homem é tão abominável como odiar um negro, um judeu, um palestino, um alemão ou um homossexual. As opções de cada pessoa, principalmente no campo sexual, hão de ser respeitadas, desde que não façam mal a terceiros. O direito à identidade pessoal é um dos direitos fundamentais da pessoa humana. A identidade pessoal é a maneira de ser, como a pessoa se realiza em sociedade, com seus atributos e defeitos, com suas características e aspirações, com sua bagagem cultural e ideológica, é o direito que tem todo o sujeito de ser ele mesmo. A identidade sexual, considerada como um dos seus aspectos mais importante e mais complexos compreendidos dentro da identidade pessoal, forma-se em estrita conexão com uma pluralidade de direitos, como são aquelas atinentes ao livre desenvolvimento da personalidade etc..., para dizer assim, ao final: se bem que não é ampla nem rica a doutrina jurídica sobre o particular, é possível comprovar que a temática não tem sido alienada para o direito vivo, quer dizer para a jurisprudência comparada. Com efeito em direito vivo tem sido buscado correspondido e atendido pelos juízes na falta de disposições legais e expressas no Brasil, aí está o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil a permitir a equidade e a busca da justiça. Por esses motivos é de ser deferido o pedido de retificação do registro civil para alteração de nome e de sexo.²

² RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível nº 593110547, Terceira Câmara Cível. Relator:

É imperioso ressaltar que a dignidade humana tem lugar de destaque no ordenamento brasileiro, fazendo do indivíduo um ser titular de direitos e garantias que deverão não só serem assegurados pelo Estado Democrático de Direito de forma negativa, como também de forma positiva. Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto e não abarca discriminação ou qualquer tipo de arbitrariedade a nenhum sujeito humano.

FAMÍLIA HOMOPARENTAL E TRANSFORMAÇÃO SOCIOCULTURAL

No Brasil, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é possível desde 2013, quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 175/2013, que impede que cartórios se recusem a celebrar casamentos homoafetivos em todo território nacional.

Assim, passou-se a vislumbrar um novo arranjo familiar, a homo parentalidade, “[...] pois qualquer impedimento legal que se vislumbresse, já não cabe mais dentro do ordenamento brasileiro hodierno [...]”, como evidencia Chaves (2011), uma vez que assegurar tratamento igualitário a todos, respeitando as diferenças, é prover a dignidade da pessoa humana.

Na medida em que a homo parentalidade vai obtendo, paulatinamente, respaldo jurídico e legal, ela se torna mais visível, promovendo importantes debates em vários espectros sociais. O esforço de parte dos homossexuais em construir família está relacionado ao desejo de pertencimento; de fazer parte de uma prática socialmente aceita e valorizada.

Esse anseio por constituir uma família está associado ao benefício que Bourdieu (1996) chama de **lucro simbólico da normalidade**, que seria a pressão social para se adequar a uma norma familiar cuja representação instituída é histórica, universal e natural. Assim, são inúmeros os casos de casais homoafetivos que desejam constituir família e, por isso, recorrem ao instituto da adoção.

ADOÇÃO: melhor interesse da criança e convivência familiar

A adoção é um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre adotante, ou adotantes, e o adotado, um liame legal de paternidade e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para o casamento, criando verdadeiros laços de parentesco entre o adotado e a família do adotante.

No Brasil, a adoção é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), alterado pela Lei 12.010/09, e pelo Código Civil, sendo aquele preponderante no que tange à adoção de jovens de até dezoito anos de idade. Estes diplomas legais regulamentam o processo de adoção, apresentando seus requisitos e efeitos.

Todas as pessoas maiores de 21 anos, independentemente do estado civil, têm capacidade e legitimação para adotar. Não há diferenciação em relação a cor, classe social ou opção sexual, desde que o adotante tenha plena capacidade de cuidar bem da criança ou do adolescente. Assim, o conceito de adoção é plenamente compatível com a realidade das famílias homoparentais, como menciona Cristo (2013, p. 2):

Apesar do silêncio do legislador acerca da adoção por casais homoafetivos, há que se considerar a atualidade e relevância do tema que, mais que uma discussão jurídica, é uma realidade fática: casais homossexuais desejam ter filhos e constituir família. [...]

A criança é o elemento mais importante do processo de adoção, o principal objeto da proteção jurídica, devendo ser considerada a prioridade do seu interesse sobre qualquer condição ou direito das partes envolvidas.

Entre os princípios constitucionais relevantes à adoção, estão o da convivência familiar e o do melhor interesse da criança. O princípio da convivência familiar tem íntima relação com a adoção, já que constitui uma das três principais espécies de colocação em família substituta contempladas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – seguida da guarda e da tutela.

Assim, diante da impossibilidade de convivência com a família natural, a criança e o adolescente devem ser direcionados prioritariamente para uma família substituta, podendo ocorrer por meio da adoção, guarda, ou tutela, os três institutos previstos no ECA. A adoção, no entanto, ocupa lugar de destaque por ter a capacidade de atender às necessidades dos menores de maneira mais ampla, já que é a única medida que garante a convivência familiar de modo definitivo.

O Brasil incorporou também o princípio do melhor interesse da criança. Este princípio considera que a criança e o adolescente que estão em situação de fragilidade devem ser preservados de forma absoluta, visto que se encontram em fase de amadurecimento e formação da personalidade. Conforme disposto na Constituição Federal, o menor tem direito fundamental de obter as melhores garantias morais e materiais para ingressar na vida adulta.

As expectativas da criança e do adolescente de terem uma família substituta independem da orientação de sexual do adotante e adotado, visto que o que vale mais, neste momento, é o melhor interesse da criança. Cristo (2013) ressalta que “[...] a dificuldade em deferir adoções exclusivamente pela orientação sexual ou identidade de gênero dos pretendentes acaba impedindo que expressivo número de crianças sejam subtraídas da marginalidade”.

Assim, para finalizar a importância do princípio do melhor interesse da criança, vale lembrar que dificultar a adoção, em qualquer hipótese, é permitir que muitos menores sejam submetidos a tratamento coletivo e em condições precárias, sem o devido direito à convivência familiar e ao pleno de desenvolvimento de sua personalidade.

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Seria inconstitucional levar em conta a opção sexual do adotante como requisito abonador ou desabonador no processo de adoção. A opção por adotar é questão de foro íntimo e sua invasão vai de encontro ao direito à intimidade, previsto na Constituição Federal como direito individual. Além disso, fere o preceito constitucional que veda preconceitos “[...] em razão de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, IV, da Constituição Federal). Dispõe Diniz (2012) que:

Contudo, a chamada “homo parentalidade”, adoção por par homossexual, ainda não encontra guarita na jurisprudência mansa

e pacífica. As opiniões acerca do tema divergem e há até movimentos religiosos imbuídos no sentido de proibi-las. É o preconceito enraizado na cultura brasileira, colocando a intimidade sexual do adotante acima dos seus valores morais, éticos e afetivos. Essa prática é vedada na Constituição Federal no seu art. 3º, inciso IV. Logo, não pode ser utilizada como paradigma na decisão que envolve a adoção por par homoafetivo.

Do ponto de vista de teóricos de diferentes campos do conhecimento como a Psicanálise, a Sociologia e a Antropologia, a adoção é um procedimento generalizado, independentemente de orientação sexual. A paternidade e maternidade não são, entre os seres humanos, processos intrinsicamente biológicos, propriamente naturais ou instintivos. Ninguém nasce **pai** ou **mãe**, pois é a partir de um processo de **adoção simbólica** que as pessoas são assim batizadas e passam a se reconhecerem como tal. Nas palavras de Laia (2008, p. 31):

Poderiam, então, ser utilizados os mesmos procedimentos e orientações que guiam qualquer processo de adoção: é importante garantir a estabilidade da criança a ser adotada, proporcionando-lhe não apenas uma “casa” ou a “sobrevivência pela satisfação de suas necessidades”, mas o que chamamos comumente de “um lar” e “uma vida”. No âmbito da Psicanálise, essas orientações e esses procedimentos sequer se diferenciariam daqueles que se espera da família em geral.

Ao levar-se em conta esta perspectiva generalizada de “adoção simbólica”, fica claro que a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos não apresenta diferenças em relação àquelas realizadas por casais heteroafetivos.

Estudos científicos sobre adoção homoafetiva

Nos Estados Unidos, país onde se estima que há entre seis e dez milhões de pais homossexuais, responsáveis pela criação de cerca de catorze milhões de crianças, desde o fim da década de 1970 vêm sendo realizados estudos sobre famílias homoafetivas, sobretudo tendo por objeto aspectos psicológicos das crianças criadas no seio desses agrupamentos.

Pesquisas feitas com homossexuais e heterossexuais, a exemplo da Harvard Law Review, confirmam que “[...] a prole de homossexuais não está mais propensa a sentir desejo pelo mesmo sexo, com a natural convivência” (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 143).

Dessa forma, os juízes têm encontrado fundamentação científica favorável à adoção por casais homoafetivos. Ainda de acordo com o Harvard Law Review apud Enésio de Deus, não procede o entendimento de que a violência sexual sofrida por crianças e adolescentes se faz mais presente em famílias homo parentais. Ao contrário, “[...] 95% dos casos de abusos provém de convivência com heterossexuais” (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 143).

No Brasil, as pesquisas sobre o tema são incipientes. Trabalho pioneiro realizado pelo antropólogo Flávio Luiz Tarnovski, tendo por objeto nove homens com filhos ou que

desejavam tê-los, e que se autodenominavam **gays**, investigou como se dá a conjugação entre a parentalidade e as vivências homoeróticas, e se existe algum elemento peculiar no que denominou **parentalidade gay**.

Segundo Tarnowski (2004) a única diferença perceptível em relação ao exercício da parentalidade por parte dos homoafetivos pesquisados diz respeito às expectativas sociais que recaem sobre eles. Apesar de o estudo empreendido por Tarnowski (2004) não apresentar caráter conclusivo, as impressões coletadas não destoam do conhecimento acumulado pelos pesquisadores norte-americanos em mais de vinte anos de estudo.

Conclui-se, pois, que o fato de alguns terem sido criados por casais ou por alguém que tenha preferência pelo mesmo sexo, não foi determinante para a opção sexual, tampouco colocou essas crianças e adolescentes numa situação de maior risco de sofrerem abuso sexual.

Dar amparo jurídico e legal à adoção por família homo parental é um fator importante para que ela não seja recusada por ser pouco comum. A finalidade da adoção é oferecer um ambiente familiar favorável ao desenvolvimento de uma criança que, por algum motivo, ficou privada de sua família biológica, atendendo às reais necessidades da criança. Assim, não faz sentido privar casais homoafetivos de adotarem, conjuntamente, uma criança ou adolescente.

O BRASIL E A ADOÇÃO HOMOAfetiva

De acordo com o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), toda criança possui direito à proteção, à vida e à saúde, por meio da concretização de políticas sociais públicas que admitam o nascimento e o desenvolvimento saudável, em condições dignas de vivência.

O objetivo é a priorizar o relacionamento familiar e o direito de que a criança, que foi privada de viver com sua família de origem, seja criada e educada. Não é mais possível proibir a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, visto que a orientação sexual não é sinônimo de doença, desvio de conduta ou anormalidade. A orientação sexual não pode ser critério para se adotar uma criança, pois o que se deve levar em conta, além do princípio da igualdade, é o melhor ambiente de desenvolvimento possível para a personalidade da criança. De acordo com Dias (2016, p. 187):

Não admitir a adoção pelo casal homoafetivo só vem em prejuízo da criança, principalmente quanto aos aspectos assistenciais e patrimoniais. O filho, ao invés de ter todas as prerrogativas e direitos – como alimentos e direitos sucessórios – em relação aos dois pais, os tem apenas em relação ao adotante. Acabam as crianças impedidas de pertencer às duas linhagens familiares das quais fazem parte, desde quando a parentalidade foi planejada ou vivenciada em conjunto.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 consagrar o princípio da igualdade (artigo 5º, caput), proibindo expressamente qualquer forma de discriminação (artigo 3º, IV), donde se inclui a que tem por base a discriminação por orientação sexual, ainda há longo caminho a se percorrer no Brasil. A Lei de Adoção (Lei 12.010/09), não trouxe nenhum artigo que fale sobre a possibilidade ou não de casais homoafetivos adotarem. Em relação à morosidade do legislador em reconhecer a adoção de casais homoafetivos, temos a opinião de Diniz (2011, p. 68):

Há uma falha no legislador no que diz respeito às relações homoafetivas. A lentidão e até mesmo o silêncio, se constituem como frutos do preconceito, originados muitas vezes pela tentativa de manter os padrões da família patriarcal vistos como corretos, como modelo de família amparado pelas leis e que deve ser seguido.

Basta dizer que, com base em uma interpretação meramente literal do artigo 226 da Constituição Federal, parcela significativa da doutrina especializada ainda não reconhece a união homoafetiva como entidade familiar. Ademais, como a legislação ordinária, incluindo o recente Código Civil, não regulam expressamente a matéria, parceiros homoafetivos são obrigados a apelar ao Poder Judiciário para obter a efetiva aplicação do princípio da isonomia.

O Poder Judiciário: Decisão do STJ

No campo jurisdicional, merecem destaque as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, distinguindo o caráter familiar das uniões homoafetivas, têm-lhes assegurado os mesmos efeitos consagrados expressamente pela lei ordinária às uniões estáveis heterossexuais. O Tribunal de Justiça desse Estado já possui jurisprudência consolidada reconhecendo a aplicação dos institutos de Direito de Família às relações homoafetivas, demonstrando ampla fidelidade com os princípios constitucionais previstos na Carta Magna de 1988.

A título de exemplificação, a Corte Estadual de Justiça do Rio Grande do Sul tem se manifestado a favor da competência das varas de família para apreciar os conflitos oriundos de relações homoafetivas e dado direitos sucessórios aos companheiros homossexuais e direitos patrimoniais no momento da dissolução da união, independentemente de prova de contribuição efetiva dos conviventes.

Desde então, casos esporádicos de adoção por casais formados por pessoas de mesmo sexo têm sido autorizados pelos Tribunais de Justiça. Em 2010, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve a sentença da Justiça do Rio Grande do Sul que permitiu a adoção de duas crianças por um casal mulheres. Os ministros reafirmaram entendimento já consolidado pelo STJ, de que nos casos de adoção, deve sempre prevalecer o melhor interesse da criança.

Uma das mulheres havia adotado as duas crianças ainda bebês. A companheira, com quem vivia desde 1998 e que ajudava no sustento e educação dos menores, queria adotá-los também para aumentar as garantias e benefícios às crianças, como plano de saúde e pensão em caso de separação ou falecimento.

Na ocasião, o relator Luis Felipe Salomão ressaltou que o laudo da assistente social recomendou a adoção, assim como o parecer do Ministério Público Federal. O ministro entendeu que os laços afetivos entre as crianças e as mulheres são incontroversos e que o importante, no caso, seria assegurar a melhor criação das crianças.

O Poder Judiciário: Decisão do STF

Em março do ano passado, a ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal (STF), negou recurso do Ministério Público do Paraná e manteve decisão que autorizou a adoção de crianças por um casal homoafetivo. A ministra se baseou na decisão do plenário do STF

que reconheceu em 2011, por unanimidade, a união estável para parceiros do mesmo sexo. Tal decisão foi um avanço na luta pelos direitos homoafetivos e teve ampla repercussão na mídia.

Assim como aconteceu com as mulheres, que demoraram décadas para alcançar a efetiva igualdade em relação aos homens, tudo indica que os pares homoafetivos também terão de percorrer uma verdadeira caminhada para alcançar a efetiva igualdade em relação aos casais heterossexuais.

A adoção é direito de todas as pessoas que preencham os requisitos básicos, e isso inclui as famílias homo parentais. É fato que os casais homoafetivos devem ter direito a adotar, conjuntamente, crianças e adolescentes. Esta situação é benéfica não apenas para os casais entre pessoas de mesmo sexo, mas também para as crianças e adolescentes, que precisam sair da situação de vulnerabilidade social para ingressarem em uma família onde haja afeto e respeito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A defesa dos direitos dos casais homoafetivos vai ao encontro dos princípios constitucionais plenamente ressaltados na Constituição Federal de 1988. A igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana são direitos de todos os membros da sociedade brasileira. Portanto, não deve haver distinção social e jurídica de uma pessoa em razão de orientação sexual.

Com o crescente número de crianças em situação de vulnerabilidade, vivendo em abrigos que não possuem referência familiar e afetiva, é incoerente impedir o acesso de casais homoafetivos à adoção. A dificuldade de permitir adoções, baseada na orientação sexual dos pretendentes, impede que número expressivo de crianças seja tirado da negligência. O foco não deve ser a identidade sexual dos pais, mas a solução mais benéfica à criança ou ao adolescente.

Este artigo retratou o cenário atual da adoção por famílias homo parentais no Brasil. Com base em todo o exposto, fica claro que há um binômio de necessidade e possibilidade: crianças que precisam de uma família e casais homoafetivos que querem constituir família. Assim, é importante que a Justiça caminhe no sentido de unir estas duas realidades no núcleo familiar atual, baseado essencialmente na afetividade.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. O espírito da família. In: _____. **Razões práticas**. Campinas: Papirus, 1996, p. 124-135.

BRASIL. **Código Civil**: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, 1. ed. São Paulo: RT, 2002.

MORAES, Alexandre de (org.). Constituição (1988): **Constituição da República Federativa do Brasil**, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CHAVES, Marinna. Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF, **Revista Síntese: direito da família**, São Paulo, v. 13, n. 66, p. 7-15, jun./jul. 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2t8MZZB>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

CRISTO, Isabella. **Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança**. 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/2MpGb2w>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI**, 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Manual de Direito das Famílias**, 10. ed. São Paulo: RT, 2015.

DINIZ, Maria Aparecida Silva Matias. Adoção por pares homoafetivos: uma tendência da nova família brasileira. In: **Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento**, Santa Catarina, 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/2LO14Dq>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6.

LA-FLOR, Martiane Jaques. **Família plural**: a união homoafetiva à luz dos direitos fundamentais. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2MoEFh0>>. Acesso em 13 mai. 2016.

LAIA, Sérgio. A adoção por pessoas homossexuais e em casamentos homoafetivos: uma perspectiva psicanalítica. In: _____. **Adoção: Um direito de todos e todas**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2LQkbg7>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://bit.ly/2tfc19F>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

SALAZAR JR., João Roberto. **Adoção por casais homoafetivos na Constituição Federal**. São Paulo, 2006, 189 fl. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/2MqR0l1>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

SILVA JÚNIOR, Enésio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**, 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

TARNOVSKI, Flávio Luiz. “Pai é tudo igual?”: Significados da paternidade para homens que se autodefinem como homossexuais. In: PISCITELLI, Adriana; GREGORI, Maria Filomena; CARRARA, Sérgio (org.). **Sexualidade e saberes**: convenções e fronteiras. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 385-414.

4 CONEXÃO JUSTIÇA: DIREITO E COMUNICAÇÃO EM PROL DA EFICÁCIA DA JUSTIÇA!

Marcelle Altoé Duarte

RESUMO: O **Conexão Justiça** é um quadro, exibido dentro de um programa telejornalístico, que tem a proposta de levar informação jurídica à sociedade orientando os cidadãos em como proceder nas diversas situações que exigem uma análise da justiça! a constituição da república federativa do brasil de 1988 elenca, entre os direitos e garantias fundamentais, o direito à informação. em meio ao universo de leis disponível em um mundo cada vez mais efêmero, é preciso que o conhecimento jurídico saia do papel e chegue àqueles que mais necessitam. somente na prática a justiça é verdadeiramente conquistada! o quadro conexão justiça se propõe a isso: unir comunicação e direito em busca de uma sociedade cada mais informada e ciente dos direitos que possui nas mais variadas formas de convivência.

Palavras-chave: Direito à informação. Justiça. Comunicação. Imprensa. Jornalismo. Conhecimento Jurídico. Cidadão.

SUMÁRIO: Introdução. O direito à informação. A eficácia da justiça. Conexão justiça. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A mídia tornou-se referência e condutora do cotidiano da maioria das pessoas. É por meio de jornais, telejornais, sites eletrônicos e rádios que muitos guiam o dia-a-dia. Os assuntos bombardeados diariamente pelo chamado **quarto poder** são variados e nesse cenário encontram-se reportagens que se valem das experiências cotidianas e particulares de um indivíduo ou mais, para compor o assunto abordado.

Em meio ao universo de leis no qual a sociedade está obrigada a seguir, a comunicação realiza um papel fundamental. Afinal, não há serventia alguma as normas permaneceram aprisionadas ao papel. É preciso que o direito seja codificado e chegue àqueles que realmente precisam!

Somente na prática a justiça é verdadeiramente conquistada! E num mundo tão amplo de conhecimento, em várias áreas, a informação se comporta como uma companheira fiel! O quadro **Conexão Justiça** se propõe a unir comunicação e direito em busca de uma sociedade cada vez melhor!

Toda semana os telespectadores que acompanham o Tribuna Notícias primeira Edição, exibido diariamente pela TV Tribuna, afiliada do SBT no Estado do Espírito Santo, aprendem a respeito de um determinado assunto. Muitas vezes a pessoa acredita ter um direito que não têm, outras julga não possuir direito algum, mas possui vários!

Com o auxílio de profissionais que atuam a área jurídica, e, unindo duas profissões apaixonantes e de suma importância para a vida em sociedade, as reportagens do quadro **Conexão Justiça** ensina aos telespectadores a entender o direito que lhes cabe e, principalmente, como colocá-lo em prática!

O DIREITO A INFORMAÇÃO

O artigo 5º, XIV, da Carta Magna Brasileira, assegura a liberdade de informação como direito de informar e ser informado. “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Neste aspecto, o professor José Afonso da Silva, em comentários ao dispositivo em tela, assim se manifesta: “[...] o **interesse geral** consiste numa posição favorável a uma generalidade indefinida de pessoas, é o interesse indiferenciado de uma comunidade, permeia as individualidades sem se particularizar, **porque está acima ou para além do individual**.” (SILVA, 2010, grifo nosso).

O direito à informação: “diz respeito ao direito individual de comunicar fatos e **ao direito difuso de ser deles informado**” (BARROSO, 2004, grifo nosso). Ou seja, a liberdade de informar está relacionada com a divulgação de fatos, de certas qualidades objetivamente apuradas, e com a recepção das mensagens veiculadas.

Apesar de possuir um sentido constitucional de liberdade, a liberdade de informação não constitui pura e simplesmente um direito pessoal ou mesmo profissional, mas um direito coletivo, o de ser informado. Para um melhor entendimento, transcrevemos os dizeres de José Afonso da Silva:

O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que essencialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva. (SILVA, 2001, p. 259).

Citando, mais uma vez, os ensinamentos do ilustre constitucionalista, a liberdade de informação é “[...] o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular” (SILVA, 2001, p. 244). E continua no sentido de que:

[...] a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao sigilo profissional [...] (SILVA, 2001, p. 245)

Ainda no contexto do trabalho apresentado é de suma importância abordar a mídia televisiva. Para uma parcela considerável da sociedade, a televisão é o único meio de informação. São pessoas que não possuem tempo ou mesmo disposição para esmiuçar as páginas de um jornal ou de uma revista e se entregam totalmente à **magia** da notícia televisionada. “A televisão tem uma espécie de monopólio de fato sobre a formação das cabeças de uma parcela muito importante da população”. (BOURDIER, 1997, p. 23)

Ainda de acordo com o filósofo e sociólogo francês, Pierre Bourdier, que se debruçou sobre os estudos da dominação e da semiótica, entre eles os exercidos pela mídia em um determinado grupo social, a mensagem imposta pela mídia televisiva possui consequências positivas e/ou negativas “[...] dispondo dessa força excepcional que é a da imagem televisiva, os jornalistas podem produzir efeitos sem equivalentes.” (BOURDIER, 1997, p. 27)

Diante do exposto, entende-se ser a televisão o meio de comunicação que mais atrai olhares da sociedade e cria uma espécie de garantia real de veracidade. De acordo com estudiosos do tema, a TV possui incomparável influência na rotina da população ditando regras à massa receptora e mudando muitas condutas que haviam se instalado no meio social.

É nesse diapasão que se pauta o quadro **Conexão Justiça**. O objetivo do quadro veiculado em um programa telejornalístico é levar conhecimento jurídico, de forma clara e objetiva, para os mais diversos segmentos da sociedade como forma de auxílio à eficácia da justiça.

A EFICÁCIA DA JUSTIÇA

A resposta que se tem de uma pessoa que se diz lesada, inevitavelmente, é: **Eu quero justiça!**

Mas, infelizmente, em muitos casos, essa frase não passa de cópia. Palavras que foram ditas em situações semelhantes e que muitos cidadãos as repetem sem entender o real significado delas!

A palavra justiça remete ao significado de algo que está em conformidade com o que é direito, com o que é justo. Mas de nada adianta um amontoado de normas ditando o que é correto se a sociedade não possui o conhecimento do que elas representam.

Em meio ao universo de leis disponível em um mundo cada vez mais efêmero, é preciso que o conhecimento jurídico saia do papel e chegue àqueles que mais necessitam. Somente na prática a justiça é verdadeiramente conquistada!

De nada adianta um amontoado de regras se as diretrizes ficam reclusas a meros pedaços de folha. Cada cidadão deve entender o mínimo do que diz respeito a seus direitos e deveres para que possa colocá-los em prática.

A falta de informação, de conhecimento, favorece a injustiça! O quadro **Conexão Justiça** une comunicação e direito em busca de uma sociedade cada mais informada e ciente dos direitos que possui nas mais variadas formas de convivência.

Somente entendendo o que realmente lhe é direito é que o cidadão possuirá ferramentas para buscar o que lhe cabe e, assim, comemorar a verdadeira eficácia da justiça!

CONEXÃO JUSTIÇA

O quadro **Conexão Justiça** é um sonho idealizado há mais de dois anos e que saiu do papel em 30 de março de 2017.

Formada em Jornalismo pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), em 2005, e em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Vitória, em 2014, sou apaixonada pelas duas profissões e sempre tive o desejo de uni-las em prol da disseminação da informação jurídica.

Em praticamente doze anos atuando como repórter de TV pude comprovar na prática a carência das pessoas em conhecimento jurídico! Muitas foram as vezes que presenciei relatos de cidadão que perderam a oportunidade de exercer direitos fundamentais por não saber que lhes cabiam e, outros, por não saber o percurso a trilhar para buscá-los.

O **Conexão Justiça** impõe-se na literalidade das palavras que o compõem. Com a ajuda de profissionais da área jurídica, a grande maioria advogados, o quadro retrata o caso de um cidadão que serve de norte para tantos outros que se encontram em situação semelhante.

Com abordagens nos mais diversos ramos do direito, as reportagens buscam exibir um passo a passo do que deve ser feito em determinada situação para que a justiça seja conferida com eficácia.

A falta de fornecimento de remédios de alto custo, a execução de uma liminar judicial que ordena a troca de uma sonda endoscópica danificada, o direito à prisão domiciliar, questões sobre pensão alimentícia, guarda compartilhada, divórcio, direitos trabalhistas, previdenciário, do consumidor e tantos outros inerentes ao dia a dia da sociedade mais carente são o foco do quadro jornalístico.

Os telespectadores mantêm contato com o programa por meio de e-mail¹ e das redes sociais². As mensagens relatam diversos casos que são selecionados e posteriormente apresentados em reportagens jornalísticas com o auxílio de um profissional da área específica do direito.

O **Conexão Justiça** se traduz em uma consultoria jurídica com o objetivo de ensinar os telespectadores sobre os passos que devem seguir, bem valorizar o profissional que atua na área jurídica.

Mesmo em pouco tempo de exibição, a iniciativa já foi responsável por várias conquistas. Pessoas que nem sabiam que possuíam um determinado direito retornam com elogios para o conhecimento adquirido por meio do quadro.

Não há como negar que a informação é uma das mais brilhantes ferramentas para a conquista de grandiosas vitórias!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse breve relato, o presente trabalho busca ressaltar a importância da união entre comunicação de direito!

Não é justo que o cidadão permaneça alienado por falta de informações repassadas de forma clara, simples e precisa. É necessário instigar as pessoas a querer saber mais sobre os direitos que lhes cabem.

Utilizar de um meio tão popular como a televisão para ajudar àqueles mais necessitados os caminhos para se chegar à justiça é também uma forma de se garantir o direito à informação. Conforme já mencionado, a letra fria da lei não gera frutos se permanecer trancada em uma página de papel! É preciso traduzi-la e repassá-la de forma acessível para que o povo assimile de forma eficaz o sublime sentido de uma norma.

Essa é a missão do quadro **Conexão Justiça**!

¹ conexaojusticatn@gmail.com

² Facebook: Marcelle Altoé e Instagram: @marcelle_altoe

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05.10.88. Atualizada com as Emendas Constitucionais Promulgadas.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão/Pierre Boudieu; tradução, Maria Lúcia Machado**. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

BRASIL. Federação Nacional dos Jornalistas (org.). **Código de Ética Dos Jornalistas Brasileiros**. Vitória, 4 de agosto de 2007.

CURADO, Olga. **A Notícia na TV: O dia-a-dia de quem faz telejornalismo/ Olga Curado**. São Paulo: Alegro, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Comentários Contextual à Constituição**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, v. 3, 1997

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**, 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PINTO, Milton José. **Comunicação e discurso: introdução à análise de discursos**, 2. ed. São Paulo: Hacker Editores, 2002.

SANTAELLA, Lucia. **Comunicação e pesquisa: projetos para mestrado e doutorado**. São Paulo: Hacker Editores, 2001.

5 REFORMA MIGRATÓRIA BRASILEIRA: NOVOS DIREITOS, MULTICULTURALISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Cleide Aparecida Vitorino*

RESUMO: O presente artigo identifica a condição jurídica do migrante desde a sua entrada, regula sua residência e figura como novo sujeito de direitos, regulam a migração baseando-se nos princípios fundamentais da pessoa humana, caracterizando um microssistema jurídico constitucional, cria mecanismos de amparo e proteção aos migrantes, garantindo a efetivação de direitos e garante a formulação e implementação de políticas públicas especificamente para migrantes residentes. Institui também, várias condutas penais referentes à matéria migratória como repúdio à xenofobia, ao racismo e a outras formas de discriminação. Neste contexto, verifica-se que legislação migratória aprovada retrata um novo panorama jurídico, reconhecendo e protegendo direitos, outrora violados na norma anterior amparadas de direitos humanos por meio do repúdio e combate à xenofobia, ao racismo e a outras formas de discriminações; da não criminalização da imigração; da receptividade às demandas de refugiados e da sua acolhida humanitária; do respeito aos direitos de reunião familiar do imigrante, de documentação e identificação, e de acesso a serviços públicos; e da garantia do direito de participação social do imigrante. Contextualizam-se à norma parâmetros legais indicados pelos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Palavras-chave: Migrantes. Emigrantes. Multiculturalismo. Legislações migratórias. Direitos Humanos.

ABSTRACT: This article identifies the legal status of the migrant since his or her entry, regulates his or her residence and figure as a new subject of rights, regulates migration based on the fundamental principles of the human person, characterizing a constitutional legal system, creates mechanisms of protection and protection To migrants, guaranteeing the realization of rights and guarantees the formulation and implementation of public policies specifically for resident migrants. It also institutes various criminal proceedings concerning migratory matters as a repudiation of xenophobia, racism and other forms of discrimination. In this context, it is verified that approved immigration legislation portrays a new legal panorama, recognizing and protecting rights, once violated in the previous norm protected by human rights by repudiating and combating xenophobia, racism and other forms of discrimination; The non-criminalization of immigration; The receptivity to the demands of refugees and their humanitarian reception; Respect for immigrant's family reunion rights, documentation and identification, and access to public services; And the guarantee of the right of social participation of the immigrant. It configures to the norm legal parameters indicated by the international treaties and conventions of human rights.

* Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade UM – Moron, Mestranda em função Social do Direito na FADISP, Especialista em Direitos Humanos na temática étnico racial e assuntos migratórios, Pesquisadora do Núcleo Amanhar da ONG Casa das Áfricas, Especialista em Direitos Humanos pela Fundação Getúlio Vargas, Especialista em Direito Internacional em Diplomado Internacional em Direitos Humanos pela COGEAE/PUC/SP e da Escola Paulista de Magistratura - EPM, Pós-Graduada em Gestão em Políticas Públicas ministrado pela EACH USP LESTE, Especialização em Mediação e Arbitragem pela Fundação Getúlio Vargas, Delegada na COMIGRAR e advogada. Contato: clapvictorino_jus@hotmail.com

Keywords: Migrants. Emigrants. Multiculturalism. Migration legislation. Human rights.

SUMÁRIO: Introdução. Norma migratória: direitos humanos, multiculturalismo e diversidade cultural. Novo marco regulatório da Migração Brasileira – Lei n.º 13.445/2017. As garantias constitucionais fundamentais e infraconstitucionais. Novo marco regulatório da Migração Brasileira – Lei n.º 13.445/2017. As garantias constitucionais fundamentais e infraconstitucionais. Princípios Humanitários da Reforma Migratórias. Dos novos direitos aos migrantes. Os tipos penais descritos na Reforma migratória. Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

Migrar trata-se o direito de deslocamento e ou de locomoção do indivíduo no plano internacional contida na Declaração Universal de direitos do Homem¹ sendo que constitucionalmente o artigo 5º, inciso XV assegura a qualquer pessoa o direito de entrar, permanecer ou sair do país com seus bens respeitado os preceitos legais. Em decorrência do aumento de conflitos no mundo e as violações de direitos, sendo originários de países subdesenvolvidos tem feito “[...] populações inteiras tenham que deixar a terra de origem para escapar de contínuas atrocidades”. Deslocam-se em razão de diversos fatores econômicos, guerras, desastres ambientais, violência em busca de nova perspectiva em relação à qualidade de vida e a carência de perspectivas de desenvolvimento que impelem indivíduos e famílias ao refúgio, a fim de procurarem modo de sobrevivência em terras distantes, onde não é fácil encontrar boas condições de acolhida¹. Em “Por outra globalização: do pensamento único à consciência universal”, Milton Santos defendia que a globalização é um fenômeno reversível, que deve ser utilizado para o bem da humanidade, e ainda, demonstra que a globalização de ser, ou seja, outra globalização a serviço da cidadania (SANTOS, 2003, p. 13)².

Em 2014 realizou a 1ª Conferência Nacional de Migrações e Refúgio - Comigrar³ coordenada pelo Ministério da Justiça discorreu-se sobre toda a temática migratória, de maneira transversal, bem como dando visibilidade a ações das organizações não governamentais, associações e coletivos e profissionais de diversas áreas que atuam diretamente com os migrantes, sendo que foram protagonistas, direito de voz e empoderamento em face da discussão e reflexão de todos os direitos como pessoa⁴.

Diante do desastre ambiental ocorrido em 2010 no Haiti intensificou, ou seja, aumentou de forma considerável à entrada de migrantes haitianos, os quais amparados pelo Estado Brasileiro concedendo se visto em carácter humanitário.

Estima-se, contudo cerca de 1,2 milhões de migrantes no Brasil, o que representa menos de 1% da população do país, que contabiliza pouco mais de 206 milhões de habitantes hoje. Considerando que referentes brasileiros vivendo no exterior ultrapassam em cerca de 03(três) milhões de pessoas⁴.

¹ Pronunciamento do Papa João Paulo II na festividade **Dia Mundial dos Migrantes e Refugiados**, 1997.

² SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**, 10. Rio de Janeiro: Record, 2003.

³ I Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio realizada em 2014 na cidade de São Paulo teve parceria com o Ministério do Trabalho e Emprego e o Ministério das Relações Exteriores, com o apoio da Organização Internacional para as Migrações-OIM e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-PNUD e nas audiências públicas previu a realização à participação e mobilização dos atores locais que trabalham e convivem com diferentes contextos da temática migratória.

⁴ Declaração de Argel – Todos os povos do mundo têm o mesmo direito à liberdade, o direito, a libertar-se de toda trava estrangeira, e dar-se o governo que escolhemos, o direito, se estão subjugados, de lutar pela libertação, e o direito de contar, em sua luta, com apoio de outros povos.

Referente aos solicitantes de refúgio aumentou-se 2.868% abrangendo 8.863 refugiados de 79 nacionalidades, despontando cinco nacionalidades que mais requisitar refúgio em território brasileiro dentro elas estão representadas por sírios (2.298), angolanos (1.420), colombianos (1.100), congoleses (968) e palestinos (376); de acordo os dados do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) do Ministério da Justiça e Segurança Pública, referentes a abril de 2016.⁵

Abordaremos a condição jurídica do migrante no Brasil desde sua entrada no país, bem como todos os seus direitos e deveres em território nacional à luz a Lei 13.445/2017. Destaca-se que a reforma migratória reveste-se de preceitos constitucionais, estabelecendo-se direitos e deveres para migrantes e turistas no Brasil.

No seu texto reconhece o migrante, independentemente de sua nacionalidade, tratando-o como sujeito de direitos e promove o combate xenofobia e não discriminação como princípios da política migratória.

Prevê também, a modernização do sistema de recepção e registro de migrantes, incluindo o instituto de apátridas⁶, reconhecimento da contribuição histórica e contemporânea dos migrantes para ao desenvolvimento econômico e cultural.

Nesse diapasão, no capítulo I conceitua-se imigrante (inciso II), emigrante (inciso III), residente fronteiriço (inciso IV), visitante (inciso V) e apátridas (inciso IV) **Já no artigo 2º trata e reafirma a condição dos refugiados, asilados, agentes e pessoal diplomado ou consular, funcionários de organização internacional e seus familiares. Enquanto art. 3º dita princípios, garantias e diretrizes.**

No Capítulo II art. 5.º descreve a situação documental do migrante e do visitante; art. 6º a 25.º classifica os vistos, bem como os requisitos para obtê-los para entrada em território nacional; Art. 26 dispõe sobre instituto protetivo especial dos apátridas, consolidado em processo simplificado de naturalização;

No art. 27 indica descreve as formas de asilo político e como poderá ser outorgada como instrumento de proteção à pessoa; Art. 30, as hipóteses de concessão de residência autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiriço ou ao visitante.

No Capítulo II cita quais os documentos de viagem que devem ser apresentados e os tipos de vistos. Na seção III do Registro e da Identificação Civil do Imigrantes dos Detentores de Vistos Diplomático, Oficial e de Cortesia, sendo que no Capítulo III indicando a condição jurídica do migrante e do visitante

No Capítulo IV descreve os requisitos para entrada e da saída nas fronteiras em território nacional e ainda como procederá a Fiscalização Marítima, Aeroportuária e de Fronteira.

No Capítulo V elenca a medidas de retirada compulsória observando o disposto na Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, e nas disposições legais, tratados, instrumentos e mecanismos que tratem da proteção aos apátridas ou de outras situações humanitárias.

Vale destacar, que as vedações previstas no artigo 61 que não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão coletivas e também não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a sua vida ou a integridade pessoal.

⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. **Sistema de refúgio brasileiro: desafios e perspectivas**. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2JGgz3F>>. Acesso em: 6 maio 2017.

⁶ Significa não possuir nacionalidade ou cidadania, caracteriza-se por inexistência de vínculos legais entre o Estado e o indivíduo. São pessoas apátridas enfrentam numerosas dificuldades em seu cotidiano: não possuem acesso aos serviços de saúde e educação, direitos de propriedade e direito de deslocar-se livremente. Eles também são suscetíveis a tratamento arbitrário e a crimes como o tráfico de pessoas.

No capítulo VI explicita os requisitos para o optante de nacionalidade e das condições da naturalização, seus efeitos e a descrição dos casos de perda.

Descreve no capítulo VII a previsão e formulação de políticas públicas para emigrantes e indica também os direitos do emigrante descritos no Art. 78.⁷

NORMA MIGRATÓRIA: direitos humanos, multiculturalismo e diversidade cultural

Constitui um marco histórico de legitimação e da aplicação dos direitos humanos, sendo que as várias comunidades de migrantes residentes, bem como dos novos fluxos migratórios que são protagonistas da mobilidade humana que trazem no seu acervo a diversidade cultural – étnicas, religiosas, linguísticas evidenciam novos paradigmas de conceituação de cidadania impondo desafios ao Estado Brasileiro.

As organizações não governamentais, associações das diásporas e os coletivos que atuam na temática migratória preocupados com a cultura de abandono e ruptura da cultura do país de origem pautam pelo diálogo de culturas, bem a integração dos migrantes através da promoção, valorização, difusão das múltiplas culturas.

A visão de John Rawls⁸ defendia a universalização dos direitos, de maneira que haja respeito acerca das particularidades de cada povo e que dessa forma pode se ser considerada a concretização dos direitos humanos universais⁹.

O jurista Fabio Comparato¹⁰ estabelece que todos os seres humanos são dignos de respeito mútuo e que o princípio de igualdade entre os seres humanos é indiferente as indiferenças individuais ou grupais, podendo ser de ordem biológica ou cultural.

Atualmente em face da globalização e dos deslocamentos de pessoas por diversos fatores, tem-se intensificado os fluxos migratórios causando aos países receptores e acolhedores devem propiciar a todos seus cidadãos independentes de sua nacionalidade, propiciar diálogo intercultural, uma sociedade inclusiva e de respeito.

NOVO MARCO REGULATÓRIO DA MIGRAÇÃO BRASILEIRA: Lei nº 13.445/2017

A legislação¹¹ sancionada em 24 de maio de 2017 trata da situação jurídica dos migrantes em território brasileiro, bem como a proteção de brasileiros que viajam para o exterior, revogando integralmente a legislação anterior que continha traços do período do regime militar.

Com a aprovação legislação torna-se vanguarda na proteção dos direitos humanos em face dos migrantes revogando a Lei n.º 6815/1980¹² conhecida como Estatuto do Estrangeiro e também a Lei n.º 818/1949¹³ que trata da matéria nacionalidade.

⁷ Art. 78. Todo emigrante que decida retornar ao Brasil com ânimo de residência poderá introduzir no País, com isenção de direitos de importação e de taxas aduaneiras, os bens novos ou usados que um viajante, em compatibilidade com as circunstâncias de sua viagem, puder destinar para seu uso ou consumo pessoal e profissional, sempre que, por sua quantidade, natureza ou variedade, não permitam presumir importação ou exportação com fins comerciais ou industriais.

⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁹ Id. **Justiça e Democracia**. Martins Fontes, 1998.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹¹ Lei n.º 13.445/2017 dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. [...]

¹² Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências.

¹³ Regula a aquisição, a perda e a reaquisição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos.

Caracteriza-se um grande avanço no que se refere a proteção das garantias individuais aos migrantes e adota-se mecanismos de desburocratização, caracterizando a flexibilização, ou seja, a facilitação na expedição de documentos para migrantes e a regularização da sua situação em território nacional desde que apresente todos os documentos solicitados.

Vale destacar, que todos são iguais perante as leis e que Brasil é tem sua identidade formada por diversidade cultural em decorrência de vários fluxos migratórios que se radicalizaram de forma produtiva em território brasileiro de forma forçada e ou voluntariamente participando ativamente na economia.

Tipifica e criminaliza as novas formas contemporâneas de discriminações, face o aumento da que xenofobia e ainda, indica a formulação e execução de políticas públicas. Uma das características fundamentais dessa norma visa a implementação de uma política migratória que permite a residência do migrante, inserindo e integrando na sociedade.

Com a promulgação da legislação migratória verificamos que descarta-se a violação aos direitos humanos consolidados na norma anterior, vale notar a importância conferida pela Carta Magna Brasileira aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

A Carta Magna Brasileira vários direitos fundamentais consagra o princípio da cidadania¹⁴, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho.

Considerando que cidadania segundo Dalmo Dallari “expressa um conjunto de direitos que dá a pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo”¹⁵. Reportando –se a teoria dos direitos humanos engloba-se uma série de outros direitos, e conferido a qualquer pessoa utilizar e fruir de suas liberdades públicas, dos seus direitos socioeconômicos e dos direitos solidários.

Pode-se citar além dos direitos citados no artigo 1º, outros direitos, tais como o direito à vida, a privacidade, a igualdade, a liberdade, a liberdade de expressão, a locomoção, a religião, a segurança pessoal, à informação, à representação coletiva, à associação, a propriedade e seu uso social, à cultura, à educação, à saúde, ao meio ambiente equilibrado, ao asilo, ao devido processo legal, à presunção de inocência dentre outros.

Transcreve-se o artigo 5º da Constituição Federal: “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 [...]”.

De contexto constitucional o art. 5º, §2º, acrescentando-se através pela Emenda Constitucional 45/2004, assevera que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, conferindo as normas internacionais de proteção dos direitos humanos o nível de norma constitucional.

Transcreve *ad litteram* dos ensinamentos de Antônio Augusto Cançado Trindade:

¹⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

II - a cidadania;

III - cidadania e

IV - dos valores sociais do trabalho

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos e cidadania**, 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004, p. 12.

A disposição do artigo 5º, §2º, da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é Parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se ipso jure ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. [...] O propósito do disposto nos §§2º e 1º do artigo 5º da Constituição Federal não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional. [...] A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária, – não só representa um apego sem reflexão a uma postura anacrônica, já abandonada em vários países, mas também contraria o disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal brasileira. [...] O problema – permito-me insistir – não reside na referida disposição constitucional, a meu ver claríssima em seu texto e propósito, mas sim na falta de vontade de setores do Poder Judiciário de dar aplicação direta, no plano de nosso direito interno, às normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil. Não se trata de problema de direito, senão de vontade (*animus*).¹⁶

Proclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em todos seus enunciados que os direitos individuais e coletivos dos homens são tidos como universais e que devem ser válidos e exigíveis a qualquer tempo e em qualquer lugar, pois são fundamentais à própria natureza humana, em distinção de origem nacional.

Na questão o tratado constitutivo da Unasul¹⁷, firmado em 2008 e promulgado pelo Decreto 7.667/12¹⁸, contempla a causa migrante em seu artigo 3º, definindo entre outros objetivos da União, “[...] a cooperação em matéria de migração, com enfoque integral e baseada no respeito irrestrito aos direitos humanos e trabalhistas para a regularização migratória e a harmonização de políticas [...]”, além da “[...] consolidação de uma identidade sul-americana através do reconhecimento progressivo de direitos a nacionais de um Estado Membro residentes em qualquer outro Estado Membro, com o objetivo de alcançar uma cidadania sul-americana”.

O Estado Brasileiro signatário e ratificou algumas Convenções de Direitos Humanos promovidas pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Organização dos Estados Americanos (OEA) dentre elas: a Convenção 111 da OIT EM 1964, por meio do Decreto 104 que trata da discriminação em matéria de emprego e profissão; a Convenção pela Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, da ONU; e a Convenção pela Eliminação de todas as formas de discriminação contra Mulher e Convenção sobre os Direitos da Criança refere-se a assuntos sobre crianças e adolescentes; Convenção relativo ao estatuto dos Refugiados.¹⁹

¹⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 624.

¹⁷ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. União de Nações Sul-Americanas. [2015?]. Disponível em: <<http://bit.ly/2sZo4Zd>>. Acesso em: 6 maio 2017.

¹⁸ União de Nações Sul-Americanas (UNASUL). Disponível em: <<http://bit.ly/2HNe5uI>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

¹⁹ Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e

PRINCÍPIOS HUMANITÁRIOS DA REFORMA MIGRATÓRIAS

Foram incluídos diversos princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam o contexto migratório no território brasileiro, bem como define a estrutura básica, fundamentos e bases da legislação migratória. São os alicerces da reforma migratória aprovada traçando os direitos e deveres dos migrantes. Indica à conceituação e outros princípios de amparo e segurança jurídica.

Assim a reforma migratória brasileiro que entrará em vigor 180 dias após sua aprovação e publicação, apresenta um conjunto de regras e princípios básicos que regulam os direitos dos migrantes em território brasileiro.

Vale indicar que a legislação sancionada disciplina o controle migratório no Brasil revoga integralmente o Estatuto do Estrangeiro²⁰ e a lei que regulava a naturalização e opção de nacionalidade e inclui os seguintes princípios:

- a) Princípio da Interdependência descreve os direitos fundamentais estão vinculados uns aos outros, não podendo ser vistos como elementos isolados, devem ser vistos na sua totalidade;
- b) Princípio da Universalidade e Indivisibilidade dos direitos humanos tendo em vista que os direitos e garantias fundamentais vinculam-se ao princípio da liberdade, conduzido pela dignidade da pessoa humana, os mesmos devem possuir como sujeito ativo, todos os indivíduos, independente da raça, credo, nacionalidade, convicção política, a coletividade jurídica em geral, podendo pleiteá-los em qualquer foro nacional ou internacional;
- c) Princípio da não discriminação prevê a Lei nº 12.288/10 foi instituída o Estatuto da Igualdade Racial que se considera discriminação racial “[...] toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo, ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais.”²¹
- d) Acesso de forma igualitária e livre a serviços, programas e benefícios sociais;
- e) Não criminalização da imigração caracteriza-se pelo reconhecimento dos migrantes como **sujeitos de direitos** e a fomentação de programas e políticas públicas revestidas de amparo aos direitos humanos, bem como respeito à dignidade da pessoa humana;
- f) Direito de manifestação política sendo que o Estatuto do Estrangeiro proibia imigrantes de participarem de qualquer atividade de natureza política, efetiva na norma a garantia o direitos dos migrantes se associarem, a reunir-se e filiarem a sindicatos.

Apátridas. Entrou em vigor em 22 de abril de 1954, de acordo com o artigo 43. *Série Tratados da ONU*, nº 2545, v. 189, p. 137.

²⁰ Lei nº 6815/1980.

²¹ Artigo 1º, § 1º da Lei nº 12.288/2010 - Institui Estatuto da Igualdade Racial.

Nos termos constitucionais veda-se o alistamento eleitoral de estrangeiros, bem como o alistamento eleitoral, permitido tão somente os que optarem pela naturalização brasileira.²²

- g) Princípio de proteção ao trabalhador migrante desde que preencha todos os requisitos legais exigidos pelo conselho profissional para atuação;
- h) Princípio constitucional de igualdade de tratamento e de oportunidade aos migrantes;
- i) Princípio fundamental de não devolução (*non-refoulement*) conforme indica a legislação brasileira que trata do refúgio (Lei 9474/1997).

Vale indicar que no período de janeiro de 2015 até abril de 2016, foram mantidos numa área reservada do Aeroporto Internacional de Guarulhos em São Paulo - espaço conhecido como Conector 1814 migrantes, sendo que 494 eram solicitantes de refúgio e outros foram considerados inaptos de ingressar em território em território, justificando que não preenchiam os requisitos de admissibilidade (Lei 9474/1997).

DOS NOVOS DIREITOS AOS MIGRANTES

A legislação é inovadora e baseia-se em princípios e diretrizes de acordo fundamentos aos direitos humanos garantindo-se igualdade de tratamento como os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade assegurando os direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos dispostos artigo 4.º, caput e inciso I.

Ampliam-se a atuação das Defensorias, o acesso à informação²³, à justiça, à confidencialidade quanto aos seus dados pessoais e o devido processo legal, bem como a formulação de políticas públicas, bem como sua implementação.

Prevê-se também a isenção de taxas e emolumentos em casos de vulnerabilidade descritos na norma (refugiados, vistos humanitários e os declarantes de hipossuficiências econômicos), bem como acesso aos serviços públicos e programas e ou benefícios assistenciais.

Tal legislação possibilitará a expedição de forma simplificada e desburocratizada a emissão de carteiras de identificação em decorrência da autorização da residência, sendo que deverá realizada o cadastramento biométrico.

Destaca-se que ainda que foi aprovada à proposta de emenda à Constituição n.º 25/2012 que se refere à alteração dos artigos 5º, 12 e 14 da Constituição Federal que possibilita aos estrangeiros residentes, prevalecendo o princípio de igualdade de tratamento e direitos inerentes aos brasileiros à capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições municipais.²⁴

²² Artigo 14, *caput* da Constituição Brasileira de 1988.

²³ Nos termos da Lei n.º 12,527, de 18 de novembro de 2011.

²⁴ SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 25, de 2012**. Brasília, 6 set. 2017.

OS TIPOS PENAIIS DESCRITOS NA REFORMA MIGRATÓRIA

A Reforma Migratória aprovada dispõe como deve ser realizado controle migratório em território brasileiro, exercitado pela fiscalização nas fronteiras, devendo-se respeitar a emigração (direito de sair) e a imigração (ato de entrar), de forma humanitária de acordo com os dispositivos legais.

Aplica-se o item 2 do artigo 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992, que “[...] toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive próprio”.

Contextualiza a lei n.º 13.445/2017 altera o Código Penal Brasileiro²⁵ como crimes de promoção de migração ilegal e nos crimes transnacionais identificados como o tráfico internacional de pessoas e contrabando de migrantes, não deixando de declinar à exploração dos migrantes nas atividades laborativas, à aquelas exercidas de forma escravizada.

Vale registrar que para a caracterização do crime de promoção de migração ilegal, ocorria na legislação anterior Lei n.º 6815/1980 com a limitação da entrada ao território físico. Verificado pelos órgãos de fiscalização de fronteiras que exercem o controle da entrada de pessoas no território brasileiro.

A norma aprovada contempla novas figuras criminosas e estabelece normas para a entrada de estrangeiros no País, define os casos em que um estrangeiro será impedido de entrar no Estado Brasileiro, indicando os casos e em que será impedida o ingresso como²⁶:

- quando anteriormente tenha sido expulsa do Brasil e enquanto vigorarem os efeitos da expulsão;
- quando constar condenação judicial ou estiver respondendo judicialmente por ato de terrorismo ou por crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão;
- quando condenação ou responder por processo em outro país por crime doloso passível de extradição, segundo a lei brasileira;
- quando constar restrições por ordem judicial ou por compromisso assumido pelo Brasil perante organismo internacional;
- quando na apresentação de documentação não válido em território brasileira, ou conste rasuras ou indício de falsificação;
- a não apresentação de documento de viagem ou documento de identidade, quando admitido;
- quando apresentar documentos solicitados que constem comprovadamente fraude, bem como falsas informações;

Conste no texto art. 45 nos casos de deportação, a repatriação e a expulsão serão dirigidas para o país de nacionalidade ou de procedência do migrante ou do visitante ou para outro que o aceite, em observância às convenções.

Vale destacar que proíbe-se a deportação, a repatriação e a expulsão coletiva e que deverão ser tratados individualmente, com garantia de ampla defesa e devido processo legal,

²⁵ BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, Poder Executivo, 31 dez. 1940.

²⁶ PIOVESAN, Eduardo; NOBRE, Noéli. Projeto define casos em que estrangeiro será impedido de entrar no Brasil. *Câmara Notícias*, Brasília, 7 dez. 2016. Relações Exteriores. Disponível em: <<http://bit.ly/2Mp59iq>>. Acesso em: 6 maio 2017.

expressa a legislação que deverão ser acompanhados pelas Defensorias, bem notificará as representações consulares do país de nacionalidade.

Declina também que nos casos dos apátridas, o procedimento de deportação deverá ter previa autorização da autoridade competente.

Ao expulsar imigrante condenado por crimes de genocídio, de crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou de agressão; ou de crime doloso passível de pena de liberdade não se efetivará pelas seguintes motivos:

- a) tiver filho brasileiro sob sua guarda ou dependência;
- b) se tiver cônjuge ou companheiro;
- c) se tiver ingressado no Brasil até os 12 anos ou tiver mais de 70 anos.

Não se concedera o asilo político nos crimes de genocídio e acrescentando os de terrorismo, sendo que o instrumento e de extradição.

POLITICAS MIGRATÓRIAS IMPLEMENTADAS ANTERIOR A APROVAÇÃO DA LEI DA MIGRAÇÃO

Antecipou o município de São Paulo aplicando ações e programas de proteção dos direitos dos migrantes e daqueles com **status** de refugiados, com envolvimento de vários setores institucionais no âmbito municipal.

Foi sancionado em 2016 uma política migratória municipal direcionada para a população migrante da cidade de São Paulo, que optarem por residir no município e que estabelece diretrizes e princípios revestidas dos direitos fundamentais dos direitos humanos e efetivando o princípio da dignidade humana.

Foi elaborada e organizada pelo Comitê Inter setorial de Política Municipal para População Imigrante, composto por representantes de instituições públicas e da sociedade civil, tendo a finalidade de promover e articular as políticas públicas migratórias no município, de forma transversal e recolhendo as perspectivas e levantamento de migrantes.

Foram oferecidas e promovidas pelas por instituições públicas e organizações não governamentais, da sociedade civil cursos do idioma de língua portuguesa direcionados aos migrantes e com **status** refugiados.

Prioriza a participação dos migrantes do Conselho Municipal Participativo através da norma nº 16.478/2016, baseando-se pelo Estatuto de Paris que se descreve deve ter a participação da maioria das pessoas ou de grupos que estejam em situação de vulnerabilidade.²⁷

Foi implementada com diálogo permanente entre o Poder Público e a sociedade civil, em especial por meio de audiências, consultas públicas e conferências.

²⁷ PRINCÍPIOS DE PARIS. Princípios relativos ao estatuto das instituições nacionais para a promoção e Proteção dos direitos humanos, Composição e garantias de independência e pluralismo. 1. A composição da instituição nacional e a nomeação dos seus membros, seja através de eleição ou de outro meio, devem ser estabelecidas de acordo com um procedimento que ofereça todas as garantias necessárias para assegurar a representação pluralista das forças sociais (sociedade civil) envolvidas na promoção e proteção dos direitos humanos, particularmente através de poderes que tornem possível o estabelecimento de cooperação efetiva com, ou através da presença de representantes de: g) Tendo em conta o papel fundamental desempenhado pelas organizações não governamentais na potenciação do trabalho das instituições nacionais, desenvolver relações com organizações não governamentais dedicadas à promoção e proteção dos direitos humanos, ao desenvolvimento económico e social, ao combate ao racismo, à proteção de grupos particularmente vulneráveis especialmente crianças, trabalhadores migrantes, refugiados, pessoas com deficiências físicas e mentais) ou a áreas especializadas.

§ 1º Deverá ser criado, no âmbito da Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania, o Conselho Municipal de Imigrantes, com atribuição de formular, monitorar e avaliar a Política instituída por esta lei, assegurada composição paritária entre o Poder Público e a sociedade civil.

§ 2º Os representantes da sociedade civil deverão ser, em sua maioria, imigrantes e serão escolhidos por eleição aberta e direta, em formato a ser definido na regulamentação desta lei.

Em 2014 houve eleição de migrantes com a função de representação e de controle social do planejamento, fiscalização das ações e gastos públicos nas regiões, e sugerem ações de políticas públicas. São cargos consultivos, não tendo poder decisório, suas propostas podem auxiliar a gestão pública.

Na última eleição, realizada em 2015, foram eleitos 31 conselheiros migrantes nas 26 subprefeituras do município de São Paulo. Normatiza o Decreto No. 54.645/2013 instaura a possibilidade de que os migrantes possam ser eleitos para participar dos Conselhos Participativos Municipais das subprefeituras da cidade de São Paulo.²⁸

Os conselhos são compostos de conselheiros eleitos em suas respectivas subprefeituras, reservando ao menos um lugar extraordinário aos migrantes.²⁹

PROJETO DE LEI Nº 975, DE 2017

Institui a Política Estadual para a População Migrante, dispõe sobre seus objetivos, princípios, diretrizes e ações prioritárias, bem como sobre o Conselho Estadual de Migrantes, Refugiados e Apátridas de São Paulo³⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo identifica a condição jurídica do migrante desde a sua entrada, regula sua residência e figura como novo sujeito de direitos, regulam a migração baseando-se nos princípios fundamentais da pessoa humana, caracterizando um microssistema jurídico, cria mecanismos de amparo e proteção aos migrantes, garantindo a efetivação de direitos.

A necessidade da implantação de políticas específicas que visem fomentar e dar visibilidade, garantindo o exercício da cidadania por parte do migrantes. Ocorre que de forma fragmentada, explicando melhor referente os direitos políticos somente foi permitido o direitos de manifestar-se, de associar-se e sindicalizar-se, mantendo a restrição ao alistamento e a participação do sufrágio permitido tão somente aos nacionais e naturalizados.

Ampliou-se as atribuições das Defensorias atuando como tutela de migrantes, principalmente autuação extrajudiciais e no contenciosa, fortalecendo e superando as questões que aprofundem a vulnerabilidade dos migrantes.

²⁸ SÃO PAULO (Estado). Lei Municipal nº 15.764, de 27 de maio de 2013. *Diário Oficial do Estado*, São Paulo, 28 maio 2013. É reconhecido pelo governo municipal como espaço consultivo e de representação da sociedade no território das 32 subprefeituras que formam a cidade. Sua função é exercer controle social e assegurar a participação social na planificação e fiscalização das ações e dos gastos públicos, assim como sugerir ações e políticas públicas nos territórios.

²⁹ Id. Decreto Municipal nº 56.353, de 24 de agosto de 2015. *Diário Oficial do Estado*, São Paulo, 25 ago. 2015.

³⁰ SÃO PAULO (ESTADO). Projeto de Lei nº 975/2017. *Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo*, São Paulo, 21 out. 2017.

A nova reforma migratória que estabelece normas para a entrada de migrantes no País determina que o brasileiro emigrante seja favorecido por políticas públicas que garantam: a proteção e a prestação de assistência consular; os serviços consulares relativos às áreas de educação, saúde, trabalho, previdência social e cultura; a atuação diplomática, nos âmbitos bilateral, regional e multilateral; a ação governamental integrada; e a melhoria na assistência ao emigrante.

REFERÊNCIAS

BICHARA, Jahyr-Philippe. Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 7-30, jan./mar. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5-19.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 6.815, de 17 de agosto de 1980. Define a Situação Jurídica dos Estrangeiros. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 ago. 1980.

_____. Ministério da Justiça. **Migrantes, apátridas e refugiados**: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil. Brasília: IPEA ; MJ, 2015. (Série Pensando o Direito ; 57). Disponível em: <<http://bit.ly/2JERpm4>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Direitos Humanos**: Documentos Internacionais. Brasília: Presidência da República; Ministério da Justiça, 2006.

_____. Secretaria Nacional de Justiça **Tráfico de pessoas**: uma abordagem para os direitos humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/2t962Dd>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, 2. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1998.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci; FRANZINA, Emílio; CROCI, Federico (org.). **História do trabalho e histórias da imigração**: trabalhadores italianos e sindicatos no Brasil (Séculos XIX e XX). São Paulo: EdUSP, 2010.

COMISSÃO DE ESPECIALISTAS (Portaria MJ nº. 2162/2013). **Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil**. Brasília: Friedrich Ebert Stiftung, 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/2tbkHxE>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

CONFERÊNCIA NACIONAL SOBRE MIGRAÇÕES E REFUGIO (COMIGRAR). **Relatório Final**: Post etapa nacional. Brasília: COMIGRAR, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE), **Resultados gerais da amostra**: errata migração. Disponível em: <<http://bit.ly/2ydC5Ya>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. **Séries Históricas e Estatísticas**: Migrações - Estrangeiros e naturalizados nos Censos Demográficos. Disponível em: <<http://bit.ly/2t6H0Es>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS HUMANOS (IPPDH) DO MERCOSUL. **Ganar derechos**: Lineamientos para la formulación de políticas públicas basadas en derechos. Buenos Aires: IPPDH, 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/2tbLSZ4>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

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

SANTOS, Milton. **Por uma globalização**: do pensamento único à consciência universal, 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SÃO PAULO (Cidade). Coordenação de Políticas para Migrantes (CPMI). **Mapeamento dos cursos de português para imigrantes na cidade de São Paulo**. São Paulo: CPMig, 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2l9Cfqj>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. Coordenação de Políticas para Migrantes (CPMI). **Mapeamento dos grupos de imigrantes ou ligados à temática migratória no Município de São Paulo**. São Paulo: CPMig, 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2t5hFLg>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. **Documento final da 1ª Conferência municipal de políticas para migrantes**: somos todos migrantes, São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/2LOSyKT>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. **Programa de metas 2013-2016**: Meta 65: Criar e implantar a Política Municipal para Migrantes e de Combate à Xenofobia. Disponível em: <<http://bit.ly/2HTbX4r>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. Projeto de Lei nº 5.655, de 20 de julho de 2009. Dispõem sobre o ingresso, permanência e saída de estrangeiros no território nacional, o instituto da naturalização, as medidas compulsórias, transforma o Conselho Nacional de Imigração em Conselho Nacional de Migração, define infrações e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, São Paulo, 21 jul. 2009.

6 DESAFIOS DA ADVOCACIA NO SUAS: SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

Quinara Resende Pereira da Silva Viana*

A NOB/RH/SUAS-Norma Operacional Básica/Recursos Humanos/Sistema Único de Assistência Social, dispõe sobre a integração do profissional da advocacia no âmbito da Política de Assistência Social, visando sua participação nas políticas públicas de proteção social. Construir um país mais justo para todos é missão da advocacia em defesa dos direitos fundamentais que são os pilares da democracia e concretização da cidadania. Os profissionais da advocacia compõem obrigatoriamente as equipes de referência que atendem as especificidades dos serviços socioassistenciais e as funções essenciais de gestão do SUAS-Sistema Único de Assistência Social.

O artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos dos seus 78 incisos e parágrafos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a assistência social tornou-se política pública garantidora de direitos de forma diária e contínua. Houve a consolidação do direito social priorizando a prevenção denominada Proteção Social Básica disciplinada pela NOB/SUAS- Norma Operacional Básica/Sistema Único de Assistência Social, que garantiu a regulamentação da Assistência Social como proteção social e de acesso universal aos cidadãos brasileiros compreendendo um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

O SUAS é um sistema público não contributivo, descentralizado e tem por função a gestão do conteúdo específico da assistência social no campo da proteção social brasileira (NOB; SUAS, 2012).

No ano de 2009, houve a necessidade de se classificar a gestão em níveis de complexidade e tipificar os serviços socioassistenciais através da Resolução n. 109, de 11 de novembro. Foram priorizadas ações, projetos, serviços e programas modificando através da Lei 12.101/2009 a regulamentação da concessão de habilitação das entidades beneficentes de assistência social.

Diante dos avanços se fez necessário o CNAS - Conselho Nacional de Assistência Social, através da Resolução 33, de 12/12/2012, aprovar a nova NOB-Norma Operacional Básica, considerando a assistência social um conjunto de ações, cuidados, atenções, benefícios e auxílios ofertados pelo SUAS- Sistema Único de Assistência Social que visam prevenir e reduzir as vulnerabilidades sociais que afetam a dignidade humana.

* Possui graduação em DIREITO - Uni-Anhanguera (1999). Advogada - ADVOCACIA & CONSULTORIA JURIDICA, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil-Tocantins sob o número 1853. com endereço profissional a Avenida Carlos Braga, 1451, Setor Aeroporto, CEP. 77500-000, Porto Nacional-Tocantins. Pós-graduada em História Social pela UNITINS-2002, Pós-Graduada em Violência Doméstica contra crianças e adolescentes pela USP-2004 e Pós-Graduada em Civil e Processo Civil pela UNITINS-2007. Mediadora e Conciliadora cadastrada no Conselho Nacional de Justiça. Vice-Presidente do IBDFAM-TO- Instituto Brasileiro de Direito de Família do Estado do Tocantins. Membro da Diretoria OAB- Subseção Porto Nacional-Tocantins. Advogada integrante da equipe de referência do CREAS-Centro de Referência Especializado de Assistência Social-Porto Nacional-Tocantins.

São consideradas normas e diretrizes para estruturação da Política de Assistência Social: a Política Nacional de Assistência Social (PNAS) de 2004, a Norma Operacional Básica-NOB/SUAS de 2005 e a NOB/RH/SUAS, de 2006.

As equipes de referência (categorias profissionais de nível superior) foram reconhecidas pela Resolução CNAS N.º 17, de 20/07/2011 e NOB/RH/SUAS de 2006. Atendem as especificidades dos serviços socioassistenciais e as funções essenciais da gestão do SUAS.

Os profissionais compõem obrigatoriamente as equipes de referência da proteção Social Especial de Média Complexidade- assistente social, psicólogo e profissional da advocacia que atuam no CREAS- Centro de Referência Especializado de Assistência Social.

O Centro de Referência de Assistência Social - CREAS - é uma unidade pública estatal de abrangência municipal ou regional, referência para a oferta de trabalho social a famílias e indivíduos em situação de risco pessoal e social.

O profissional da advocacia é essencial a justiça: prerrogativa concedida na Constituição Federal de 1988.

Com a aprovação da Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do Sistema Único de Assistência Social - NOB-RH/SUAS, tornou-se necessário na composição das equipes o profissional da advocacia como um dos técnicos que compõe a equipe de referência do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS). É sua atribuição executar ações no âmbito da Proteção Social Especial de Média Complexidade que oferta atendimento especializado a famílias e indivíduos que vivenciam situações de vulnerabilidade, com direitos violados, geralmente inseridos no núcleo familiar. Tornou-se obrigatória esta composição com a edição da Resolução CNAS n.º 17, de 20 de dezembro de 2011.

É necessário realizar um levantamento da quantidade de profissionais da advocacia atuando no âmbito da Política de Assistência Social. A Política de Assistência Social é garantia de direitos e estes direitos devem chegar de forma plena aos usuários do SUAS-Sistema Único de Assistência Social.

Propõe-se a atualização nos currículos dos cursos de graduação e pós-graduação em direito, no âmbito de ensino, pesquisa e extensão a inclusão da disciplina Política de Assistência Social.

REFERÊNCIAS

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

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Resolução Conselho Nacional de Assistência Social nº 17, de 20 de junho de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, n. 118, 21 jun. 2011.

_____. _____. Resolução Conselho Nacional de Assistência Social nº 33, de 12 de dezembro de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 dez. 2012.

_____. **Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do SUAS/NOB/RH/SUAS**. Brasília: MDS, 2009.

_____. **Política Nacional de Assistência Social PNAS/2004 e Norma Operacional Básica NOB/SUAS**. Brasília: MDS, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Maria Paula Gomes dos. **O Estado e os problemas contemporâneos**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012.

7 ATIVISMO JUDICIAL PERANTE A FALÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Gabriel Coelho Pontin*

RESUMO: Objetiva-se com o presente trabalho analisar a ineficácia das políticas sociais e econômicas de saúde implementadas pelo Estado. Essa apreciação é necessária em razão do excessivo número de demandas judiciais que visam a execução de serviços e ações de saúde, os quais deveriam ser fornecidos pelo Poder Executivo, mas na maioria das vezes não o são. Nesse contexto, uma vez que a afronta ao direito à saúde é também uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal de 1988, a inércia do Poder Executivo reclama a irremediável atuação do Poder Judiciário. Isto posto, para melhor análise abordaremos a evolução das políticas públicas atualmente em vigor, bem como os motivos que as impedem de ser integralmente aplicadas, especialmente a alegação estatal da ‘Teoria da Reserva do Possível’, para, por fim, discorrermos sobre a postura ativista adotada pelo Poder Judiciário, ante a ineficácia do Executivo no cumprimento da ordem constitucional.

Palavras-chave: Saúde pública. Teoria da reserva do possível. Políticas públicas. Ativismo judicial.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988, trouxe em seu artigo 196 o direito à saúde, conferindo-o aos cidadãos e atribuindo ao Estado o dever de implementar políticas sociais e econômicas para seu acesso, as quais deveriam materializarem-se em ações e serviços de saúde.

Partindo dessa premissa, é imprescindível contextualizar o leitor acerca do atual cenário das políticas públicas (sociais e econômicas) e sua implementação e evolução em nossa pátria.

Por derradeiro, será exposto a atividade desempenhada pelo Poder Executivo e pontuadas as medidas adotadas atualmente no resguardo ao direito constitucional fundamental à saúde, assim como as causas de sua ineficiência prestacional.

Tal ineficiência resta demonstrada pelo excessivo número de demandas judiciais em que se pleiteiam serviços e ações de saúde, os quais deveriam ser fornecidos diretamente e de forma mais acessível pela via administrativa, conforme a Constituição prevê. Contudo, em vários casos, o cidadão brasileiro vê-se obrigado a buscar guarda e efetivação de seu direito perante o Poder Judiciário.

Assim, se impõe a necessária abordagem da efetividade das atuais políticas sociais e econômicas que viabilizam – ou ao menos deveriam viabilizar – o acesso do cidadão aos serviços e ações de saúde, vez que todo cidadão ostenta uma garantia constitucional fundamental, qual seja, o direito à uma vida digna, materializado no direito à saúde.

* Graduando em Direito pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).

POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos sociais são reconhecidos como direitos fundamentais de segunda dimensão, **correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material, e não meramente formal)** (LENZA, 2014).

A implementação das políticas públicas consiste em uma das mais importantes formas de efetivação desses direitos de segunda dimensão, vez que no Estado Liberal os direitos eram assegurados apenas formalmente. Assim, tais políticas surgiram como instrumentos de ação do Estado.

Acontece que, por exigirem uma prestação material, as políticas sociais encontram limitações de recursos. Diante disso, afirma Liberati (LIBERATI, 2013, p. 91) que **sem um aporte qualificado de recursos financeiros, é impossível executarem-se serviços públicos**.

Dessa forma, vislumbra-se, *a priori*, um conflito entre interesses e possibilidades. De um lado os recursos finitos do Estado disponíveis para implementação das políticas assistenciais **reserva do possível** enquanto do outro lado, o direito ao mínimo existencial, desinente do princípio da dignidade da pessoa humana.

No período compreendido entre 1897 e 1930, dentre demasiadas atribuições do Ministério de Justiça e Negócios Interiores, encontrava-se a saúde, sendo que neste período a prestação de saúde limitava-se ao saneamento e controle de endemias.

O Decreto nº 4.682/1923 instituiu as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAP's) aos ferroviários, que ofereciam, além de certos benefícios previdenciários, assistência médica, exclusivamente aos trabalhadores das empresas que haviam instituído as Caixas de Aposentadorias e Pensões.

Um dos primeiros atos do governo provisório de Getúlio Vargas foi a criação em 14 de novembro de 1930 do Ministério da Educação e Saúde Pública. (BRASIL, 2015). “Porém, segundo alguns analistas da reforma administrativa, nesse período acabaram por não passar de meros atos formais” (WAHRLICH apud HOCHMAN, 2005, p. 127-141).

As CAP's vigeram até sua unificação aos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP's), em 1933, sendo os institutos autarquias de nível nacional (WAHRLICH apud HOCHMAN, 2005, p. 127-141). Contudo, a assistência médica ainda era restrita aos contribuintes.

Posteriormente, a Lei nº 1.920/53 desmembrou o Ministério da Educação e Saúde. O então Ministério da Saúde era responsável por organizar as ações coletivas de saúde, de forma preventiva (BRASIL, 2003).

Com a promulgação do Decreto-Lei 72/66, houve a fusão dos IAP's, surgindo o Instituto Nacional de Previdência Social, ou INPS, “[...] com personalidade jurídica autárquica e vinculado ao Ministério do Trabalho e Previdência Social” (INSTITUTO..., 2015). O fornecimento de assistência médico-hospitalar continuou exclusivo dos trabalhadores celetista.

O marco da universalização do atendimento foi o Plano de Pronto Ação (PPA), disponibilizando atendimento ambulatorial a toda população, nos casos de urgência (PAULUS JÚNIOR; CORDONI JÚNIOR, 2006, p. 13-19).

A Lei nº 6.229/75 instituiu o Sistema Nacional de Saúde, visando expandir e regulamentar a participação dos Municípios nos serviços de saúde. Ocorre que, em razão da importância que a lei deu aos atendimentos de pronto socorro, os investimentos em atendimentos primários foram baixos (PAULUS JÚNIOR; CORDONI JÚNIOR, 2006, p. 13-19).

O Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento (PIASS), instituído no ano de 1976, tinha como objetivo estender ao Nordeste os serviços de saúde, em específico os de atenção primária.

Promulgada em 01.09.1977, a Lei nº 6.439 instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), integrando as seguintes entidades: INPS; INAMPS; LBA; FUNABEM; DATAPREV; IAPAS e CEME.

Em 1978 ocorreu o primeiro encontro do setor municipal de saúde na cidade de Campinas, concluindo ser a Atenção Primária de Saúde (APS) prioridade dos Municípios, restando aos Estados e à União a parcela dos atendimentos secundários e terciários, ou seja, os de maiores complexidades (PAULUS JÚNIOR; CORDONI JÚNIOR, 2006, p. 13-19).

Na década de 80 houve a realização da VII Conferência Nacional de Saúde, a qual propôs a formulação do Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde (PREV-SAÚDE) que tinha por objetivo a expansão e aplicação do PIASS, que até então encontrava-se adstrito ao Nordeste. Conquanto, sua aplicabilidade viu-se obstada pela crise previdenciária enfrentada no ano de 1981.

É nesse contexto que, no início dos anos 80, foi criado o Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária (Conasp), com a função de analisar, racionalizar os gastos e buscar soluções para melhoria da assistência médica (HISTÓRIAS..., 2012).

Em 1982, o CONASP instituiu o Plano de Reorientação da Assistência à Saúde no Âmbito da Previdência Social, e uma das propostas oriundas desse plano foi o Programa das Ações Integradas de Saúde, ou, como ficou conhecido, Ações Integradas de Saúde (AIS), o programa

[...] mostrou-se como a principal saída para a universalização do direito à saúde e significou uma proposta de “integração” e “racionalização” dos serviços públicos de saúde e de articulação destes com a rede conveniada e contratada, o que combinaria um sistema unificado, regionalizado e hierarquizado para o atendimento (FIGUEREDO NETO et al., 2010. v. 3, p. 76).

A VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada nos dias 17 a 21 de março de 1986, pautou-se na necessidade de uma reforma abrangente no âmbito da saúde, a qual ficaria sobre responsabilidade de um novo órgão federal. Uma das discussões foi a unificação do INAMPS com o Ministério da Saúde, ao passo que as ações da seguridade social ficariam a cargo da Previdência Social, afastando-se dela a responsabilidade quanto à saúde (FIGUEREDO NETO et al., 2010. v. 3, p. 76).

Com influência da supratranscrita conferência, no ano de 1987 houve a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), sendo esse um convênio entre o INAMPS e os governos estaduais que vigeu até 1990 e foi base para o Sistema Único de Saúde (SUS), que teve sua regulamentação normatizada pela Lei 8.080/90. (HISTÓRIA..., 2006).

A CF/88 marcou a transição para a assistência integral (preventiva e curativa) e estabeleceu como universal o direito à saúde. Além disso, constituiu dever do Estado a implementação de políticas públicas de saúde.

Em atenção às diretrizes constitucionais e legais, a implementação do sistema e a execução das ações e serviços de saúde devem ser orientadas pelos princípios da Universalidade¹, Equidade² e Integralidade³, a fim de se construir um sistema “[...] capaz de garantir o acesso universal da população a bens e serviços que garantam sua saúde e bem-estar, de forma equitativa e integral (TEIXEIRA, 2011).

A partir dos princípios finalísticos citados, o SUS adota, também, princípios organizativos, assumidos como diretrizes estratégicas, sendo estes o **meio** para se chegar àqueles **fins**. São eles: a Descentralização, a Regionalização, a Hierarquização, a Equidade e a Participação Social.

A vedação dos artigos que tratavam do financiamento e do controle social previstos no projeto da Lei 8.080/90 causou indignação à população, levando-os a reivindicarem a regulação dos repasses e a partição do povo na gestão do sistema.

Nesse contexto, é elaborada a Lei nº 8.142/90, que dispõe sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, e assegura aos cidadãos participar, junto às suas organizações representativas, do processo de elaboração das políticas públicas de saúde, em todos os âmbitos da federação (MARQUES, 2008. v. 11, p. 59).

Na sequência, a Lei 12.401/2011 apresenta o conceito de assistência terapêutica e traz a sistemática para incorporação de produtos, medicamentos e tratamentos ao Sistema Único de Saúde, disciplinando os parâmetros e requisitos legais, científicos e administrativos, à sua incorporação.

A Lei foi criada na tentativa de acompanhar a evolução tecnológica no âmbito da saúde, levando em consideração diversos fatores para elaboração dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.

Para que os produtos ou medicamentos sejam implementados, eles serão “[...] avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravamento à saúde”.⁴

Quanto a questão orçamentária, a Lei Complementar 141/2012 normatizou o §3º do art. 198 da CF/88, disciplinando os valores mínimos, critérios de rateio, bem como a fiscalização dos recursos aplicados nos serviços de saúde pelos Entes Federativos.

É cediço que as necessidades humanas e os métodos de tratamentos às enfermidades são ilimitados. Indiscutível, pois, o imperativo dos normativos mencionados, haja vista a finitude de recursos orçamentários do Estado. Nesta esteira, alude Simon (2015) que

[...] mesmo que exista previsão de acesso universal e igualitário do direito à saúde, não pode este ser concebido de forma ilimitada, irrestrita e irracional pelo indivíduo contra o Estado e em desconsideração da comunidade como um todo. Quando se fala em Políticas Públicas, a coerência no atendimento reflete-se em atender ao máximo com o mínimo, ou seja, otimizando-se os recursos públicos consegue-se atender a um maior número de pessoas.

¹ O sistema atenderá a toda população, independentemente de sua classe social, nível econômico, características pessoais, ou qualquer outra forma discriminatória.

² Observar as peculiaridades pessoais de cada indivíduo, tratando os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida de sua desigualdade.

³ Garantia de todos os serviços assistenciais indispensáveis à fruição de uma vida saudável pelo usuário do SUS.

⁴ Art. 19-O, parágrafo único, da Lei 8.080/90.

Compete ao Poder Executivo, na gestão do sistema, viabilizar as ações e serviços de saúde com maior alcance possível à população com o orçamento que dispõe, tudo isso através da implementação de políticas públicas.

TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A Teoria da Reserva do Possível é uma construção jurisprudencial originada na Alemanha. Um grupo de alunos recorreu ao judiciário pois não foram aceitos em um curso de medicina em razão dos critérios adotados pela universidade, os quais limitavam o número de vagas.

Na ação ajuizada eles aduziram que o Estado estaria limitando o seu direito a escolha da profissão, local de trabalho e centro de formação, os quais seriam resguardados constitucionalmente na Alemanha. Dessa forma, o Estado deveria adotar medidas para concretização desses direitos.

Assim, diante da requisição judicial, o Tribunal Alemão inovou e pela primeira vez fora citada a Teoria da Reserva do Possível. Segundo a teoria, o cidadão poderia requerer algo da sociedade pautado naquilo que fosse considerado razoável. Nessa senda, Ingo Sarlet (2003) afirma que o entendimento do Tribunal foi que:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Veja que a limitação imposta pela teoria é respaldada **nos limites do razoável**. Todavia, em sua concepção abasileirada o conceito diverge do originalmente proposto.

No julgamento da ADPF 45-9/DF, o ministro Celso de Mello discorre a respeito da teoria da reserva do possível, assinalando que dela surgem condicionamentos, os quais

[...] traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas⁵.

É certo que esse “[...] conceito diverge do estabelecido pelo Tribunal alemão, que entendia ser a pretensão deduzida em face da sociedade, pois o orçamento serviria aos seus interesses e não do Poder Público” (SANTOS, 2010).

O binômio estabelecido pelo STF propõe uma análise a partir de um plano fático (orçamento disponível) e outro jurídico (razoabilidade).

Ainda, no julgamento supra referido, é consubstanciado o entendimento de que:

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45-9/DF. Relator: Min: Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. **Diário de Justiça**, 4 maio 2004.

[...] a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Ou seja, contraposta a teoria da reserva do possível aos direitos de segunda dimensão, estes prevalecem. A plausibilidade desse entendimento reflete o imperativo da garantia do mínimo existencial. Nesse sentido

[...] não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir (BARCELLOS, 2002).

Vertendo-se o presente estudo à análise do mínimo existencial, esse qualifica-se, para Sarlet (2004), como as condições materiais mínimas oferecidas aos cidadãos pelo Estado. Entende-se que haverá garantia dos direitos fundamentais mínimos à satisfação de uma vida digna, e não apenas o mínimo vital.

Alicerçado à esse entendimento, Weber (2013, p. 197-210) aponta que:

Quando, do ponto de vista jurídico, falamos de um “mínimo existencial” estamos tratando de algo intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais, que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A ideia que o norteia refere-se à preservação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna. Isso significa dizer que o direito ao mínimo existencial está alicerçado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana.

Assim, diante das premissas supramencionadas, é possível compreender que, por força da nossa Carta Magna, os direitos sociais são direitos fundamentais, e, por ostentarem esse status, revestem-se de imediata efetividade.

Ademais, “[...] sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial” (BARROSO, 2007). Logo, podemos concluir que, pelo entendimento já sedimentado na Suprema Corte, há inoponibilidade da teoria da reserva do possível frente ao direito à saúde.

VIOLAÇÃO À TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E ATIVISMO JUDICIAL

A efetivação dos direitos de segunda dimensão, em razão de serem direitos de prestação positiva, demandam do Estado a implementação por meio de políticas públicas.

Consoante explanado outrora, a legislação constitucional, e demais providas, cuidam da estruturação do sistema de saúde, desde as ações preventivas até as curativas.

Ocorre que, por vezes, há óbice à concretização desse direito em razão da ineficiência prestacional do Estado, representado por seus Administradores. Esses deixam de cumprir as normas constitucionais, bem como a legislação infraconstitucional, ou o fazem de forma ineficaz.

Dessa feita, tratando-se de obstrução a um direito constitucional fundamental, garantidor do mínimo à existência e desfrute de uma vida digna, não há outra alternativa senão a busca por amparo judicial.

Embora a competência primária para formulação e execução das políticas públicas seja dos Poderes Legislativo e Executivo, ao ser provocado, o jurisdicionado deve ter seu anseio provido.

O judiciário, por sua vez, não pode deixar de atender às demandas que lhe são propostas, pois é garantida a toda população o acesso à justiça, sobretudo no caso de flagrante ofensa à direito fundamental.

Ou seja, excepcionalmente, é delegado ao Judiciário o poder/dever de implementar políticas públicas, sem, contudo, acarretar em ofensa a tripartição dos poderes. Isso porque o que ocasionou a legitimação do Judiciário foi a inércia do Executivo e/ou Legislativo. Sendo esse o entendimento do STF⁶, vide:

[...] a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional [...]

Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 727864/PR. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 4 de novembro de 2014. **Diário de Justiça**: 13 nov. 2014.

fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde .

A omissão prestacional do Estado (concernente às políticas públicas de saúde), representado pelos Poderes Legislativo e Executivo, tem duas origens distintas: ou não há política pública que regulamenta determinada situação; ou a política pública vigente não está alcançando sua finalidade.

Por fim, necessário se faz pontuar que, embora não haja violação à tripartição dos Poderes, a intervenção judicial deve ocorrer de forma excepcional, cabendo aos demais poderes o cumprimento eficaz dos mandamentos que lhes incumbiu a Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Constituinte Originário foi assertivo em assegurar a todos o direito a saúde e conferir ao Estado o dever de implementá-lo por meio de políticas sociais e econômicas.

Partindo dessa premissa, vemos que o legislador, ao elaborar Lei 8.080/90 cuidou de todos os detalhes para assegurar o acesso, pelos cidadãos, aos serviços e ações de saúde ofertados pelo Estado, sendo a referida lei modelo de referência mundial.

A evolução prestacional do Estado, no que tange aos serviços e ações de saúde, tem evoluído progressivamente. Atualmente, o Estado dispõe de políticas públicas suficientes para garantir ao cidadão desde a promoção da saúde até sua recuperação.

Muito embora o aparato Estatal esteja tão desenvolvido e possua meios de prevenir quase todo tipo de enfermidade, na prática vê-se que sua efetividade encontra-se obstada, uma vez que o Estado não consegue atender aos anseios mínimos do cidadão.

Ocorre que, muitas vezes o usuário do SUS necessita de um tratamento médico específico, ou então carece do uso de determinado medicamento, mas, por uma falta de atualização das normas nacionais que regulam o fornecimento de tais, o usuário encontra-se impedido de exercer um direito constitucional.

Ou seja, em razão de questões burocráticas de cunho administrativo, o cidadão é obstado de usufruir de um tratamento de saúde que, na maioria das vezes, é imprescindível à manutenção de sua própria vida.

Assim, uma vez infrutífero o gozo de um direito fundamental por intermédio do Poder Executivo, não resta ao usuário outra alternativa a não ser recorrer ao Poder Judiciário, a fim de que obtenha a “confirmação” de um direito constitucionalmente assegurado a todos.

Dessa forma, podemos concluir que, muito embora o sistema de saúde no Brasil tenha evoluído de uma forma exponencial e mundialmente reconhecida, em determinados casos a burocracia das políticas públicas implementadas, bem como sua ineficácia em atualizações constates que acompanhem a evolução medicinal, não deixam outra saída ao cidadão senão buscar amparo no Poder Judiciário para poder exercer seu direito.

Ocorre que, no momento em que uma demanda individual é proposta e acolhida pelo Judiciário, o Executivo é compelido a cumpri-la, sob pena de multa. Para a execução da sentença judicial, o Executivo retira verbas destinadas às políticas públicas de saúde (finalidade coletiva) a fim de dar cumprimento um pedido judicial (finalidade individual).

Conclui-se, portanto, ser inevitável que, para resguardar o direito de um cidadão, o Executivo precise comprometer o direito dos demais. Isso ocorre em razão do remanejamento

das verbas que já possuíam destinação. Por outro lado, o cidadão também não pode ficar à mercê da inefetividade das atualizações dos regulamentos do SUS, ou da ineficácia dos gestores.

Também, é de suma importância pontuar que grande parcela da população não possui acesso ao Poder Judiciário pelo desconhecimento de seus direitos, ou de suas competências. Assim, a Saúde, que tem como preceito constitucional ser Universal e Igualitária, estaria resguardando o direito de apenas seleta parcela da população.

Dessa forma, a conclusão a que se chega é de que cada Poder deve desempenhar sua função de forma eficaz e baseado nos mandamentos constitucionais. Pois somente com o rígido cumprimento do que prevê a nossa Constituição alcançar-se-á o ideal de universalidade e igualdade dos serviços e ações de saúde.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/2JPLSVV>>. Acesso em: 2 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 abr. 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2LPFizd>>. Acesso em: 2 out. 2017.

_____. Lei nº 6.229, de 17 de julho de 1975. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 abr. 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2Mrqub8>>. Acesso em: 2 out. 2017.

_____. Ministério da Saúde. **Do sanitário à municipalização**. Brasília: MS, 2003. Disponível em: <<http://bit.ly/2MvQSAz>>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. _____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 727864/PR. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 4 de novembro de 2014. **Diário de Justiça**: 13 nov. 2014.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45-9/DF. Relator: Min: Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. **Diário de Justiça**, 4 maio 2004.

FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente et al. O processo histórico de construção do Sistema Único de Saúde brasileiro e as novas perspectivas. *Âmbito Jurídico*, Porto Alegre, ano 13, n. 76, maio 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2l8VzE2>>. Acesso em: 2 out. 2017.

HISTÓRIA. **SUS**. 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/2JPc7z5>>. Acesso em: 2 out. 2017.

HISTÓRIAS e Conquistas. **Conferências Nacionais de Saúde**. 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/2MsuNTy>>. Acesso em: 2 out. 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (INPS). **Verbete**. Fundação Getúlio Vargas - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2HRnamh>>. Acesso em: 02 out. 2017.

PAULUS JÚNIOR, Aylton; CORDONI JÚNIOR, Luiz. Políticas públicas de saúde no Brasil. **Espaço para a Saúde**, Londrina, v. 8, n. 1, p. 13-19, dez. 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Lucimara dos Santos. A saúde pública e o Direito Constitucional brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Porto Alegre, ano 11, n. 59, 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2t0h4eG>>. Acesso em: 2 out. 2017.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Anos de incerteza (1930-1937): Ministério da Educação. **Fundação Getúlio Vargas - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil**. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2ygVHLA>>. Acesso em: 02 out. 2017.

SANTOS, Rebecca Mazzuchelli dos. O conceito da reserva do possível nas decisões judiciais. **Cadernos de Iniciação Científica**, São Bernardo do Campo, n. 7, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2yeEB0x>>. Acesso em: 2 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamental na Constituição Federal de 1988**, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SIMON, Letícia Coelho. Desafio: concretização do direito à saúde pública no Brasil. In: CONASS (org.). **Direito à saúde**. Brasília: CONASS, 2015, p. 1-9. (para entender a gestão do SUS). Disponível em: <<http://bit.ly/2HQCe3t>>. Acesso em: 2 out. 2017.

TEIXEIRA, Carmen. **Os princípios do Sistema único de Saúde**. Salvador, jun. 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2JNYU6e>>. Acesso em: 02 out. 2017.

HOCHMAN, Gilberto. Reformas, instituições e políticas de saúde no Brasil. **Educar**, Curitiba, n. 25, p. 127-141, 2005.

WEBER, Thadeu. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 54, n. 127, p. 197-210, jun. 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/2Mrvc8O>>. Acesso em: 02 out. 2017.

8 LIBERDADES CONSTITUCIONAIS INDIVIDUAIS E CONFLITOS COM A PROTEÇÃO À SAÚDE COLETIVA

Maria Eliane Alves de Sousa*

INTRODUÇÃO

A legislação federal define a responsabilidade dos órgãos públicos envolvidos com os cuidados à saúde da população, tanto de forma direta quanto indireta. Por vezes, surgem importantes questionamentos sobre essa responsabilidade do Estado sob a forma de dever prestacional e de dever coercitivo, sobre a promoção da saúde. Especialmente quando há que ser feita uma escolha de priorização entre interesses individuais e coletivos. É uma temática muito complexa e de abordagem difícil para os gestores públicos e profissionais da área do Direito e da Saúde.

A concepção de saúde como dever prestacional do Estado (de destinar, distribuir e criar bens e serviços) é limitada e já está superada nos dias atuais, pela noção que a CRFB/88 dá a esse valor. A promoção da saúde atualmente depende de políticas públicas mais abrangentes e integradas, ancoradas no desenvolvimento social e na melhoria da qualidade de vida. Dallari (1988, p. 69), foi uma das pioneiras ao trazer essa reflexão para o campo do Direito à saúde:

[...] atualmente, a saúde não tem apenas um aspecto individual que respeita apenas a pessoa. Não basta que sejam colocados à disposição dos indivíduos todos os meios de promoção, manutenção ou recuperação da saúde para que o Estado responda satisfatoriamente à obrigação de garantir a saúde do povo. Hoje os Estados são, em sua maioria, forçados por disposição constitucional a proteger a saúde contra todos os perigos. Até mesmo contra a irresponsabilidade de seus próprios cidadãos. A saúde 'pública' tem um caráter coletivo. O Estado contemporâneo controla o comportamento dos indivíduos no intuito de impedir-lhes qualquer ação nociva à saúde de todo o povo. E o faz por meio de leis.

A problemática dos limites da interferência do Estado no estilo de vida dos indivíduos, torna-se cada vez mais evidente e complexa à medida que adentra mais fortemente na liberdade individual. Nesse diapasão, pode-se recorrer à explicação de que a complexidade da sociedade contemporânea origina essa problemática, consoante faz Aith (2004, p. 43), ao dizer que:

A complexidade da sociedade moderna tem como consequência jurídica a proliferação de tipos de atos normativos capazes de limitar e reduzir as liberdades individuais. A lei, compreendida como o ato normativo aprovado pelo povo diretamente ou através de seus representantes, [...] adquire no direito contemporâneo um novo papel.

* Advogada. Professora da Universidade Estadual de Santa Cruz. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damasio. Mestranda em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz (Rio de Janeiro).

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL QUE PERMITE LIMITAR A LIBERDADE INDIVIDUAL PARA PROTEGER A SAÚDE

É uma antinomia, mas é preciso encontrar a justa interpenetração do mandamento constitucional de proteção da liberdade, diante da exigência também constitucional de proteção e defesa da saúde pública.

Parece ser paradoxal uma oposição entre interesses das dicotomias: coletivo e individual, público e privado, no campo da saúde pública. Mas é nesse campo, de importantes interações entre essas dicotomias, que o estudo sobre a liberdade e os limites da ação estatal torna-se fecundo para falar sobre a Política Nacional de Promoção da Saúde (PNPS). Seus temas prioritários referentes ao estilo de vida das pessoas, e suas diretrizes de ações e estratégias de promoção à saúde que invadem a liberdade de escolha da opção do estilo de vida (hábitos e costumes socialmente aceitos).

Atente-se para o fato de que uma das possibilidades, para o fato de o Estado interferir nas liberdades individuais de escolha do estilo de vida quanto à saúde, é o mandamento constitucional do interesse público. Reúne em si a vontade coletiva da sociedade. O estilo de vida não saudável, para os objetivos e diretrizes da PNPS, é considerado um comportamento perigoso, que põe em risco não somente o indivíduo, mas toda a sociedade. O que exige discussão, pois depende de que se encontre o comportamento individual que seja mais adequado ao bem estar da organização social. Por isso, também exige uma reflexão sobre a responsabilidade coletiva, e os valores atribuídos à saúde na atualidade.

A PNPS adota medidas compulsórias para doenças que implicam em riscos à saúde pública. Mas também medidas voluntárias de cooperação, adotadas e aplicadas pelos indivíduos para a prevenção de doenças e adoecimentos. Essas medidas são justificadas com base na CRFB/88, não são impostas sem razão de interesse público e bem comum, limitadas ao respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido o comentário de Dallari (2002, p. 76-77), sobre liberdade individual e controle sanitário:

Os grandes problemas de saúde do início do século XXI são essencialmente públicos. Ora, esses grandes problemas contemporâneos de saúde pública estão a exigir a atuação eficiente do Estado, empregando tanto os mecanismos de persuasão (informação, fomento) quanto os meios materiais (executando serviços públicos) e as tradicionais medidas de polícia administrativa (condicionando e limitando a liberdade individual) na implementação de uma política pública que vise à proteção da saúde de suas populações.

O conteúdo das intervenções devem ser razoáveis, em relação aos propósitos das medidas. As restrições aos direitos individuais por razões de proteção ao interesse público são em muitos casos necessárias, para equilibrar uma situação de conflito entre as liberdades individuais e as necessidades públicas, sob a égide dos princípios legislativos. Os limites do poder de intervenção estão claramente definidos em legislação constitucional e sanitária, e subordinados aos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.

Isso implica em um processo de educação, para que os indivíduos adquiram informações e conhecimentos, e também acesso a instrumentos e habilidades para cuidar da saúde através de outros parâmetros não clínicos, como a alimentação e exercícios físicos. Também o incentivo

e a coersão contra o uso de substâncias nocivas como o álcool e o tabaco. É um dos desafios do Direito contemporâneo, é o desafio do controle da sociedade de risco, conforme escreve Dallari (2007, p. 639, grifo nosso):

Enfim, para que o **direito reflita o justo equilíbrio entre a proteção individual e o desenvolvimento coletivo na “sociedade de risco”**, é necessário encontrar o consenso político que determine o **limite entre as escolhas individuais e os interesses sociais**. Em ambos os casos, a definição será sempre eminentemente política e, portanto, não pode ser delegada para os cientistas. Estes devem **participar do processo de formação do direito, juntamente com o povo, os partidos políticos, a mídia**. A escolha política deve, entretanto, ser assumida pelos governantes.

O DIREITO À SAÚDE COMO LIBERDADE INDIVIDUAL NO DIREITO CIVIL

No âmbito do Direito Civil, a saúde é um bem jurídico da personalidade, da categoria dos Direitos Privados da Personalidade, fundamental e essencial ao ser humano.

Para Gogliano (2002, p. 41), os direitos da personalidade como os direitos subjetivos particulares, consistem nas prerrogativas concedidas a uma pessoa pelo sistema jurídico e asseguradas pelos meios de direito, para fruir e dispor, dos atributos essenciais da sua própria personalidade, de seus aspectos, emanções e prolongamentos, como fundamento natural da existência e liberdade, pela necessidade da preservação e resguardo da integridade física, psíquica e moral do ser humano, no seu desenvolvimento. São absolutos em face oponibilidade *erga omnes*, vitalícios e necessários, não pecuniários ou extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis e impenhoráveis.

Em matéria do Direito Civil Sanitário, essa categoria de direitos assume real importância na preservação, tutela e resguardo da saúde, nos atos de disposição do próprio corpo, no que diz respeito à incolumidade do próprio corpo (vivo ou morto), a integridade física, psíquica, moral e intelectual do ser humano, no qual o direito à vida revela-se essencial, de onde defluem todos os demais direitos. Pessoa e personalidade são inseparáveis, toda ofensa à personalidade é ofensa à pessoa. (GOGLIANO, 2002, p. 42).

Os direitos da personalidade não comportam limitação voluntária. Todo ato ou negócio jurídico que tenha por objeto a saúde, como bem jurídico da personalidade, não pode comportar qualquer limitação que possa comprometer a integridade da pessoa humana. Essa regra assume especial importância em todos os negócios que envolvam o corpo humano, vivo ou morto. (GOGLIANO, 2002, p. 42).

A proteção do indivíduo é de fundamental interesse da sociedade, que se baseia na dignidade da pessoa humana. A autonomia é uma das liberdades individuais a serem protegidas no campo da saúde. No Código Civil Brasileiro de 2002, os direitos da personalidade referentes à saúde encontram-se normatizados nos artigos 11 a 15. (BRASIL, 2002).

A PROTEÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL E A PROTEÇÃO DAS CONDIÇÕES DE SAÚDE

A maioria dos temas relacionados às liberdades individuais em saúde são tratados quanto à regulamentação e regulação em vigilância sanitária. Contudo, a Constituição Federal e a PNPS demonstram que a interferência estatal nas liberdades individuais vão além do controle sanitário das condições para a saúde.

Em estudo sobre ações de vigilância sanitária, Bruyn (2002, p. 83), demonstra o alargamento do campo de ação de poder de polícia em saúde e seu significado no mundo contemporâneo. O autor revela que embora pertinentes à dignidade humana, por vezes, em situações concretas os direitos fundamentais revelam uma nítida contradição. Podem estar vinculados a interesses não coincidentes, ou inclusive opostos entre si. Como acontece “[...] entre o direito fundamental à liberdade, de índole individual, e o direito à saúde, de compleição social.”

Assim, há implicações decorrentes, por exemplo, da colisão entre os valores liberdade e solidariedade, ou entre liberdade e igualdade material. Como forma de solucionar tal problema de colisão, para alcançar o justo equilíbrio entre a liberdade e o direito social à saúde, o autor aponta a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, implícitos na Constituição (BRUYN, 2002, p. 83).

Leciona Bruyn (2002, p. 84), que isto se dá por causa das mutações do conceito de liberdade ao longo do tempo:

[...] não há um conceito único e absoluto de liberdade. Sua existência se dá, apenas, da forma como a sociedade, na sua maioria, atribui ao indivíduo em determinado contexto social. Poderá ser mais ou menos ampla; porém, nunca absoluta: tanto aparece condicionada por fatores materiais, quanto por fatores políticos, religiosos, sociológicos, psicológicos ou simplesmente biológicos, como o demonstram as mais modernas ciências.

Obviamente, isso não pode servir para que se desdenhe a liberdade, tornando-a um bem menor, circunstancial e facilmente manejável. Ao contrário: implica reconhecê-la em sua inteireza, como um legado da natureza, embora inserto dentro de um contexto maior, o qual, em síntese, podemos denominar ‘convívio social’.

Nesse contexto, é oportuno enfatizar a Lei Orgânica da Saúde, que em seu art. 3º, estabelece que são fatores determinantes e condicionantes da saúde, dentre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”. Logo, são fatores que servem de parâmetro para garantir direitos inerentes à saúde, como também para impingir medidas coercitivas ou não que limitem liberdades relacionadas a esses fatores, para proteger a saúde pública. (BRASIL, 1990).

Em relação às limitações de liberdades para a proteção da saúde pública, Bruyn (2002, p. 87), enfatiza o papel da vigilância sanitária, amparada nos arts. 197 e 200, inciso II, da CRFB/88, que controla a produção de bens e serviços, tecnologias, higiene, alimentos, medicamentos, educação e convivência, meio ambiente etc. “É por via dessa ação estatal, portanto, que se pode impedir um tabagista de fumar em determinados locais, [...]” proibir o uso de álcool e dirigir veículos automotivos.

Ao comentar sobre liberdade individual e controle sanitário, Dallari (2002, p. 77-78), menciona que os grandes problemas atuais de saúde pública requerem eficiente atuação estatal, tanto por meio de mecanismos de persuasão quanto de medidas de polícia administrativa.

É o caso exemplar da dengue. Um importante desafio no combate à doença tem sido o acesso aos ambientes particulares, quando os profissionais dos serviços de controle encontram os imóveis fechados ou são impedidos pelos proprietários de penetrarem nos recintos. Mas a Constituição Federal [art. 5º, XI] afirma, também, que ‘a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Mas lembra Bruyn (2002, p. 87) o imperativo de que tudo seja feito conforme os princípios constitucionais da legalidade e da democracia, associado ao da igualdade, “[...] que constituem o esteio do Estado Democrático de Direito”.

Outro estudo sobre liberdade individual e medidas sanitárias, é o de Sundfeld (2002, p. 96), no qual cita exemplos da interferência estatal e ensina que:

As ações estatais no campo da saúde, conquanto atendam a objetivos públicos assumidos pela ordem jurídica vigente, com frequência são onerosas ou incômodas para os indivíduos, obrigados a agir (a notificar a ocorrência de doenças), a abster-se (não usar substâncias tóxicas) e a suportar interferências estatais (como a vacinação). Daí o debate sobre a legitimidade das medidas constritivas, pelo ângulo do respeito à liberdade individual.

O autor responde que há legitimidade em tais medidas de limitação a liberdades, porque atendem ao interesse público de impedir a propagação de epidemias, definido normativamente na Constituição Federal e em leis de sentido formal. (SUNDFELD, 2002, p. 96).

Destaca a atuação do STF, que enfrenta discussões constitucionais delicadas sobre medidas que limitam liberdades individuais, tais como os da: intimidade (art. 5º, X), propriedade (art. 5º, XXII) e inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI). O STF ressaltou a viabilidade de outras restrições físicas determinadas pelo interesse público (como na hipótese de vacinação obrigatória). Como fundamentação do acórdão:

A validade de uma medida sanitária é determinada pelo interesse que tutela, não pelo tipo ou grau de restrição que produz sobre o indivíduo público. [...] [Para] aferir a existência de causa legítima para o condicionamento de um direito previsto constitucionalmente, a Corte usa duas expressões: ‘interesse público’ e ‘poder de polícia’. (SUNDFELD, 2002, p. 97).

Dentro de uma concepção antiga de abordagem da saúde pela perspectiva biomédica, apenas o profissional médico orientava os indivíduos sobre possibilidades diferentes de tratamentos e cuidados com a saúde. Todavia, esse cenário se modifica quando a PNPS aumenta o olhar sobre a saúde, não somente na ampliação contextual e coletiva do conceito adotado de saúde, mas também no alcance do modo de planejar e executar a promoção da saúde. Coloca o indivíduo como capaz de escolher cuidar da saúde em diferentes aspectos além do clínico.

Dá ao indivíduo autonomia e independência em relação a hábitos de vida que podem representar importantes fatores de riscos para a saúde, como forma de cuidados de saúde de acordo com seu próprio desejo e escolhas. Passa a ser responsável pelo dever de cuidar-se em relação à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob o enfoque jurídico constitucional, pode-se concluir, à luz da normatização vigente no âmbito do direito à saúde, que a PNPS aplica e respeita os fundamentos constitucionais.

Com base no enunciado da Magna Carta e da abrangência da Lei da Saúde, pode-se entender que a PNPS deve seguir as mesmas diretrizes e os mesmos princípios, dentro de suas diferenças e peculiaridades como lei portaria. Contudo, objetivando o interesse público, uma vez que o bem comum que deseja atingir se sobrepõe a quaisquer interesses particulares.

Pode-se dizer que a PNPS é um ato normativo que possui legitimidade, pois atende a um interesse público definido constitucionalmente e infra constitucionalmente, que é o de impedir a propagação das epidemias crônicas transmissíveis e não transmissíveis. Sob a perspectiva da legalidade, também pode-se afirmar de seu aspecto legal presente nas normas constitucionais e infraconstitucionais que instituem, protegem e promovem o direito à saúde.

A PNPS apoia-se no respeito aos direitos e princípios constitucionais, de acordo com padrões normativos internacionais, em sua meta de proteção e promoção do direito à saúde. Representa o direito soberano de o Estado legislar e aplicar leis para implantar e cumprir políticas públicas de saúde.

Por tudo o que foi dito, uma interpretação sistemática da PNPS à luz da CRFB/88, não admite supor a existência de uma limitação de direito, nem restrições de obrigações fundamentais inerentes ao dever prestacional em saúde, ou ainda que se amolde a quaisquer práticas ou ações estatais consideradas abusivas. É juridicamente inadmissível qualquer interferência do poder estatal que viole direitos humanos.

Portanto, a formulação de ações por parte da PNPS que interferem nas escolhas individuais das pessoas, não viola a liberdade de opção e de autonomia da vontade sobre o estilo de vida.

Das exposições legais trabalhadas, pode-se extrair que como legislação a PNPS tem cunho informativo, descritivo, orientador e preventivo. Como lei, a PNPS não contém uma lista exaustiva das medidas a serem adotadas. Porém, é clara ao definir seus objetivos (prevenção de doenças) e seu campo de ação (os indivíduos e o ambiente). Assim, as medidas específicas a serem adotadas, a PNPS deixa como questão técnica a ser resolvida por áreas especializadas da saúde. Nesse sentido, adota a discricionariedade técnica, que é apenas enunciar os objetivos sem a fixação taxativa do rol de intervenções possíveis. Por isso, a PNPS mostra-se como medida geral, sem cunho de pessoalidade.

Os enunciados da PNPS atingem a todos os indivíduos pois, em maior ou menor condições, estão sujeitos aos riscos à saúde e agravos de doenças. Caso a PNPS trouxesse um rol taxativo de medidas, incorreria em uma visão política equivocada dos problemas sociais, com inadequado tratamento legal.

Um dos objetivos da PNPS é proteger os indivíduos contra as nocivas consequências à saúde, decorrentes de hábitos alimentares e sociais mais propícios a adoecimentos e agravos de doenças. Proporciona um marco para as medidas de controle de doenças crônicas não transmissíveis, que as áreas específicas da saúde poderão implementar e aplicar.

A partir das diretrizes e orientações dos documentos internacionais, o Ministério da Saúde considerou o privilégio para elaborar uma política de promoção da saúde que fosse abrangente, aprofundada linearmente e politicamente influente para alcançar os objetivos propostos. Daí a adoção dos princípios norteadores compromissados com a equidade, a evidência e a ação. Sustenta-se nesse princípios para estruturar um esquema de prevenção dos riscos à saúde.

Os dispositivos da PNPS receberam muitas críticas de profissionais da área de Saúde, no sentido de que promovem a estatização do corpo, e violam a dignidade, liberdades individuais e autonomia. Uma interferência indevida do Estado na opção dos hábitos e estilo de vida dos indivíduos. Além disso, não considera os determinantes sociais e econômicos, a realidade brasileira, onde a pobreza, as desigualdades e a falta de educação são fatores que impedem o desenvolvimento do direito à saúde. Apontam a preocupação com a viabilidade, como parâmetro garantidor da razoabilidade.

Para esses críticos, a PNPS estaria a serviço de uma lógica capitalista de mercantilização da saúde, visando a economia de recursos e o predomínio da lógica financeira no âmbito do direito à saúde. Constitucionalmente, pode-se argumentar que a lógica econômica não pode prevalecer como justificativa juridicamente aceitável para restringir liberdades individuais e o direito à saúde, sob pena de manifesta violação à natureza e ao bem fundamental ao qual se destina a saúde.

Ao criticarem a PNPS, indicam que é necessário refletir sobre o que significa formular, reformular e executar políticas públicas de saúde, em um contexto que indica ao mesmo tempo autonomia e vulnerabilidade do indivíduo. Tal aspecto sinaliza que existem grandes desafios e sérias dificuldades para a política de saúde, que não está apenas na responsabilidade individual pelos danos e riscos à saúde. Apresentam os problemas técnicos, instrumentais e políticos da PNPS. Mas também, apresentam respostas a esses problemas, por meio de ações em promoção da saúde que articulem diferentes procedimentos.

Compreende-se que, ao fazerem tais discussões e questionamentos, indagam sobre as raízes sociais das possíveis leis de tendência que condicionam as estruturas ou formas do Direito, auxiliando a compreender a sua eficácia e efetividade. Não se contentaram apenas com a expressão das leis, referem-se também às estruturas sociais e históricas.

Trata-se, pois, de perspectivas diferentes para a compreensão de um mesmo objeto que é a experiência jurídica no direito à saúde, com a possibilidade de ampliar o acesso a tais reflexões e assim alargar e manter acesso a debate, visando contribuir para o predomínio de comportamentos que propiciem a busca de cidadania.

O discurso dos críticos da PNPS encerra orientações políticas de caráter decisório, para estabelecer ações coordenadas e de parcerias, diante da multiplicidade de fatores que devem ser considerados para a melhoria da promoção e proteção da saúde da população. Permitem buscar a implementação de políticas de saúde mais coerentes à qualidade de vida dos indivíduos. Uma vez que a ação individual implica estar atento às desigualdades e à pobreza. Contudo, é indispensável estabelecer caminhos de participação e parceria.

O que os críticos desejam é chamar a atenção para o fato de que os problemas de saúde não decorrem apenas de problemas individuais. Há que se considerar os determinantes sociais e ambientais. Não negam as especificidades ou a própria responsabilidade dos indivíduos por sua própria saúde. Todavia, colocam ser necessário reconhecer que nas coletividades existem padrões de doenças que acontecem por causa de fatores do ambiente social e das condições econômicas presentes nestas.

Ao mesmo tempo em que a interferência do Estado é importante para garantir a saúde e melhorar sua qualidade, também o é para zelar pelos direitos dos indivíduos contra os exageros dessa interferência.

É necessário apontar perspectivas, indicar as influências do contexto com justificativas legítimas e legais, para que haja limites à socialização dos riscos em saúde. Para isso, deve haver uma construção conjunta dessa socialização, entre os poderes estatais e a sociedade civil, para que verdadeiramente haja uma solidariedade coletiva.

Não se pode negar que a PNPS, como legislação em saúde, é uma medida que possui possíveis caminhos para definir procedimentos justificáveis para a defesa do direito à saúde (do indivíduo e da coletividade). Revela a necessidade social de implementação de medidas de proteção do ser humano. Há um longo caminho a ser percorrido para que o direito à saúde, constitucionalmente firmado, seja uma realidade com sustentabilidade e equidade para a sociedade brasileira.

O desafio que a PNPS enfrenta está entre o sentido social que a Constituição conferiu à política de saúde, e a implementação de um sistema de proteção e promoção em um contexto de sociedade de risco, mundialização e novos contornos econômicos. Trata-se de preocupação que está além da preservação da integridade física e da vida dos indivíduos.

A contemporaneidade do direito à saúde, como está construída na CRFB/88, e também na PNPS, origina grandes dificuldades para a sua efetivação. Por isso, é necessário que o processo de definição e implementação da política de saúde conte com a participação da sociedade civil organizada. As carências, os problemas, as realidades em saúde precisam ser relatadas e conhecidas, para que sejam contempladas em todos os processos geradores de normas desse campo. Pela abrangência que o conceito de saúde encerra, seu significado depende também da participação popular. Somente assim passará a ser uma realidade como direito para todos.

Atualmente as questões envolvendo a saúde e o direito à saúde tem se tornado muito complexas, principalmente por causa dos avanços técnico-científicos. O que tem demandado do Direito o enfrentamento de vários problemas originados dessa complexidade, em busca de analisar possibilidades de resolvê-los com fundamento constitucional.

O direito à saúde acontece para alcançar o bem comum e a justiça social. É necessário ter um novo modelo para analisar esse direito. Incorporar fatores abrangentes que aprofundem entendimentos, para que as políticas de saúde estejam conforme os princípios constitucionais que envolvem as garantias do direito à saúde.

Como parte do conhecimento humano, o direito também é contextual. Não pode retirar o contexto de seu processo e âmbito, mas deve incorporá-lo de forma interativa e intensa, sempre que uma norma seja elaborada, interpretada ou estudada cientificamente. Isso é importante para o desenvolvimento do direito dentro da estrutura social da qual faz parte como ordenamento.

A legitimação do direito na sociedade dá-se a partir de sua interação com os principais sistemas (político, social e econômico). Pois como parte de seu contexto, também o é de sua complexidade. Por tais motivos, a garantia do direito à saúde necessita de investimentos em informação e educação da população, para que haja a efetiva e eficaz participação popular em seu processo de criação, promoção e garantia.

Desse modo, a participação popular nos processos decisórios, reivindicando o cumprimento dos direitos já existentes e de novos direitos, faz do próprio direito um eficaz instrumento social de transformações. Assim, pode-se dizer que é impossível haver direito à saúde sem a participação da sociedade através de seus variados segmentos e representações, que propiciam o empoderamento, a inclusão social, a sustentabilidade e a equidade. De igual modo, legitimam os princípios constitucionais sobre a saúde.

REFERÊNCIAS

AITH, F. M. A. Reflexões sobre o princípio da legalidade na ciência do direito contemporâneo. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 41-81, nov. 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 1990.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código de Direito Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Portaria n. 2.446, de 11 de novembro de 2014. Política Nacional de Promoção da Saúde (PNPS). **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 nov. 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/2HUeVWn>>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRUYN, H. C. P. A proteção da liberdade e o controle sanitário. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 79-89, jul. 2002.

DALLARI, S. G. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, 1988.

_____. Liberdade individual e controle sanitário. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 76-77, jul. 2002.

_____. A justiça, o direito e os bancos de dados epidemiológicos. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 633-641, 2007.

GOGLIANO, D. Direito civil sanitário e o novo código civil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 34-53, jul. 2002.

SUNDFELD, C. A. Vigilância Epidemiológica e Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 90-106, jul. 2002.

9 COMPLIANCE EM ATIVIDADES EMPRESARIAIS ADMINISTRATIVAS: IMAGEM E O “HOMEM CORDIAL”

Guilherme Lori Leoni*

RESUMO: As atividades empresariais e administrativas brasileiras passam por profunda transformação em seu comportamento ético, buscando no *compliance* uma espécie de solução aos atos que se mostram desobedientes às regras até então previstas. Cediço é que o lastro ético em atividades público-privadas se mostra maculado há tempos e muito bem ilustrada pelo **homem cordial** na obra literária **Raízes do Brasil**. As recentes ocorrências político-jurídicas, mostram a transição por que passa o Brasil. A Lei nº. 12.846/2013, trouxe interessante inovação em não acobertar os diretores da pessoa jurídica pelos ilícitos comprovados, eis que contempla sanções também a seus dirigentes (art. 3º.), limitando a responsabilização até sua participação (§ 2º.). Contudo, tal dicção legal acerca da responsabilização de representantes e administradores já se contempla junto ao Código Civil a exemplo dos arts. 50 e 118, bem como estende por 2 (dois) anos a responsabilização a ex-sócio ou cedente de cota empresarial como aludido pelo parágrafo único do art. 1.003 do diploma civil. Importante reforçar o critério elástico da Lei Anticorrupção, dissociando as esferas administrativas e judiciais (art. 18) que, por lógico, não visa limitar ou impedir responsabilização e sanção em eventual apuração por ato de improbidade administrativa (Lei nº. 8.429/1992), ilicitudes em licitações e contratos da administração pública (Lei nº. 8.666/1993). Além disso, o CADE, com notório e amplo aspecto ético na área concorrencial, instituiu um **Programa de Leniência** nos termos da Lei nº. 12.529/2011, incentivando a boa imagem da empresa.

Palavras-chave: *Compliance*. Ética. Imagem. Empresa. Concorrência.

ABSTRACT: Brazilian business and administrative activities undergo a profound transformation in their ethical behavior, seeking in compliance a kind of solution to acts that are disobedient to the rules previously foreseen. It is a shame that the ethical ballast in public-private activities has long been tainted and very well illustrated by the cordial man in the literary work *Roots of Brazil*. The recent political and legal occurrences show the transition that Brazil is going through. Law nº. 12.846/2013, brought an interesting innovation in not covering the directors of the legal entity for the proven crimes, since it contemplates sanctions also for its leaders (Article 3), limiting the liability until their participation (§ 2). However, such legal diction about the accountability of representatives and administrators is already contemplated in the Civil Code, like the arts. 50 and 118, as well as extending for 2 (two) years the liability to ex-partner or transferor of business quota as alluded to by the sole paragraph of art. 1.003 of the civil certificate. It is important to reinforce the elastic criterion of the Anti-Corruption Law, dissociating the administrative and judicial spheres (article 18), which, logically, does not seek to limit or prevent accountability and punishment in the event of an administrative improbability (Law nº. 8.429/1992), unlawful bidding and public administration contracts (Law nº. 8.666/1993). In addition, CADE, with a clear and broad ethical aspect in the competitive area, instituted a Leniency Program under the terms of Law nº. 12.529/2011, encouraging the good image of the company.

* Advogado, Professor da UNIP de Araraquara, Mestre em Direito Empresarial, MBA em Direito Empresarial pela FGV e Doutorando.

Keywords: Compliance. Ethic. Image. Company. Competition.

INTRODUÇÃO

As atividades empresariais têm passado por importantes transformações éticas, sobretudo quando se relaciona a entes públicos que de modo geral aos olhos do cidadão podem ocorrer atos escusos, como vêm sendo reiteradamente veiculado na imprensa brasileira.

A exemplo de atos de algumas empresas de infraestrutura que são apontadas como sustentáculos de esquemas de propinas, também há o episódio do desastre do rompimento da barragem de empresa do ramo minerário em que vitimou a o meio ambiente e moradores próximos que acabou por surpreender a população visto que a empresa responsável pelo dano socioambiental havia recebido inúmeros prêmios no ano anterior cuja mensuração tratou-se do crescimento no mercado e rankings do ramo de atuação a que está ligado sem, no entanto, apontar índices de sustentabilidade

Desses fatos recentes, a pergunta que se faz é se tais situações ocorrem por falta de legislação e, por conseguinte, geram a impunidade ou se é resultado de mero descaso do poder público a quem deveria fiscalizar ou, ainda, uma rede de propinas entre os entes envolvidos.

Por conta dessas questões é que o *compliance* vem ganhando terreno no mundo corporativo, mas ainda tem pouca aplicabilidade jurisdicional.

LEGISLAÇÕES, HERMENÊUTICA E O DESCUMPRIMENTO ESTIMULADO

Na tentativa de responder a questão retro apontada, é de se observar que a legislação brasileira tem concretas previsões aos exemplos aqui explicitados, contudo tal fator legislativo, por si só, não tem se mostrado suficiente para que as atividades humanas de um modo geral e que envolvam tanto pessoas físicas quanto jurídicas padecem de uma mácula crônica, a saber, a corrupção travestida de facilidades, sejam ilícitas ou omissivas.

A ilicitude, de um modo simplista, é toda atividade que afronta a previsão concreta da lei e, quase que na totalidade dos casos, intencionalmente e, quando assim não se mostra, ao menos acredita-se estar agindo de modo intuitivo.

A omissão se acoberta do célebre jargão de **brecha na lei** que, aos que se arvoram eruditos lançam também a notória escusa para a interpretação jurídica, de que o Direito não é uma regra unívoca e que o exercício hermenêutico é um caráter indispensável para se chegar ao que se pretende, ou não.

Mas nem toda aparente falta de previsão legal merece ter amparo da hermenêutica que se mostra como um sério e necessário instituto jurídico para justamente evitar as chamadas **brechas** legais e fazer com que a jurisdição se exerça de modo mais equânime e que o dissenso não seja um fator desagregador para a busca do Direito.

O meio hermenêutico como um meio interpretativo de modo simples, é salutar ao exercício jurídico e não como meio de se evitar ou justificar uma eventual e pretensa inaplicabilidade da lei, ou seja, deve-se buscar a aplicação da lei mas de modo que se adeque à busca da paz social, evitando danos de qualquer ordem.

Contudo, a atuação escroque de certas pessoas físicas por si própria ou em nome de terceiros ou em representação à pessoas jurídicas fazem com que o representado responda pelos danos causados até o limite que lhe favoreceu como bem observa o artigo 116¹ do Código Civil brasileiro (Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2.002), mas nem sempre a atuação do representante traduz, de fato e de Direito, a manifestação de vontade do representado.

O mesmo se nota quando Sérgio Buarque de Holanda bem apontou em **Raízes do Brasil** um meio de se buscar trocas de favores, principalmente no âmbito da administração pública, com intuito eminentemente pessoal.

Essa **cordialidade** é o ponto primordial das mazelas a que se busca retratar aqui; é a hermenêutica ruim e propositadamente alegada mesmo quando há uma norma expressa e empírica sobre atos já praticados; é a mudança contraditória para atos anteriormente praticados; é a facilidade nos atos públicos para o desembaraço aos fatos daqueles que descumprem e desobservam as regras *erga omnes*, e de todos esses exemplificativos apontamentos é que reinam as facilidades erradas e que geram danos sociais.

NOVA CONDUTA: busca da imagem e da ética

Atualmente o Brasil passa por uma transformação prática e o país a que se fazia vista grossa para descabros com o bem público está com os dias contados, e disso merece-se acreditar.

A cordialidade explicitada na obra clássica da década de 1930 é a tradução da corrupção que impede o exercício de Direitos e, consequencialmente, abarca um rastro de danos de ordem material e moral, esta última contemplada na Constituição de República Federativa do Brasil de 1.988 junto ao artigo 5º, inciso X².

A percepção do homem médio, na acepção jurídica da palavra, é a da falta de leis que imponham e regulamentem certas observâncias para que se evite tais danos ou que, presente a lei, não há aplicabilidade prática por insubsistência do próprio Estado que criou aludida regra impositiva.

Vários princípios legais permeiam as atividades privadas e públicas, sobretudo quando tais entes se relacionam, e tendo na moralidade um desses principais princípios, a Constituição Federal de 1.988 em seu art. 37³, elenca o resguardo aos interesses coletivos, onde se determina evitar desvios éticos em tais atividades, muito bem observada na pana do Ministro Ricardo Lewandowski do Supremo Tribunal Federal em relatório junto ao Recurso Extraordinário nº. 579.951-4⁴, cujo trecho transcreve-se, e que aponta a exigência de referido princípio da moralidade de que “[...] o agente público paute sua conduta por padrões éticos que têm por fim último alcançar a consecução do bem comum, independentemente da esfera de poder ou do nível político-administrativo da Federação em que atue”.

¹ Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 579.951-RN, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de agosto de 2008. **Diário de Justiça**: 24 out. 2008. Disponível em: <http://bit.ly/2td1Ult>. Acesso em: 15 jun. 2018.

O aludido Recurso Extraordinário julgou as razões levantadas pelo Ministério Público Federal quanto ao **nepotismo** que estaria em evidente afronta aos incisos II e V do art. 37 da Carta, cujo conteúdo era a legalidade, ou não, de contratação de parentes para o preenchimento de cargo público municipal, cujo julgado *a quo* reconheceu a possibilidade de tal contratação, mantido em segunda instância e alçada ao Supremo Tribunal Federal, onde houve a reforma parcial sob o argumento de que a contratação de pessoal com parentesco em face dos gestores da administração pública ofendia a moralidade inculpada no referido artigo da Lei Maior e a Resolução nº. 5 do Conselho Nacional de Justiça cujo art. 2º. constitui o nepotismo em cargos junto ao Poder Judiciário.

A tese jurisdicional contemplou justamente o eixo central deste artigo, a saber, a **cordialidade** no trato da administração pública como bem lembrou o argumento do escritor Sérgio Buarque de Holanda que:

Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles se auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. **A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos e muito menos de acordo com suas capacidades próprias.** Falta a tudo ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático ⁵.

De se notar portanto, que o trato público já se denominava, pelo aludido escritor, como **funcionário patrimonial** cuja seleção se pautava pela confiança pessoal em detrimento à meritocracia, tratando o bem público como seu exclusivo interesse, manobrando atos públicos e utilizando cargos públicos como troca de favores pretéritas ou futuras.

As relações globalizadas demonstram diferentes culturas e formas de negociação com critérios diversos dos que se praticavam até então mas com intuito de envolvimento econômico entre nações que, inegavelmente, também trouxe um incremento, por assim dizer, à corrupção, eis que a globalização não se configura apenas pela troca de experiências salutares, mas também de critérios ensejadores do interesse privado sobre o patrimônio público.

Contudo, os critérios de boa conduta empresarial e principalmente a ética no trato do que é público também trouxe o interesse em melhor atuar dos empresários e gestores públicos, tendo essa preocupação e efetiva atuação nessa linha diretiva em preservar e, por que não, demonstrar seu bom nome.

Atento a essa linha de raciocínio, a Lei nº. 12.846/2013, como já descrita como **Lei Anticorrupção** (LAC), mas também chamada de **Lei da Empresa Limpa** (LEL) que além de tipificar os atos lesivos em seu art. 5º., traz nos arts. 6º. e 19 as sanções então aplicáveis, como já se aduziu acima, concentrou outros modos afim de enfraquecer, e/ou desestimular, a corrupção, como meios de colaboração descritos como **acordo de leniência**; organizar a implantação de programas de integridade, o próprio *compliance* e a implantação de cadastros públicos a ser alimentados com informações de irregularidades cometidas e suas consequentes sanções que

⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146, grifo nosso.

devem ser expostas em dois cadastros criados, como o Cadastro Nacional de Empresas Punidas-CNEP⁶ e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas-CNEIS⁷.

Referidos cadastro ganham força e razão de ser junto a Lei Anticorrupção visto a prévia Lei nº. 12.527/2011 vista como a Lei de Acesso à Informação-LAI que justificam, portanto, a transparência.

Tais cadastros buscam não só trazer a transparência e apontamento das empresas com condutas ilícitas, mas principalmente impedir que tais empresas participem de licitações e outras atividades consideradas, portanto, inidôneas por órgãos administrativos e judiciais, que certamente será um fator a se buscar evitar pela empresa e aquela que não está ali listada poderá ter uma melhora e inegável visibilidade e pré-conceituada idoneidade.

CRITÉRIOS ADMINISTRATIVOS DE IDONEIDADE

Não só de critérios jurisdicionais vive a busca da ética empresarial, mas também de meios conducentes em buscar atividades éticas na defesa de concorrência em ambiente administrativo, como é caso das atividades do CADE-Conselho Administrativo de Defesa Econômica que há tempos analisa atos corporativos de concentração e práticas anticompetitivas e em 2015 manteve, pelo terceiro ano consecutivo, quatro estrelas pelo ranking britânico *Global Competition Review-GCR*⁸.

O CADE, entre outras atividades, instituiu um Programa de Leniência nos termos da Lei nº. 12.529/2011⁹ que, como afirma em seu Guia,

⁶ O Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) é um banco de informações mantido pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) que consolida a relação das empresas que sofreram qualquer das punições previstas na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). A Lei Anticorrupção prevê a punição de pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção e outros ilícitos contra a administração pública, alcançando inclusive as empresas brasileiras que atuam no exterior. Além de atender a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a nova lei finalmente fecha uma lacuna na legislação brasileira ao tratar diretamente dos atos lesivos praticados pelas empresas. As sanções podem alcançar desde a aplicação de multas, na esfera administrativa, até a perda de bens, a suspensão de atividades e a dissolução compulsória, na esfera penal, além da proibição de receber incentivos, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos e entidades públicas. Ao dar transparência a todas as punições aplicadas, o CNEP funciona como um importante instrumento de controle pela sociedade quanto ao cumprimento da Lei. Através do CNEP também é possível acompanhar os acordos de leniência firmados pelas empresas com o poder público, inclusive aqueles que eventualmente sejam descumpridos. Atenção! A Lei Anticorrupção trouxe a obrigatoriedade para os entes públicos, de todos os Poderes e Esferas de Governo, de manter o Cadastro atualizado. Para atender a esta exigência, a CGU desenvolveu o Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, que é alimentado diretamente pelos órgãos e entidades do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios brasileiros. Na esfera federal, o CNEP é alimentado diretamente pela CGU, a partir de pesquisa às sanções publicadas no Diário Oficial da União. Com o lançamento do sistema CGU-PJ (base de dados oficial dos processos de responsabilização administrativa de pessoas jurídicas) haverá a importação automática das sanções ali registradas pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Disponível em: <<http://bit.ly/2tckLNE>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁷ O Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) é um banco de informações mantido pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) que consolida a relação das empresas e pessoas físicas que sofreram sanções tendo como efeito restrição ao direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública. Os impedimentos de contratação com a Administração Pública só têm efetividade se facilmente verificáveis pelos órgãos e entidades no momento da licitação. O CEIS representa uma fonte de referência para todos os gestores públicos nos processos de compras governamentais. Vários entes federados possuem cadastros sobre o assunto, alguns possibilitam a consulta mediante o CNPJ das empresas e outros em forma de lista. O CEIS vem reunir, em um único banco de dados, a relação de apenas provenientes das diversas fontes disponíveis. Ao consolidar dados de distintas fontes e traduzir a linguagem técnica para uma estrutura acessível, o CEIS também aumenta a transparência sobre o assunto e possibilita o controle da sociedade quanto ao cumprimento das sanções aplicadas. Para preservar a autenticidade das informações o CEIS traz a indicação da fonte, o que possibilita ao usuário aprofundar sua consulta, caso deseje o contato direto com o órgão sancionador. Atenção! A Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) trouxe a obrigatoriedade para os entes públicos, de todos os Poderes e Esferas de Governo, de manter o Cadastro atualizado. Para atender a esta exigência, a CGU desenvolveu o Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, que é alimentado diretamente pelos órgãos e entidades do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios brasileiros. Na esfera federal, o CEIS é alimentado diretamente pela CGU, a partir de pesquisa às sanções publicadas no Diário Oficial da União e da importação de bancos de dados institucionais. Disponível em: <<http://bit.ly/2JEd4Lf>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁸ ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. Cade permanece entre as mais reconhecidas agências antitruste do mundo. *Cade*, Brasília, 26 fev. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2JEd4Lf>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁹ “Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem

[...] é um conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 e nos artigos 197 a 210 do Regimento Interno do Cade (RICADE); e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de Acordo de Leniência Antitruste do Cade (Acordo de Leniência)[...]

E quando do acolhimento por quem participou de atividades consideradas ilícitas haverá o comprometimento em fazer cessar referida conduta objetivando buscar minorar ou dar imunidade às penas previstas em dispositivos legais.

De se notar, portanto, que a concorrência há muito vem sendo debatida, com previsões legais e com atuação séria do CADE, impondo sanções e orientações às empresas cujo segmento tenha amplitude concorrencial.

Em 2016 alguns números de atuação merecem destaques com o a arrecadação de R\$ 133.069.453,44 em multas e R\$ 238.512.038,26 em contribuições pecuniárias¹⁰; 35 requerimentos de termos de compromisso de cessação de conduta, sendo 31 homologados e 4 rejeitados, que demonstram não só o engajamento do órgão mas também o interesse das empresas em se adequar às regras a que estão sujeitas, notando-se a mudança da mentalidade dos gestores, sendo muito bem vindo mais um reforço desde janeiro de 2014 com a vigência, portanto, da Lei Anticorrupção, eis que dispõe **sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira**, com responsabilização na esfera administrativa e judicial, além de possibilitar o chamado **acordo de leniência** que é a colaboração com o processo administrativo e que pode minimizar as penas impostas pela aludida lei que, inclusive, é extensível às demais empresas do grupo empresarial envolvido.

CONCLUSÃO

Desse modo, ter observância dos atos empresariais às normas e efetivamente adequando-se às mesmas, adotando-se, por fim, a prática do *compliance* que é medida salutar ao desenvolvimento empresarial, cujo enfoque é o de mensurar os riscos e gerir a atividade empresarial sob conformidade às legislações e normas aplicáveis, sendo que tal preocupação e aplicabilidade se enquadrem como lastro patrimonial ao direito de imagem da empresa, gerando confiabilidade aos que buscam associar-se à empresa de modo societário ou na aquisição de seus produtos e serviços.

A mudança da mentalidade empresarial é de que o custo na gestão amparado nessa regra, mostra-se como um investimento e não como mero gasto desnecessário, e que a confiança social na empresa decorre de uma auto proatividade consubstanciada no próprio desenvolvimento de critérios para a *compliance*, como análises periódicas do programa com ampla e inequívoca divulgação aos envolvidos no desenvolvimento da empresa; meios de comunicação com entes internos e externos para recebimento e apuração de denúncias, críticas ou sugestões; sanções

econômica; altera a Lei nº8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências”.

¹⁰ CADE em números. Disponível em: <<http://bit.ly/2ldrQoU>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

disciplinares; exposição pública de referido programa e de eventuais notas de repúdio a atos contrários ao desenvolvimento do ramo de sua atuação; avaliação dos riscos e seu grau periódico; análise dos graus de zelo à legislação dos entes envolvidos com a empresa (*due diligence*); entre outras situações que busquem um caminho ético que desenvolva, não só o bom nome e inserção mercadológica da empresa, mas principalmente no desenvolvimento de atos que visem a isenção às sanções sérias da Lei Anticorrupção que podem, inclusive, impor a dissolução compulsória da pessoa jurídica (§ 1º. do art. 19). Essas preocupações fazem com que a empresa tenha desenvolvimento crescente, autônomo e confiável econômico e socialmente.

As atividades com ganho de capital ilícito ou desvios de erário público por negociata em contratos para serviços públicos, trazem evidente prejuízo financeiro, mas sobretudo um prejuízo social, eis que tais desvios limitam, ou impedem, o correto destino das verbas públicas para o atendimento do cidadão nas básicas funções a que tem direito, aliás Constitucional.

Um dos fatos que mais se nota, principalmente se notava, era o arraigado nepotismo, muito bem repellido pelo princípio da moralidade insculpido no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética responsabilidade social e empresarial**: uma visão prática. Rio de Janeiro, RJ: Alta Books, 2016.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MAY, Yduan de Oliveira. **Governança corporativa eficiente**. Curitiba: Íthala, 2016.

PESTANA, Márcio. **Lei anticorrupção**: exame sistematizado da Lei n. 12.486/2013. Barueri/SP: Manole, 2016.

SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 27, p. 51-52, jul./set. 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). **Lei anticorrupção e temas de compliance**, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SOUZA, Maria Regina Whitaker. **Responsabilidade constitucional na exploração dos recursos naturais**: propostas para a mineração da areia. São Carlos: RiMa, 2008.

TEIXEIRA, Pedro Freitas. **Os deveres de conduta dos administradores de companhia aberta:** uma análise funcional da responsabilidade civil no âmbito da Lei 6.404/76. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

10 BIOTECNOLOGIA E GENÉTICA FORENSE APLICADAS ÀS CIÊNCIAS CRIMINAIS

José Cezario de Almeida*

Francivaldo Gomes de Moura**

RESUMO: A biotecnologia e a genética forense humana se baseiam na análise do DNA individual, consistindo importantes ferramentas das ciências contemporâneas, que se exsurtem à disposição da justiça para elucidar autorias de crimes, identificação de cadáveres, pessoas desaparecidas. As impressões digitais de DNA resultantes da hibridação *Southern Blot* são constituídas por múltiplos fragmentos de DNA hipervariáveis que revelam estabilidade somática e germinal completamente específicas do indivíduo e variáveis simultaneas a propiciar *fingerprinting* de DNA individual específica na análise de perfis genéticos aplicáveis para fins forenses. Objetivou o estudo, apresentar a importância dos perfis genéticos de DNA na área criminal, os avanços biotecnológicos de prospecção de amostras biológicas e discutir a base legal à sua aplicação no Brasil, possibilitando à compreensão dessa ferramenta aos operadores do direito e os avanços da legislação impulsionados pela Lei nº 12.654/2012, base legal à coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. Na aceção metodológica, adotou-se delineamento metodológico de construção indutivista teórico-empírico, em face da natureza do estudo, por sê-lo descritivo - compreensão do problema -, e exploratório - familiaridade com o problema. Consultas às fontes primárias basearam-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, legislação esparsa em direito material e processual e jurisprudência do STF; e fontes secundárias consistiram dos periódicos indexados e a doutrina. Resultados e conclusões são apresentados na importância da discussão e análise do direito material e processual, jurisprudencial, doutrinário e na literatura especializada. Aborda-se a importância da criação, instalação e execução das ações da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e os limites e possibilidades da genética e da biotecnologia auxiliares às ciências criminais.

Palavras-chave: Biotecnologia. Genética. Forense. DNA. Crimes.

ABSTRACT: Biotechnology and human forensic genetics are based on analysis of individual ADN, consisting of important tools of the contemporary sciences and stands up to the disposition of the justice to elucidate authorships of crimes, identification of corpses, people disappeared. ADN fingerprints resulting from Southern blot hybridization are comprised of multiple hypervariable ADN fragments that reveal fully spliced and individual somatic and germline stability and simultaneous variables to provide specific individual ADN fingerprinting in the analysis of genetic profiles applicable for forensic purposes. The objective of this study was to present the importance of genetic profiles of ADN in the criminal area, the biotechnological advances of prospecting biological samples and to discuss by Law n. 12,654/2012, legal basis

* Professor Associado III da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Centro de Formação de Professores, Campus de Cajazeiras/PB, Doutor em Ciências Biológicas, Esp. em Direito Penal, Sócio-Pesquisador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Advogado - OAB/PB. E-mail: cezario@cfp.ufcg.edu.br

** Professor Adjunto I da Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Campus de Sousa/PB. Doutor em Direito e Ciências Sociais pela Universidade Museo Social da Argentina. Advogado - OAB/PB; E-mail: fgomesmoura@hotmail.com

for the collection of genetic profile as a form of criminal identification. In the methodological sense, it was adopted a methodological design of inductive theoretical-empirical construction, considering the nature of the study, because it is descriptive - understanding the problem -, and exploratory - familiarity with the problem. Consultations with primary sources were based on the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, sparse legislation on material and procedural law and jurisprudence of the STF; and secondary sources consisted of indexed journals and doctrine. Results and conclusions are presented in the importance of the discussion and analysis of material and procedural law, jurisprudence, doctrine and specialized literature. The importance discussed of the creation, installation and execution of the actions of the Integrated Network of Banks of Genetic Profiles and the limits and possibilities of genetics and biotechnology auxiliary to the criminal sciences.

Keywords: Biotechnology. Genetics. Forensic. ADN. Crimes

INTRODUÇÃO

As impressões digitais de DNA (Ácido Desoxiribonucleico) resultantes produzidas pela hibridação Southern Blot são constituídas por múltiplos fragmentos de DNA hipervariáveis, mostram estabilidade somática e germinal e são completamente específicas para um indivíduo, altamente variáveis simultaneamente e pode fornecer uma **impressão digital** de DNA individual específica de uso geral na análise genética humana, cuja técnica pode ser usada para fins forense, estas foram as conclusões dos estudos precursores de Alec Jeffreys et al. (1985, p.85), que denominaram essas regiões minissatélites **impressões digitais de DNA - DNA fingerprinting** -, e o seu uso possibilita identificar uma pessoa com “quase 100% de certeza”.

Os *loci* de minissatélites altamente polimórficos podem ser detectados simultaneamente no genoma humano por hibridação de sondas, consistindo repetições em *tandem* da sequência detectada por meio de uma sequência de núcleo comum de 10-15 pares de bases em nível de nuclear. Esses marcadores, em estudos de genética populacional são demonstrados pelo locus minissatélite D1S80, de modo que o perfil genético fornece uma *fingerprinting* (**impressão digital**) **específica de cada indivíduo**. (VERBENKO; LIMBORSKA, 2008).

O DNA de massa molecular relativa alta (Mr) pode ser isolado de manchas de sangue de 4 anos de idade e manchas de sêmen feitas em pano de algodão e digeridas para produzir impressões digitais de DNA adequadas para identificação individual. Em casos de estupro, os núcleos de esperma podem ser separados de requícios celulares vaginais, obtidos a partir de esfregaços vaginais contaminados com sêmen, permitindo a identificação positiva do doador/suspeito masculino. Prevê-se que as impressões digitais de DNA revolucionem a biologia forense, particularmente no que se refere à identificação de suspeitos de crimes. Refere-se, todavia, as relevantes contribuições da biotecnologia, imprescindíveis nessa nova área da aplicação genética.

Nesse aspecto, a modernização e o aperfeiçoamento dos laboratórios e das técnicas da biologia molecular, e em paralelo com os avanços em termos de capacidade de processamento e armazenamento informático, tornou-se exequível a construção de repositórios digitais sob a forma dos bancos de dados genéticos que existem atualmente em mais de 100 países (WALLACE et al., 2014), entretanto, deve-se considerar que os bancos de perfis genéticos têm aplicações distintas das tecnologias de DNA em casos criminais na medida em que estes são colocados à disposição do sistema de segurança, com vistas à ações investigativas.

A biotecnologia na década de 80 na área da genética humana estreou com a técnica de Jeffreys et al. (1985), utilizada oficialmente pela primeira vez na Inglaterra. Desde então, o DNA forense vem sendo utilizado pela criminalística e pela medicina legal como poderosa ferramenta na investigação criminal e nos estudos de vínculos genéticos. Nos últimos anos, a evolução das técnicas da biologia molecular, que em sinergismo, vem consolidando a confiabilidade e uso destas ferramentas (GARRIDO, 2009).

Em Estados Unidos, Canadá, Japão, China, Austrália, Chile e parte da Europa, os bancos de DNA têm revelado ser grande ferramenta na investigação criminal. Em EUA, segundo Lacerda (2012). Instalou-se em EUA o mais importante banco de perfis genéticos de criminosos **Combined DNA Index System - CODIS**, desenvolvido pelo **Federal Bureau of Investigation - FBI**, todavia, reconhece-se nessa área, o pioneirismo da Inglaterra. **CODIS** permite que perfis sejam compartilhados e comparados, formando um banco central de todos os laboratórios americanos integrados. No Brasil, denominado de Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos – RIBPG, estruturada em laboratórios forense nos Estados, com coordenação central em Brasília, teve inicialmente o *software* ofertado pelo FBI, sem ônus (BONACCORSO, 2010). Assim, as tecnologias de DNA vêm alçando maior protagonismo nos sistemas de justiça criminal por todo o mundo.

Destarte, os primeiros avanços no Brasil foram possíveis com o estabelecimento da parceria americana, RIBPG, da SENASP da Polícia Federal e Secretarias Estaduais de Segurança Pública. Em 2009, o **FBI** e Polícia Federal assinaram o Termo de Compromisso de concessão da licença ilimitada na utilização do **CODIS**, autorizando modificações e melhorias do sistema ao adaptá-lo à realidade brasileira. Neste diapasão, tornou-se imprescindível às ciências criminais à adoção dessa importante metodologia de investigação e de elucidação de delitos no Brasil, todavia, mormente ausentes disposições legais à sua implementação.

Advento da publicação da Lei Nº 12.654/12, o Brasil foi um dos países que mais recentemente aderiu ao projeto de criação de um banco de dados genéticos. Consubstancialmente, esse novel legal alterou a Lei Nº 12.037/09 que versava quanto à identificação criminal do civilmente identificado, ampliando a possibilidade de incluir a coleta de material biológico enquanto parte do procedimento de identificação. (BRASIL, 2012).

Novel diploma legal, o legislador pátrio firmou a Lei Nº 12.654 de 28 de maio de 2012, com *vacatio legis* de 180 dias, criou o Banco Nacional de DNA, visando auxiliar o sistema de justiça na elucidação de crimes violentos e instituir no País uma unidade central de informações genéticas, gerenciada por organismo oficial de perícia criminal. A Lei novel trouxe previsão legal e dissensos quanto à sua aplicação, porém, representando os avanços esperados pelo sistema de identificação criminal, por propiciar base legal à utilização de informações do DNA de apenados e identificar criminosos com maior segurança, elidindo, destarte, a punição de inocentes (BRASIL, 2012).

Na seara das alterações legislativas, repercutiu na Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), determinando que os indivíduos condenados “por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990” (BRASIL, 1984) sejam submetidos à coleta de amostra biológica, com posterior armazenamento do respectivo perfil num banco de dados.

A modificação dada ao Art. 3º da Lei nº 7.210/84, inserida pela redação do art. 9º -A da novel Lei estabelece:

Art. 9º Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei Nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

Com efeito, a novel lei em comento estabelece que a identificação genética seja feita a partir de fluidos e tecidos biológicos humanos dos criminosos e que as informações produzidas sejam arquivadas em banco nacional de perfis genéticos, seguindo normas constitucionais e internacionais de direitos humanos. De modo que, informações obtidas, a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo elaborado por perito oficial devidamente habilitado, com as prerrogativas do sigiloso, ficando à disposição da Justiça brasileira, visando tornar mais céleres as investigações policiais e elucidação de crimes (BRASIL, 2012).

O objetivo desse estudo de pesquisa com base em referências foi apresentar o contexto atual da importância da análise genética por perfil de DNA, fundada nos avanços biotecnológicos e de ferramentas eficientes na prospecção de material genético de amostras biológicas de menor potencial invasivo e discutir os aspectos legais à sua aplicação no Brasil, possibilitando o desenvolvimento e a ampliação da genética nas ciências forenses, além de levar à compreensão dos operadores do direito sobre essas metodologias que têm bases científicas na biologia molecular, bem como relatar os avanços da legislação brasileira, impulsionados pela Lei Nº 12.654, de 28 de maio de 2012, no campo da genética forense.

O presente estudo alude-se à pesquisa qualitativa, de abordagem teórica e fundamentada em base científica da literatura nacional e internacional, com supedâneo na legislação brasileira, jurisprudência e dados oficiais publicados em relatórios técnicos. Adotou-se o método de abordagem indutivo, em face do sistema de busca que foi gerenciada a partir de descritores de base com publicações de periódicos indexados: DNA criminal e forense, banco de dados DNA forense, perfil genético, biotecnologia, legislação penal, jurisprudência e decisões do Supremo Tribunal Federal.

Neste estudo, buscou-se apresentar as fontes biológicas humanas com suporte celular nucleado pelos cromossomos e fita mitocondrial, que são capazes de propiciar às tecnologias de prospecção de DNA fontes de material biológico que podem ser utilizadas na amplificação das informações contidas nas amostras celulares obtidas no local do crime, corpo da vítima ou em vestígios do autor do delito, do cadáver ou dos parentes de pessoas desaparecidas.

Todavia, inicialmente, prepondera relatar as mais novas tecnologias de sequenciamento de nova geração, que podem ser aplicadas à área forense. Essas tecnologias promovem o sequenciamento de DNA em plataformas geradoras de informação produzindo milhões de pares de bases em uma única corrida. Dentre as novas plataformas de sequenciamento de DNA, duas já possuem ampla utilização em todo o mundo: a plataforma 454 FLX da Roche e a Solexa da Illumina.

Ainda, podem ser utilizados os sistemas de sequenciamento utilizados na plataforma da *Applied Biosystems*, denominada *SOLiD System*, e o *HeliscopeTrue Single Molecule Sequencing* (tSMS) da Helicos. Essas novas plataformas possuem como características comuns um poder de gerar informação muitas vezes maior que o sequenciamento de Sanger, em razão do tempo e do custo. Essa maior eficiência advém do uso da clonagem *in vitro* e de sistemas de suporte sólido para as unidades de sequenciamento, dispensando o intensivo trabalho laboratorial de produção de clones bacterianos, da montagem das placas de sequenciamento e da separação

dos fragmentos em géis. Esse tipo de clonagem *in vitro* em suporte sólido, permite que milhares de leituras possam ser produzidas de uma só vez com a plataforma 454, Solexa ou SOLiD, o que pode gerar maior evolução nos resultados e cruzamentos de dados, principalmente na rapidez com que são exigidos os casos criminais.

Infere-se que, uma vez potencializados os meios de produção da informação genética, possibilita a prospecção dos componentes biológicos com fontes de DNA aplicando-se com menor expressão invasiva, conforme preconiza a hermenêutica da Lei nº 12.654/2012, ao assinalar que a coleta do material biológico de condenados à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, seja por **técnica adequada e indolor**.

Desenvolvimento

Os avanços biotecnológicos e legais que ensejaram a criação de uma rede de bancos de DNA no Brasil, a maior instalação do CODIS fora dos Estados Unidos, influíram decisivamente na consolidação da Lei de criação do banco de DNA brasileiro. Busca-se, inicialmente, compreender que em 2010 ocorreu a implantação do CODIS no Brasil, oficializado durante solenidade no auditório do Instituto Nacional de Criminalística – INC, em Brasília. A cerimônia assinalou o marco inicial do treinamento dos peritos para atuação e operacionalização da RIBPG brasileira. O INC passou a ser o aporte do banco de dados na demanda federal e do Banco Nacional de Perfis Genéticos, que reúnem as informações nas esferas estadual e federal, permitindo a identificação de criminosos que atuam em mais de um estado (FIGUEIREDO, 2010; SCHIOCCHET, 2012; RIBPG, 2016).

Implementação da RIBPG aloca investimentos na modernização da infraestrutura e harmonização das práticas laboratoriais nos estados federais, que requerem permanente atualização e qualificação de profissionais. Diante dos desafios e dilemas aportados por pontos controversos da legislação escassa à sua operabilidade, põe-se na vanguarda a Lei 12.654/12, tornando a adoção desse sistema brasileiro objeto de estudo particularmente fértil, ao afirmar condições normativas. Assim, compreende-se que a efetividade dada à RIBPG se concretiza, atualmente, pela devida inserção de perfis genéticos das amostras biológicas deixadas pelos infratores nos locais de crime (ou no corpo das vítimas), os vestígios, sejam eles oriundos de casos com ou sem suspeitos. Esses vestígios confrontados entre si permitem a detecção de crimes seriais, estes podem ser identificados por meio da comparação dos perfis genéticos dos indivíduos cadastrados criminalmente, nos termos da Lei Nº 12.654, de 28 de maio de 2012, ao distinguir os condenados e os identificados criminalmente.

Há referir que a construção do banco de dados no Brasil deve estar em sinergismo e conectado com os distintos matizes que envolvem as estruturas judiciárias, as peculiaridades e dinâmicas territoriais e administrativas, não obstante, dar relevância às assimetrias culturais e socioeconômicas brasileiras, requerendo investimentos permanentes em equipamentos e recursos humanos. Incumbindo-se ao Ministério da Justiça, à Polícia Federal e às Secretarias de Segurança Públicas estaduais o provimento de recursos humanos com habilidades e competências, aquisição e manutenção dos equipamentos e controle de qualidade dos laboratórios e das informações produzidas (BONACCORSO, 2010).

Em 2016, até maio, participavam efetivamente da RIBPG, 18 laboratórios estaduais: AM, AP, BA, CE, ES, GO, MG, MS, MT, PA, PB, PE, PF, PR, RJ, RS, RC, SP; 01 laboratório no DF e 01 da Polícia Federal, com representativos dados de vestígios e indivíduos cadastrados, apresentando correlações às categorias das amostras e número de perfis genéticos, respectivamente, vestígios:

3.423 registros; os condenados, segundo a Lei 12.654/2012, identificados criminalmente: 95 e decisão judicial: 4 registros. Quanto aos dados de pessoas desaparecidas somam-se: 1.526 casos (BRASIL, 2016b). Dessa forma, à semelhança de outros Bancos de DNA internacionais, a RIBPG brasileira utiliza-se de indicadores na mensuração do impacto dos resultados obtidos, com assento em dois elementos: 1. número de coincidências confirmadas, e 2. número de investigações auxiliadas (RIBPG, 2016).

As informações armazenadas nos bancos estaduais são sincronizadas e compõem o Banco Nacional de Perfis Genéticos, que devem ser atualizadas hodiernamente, cabendo o cruzamento das informações interbancos nacionais e internacionais pela Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL). Conforme Figueiredo (2010), é defeso aos 40 países detentores do Sistema CODIS interferir nos bancos de dados genéticos dos países que desenvolvem essas tecnologias, existindo em cada nação normatização autônoma.

Contudo, o banco de dados estabelecido na legislação brasileira prevê que as informações armazenadas não podem “[...] revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero” (BRASIL, 2012). Dar-se, entretanto, espaço à preocupação de que essa especificidade diz respeito ao emprego de perfis genéticos que utilizam os marcadores do CODIS, considerados não-codificantes. Nesse espaço, a Lei 12.654/12 estabelece uma abertura, em casos de investigação, seja possível o atendimento à solicitação de acesso aos bancos durante as investigações pelo juiz. Com efeito legal, a lei em comento alterou a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), assinala que “A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético” (BRASIL, 1984).

O aspecto imperativo da Lei 12.654/12 que mais provocou controvérsias e debates após sua publicação foi em relação ao caráter da obrigatoriedade das pessoas condenadas sejam submetidas à coleta de material genético (RICHTER, 2016), estabelecendo a hediondez do crime como critério basilar à inclusão no banco de perfis genéticos, tais como, os indivíduos condenados pelos crimes de homicídio, lesão corporal dolosa de natureza gravíssima, sequestro, estupro, falsificação de medicamentos e exploração sexual de menores, independentemente do tempo de reclusão sentenciado.

Os debates jurídico-legais e dos direitos humanos acerca da utilização das tecnologias de DNA para fins forenses têm sido centradas em torno dos direitos individuais com expressa previsão na Constituição Cidadã de 1988, nomeadamente a questão do direito de não produzir prova contra si mesmo. Pesquisadores do direito brasileiro têm questionado a constitucionalidade da Lei 12.654/12, quanto ao direito a não autoincriminação (PEREIRA, 2012). Nessa discussão, Schiocchet et al. (2012) salientam que as intervenções corporais feitas no indivíduo, contra sua vontade, como instrumento de prova, tais como exames de DNA, exame de alcoolemia, devem ser tratadas como provas invasivas. De acordo com parte da doutrina jurídica tratam-se da produção de prova ilícita, em decorrência do respeito aos princípios da dignidade humana, da não autoincriminação e da liberdade pessoal.

A norma questionada em comento (Lei Nº 12.654/2012), quanto ao o artigo 9º-A que alterou a Lei de Execução Penal e instituiu a criação de banco de dados com perfil genético pela extração obrigatória de DNA de criminosos condenados por delitos dolosos com o emprego de violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. No recurso, em face do acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Geral, a defesa de um condenado alegou que a medida em questão viola o princípio constitucional da não autoincriminação e o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nessa seara controvertida, o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou em 2016 a constitucionalidade da coleta de DNA de condenados por crimes violentos ou hediondos com o objetivo de manter banco de dados estatal com material genético. A matéria, objeto do Recurso Extraordinário (RE) 973837, teve repercussão geral reconhecida, por unanimidade, pelo Plenário Virtual da Corte Suprema do País.

Em sua manifestação, o relator da matéria, ministro Gilmar Ferreira Mendes frisou que os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, traçar seu perfil genético, armazená-los em bancos de dados e fazer uso dessas informações são objetos de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Ainda pontificou o Ministro, que casos julgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos revelam que as informações genéticas encontram proteção jurídica na inviolabilidade da vida privada.

No caso brasileiro explicou Mendes, a Lei nº 12.654/2012 que introduziu a coleta de material biológico prevê duas situações normativas: 1) identificação criminal e, 2) execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos. Na primeira, a medida deve ser determinada pelo juiz, que avaliará a essencialidade às investigações, podendo os dados serem eliminados no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito cometido. Na segunda, os dados dos condenados devem ser coletados como consequência da condenação, sem previsão para a eliminação do perfil. Em ambos os casos, os perfis são armazenados em bancos de dados e podem ser usados para instruir investigações criminais e na identificação de pessoas desaparecidas.

Considere-se que, a questão constitucional tem relevância jurídica e social, o relator se manifestou no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral na matéria. A decisão do Plenário Virtual foi unânime. No reconhecimento da repercussão geral em decisão do STF, quanto ao mérito do recurso, este passou a ser aplicado aos casos análogos, que até o trâmite final do RE, encontravam-se sobrestados nas demais instâncias do País (BRASIL, 2016a). Nesse diapasão jurisprudencial, passa-se, no Brasil a aplicação efetiva de obtenção de DNA à formação dos Bancos de Perfis Genéticos na dimensão da Lei Nº 12.654/2012.

Ressalte-se que, obter DNA à guisa do entendimento da ciência genética, com restrição informacional a não revelar os traços somáticos ou comportamentais das pessoas seria eficiente pelo método *DNA fingerprinting*, que consiste em **repetições curtas enfileiradas** (*Short Tandem Repeat*) conhecidas pela sigla em inglês STR, revelando indivíduos de sequências altamente polimórficas que variam de indivíduo para indivíduo, de modo que, a sequência ATCG repete-se de modo consecutivo 3 vezes, obtendo portanto, no alelo onde ela se localiza, a seguinte sequência ATCGATCGATCG, originando um fragmento de 12 pares de bases. Todavia, se essa sequência se repetir 4 vezes no alelo, se obteria um fragmento ATCGATCGATCGATC, com 15 pares de bases. Debalde, estes 02 alelos podem ser diferenciados de acordo com as repetições em seus comprimentos. São justamente estas diferenças no número de repetições das sequências que resultam na detecção de diferentes alelos, ou seja, fragmentos de tamanhos diferentes no genoma de diferentes indivíduos. Essas revelações são refletidas na eletroforese que cria as bandas de polimorfismo e visualizadas nos resultados do *DNA fingerprinting*.

De inclusão necessária à aplicação dessas metodologias, alude-se à prospecção dos substratos biológicos com potencial genômico, a partir de fontes de fluidos orgânicos. Vislumbra-se que, as células obtidas da mucosa bucal por salivação, bochechos com soro fisiológico a 0,9, ou por esfregaços de *swabs* estéreis levemente à mucosa da bochecha ou com goma de mascar, que possibilitam reter elevada quantidade de células da cavidade oral. São alternativas promissoras, em razão de usualmente serem empregadas em laboratórios de pesquisas.

Para fins não forenses, essas técnicas são amplamente empregadas em projetos de pesquisas e desenvolvimentos de estudos *in vitro* nos Laboratórios de Citologia e Histologia

da Central de Laboratórios em Saúde do Curso de Ciências Médicas da Universidade Federal de Campina Grande, Campus de Cajazeiras, PB (ALMEIDA, et al., 2016). Com base na experiência desses autores na aplicação e domínios das ferramentas pontuam que as fontes biológicas menos invasoras são a salivação, urina, sudorese e bochechos espontâneos, a estas, equiparando-se alternativamente às células obtidas pelo corte de unhas, ambas, chegam a inferir uma taxa de sucesso de 90% no fornecimento de DNA pela técnica da PCR. Outros são citados na literatura, como exumação, bitucas de cigarro, absorventes, dentre outros. Entretanto, sugerem o cultivo de células *in vitro*.

Destarte, outras fontes de prospecção de material biológico podem advir do paciente declinar a oferecer suas células retidas às roupas ou toalhas em uso, água de banho, micção, sudorese, fio de cabelo com bulbo capilar. Assim, consideram-se técnicas adequadas e indolores que podem ser aplicadas à coleta do perfil genético via DNA dos apenados. De modo que, importante avaliar a taxa de sucesso dos tipos de amostras, sua conservação e coleta. A taxa de sucesso indica a probabilidade de alcance de resultados qualitativo e quantitativo (ALMEIDA et al., 2017).

Os laboratórios brasileiros interligados à RIBPG, na prática, revelam que a maioria das amostras ainda se refere basicamente a vestígios oriundos de locais de crime, sendo ainda tímida, e em alguns laboratórios até inexistente, amostras provenientes de indivíduos cadastrados criminalmente. Igualmente preocupante, o desbalanço entre a quantidade de amostras de restos mortais e familiares de pessoas desaparecidas. Assim, mencionam Santos e, at., (2017), em importante estudo, que um banco de dados de perfis genéticos constitui um processo que, ou culmina um trajeto de rotinização das tecnologias de DNA no sistema de justiça criminal, ou então surge como fator impulsionador da modernização e transformação das estruturas forenses existentes.

Ressalte-se que, cadastro de pessoas nos bancos de dados de perfis genéticos não se restringe à previsão normativa da Lei nº 12.654/2012. Todavia, há dispositivos legais na legislação que enseja autorização à autoridade jurisdicional a inserção de dados de material genético no cadastro, como exemplo, cita-se a progressão de regime inserta na Lei de Execuções Penais (Lei Nº 7.210/1984, artigos Nº 115, 124 §1º e 132).

Possibilita-se, ademais, a inclusão no cadastro por decisão judicial, em casos de suspensão condicional da pena prevista no Código Processo Penal (Lei Nº 3.689/1941, artigo nº79) e suspensão condicional do processo previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais, no § 2º do artigo 89 da Lei Nº 9.099/1995 (BRASIL, 2016b).

Torna-se fundamental, o efetivo cadastramento dos perfis genéticos em bancos de dados, visando auxiliar nos vestígios e na identificação e confirmação dos criminosos de acordo com o protocolo da RIBPG, tanto na elucidação de crimes quanto às condenações equivocadas. Na identificação de pessoas desaparecidas, é necessária atualização sistemática dos perfis genéticos com dados de quatro tipos de amostras biológicas, tais como: a) cadáveres e restos mortais não identificados; b) pessoas de identidade desconhecida; c) referências diretas de pessoas desaparecidas e, d) familiares de pessoas desaparecidas. Nesse caso, as amostras biológicas que chegam ao cadastro são submetidas à comparação dos perfis genéticos hodiernamente entre si, na busca de eventual vínculo genético. Infere-se que, a simples informação de que dois ou mais crimes foram cometidos pela mesma pessoa enseja esforços investigativos independentes ou unificados, corroborado pelo *modus operandi* utilizado pelo criminoso serial ou organização criminosa.

Abstrai-se, ainda, do Art. 5º-A, parágrafo 1º da lei em comento, que os perfis genéticos dos dados colhidos “não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas,

exceto determinação genética de gênero. Com efeito, o perfil genético restringir-se-á à indicação de pontos de comparação para efeitos de confronto e identificação, vedando-se a revelação de características físicas e/ou traços comportamentais passíveis de verificação por análise de DNA, dando-se exceção à identificação do sexo na composição do perfil genético, como mera classificação da individualização. Não obstante a utilização rotineira das tecnologias de DNA num dado contexto, a construção de um banco de dados implica, por exemplo, a acreditação dos laboratórios forenses (norma ISO 17025) (SANTOS et. al., 2017).

Assim, se o contrário não o fosse, com os avanços da biotecnologia no campo da genética poder-se-ia promover a separação dos indivíduos em razão do que são, e não por aquilo que fazem, possibilitando forte ferramenta ao direito penal do autor, em prejuízo do direito penal do fato ou no mínimo ênfase no criminoso nato de concepção lombrosiano, ou ainda, do direito profilático, que incide sobre aqueles que têm uma tendência ou uma predisposição genética à realização de determinadas condutas tidas como indesejadas, afrontando ao fundamento da dignidade da pessoa humana, ao princípio da presunção de inocência, bem como todos os preceitos do garantismo penal.

Considerações finais

As novas plataformas de sequenciamento genéticos e as inovações das biotecnologias constituem elevada vantagem na obtenção informações representativas de genomas e/ou transcriptomas, conjunto de transcritos (RNAs mensageiros, RNAs ribossômicos, RNAs transportadores e os microRNAs) de um dado organismo, órgão, tecido ou linhagem celular, sendo o reflexo direto da expressão dos genes. Assim, multiplicar um trecho específico do DNA (gene ou parte dele, regiões supervariáveis, Junk DNA), utilizando desoxinucleotídeos como monômeros até um ponto em que sua concentração em dada solução seja tão alta que possa ser facilmente detectável por métodos simples e clássicos de separação e identificação de substâncias vão dinamizar e maximizar as informações de perfis genéticos de DNA para fins criminais, todavia, deve-se ponderar a sua utilização de aplicação e que esteja estritamente vinculada à legislação, debalde, ainda motivo de duras críticas as quais se vinculam os autores desse artigo.

Mormente comentar, diante de várias fontes de obtenção biológica humana de DNA, mesmo por técnica adequada e indolor, quando se aplica à pessoa condenada à cumprimento de pena e esta obriga-se ao fornecimento do material por força legal, não deve olvidar dos princípios da dignidade da pessoa humana pela mais expresso do estado democrático de direito. Assim, sugere-se outras alternativas e metodologias de produção de material biológico por produção celular que se baseia em cultura de células e tecidos em meios *in vitro*;

No Brasil, ainda são insipientes os dados obtidos pelos laboratórios da RIBPG, verificando-se que há pouco mais de 1.000 indivíduos cadastrados criminalmente em todo país. Não há dados oficiais do número de condenados sob o efeito da Lei nº12.654/12, estima-se, entretanto, seja de 70 mil condenados que poderiam estar respondendo pelos tipos penais previstos na lei em comento inclusive no BNPG, todavia, relatam-se os avanços nessa área, pelo registro que o Brasil integra o conjunto de mais 60 países que utilizam o banco de dados de DNA como ferramenta de investigação criminal, tornando-o eficiente e eficaz na elucidação de crimes;

Destarte, o Ministério da Justiça reconhecer no IV Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), publicado em 2016, que os dados estatísticos apresentados apontam

uma grande subutilização dessa moderna ferramenta pelos diferentes atores da persecução penal. Mas ressalta que, apenas com a priorização do uso da ciência e da tecnologia no auxílio da Justiça será possível conferir uma maior segurança e eficácia ao sistema de justiça criminal, fato que contribuirá para a redução da impunidade em crimes graves e para o fortalecimento da produção da prova penal, ajudando a se evitar na prática casos envolvendo condenações equivocadas e inocentes cumprindo pena por crimes que não cometeram.

Assim, infere-se que, a sanção de Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, bem como a implantação da RIBPG são fundamentais ao sistema de segurança e de justiça do País. Considere-se a importância dada pelo poder legislativo no aprimoramento da legislação, assim como, do poder executivo na regulamentação e consolidação da estrutura e implementação destas ferramentas a serviço do judiciário brasileiro, porém, ressalte-se a necessidade de sua efetiva funcionalidade nos demais estados da federação, operando com padronização estrutural, tecnológica e financeira dos laboratórios e na qualificação dos recursos humanos nas práticas forenses, visando à qualidade, credibilidade e confiabilidade das análises em todo território nacional, como aumento na taxa de elucidação de crimes e punição dos autores.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. C; ALMEIDA, T. D. S. Perfil Genético Criminal: Fontes Biológicas de Prospecção de DNA e Aspectos Legais no Brasil. CONGRESSO NACIONAL DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, 1., 2017, João Pessoa. **Anais...** João Pessoa: IAB, 2017.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de banco de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. 262 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, seção 1, v. 134, n. 248, 13 jul. 1984, p.10227.

_____. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis de nos 12.037 de 1o de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 de maio de 2012.

_____. Ministério da Justiça. Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. In: _____. **IV Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG): Dados estatísticos e resultados relativos a 28 de maio de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça, 2016b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 973.837-MG, Tribunal Pleno – em meio eletrônico. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 23 de junho de 2016. **Diário de Justiça eletrônico**: 11 out. 2016.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Evolução dos processos de identificação humana: Das características antropométricas ao DNA. **Genética na escola**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 38-40, 2009.

JEFFREYS, ALEC J.; BROOKFIELD, JOHN F. Y.; SEMEONOFF, ROBERT. Positive identification of an immigration test-case using human DNA fingerprints. **Nature**, London, v. 317, p.818-819. 1985.

PEREIRA, G. L. A identificação criminal em face da nova lei 12.654/12: Breves apontamentos. **Revista Científica Electrónica do Curso de Direito**, Bauru, v. 1, n. 2, p. 1-13, 2012.

SANTOS, Filipe; COSTA, Susana; RICHTER, Vitor. O Banco de Dados Genéticos no Brasil: Os Desafios Operacionais e Legais de um Processo de Modernização. In: FONSECA, Claudia (org.). **Ciência, Medicina e Perícia nas Tecnologias de Governo**. Porto Alegre: CEGOV, 2017, p.130-150.

SCHIOCCCHET, T. et al. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

VERBENKO, D. A.; LIMBORSKA, S. A. Hypervariable human minisatellite DNA markers: D1S80 locus in population studies. **Molecular Genetics, Microbiology and Virology**, Berlim, v. 23, n. 2, p. 53-62, 2008.

WALLACE, H. et al. Forensic DNA databases: Ethical and legal standards: a global review. **Egyptian Journal of Forensic Sciences**, Cairo, v. 4, n. 3, p. 57-63, 2014.

11 DOIS ANOS DA LBI: O OBSCURANTISMO DOS OPERADORES DO DIREITO, GOVERNOS E SOCIEDADE CIVIL

Márcia Cristina Lamego*

Sônia Regina Lamego Lino**

INTRODUÇÃO

Os direitos da Pessoa com Deficiência - PCD, refletidos na Lei Brasileira de Inclusão - LBI, Lei nº 13.146, de 06 de julho 2015, aprovada a dois anos e, embora com mais de 15 anos de tramitação, continuam a ser negligenciados pela sociedade civil organizada. Dentre os atores sociais que diuturnamente se relacionam com a PCD, estão os operadores do direito e o Estado, por meio de seus agentes, que por desconhecimento especializado dos direitos conquistados pela PCD, trazem um maior prejuízo frente a bandeira da necessidade da inclusão, com a consequente diminuição da desigualdade social, colocando a PCD sob a égide de um aumento subjetivo e significativo da discriminação, contrastando com o espírito ou teor da LBI. Inserido neste contexto, temos as pessoas com mobilidade reduzida, que a priori pode-se dizer que são as que mais sofrem com a discriminação. Será? Que são os que mais sofrem?

A princípio, a própria definição de PCD e mobilidade reduzida é desconhecida por muitos, via de regra, associação a uma cadeira de rodas é imediata, mas há negligências nesse sentido, pois o espírito da LBI é o de incluir, no sentido mais amplo, todas as pessoas com deficiência aparente ou não, grave, severa, ou leve. Vale dizer que, para as pessoas sem deficiência - PSD, que enfrentam no dia-a-dia as dificuldades e barreiras sociais, ambientais, estruturais, legais, etc., há de se considerar as batalhas para superar os obstáculos que surgem, imaginemos que para a PCD as dificuldades, limitações, restrições, gastos, despesas, investimentos, tempo são sobremaneira majorados, justificando a necessidade de se fazer a **inclusão** da LBI como tema recorrente nas diversas esferas sociais.

Poucos os sabedores de que a PCD tem vários direitos, de acordo com a LBI, dos quais destacamos saúde, educação, moradia, acessibilidade, lazer, inserção no mercado de trabalho, a igualdade entre os desiguais, cultura, transporte etc.

* Bacharel em Direito (UNIVALI, 2006). Membro OAB/SC - Comissão de Direito do Consumidor (Gestão 2013-2015) Subseção de São José - SC. MEMBRO OAB/SC - Comissão de Direito Homoafetivo - Seccional - SC. Pós-Graduada - Regime Próprio de Previdência Social - UNITOLEDO - SP.

** Doutora. Curso de Pós-Graduação em Engenharia e Gestão do Conhecimento/UFSC (2013). Mestre em Administração/UFSC (2001). Especialista em Gestão Pública/PNAP/CAPES/IFSC (2012). Especialista em Educação Profissional Técnica de Nível Médio Integrada ao Ensino Médio na Modalidade de Jovens e Adultos/ CEFET/SC (2007). Bacharel em Administração/ UFSC (1990). Aperfeiçoamento em Escola de Governo/ Políticas Públicas/ UDESC (1995). Aperfeiçoamento em Comércio Internacional/ UNIVALI (1995). Servidora Pública Federal, nomeada no cargo de Professor de Ensino Básico, Técnico e Tecnológico, do IFC - Instituto Federal Catarinense (2010), cursos técnico, tecnólogo, graduação, pós-graduação; pesquisa; extensão e gestão. Professora de Administração do Curso de Especialização de Instrutor e Treinador de Cães Guia. Professor Orientador da UAB - PROGRAMA UNIVERSIDADE ABERTA DO BRASIL (UAB), do IFSC - Instituto Federal de Santa Catarina, na modalidade a distância, para o Curso de Especialização Lato Sensu em Gestão Pública (2006 - 2009). Servidora Pública Federal, nomeada no cargo de Assistente em Administração, IFSC - Instituto Federal de Santa Catarina (1992 - 2010), professor de pós-graduação e gestor. Professora e orientadora da área de Administração, na UNIVALI - Universidade do Vale do Itajaí (2000 - 2005). Professora de Administração na UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina (1997 - 1998) e Membro da equipe do INPEAU - Instituto de Estudos e Pesquisas em Administração Universitária, do Programa de Pós-graduação em Administração, CPGA/UFSC, desde 2012. Professora de Administração na UDESC - Universidade do Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina (1998 e 2006). Coordenadora de Estágio, professora e orientadora na área de Administração na FADEC - Faculdade Decisão (2003 - 2009)..

DESENVOLVIMENTO

A Carta Magna de 1988 traz em seu bojo, direitos e garantias fundamentais atribuídos às pessoas com deficiência, dispostos nos: Título II - Capítulo I e II, Título III - Capítulo II e VII, Seção I, Título VIII - Capítulo II, Seção IV - Capítulo III, Seção I - Capítulo VII e Título IX da referida lei.

Assim, ao observarmos os artigos da Constituição Federal, verificamos que nestes estão inseridos, o direito e as garantias fundamentais, os direitos sociais e a não discriminação. Assim é o texto da Constituição Federal 1988:

TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

CAPÍTULO II - Dos Direitos Sociais

[...] **Art. 7º.** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...] XXXI- proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

TÍTULO III - Da Organização do Estado

CAPÍTULO II - DA UNIÃO

[...] **Art. 23.** É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...] XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

CAPÍTULO VII - Da administração Pública

SEÇÃO I - Disposições Gerais

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

[...] VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

TÍTULO VIII - Da Ordem Social

CAPÍTULO II - Da Seguridade Social

SEÇÃO IV - Da assistência Social

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...] IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

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 a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

CAPÍTULO III - Da Educação, da Cultura e do Desporto

SEÇÃO I - Da Educação

[...] **Art. 208.** O dever do estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...] III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

CAPÍTULO VII - Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso

[...] **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§1º- O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

[...] II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

[...] §2º- A lei disporá sobre normas de construção de logradouros e edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

TÍTULO IX - Das Disposições Constitucionais Gerais

[...] **Art. 244.** A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, 2. ^{o1}

¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Constituição Federal**: dispositivos referentes à pessoa com deficiência. [201-?]. Disponível em: <<http://bit.ly/2LYO0eI>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

Além da CF de 1988, a LBI - Lei Brasileira de Inclusão, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) sancionada pela presidente Dilma Rousseff em 06 de julho de 2015, inseriu na esfera legislativa “[...] modelo social de deficiência, ratificando o paradigma que anteriormente havia sido introduzido no direito pátrio pela Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, [...]” (FERRAZ; LEITE, 2017).

A Lei Brasileira de Inclusão, Pessoa com Deficiência teve uma tramitação demorada, mas que acabou permitindo que sua versão final fosse ajustada à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pela Organização das Nações Unidas poucos anos antes, e ratificada pelo próprio Brasil, resultando assim em texto mais adequado à visão moderna sobre a pauta em questão. Os avanços já são visíveis, mas há muito a se fazer e a Ordem paulista vai seguir contribuindo nessa caminhada. (COSTA, 2017).

Em se tratando dos avanços ainda há muito a ser feito, mais destaque deve ser dado à definição de PCD que a LBI traz em seu Art. 2º, onde deixa claro sua definição, bem como, no Art. 3º, IX, definindo Pessoa com Mobilidade Reduzida - PCMR, que por muitos ignorada quanto a ser amparada pela LBI, devido ao obscurantismo sobre a referida Lei. Tais pessoas, na vida cotidiana, por questão educacional e de civilidade, por si só, já mereceriam atenção especial e preferencial, sendo essas as gestantes, lactantes, pessoa com criança de colo, idosos e obesos.

E, conforme estabelece o art. 2º da nova lei, “[...] 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”.

Trata-se de conceito aberto e dinâmico, cujos contornos dependerão sempre da análise dos elementos existentes no caso concreto, não sendo possível, assim, uma definição apriorística da questão.

É preciso destacar, antes de mais nada, que a lei distingue a limitação funcional apresentada pela pessoa da deficiência. A ausência de visão, a surdez ou a condição física do cadeirante, por exemplo, são limitações funcionais, reconhecidas como atributos da pessoa e inerentes à diversidade humana. A deficiência, por sua vez, tem caráter relacional, por consistir na interação de tais atributos com barreiras existentes no meio social, cujo resultado é a dificuldade ou o impedimento para o acesso e exercício de direitos em igualdade de condições com as demais pessoas.

A deficiência, portanto, é externa à pessoa, por advir da inacessibilidade encontrada no meio, que resulta em uma desvantagem econômica ou social para pessoas que estão fora do padrão de pessoa média, standard de pessoa. Em última análise, decorre da incapacidade de toda a sociedade em se organizar adequadamente para ensinar a convivência de pessoas que estão fora dos padrões dominantes.

E, na medida em que se trata de um problema estrutural, é responsabilidade do Estado e de toda a sociedade eliminar os obstáculos existentes para que pessoas com limitações funcionais participem ativamente da vida em sociedade.

Apenas para aprofundar um pouco mais essa reflexão e para reforçar a ideia de que as limitações físicas, sensoriais, mentais e intelectuais não se confundem com o conceito de deficiência previsto no direito brasileiro, atente para o fato de que uma pessoa que apresente uma

limitação física severa em um ambiente acolhedor e aberto à diversidade, talvez não vivencie a experiência da deficiência (por não sofrer o problema da exclusão social), ao contrário de alguém com uma limitação física branda que esteja submetida a um meio inacessível e fechado ao **diferente**, marcado por grande preconceito (FERRAZ; LEITE, 2017).

A proteção destinada a PCD tem por prioridade garantir o tratamento em igualdade de condições com as demais pessoas, assim, pode-se dizer que os 127 artigos que compõem a LBI, buscam a aplicabilidade efetiva da norma aqueles que dela dependem. Mesmo assim, há necessidade constante de busca da igualdade de condições e oportunidades, considerada as desigualdades a que está condicionada a PCD, questão de humanidade e de justiça social, até mesmo pelo quantitativo de pessoas com essa situação, no censo de 2010 na ordem de mais 4,6 milhões de pessoas, bem como pela probabilidade desses números crescerem em função da violência, urbana, doméstica, automobilística, entre outras, que acaba por colocar mais pessoas na condição da deficiência permanente, temporária, leve ou grave, para citar algumas situações.

Garantir direitos nas áreas de saúde, educação, trabalho e infraestrutura para pessoas com deficiência é a razão da existência da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), que foi promulgada há exatos dois anos, em 06 de julho de 2015. Trata-se de um indiscutível avanço civilizatório na rotina da sociedade republicana e democrática em que, acreditamos, todos os brasileiros queiram viver. E, mais do que atender a público restrito, essa normatização atende a um vasto universo estimado em 45,6 milhões de pessoas, ou quase 24% da população brasileira, conforme os dados do Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Um levantamento que, mesmo carente de atualização, abrangeu ampla gama de deficiências declaradas pelos pesquisados e nem todas aparentes (COSTA, 2017).

Desse modo, necessário se faz trazer a conhecimento os principais artigos da LBI, quais sejam:

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.

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.

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

IX - pessoa com mobilidade reduzida: aquela que tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, gerando redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idoso, gestante, lactante, pessoa com criança de colo e obeso;

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Art. 37. Constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho.

Art. 40. É assegurado à pessoa com deficiência que não possua meios para prover sua subsistência nem de tê-la provida por sua família o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

Art. 42. A pessoa com deficiência tem direito à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, sendo-lhe garantido o acesso:

Art. 53. A acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social.

Art. 57. As edificações públicas e privadas de uso coletivo já existentes devem garantir acessibilidade à pessoa com deficiência em todas as suas dependências e serviços, tendo como referência as normas de acessibilidade vigentes (LBI, 2015)²

Dois anos se passaram desde a promulgação da LBI. Lamentavelmente percebemos que poucos operadores de direito têm domínio do objeto da referida Lei. Assim, também as

² BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 jul. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2wcGQjH>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

políticas públicas, dos governos locais, dos Municípios, Estados e País, ainda carecem de ações mais pontuais e em volume maior em função da grande importância que o tema aborda, haja vista o impacto na vida da própria PCD, bem como de suas famílias e ou de quem os amparem, a sociedade civil organizada, através das diversas entidades de apoio a PCD.

As entidades de apoio a PCD não têm medido esforços no sentido de fazer valer os direitos dessas pessoas, que antes de tudo são seres humanos, cidadãos, contribuintes, trabalhadores, eleitores, pais, filhos, irmãos, esposos, provedores, etc. Neste sentido, governos e sociedade civil organizada tem importante papel no conhecimento e aplicabilidade da Lei, embora o obscurantismo seja a tônica entre tais atores sociais.

A Seção São Paulo da Ordem dos Brasil entende que promover a inclusão é parte de seu papel de guardião da cidadania. Ciente de que parcela da população precisa conhecer o que o aparato jurídico lhe oferece, a nossa instituição tem se empenhando em ampliar e monitorar a aplicação da LBI, promovendo ações de divulgação desse diploma legal que demandou 15 anos de discussões, ajustes, longas conversas e negociações para completar sua tramitação no Congresso Nacional. Ao todo são 127 artigos que impõem obrigações ao poder público e à iniciativa privada. Compreendê-los e ampliar o conhecimento em torno deles motivou a parceria da Seccional paulista da OAB com a Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Estado de São Paulo. Juntos unimos nossa capilaridade em centenas de pontos em todo o Estado para levarmos esse conteúdo legal ao maior número possível de estudantes dos cursos de Direito e advogados que queiram se dedicar à causa.

Difundir esse conhecimento é a melhor forma de se enraizar a cultura da acessibilidade para todos. Sem discriminação e em prol de uma convivência mais justa e harmoniosa. O plano de trabalho da OAB SP tem sido, nesses dois anos, o de incentivar discussões, debates, seminários temáticos, criar comissões, divulgar trabalhos e estudos, patrocinar eventos e workshops dando maior visibilidade à LBI e às suas aplicações práticas.

[...] Os avanços já são visíveis, mas há muito a se fazer e a Ordem paulista vai seguir contribuindo nessa caminhada (COSTA, 2017)³

O exemplo da OAB Seccional de São Paulo contrasta com o pensamento de Ferraz e Leite (2017), em que pese que iniciativas estejam sendo tomadas por instituições como a OAB/SP, porém, afirmam que com a introdução da LBI, vários dispositivos legais sofrerão mudanças significativas, a não aplicabilidade dos dispositivos alterados no trabalho de defesa pelos operadores de direito, face a seu obscurantismo, poderão causar prejuízo significativo a PCD e ou pessoa com mobilidade reduzida, face a sua invisibilidade. Há nitidamente a necessidade da comunidade jurídica militar na causa da PCD.

³ COSTA, Marcos da. Dois anos hoje da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, e muito a ser feito. **OAB-SP**, São Paulo, 6 jul. 2015. Palavra do Presidente. Disponível em: <<http://bit.ly/2HZEa9U>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

Mesmo não inovando no sentido de introduzir nova conceituação que já não estivesse contemplada na Convenção da ONU, a lei acarretará mudanças significativas em vários diplomas legais (algumas com a força de um vendaval), como no Código Civil, Código de Processo Civil, Código Eleitoral, Estatuto da Cidade, CLT, Código do Consumidor etc. Não é pouca coisa. São mudanças que precisam ser estudadas e, principalmente, compreendidas.

E por que há o risco de que tais avanços passem quase despercebidos pela comunidade jurídica?

Isso pode ser atribuído, em boa medida, ao fato de ainda sermos um coletivo pouco comprometido com a diferença, que se delicia com emaranhados teóricos complexos, mas que não atribui à busca da igualdade material a importância merecida.

Em parte, esse desinteresse é motivado por puro preconceito, evidenciado por um distanciamento da questão, cuja face mais visível é a reprodução de conceitos e paradigmas ultrapassados, que, centrados no modelo médico (que gradualmente passou a ser questionado desde os anos 70 do século passado e que não mais está presente na legislação brasileira), pautam-se em explicar a deficiência sob o prisma do “defeito” ou da imperfeição, esquecendo-se assim do humano e das múltiplas habilidades que cada um de nós possui. Ainda, esse quadro é alimentado pelo fato de muitos de nossos colegas acadêmicos, juristas e operadores do direito não se darem conta de que as respostas à problemática que envolve a deficiência não serão satisfatoriamente produzidas mediante o emprego tão somente dos conceitos clássicos da ciência do direito, em uma visão fechada e ortodoxa, desconsiderando-se todos os estudos sobre deficiência que vem sendo produzidos há décadas.

[...]

O primeiro passo na direção da inclusão se dá quando percebemos a existência do outro. E, conforme já afirmado, o mais duro de toda a problemática de aviltamento aos direitos das pessoas com deficiência ainda é a chaga da invisibilidade (FERRAZ; LEITE, 2017).

A OAB - Seccional de Santa Catarina juntamente com o Ministério Público de Santa Catarina, Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina e outras entidades, vem fazendo um trabalho de elaboração para criação da **Lei Catarinense de Inclusão**.

Outro exemplo exitoso, assim como o da OAB Seccional de São Paulo e de Santa Catarina, num esforço de inclusão, no Brasil, para atendimento da PCD, nesse caso de pessoas cegas é o Projeto de Cães Guia, do Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia Catarinense - IFC. Uma política pública, um programa do Governo Federal, Brasil, da Secretaria Nacional da Pessoa com Deficiência, por intermédio do Programa Viver Sem Limite, ligado à Casa Civil da Presidência da República.

De acordo com Lino e Ferreira (2014), um projeto inédito no mundo, em que foram criados sete (7) Centros Formação de Treinador e Instrutor de Cães Guia no país, sendo o primeiro construído no IFC, Campus Camboriú, implantação em 2012, teve início das atividades

com a oferta do Curso de Especialização de Instrutor e Treinador de Cães Guia, em novembro de 2014.

Diferentemente de outros países do mundo, onde há a oferta de cursos de formação de profissionais para atuarem por meio de certificação internacional, no Brasil foi realizada um esforço de formação profissional, com outra estrutura e funcionamento, para entregar cães guia a pessoas cegas e ou com baixa visão, dessa forma o Brasil inovou e desenvolveu uma nova forma de entregar a PCD uma tecnologia assistiva Lino e Ferreira (2014).

Os centros de treinamento, num total de sete no Brasil, sendo cinco em fase de construção, têm em seus representantes, alunos do Curso de Especialização de Treinador e Instrutor de Cão guia a esperança da oferta a pessoas com deficiência visual de uma melhor qualidade de vida. O custo de obtenção de um cão guia em outros países tem é elevado e o êxito do programa em curso, passando pelo modelo gerencial implementado, poderá viabilizar de fato a formação de duplas, pessoa com deficiência visual e cão-guia, melhorando significativamente a cidadania do indivíduo, além de ampliar o mercado de trabalho e emprego, bem como criar uma nova categoria profissional, permitindo a ampliação da empregabilidade dos brasileiros.

O pleno, eficiente, eficaz e efetivo funcionamento dos Centros de Formação de Treinadores e Instrutores de Cães Guia, a oferta regular de seus cursos e a formação das duplas cego e cão, segundo Lino e Ferreira (2014), contribuirá em muito com a qualidade de vida de muitos cidadãos brasileiros, tanto as PCD como a formação de profissionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A LBI trouxe avanços significativos na melhoria da qualidade de vida da PCD, os direitos conquistados refletem uma sociedade Brasileira desigual, não inclusiva, mas que reconheceu após longos 15 anos de debates, em 2015, com a promulgação da LBI, a garantia legal de que as necessidades decorrentes de limitação funcional afrontada pela deficiência da sociedade em dar as condições para que as PCD possam exercer plenamente a sua cidadania e viver sem limites, sem entraves e maiores dificuldades para além do que a sua própria limitação funcional se lhe impõe.

Aliado a esse novo dispositivo legal, temos iniciativas várias de inclusão, por outro lado há muito a ser conquistado ainda, quer por aqueles que representam a PCD nos embates jurídicos que a vida impõe, quer no exercício pleno da cidadania.

Levar a LBI ao conhecimento dos estudantes e operadores de direito, bem como da sociedade em geral, tem se tornado um meio muito importante de incluir a todos na compreensão do que se intitula limitação funcional, que inerente a pessoa, não pode persistir por ausência do Estado e entraves de instituições que tem o papel de representar, proteger e ou servir as pessoas.

A exemplo da OAB Seccional de SP e de SC, difundir esse conhecimento é a melhor forma de se enraizar a cultura da acessibilidade para todos. Sem discriminação e em prol de uma convivência mais justa e harmoniosa.

Nesse sentido promover e incentivar discussões, debates, seminários temáticos, criar comissões, divulgar trabalhos e estudos, patrocinar eventos e workshops dando maior visibilidade à LBI e às suas aplicações práticas, como vem sendo realizado pela Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência, do Instituto dos Advogados de Santa Catarina - IASC e pela Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência e do Idoso, da 28ª Subseção da OAB - São José - SC, pela seccional de Santa Catarina e de São Paulo, deve ser uma

constante por parte dos operadores do direito e dos governos, em particular e da sociedade civil, em geral.

Como conclusão, a deficiência necessita ser vista pela lente da inclusão, aumentada pela resiliência de todos, dando visibilidade a pessoa, com deficiência e assim diminuir a atenção para sua limitação funcional, ampliando o acesso e a inclusão em todos os espaços de indivíduos que têm direito a viver bem em espaços públicos e privados inclusivos.

Nesse sentido, sugerimos a oferta de cursos de curta, média e longa duração, por exemplo, Especialização em Direito da Pessoa com Deficiência, construído com a participação efetiva, interdisciplinar e em rede das várias entidades que percebem a relevância social do tema, tais como, no Estado de Santa Catarina, a Ordem dos Advogados do Brasil seccional de Santa Catarina, Instituto do Advogados de Santa Catarina - IASC, Instituições de Ensino Superior, públicas e privadas, governo, entidades de educação especial, entre outros tantos quanto forem os atores sociais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 jul. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2wcGQjH>>. Acesso em: 15 out. 2017.

RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (coord.). **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

COSTA, Marcos da. Dois anos hoje da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, e muito a ser feito. **OAB-SP**, São Paulo, 6 jul. 2015. Palavra do Presidente. Disponível em: <<http://bit.ly/2HZEa9U>>. Acesso em: 15 out. 2017.

FERRAZ C. V.; LEITE G. S. Lei Brasileira de Inclusão e o “novo” conceito de deficiência: será que agora vai “pegar”? **Justificando**, São Paulo, 15 jun. 2018. Disponível em: <<http://bit.ly/2ti5pqW>>. Acesso em: 12 out. 2017.

LINO, S. R. L.; FERREIRA, L. A. Institucionalização de Modelo de Gestão para Centro de Treinamento de Cães Guia. II Seminário Integrado de Ensino, Pesquisa e Extensão, do Instituto Federal Catarinense, 2., 2014, Santa Catarina. **Anais...** Santa Catarina: IF Catarinense, 2014.

12 A NATUREZA JURÍDICA SUI GENERIS DA OAB E O CASO DAS ELEIÇÕES DO CONSELHO ESTADUAL DE POLÍTICAS CULTURAIS DE MINAS GERAIS EM 2016: UMA OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Katia Bizinotto Macedo Soares*

Thiago Barbosa de Oliveira**

RESUMO: Este trabalho pretende demonstrar que a Ordem dos Advogados do Brasil é uma instituição representativa da sociedade civil a *contrario sensu* do que determinou o ato administrativo do Secretário Estadual de Cultura de Minas Gerais (*sub judice*) ao considerar ilegal a habilitação da Comissão de Cultura da 13ª Subseção para concorrer a uma cadeira no Conselho Estadual de Política Cultural do Estado, após a representante ter vencido pelo voto popular.

Palavras-Chave: Democracia. Natureza Jurídica OAB. Comissões da OAB e Sociedade Civil. Soberania Popular.

RESUMEN: Este trabajo pretende demostrar que la Orden de los Abogados de Brasil es una institución representativa de la sociedad civil a *contrario sensu* de lo que determinó el acto administrativo del Secretario Estadual de Cultura de Minas Gerais (*sub judice*) al considerar ilegal la habilitación de la Comisión de Cultura de la 13ª Subsección para concurrir a una silla en el Consejo Estatal de Política Cultural del Estado, después de que la representante haya vencido por el voto popular.

Palabras clave: Democracia. Naturaleza Jurídica OAB. Comisiones de la OAB y Sociedad Civil. Soberanía popular.

INTRODUÇÃO

A Secretaria de Estado de Cultura de Minas Gerais tornou público o Edital de Convocação de Entidades da Sociedade Civil dos Diversos Segmentos Artísticos e Culturais do Estado de Minas Gerais para compor o Conselho Estadual de Política Cultural (CONSEC-MG) – Biênio 2017-2018 em 21 de outubro de 2016, cujo processo eleitoral foi amplamente divulgado em Minas e, no intuito de fazer parte de tal Conselho, a Comissão de Cultura da 13ª subseção da

* Advogada graduada em Direito pela Universidade de Uberaba, com especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade Damásio e em Direito Tributário pela PUC Minas. Atriz co-fundadora e gestora do Grupontapé de Teatro em Uberlândia (1994), Fundadora e Presidente atual da Comissão de Cultura da 13ª Subseção da OABMG e atual Vice-presidente da Associação de Teatro de Uberlândia.

** Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Conselheiro Subseccional da 13ª Subseção da OAB/MG. Presidente do Tribunal de Justiça Desportiva de Uberlândia/MG

Ordem dos Advogados do Brasil propôs a candidatura de sua então presidente, pela cadeira de Entidades de Trabalhadores e Entidades Empresariais, sendo a entidade habilitada a participar de tal processo eleitoral, pela primeira vez na história a ser realizado pelo voto, conforme regra editalícia.

Passado todo o período eleitoral e divulgação da candidatura, a candidata venceu as eleições pelo voto popular, tendo sido negado seu pleito, por meio de ato administrativo que desabilitou a candidatura da Comissão de Cultura da 13ª Subseção da OAB, utilizando como argumento o fato de a Ordem dos Advogados do Brasil “[...] **se tratar de uma autarquia federal ‘sui generis’ sendo, portanto, representativa do poder público.**”

Nesse sentido, a ideia deste artigo é demonstrar (ou pelo menos tentar demonstrar) que a natureza jurídica da OAB não retira dela o caráter de representatividade da sociedade civil, o que se evidencia ainda mais nas ações propostas pelas suas Comissões, sendo elas o braço direto da instituição com a sociedade e neste sentido tentar evidenciar o ato administrativo que deslegitimou a Comissão de Cultura da 13ª Subseção da OAB como representante da sociedade civil, que a elegeu como sua representante no CONSEC-MG.

Assim, a sua **comunicação** junto à Tribuna Livre do **XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira**, é particularmente relevante, por se pretender convidar os pares a conhecerem o caso a ser relatado e pensarem sobre possíveis formas de melhor compreensão do poder público e seus agentes acerca de uma visão não reducionista da OAB, uma vez que a própria sociedade a reconhece como sua representante. Para tanto, serão apresentadas algumas vozes críticas da própria autora por ser que sinalizam o contexto do ocorrido, bem como referências bibliográficas, em especial a carta constitucional, que demonstrarão a afronta do próprio Estado em relação à soberania do voto popular estabelecido na CF/88.

O CONSEC-MG E AS ELEIÇÕES DE 2016

O Conselho Estadual de Políticas Culturais de Minas Gerais – CONSEC-MG foi criado pela Lei Delegada nº 180, de 20 de janeiro de 2011, na intenção de modernizar a administração pública estadual, servindo como uma instância da sociedade civil junto à Secretaria, aumentando assim a participação da sociedade civil organizada na elaboração de suas políticas públicas para a Cultura.

O Conselho Estadual de Política Cultural (CONSEC) é um órgão colegiado, paritário, de caráter consultivo, propositivo, deliberativo e de assessoramento superior da Secretaria de Estado de Cultura (SEC) e originalmente formado por 11 representantes do Poder Público e 11 representantes da sociedade civil organizada.

Entretanto sua composição foi alterada pelo Decreto 47048, de 21/09/2016 que aumentou para 14 representantes do Poder Público e 14 representantes da sociedade civil organizada, ampliando o número de cadeiras, abrangendo novos segmentos da sociedade civil, dentre entidades e coletivos que desenvolvam, comprovadamente, atividades artísticas e culturais no Estado, para mandato de dois anos, permitida uma recondução e garantida a designação do candidato mais votado em cada uma dessas áreas ou segmentos. A renovação dos membros pode ser feita por meio de edital ou por conferência.

Para a renovação dos membros do Conselho para o biênio 2017-2018 foi lançado um edital pela Secretaria de Estado de Cultura - propôs mudanças em relação ao edital anterior, no sentido de ampliar a participação da sociedade civil, demonstrando aparente preocupação

da atual gestão da Secretaria de Estado de Cultura com os princípios da soberania popular e da participação do povo no poder, conforme segue:

3.1 – Poderão se candidatar a membro do CONSEC pessoas jurídicas com objetivo e atuação prioritariamente cultural, estabelecidas há, pelo menos, um ano, podendo ser associações, sindicatos, sociedades ou similares, bem como coletivos culturais.

3.2 – Serão considerados coletivos entidades, povos, comunidades, grupos ou núcleos sociais comunitários sem constituição jurídica, de natureza ou finalidade cultural, que desenvolvam e articulem, comprovadamente, atividades culturais em suas comunidades.

O item 3.2. demonstra a preocupação do Estado em desburocratizar o processo para as candidaturas, ampliando o número de cadeiras e, inclusive, a possibilidade de participação de coletivos sem necessidade de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ.

Outrossim, a norma não prevê impedimentos para as candidaturas, desde que se encaixem nos ditames do edital, para o qual a Comissão de Cultura da 13ª Subseção da OAB/MG está totalmente adequada.

No que tange ao processo de votação, que pela primeira vez foi aberto a todos os eleitores mineiros, o edital conclama que:

4.3 – Poderão participar do processo eleitoral como eleitores, cidadãos mineiros, com idade mínima de 16 anos, sendo considerada a idade do interessado na data de início da votação.

4.4 – Os eleitores deverão cadastrar-se na plataforma digital no momento da votação, devendo informar nome completo, número de CPF e título de eleitor, endereço de e-mail, endereço residencial completo, podendo, caso necessário, serem exigidos outros dados para fim de assegurar a legitimidade do processo eleitoral.

Segundo palavras do Secretário Adjunto de Estado de Cultura, Sr. João Miguel, em matéria veiculada pelo site do CONSEC no dia 8 de novembro de 2016, as alterações propostas por esta gestão são “[...] efetivos avanços na democratização da participação social no âmbito cultural [...]” e pretendem “[...] fazer desse processo eleitoral um marco na inclusão e no envolvimento dos cidadãos mineiros na política cultural”.

Tudo isso reforça como devem ser compreendidas e qual o **espírito** das normas do edital.

A eleição se deu nos dias 15 e 17/12/2016 e a apuração ocorreu no dia 19/12/2016, durante a 19ª reunião do próprio Conselho Estadual de Políticas Culturais de Minas Gerais, tendo sido a representante da Comissão de Cultura a candidata mais votada de seu segmento com 99 votos.

Após publicado o resultado por meios oficiais e transcorridos todos os períodos para impugnação, não havendo qualquer ocorrência contra as eleições, o próprio Estado, insurge contra a candidatura da entidade, sob a seguinte alegação:

[...] a Assessoria Jurídica detectou que o resultado relativo ao segmento Entidades de Trabalhadores e Entidade Empresariais como não foi conforme, havendo uma ilegalidade do ponto de vista jurídico em função de um vício de origem na habilitação da entidade Ordem dos Advogados do Brasil – 13ª Subseção – Comissão de Cultura **por se tratar a entidade de uma autarquia federal “*sui generis*” sendo, portanto, representativa do poder público.** (grifo nosso).

Segundo a citada orientação, essa suposta condição (representar o poder público), inabilitava a OAB de representar um segmento da sociedade civil. Recurso interposto negado, não restou outra alternativa senão a interposição de Mandado de Segurança para garantir direito líquido e certo à representante da Comissão de Cultura da entidade, batendo-se contra ato ilegal do Secretário de Cultura do Estado de Minas Gerais, com vistas à homologação de sua candidatura e posse no cargo para o qual foi eleita pelo voto popular, cuja vaga foi ocupada por sua suplente. Até esta data a questão encontra-se em julgamento.

A QUESTÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA OAB

O ato administrativo que deslegitima a OAB como representante da Sociedade Civil pelo Secretário Estadual de Cultura foi motivado pela nota jurídica da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Cultura, que definiu a Ordem dos Advogados do Brasil – 13ª Subseção – Comissão de Cultura por ser a entidade (OAB) uma autarquia federal *sui generis* e, em consequência disso, representativa do poder público.

A afirmativa de que a OAB é representativa do poder público, eliminando a representatividade da entidade junto à sociedade civil, apenas por ser considerada autarquia federal *sui generis*, está equivocada do ponto de vista jurídico.

Em primeiro lugar, a expressão *sui generis* significa “[...] sem semelhança com nenhum outro, único no seu gênero; original, peculiar, singular [...]” e foi atribuída à OAB para definir sua natureza jurídica, demonstrando se tratar de entidade independente do poder público, com características próprias, não obstante possua traços de autarquia.

Algumas das características peculiares e mistas da OAB que a colocam num lugar especial, *sui generis*, são a de ser instituída por lei e ter imunidade tributária, conforme reza o seu Estatuto no Art. 45 §5º “[...] A OAB, por constituir serviço público, goza de imunidade tributária total em relação a seus bens, rendas e serviços”.

Mas, por outro lado, possui receita própria, conforme determina o art. 55 do Regulamento Geral, independentemente de recursos do Estado:

Art. 55. Aos inscritos na OAB incumbe o pagamento das anuidades, contribuições, multas e preços de serviços fixados pelo Conselho Seccional.

§1º As anuidades previstas no caput deste artigo serão fixadas pelo Conselho Seccional até a última sessão ordinária do ano anterior, salvo em ano eleitoral, quando serão determinadas na primeira sessão ordinária após a posse, podendo ser estabelecidos pagamentos em cotas periódicas.

E, ainda, seus funcionários são contratados em regime celetista e não por concurso público:

Art. 79. Aos servidores da OAB, aplica-se o regime trabalhista.

§ 1º Aos servidores da OAB, sujeitos ao regime da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é concedido o direito de opção pelo regime trabalhista, no prazo de noventa dias a partir da vigência desta Lei, sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração.

§ 2º Os servidores que não optarem pelo regime trabalhista serão posicionados no quadro em extinção, assegurado o direito adquirido ao regime legal anterior. (Estatuto da Advocacia e da OAB)

O então ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal (STF), na ADI 3026, de sua relatoria, deixa claro em seu voto que “[...] a OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União [...]”, mas sim “[...] um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.” Completa dizendo que a OAB é “[...] distinta e diversa da categoria na qual estariam inseridas essas que se tem referido como ‘autarquias especiais’”.

Nesse sentido, colacionamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), que, por meio da citada ADI 3026, definiu a natureza jurídica da OAB, tratando-a como entidade de classe, não entidade da Administração Pública Direta ou Indireta; portanto, como serviço público independente:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. “SERVIDORES” DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos “servidores” da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria. 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-

se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como “autarquias especiais” para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas “agências”. 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. [...] Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. [...]

O STF é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da própria Carta Magna. No STF, a decisão tomada em Ação Direta de Inconstitucionalidade possui efeito vinculante, ou seja, deve ser aplicada a todos os casos sobre o mesmo tema.

E, apenas como complemento, segue abaixo trecho da nota à revista **Consultor Jurídico**, edição do dia 22 de julho de 2016, do atual presidente nacional da OAB, Cláudio Lamachia:

A OAB executa, com rigor, a tarefa que lhe foi atribuída pela Constituição: ser guardião dos direitos e garantias das cidadãs e dos cidadãos. Por esse motivo, a advocacia se torna alvo frequente daqueles que gostariam de limitar sua atuação em favor da sociedade e, em especial, das pessoas que não dispõem das proteções e privilégios dados a um grupo de poderosos.

A autonomia e independência que fizeram da OAB uma instituição livre para atuar em favor da sociedade, sem qualquer temor de retaliações, foi defendida pela advocacia também em favor do Ministério Público na assembleia nacional constituinte de 1988 [...]

Portanto, dúvida não há de que a OAB representa, sim, a sociedade civil.

A OAB, consoante a regra constitucional, constitui-se entidade de classe e, nessa condição, tem como associados e contribuintes os advogados no âmbito de sua base territorial, bem como, caracteriza-se como defensora dos interesses da sociedade civil.

A própria OAB se define como sendo “[...] uma **ordem profissional** e seu substrato estrutural é de um todo, organismo ou *corpus*, formado de pessoas tituladas de uma coletividade territorial, com estatuto e atribuições próprias, corporação que reúne coativamente os membros inscritos de determinada profissão [...]”, ou seja, é uma entidade de trabalhadores.

Conforme define o Estatuto da entidade (Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994), em seu artigo 2º, o “serviço público” prestado pelo advogado está de acordo com o que prega a Constituição Federal e, por isso mesmo, compreendido como público:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

Quanto à sua forma de organização, o mesmo Estatuto define:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa [...]

I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

§1º A OAB não mantém com órgão da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico. (grifo nosso)

Por tudo isso não se pode dizer que a Ordem dos Advogados do Brasil não representa a sociedade civil, haja vista ser esta uma de suas prerrogativas e pela qual é reconhecida internacionalmente pela Organização dos Estados Americanos (OEA), entidade fundada em 1948 da qual o Brasil faz parte.

AS COMISSÕES DA OAB E SUA INTERLOCUÇÃO COM A SOCIEDADE CIVIL

A OAB possibilita aos advogados a prática coletiva de atividades, por meio das suas diversas Comissões temáticas, as quais podem ser compostas não apenas por advogados, mas, também, por outros colaboradores não-advogados da sociedade civil, sendo, portanto, abertas à participação de todos que se identifiquem com suas causas e temas, como é o caso da Comissão de Cultura da 13ª subseção da OAB.

Criada em setembro de 2014 por um grupo de “advogados culturalistas”, militantes na área cultural, que formam um segmento relativamente novo para a classe, este coletivo tem a missão de “[...] empreender esforços, em todas as esferas, para a efetivação dos direitos culturais como direito fundamental do cidadão brasileiro [...]” e com as seguintes metas: “1) contribuir para a formação de uma cultura cidadã e de uma cidadania cultural; 2) promover ações como seminários, palestras e debates voltados para o tema; 3) participar e interferir, no que couber, em projetos de leis voltados para a cultura; 4) promover intercâmbios entre arte e direito.”

Com base nessas diretrizes a Comissão de Cultura tem participado de discussões e realizado atividades relevantes na área da cultura, com abrangência local, estadual e nacional e apenas para ficar em dois exemplos: 1º - Participou como representante da sociedade civil nas plenárias do fórum técnico da assembleia legislativa de minas gerais, tendo sido eleita no seu município para a plenária final em BH, onde foi a entidade eleita com o maior número de votos para fazer parte do comitê de representação do fórum técnico - plano estadual de cultura de minas gerais que deu a redação final ao documento que embasou o referido plano e 2º - Promoveu o I Seminário de Direitos Culturais em Uberlândia, de abrangência nacional,

que envolveu além de advogados, a comunidade acadêmica, artistas, poder público, poder judiciário e comunidade em geral, para debater temas relevantes e atuais para a área cultura, apresentando ao poder público as demandas e dificuldades que o setor cultural vem enfrentando e debatê-las à partir de casos concretos da comunidade cultural, buscando o diálogo entre às diversas instâncias do poder.

Nesse sentido uma Comissão de Cultura trata prioritariamente de questões culturais e apesar de este quesito não estar contido na descrição do ato que considerou ilegal a candidatura da Comissão de Cultura por meio da OAB, há se que dizer que o próprio edital exigia comprovação, por meio de documentação que comprovasse a atuação prioritariamente cultural da entidade e do candidato, para que a entidade fosse habilitada à participar do processo eleitoral, conforme determina o item 3.4. do Edital, especificamente os itens “g” e “h”, o que foi realizado com sucesso, uma vez que a entidade fora habilitada, dentro do entendimento de que a “entidade” era a Comissão de Cultura da 13ª subseção da OAB, conforme descrito na própria ficha de inscrição para a candidatura.

As Comissões não possuem CNPJ próprio, sendo elas partes integrantes da OAB, o que determina que a Comissão de Cultura, *in casu*, seja subordinada às regras da instituição e realize suas ações por meio dela, a qual integra, representando interesses da classe que representa, bem como da sociedade civil, especialmente conectada à abrangência de sua temática, que, nesta hipótese, é a cultura.

Ademais, o entendimento inicial da Comissão Eleitoral que habilitou tal candidatura foi correto, uma vez que a mesma cadeira “Entidades de Trabalhadores e Entidades Empresariais” foi ocupada no primeiro mandato pela “Gerência de Cultura” da FIEMG – Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais. Ora, não é a FIEMG nem de longe instituição prioritariamente cultural, mas sua gerência provavelmente sim. Percebe-se então dois pesos, duas medidas para situações semelhantes.

VÍCIO DE ORIGEM OU UMA AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL?

No momento em que o Secretário de Estado da Cultura de Minas Gerais convocou por edital a sociedade civil organizada, por meio de suas entidades representativas, a se candidatarem para a composição do Conselho Estadual de Política Cultural – CONSEC-MG - biênio 2017-2018, praticou um ato administrativo e democrático, conclamando a sociedade a participar dos processos decisórios da cultura no Estado de Minas Gerais.

Conforme nos ensina o mestre Constitucionalista José Afonso da Silva:

A democracia em verdade repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo poder emana do povo; (b) a participação direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação.

Importante frisar que, além de ampliar o número de cadeiras e o entendimento sobre a “pessoa jurídica”, bastando a comprovação de atividades culturais, o que torna desnecessária a inscrição no “CNPJ”, o aspecto da votação ampla e democrática, demonstrou alcançado o conceito da soberania popular, consagrado na Constituição Federal de 1988:

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:

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Entretanto, o ato administrativo do então Secretário Estadual de Cultura de Minas Gerais, sugerido por sua assessoria jurídica deslegitimou a Comissão de Cultura da OAB como representante do povo, após conclusão de todo o processo de votação, anulando todos os atos praticados pela candidata após a inscrição, tais como: todos os atos de campanha, os votos regularmente sufragados.

Não houve discricionariedade no comando da norma pela autoridade, não sendo adotada a melhor solução para o caso concreto. Nesse sentido, avalia Bandeira de Mello (2010, grifo nosso):

Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fivela para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trate de vinculação, quanto de descrição. O comando da norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, **nos casos de discricionariedade**, perante o dever jurídico de praticar, **não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.**

O ato do Secretário, por meio do qual anulou-se a decisão de habilitação da candidatura da Comissão de Cultura da OAB, foi motivado por uma recomendação de sua Assessoria Jurídica, tendo o Secretário a liberdade de acatá-la ou não e, ao optar por acatá-lo, colocou em descrédito todo o processo eleitoral e democrático, anulando atos da Comissão Eleitoral por ele empossada para o comando dos trabalhos, bem como o espírito participativo do Conselho Estadual de Cultura, entranhado no edital e nos discursos proferidos, mas sobretudo a Constituição Federal.

Sabe-se que muitas são as teorias da interpretação da norma jurídica, mas a mais adotada é a teoria da hierarquia das normas jurídicas proposta por Hans Kelsen.

A existência da **Pirâmide** tem por finalidade demonstrar a validade das normas jurídicas: Sendo de acordo com a norma que lhe é superior, uma norma é válida e, portanto, tem potencial para surtir efeitos (ou seja, ser de cumprimento obrigatório, por assim dizer) na sociedade a qual pertence e no ponto alto desta pirâmide está a Constituição Federal do Ordenamento Jurídico que deve ser reverenciada por toda e qualquer norma.

E neste sentido, a vontade do povo ligado à cultura e as artes de Minas Gerais foi que a candidata da Comissão de Cultura da 13ª Subseção da OAB os representasse e por isso a elegeu, após todas as etapas vencidas para sua candidatura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pretendeu com esse artigo foi demonstrar como uma mera interpretação reducionista da natureza jurídica da OAB pelo Estado de Minas Gerais afetou a democracia, colocando no chão de uma só vez os princípios fundamentais da soberania popular e o da participação do povo no poder.

A Constituição Federal foi aviltada quando o princípio basilar da soberania popular foi desconsiderado por meio de ato administrativo que retirou o direito da Comissão de Cultura de assumir a cadeira para a qual se candidatou, conquistado por meio do voto popular que a elegeu, como sua representante, uma vez que todos os critérios foram por ela cumpridos, comprovados documentalmente e legitimados por meio de atos publicados em Diário Oficial que, conforme a Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004 de Minas Gerais, devem passar pela Assessoria Jurídica do Estado.

A OAB está em vários conselhos, seja por indicação ou por votação em municípios, estados e no país, em defesa não apenas de sua classe, mas como representante da sociedade civil, mas no Estado de Minas Gerais esta representação foi impedida, não cabendo aqui respostas mas apenas a pergunta: Por que?

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo. (col.). **Vade Mecum**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSEC. Disponível em: <<http://www.consec.mg.gov.br/>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

OEA reconhece OAB como entidade da sociedade civil. CFOAB, Brasília, 19 jun. 2014. OAB Notícias. Disponível em: <<http://bit.ly/2M1YsCa>>. Acesso em: 30 set. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**: do princípio democrático e garantia dos direitos, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

