



Direitos, Minorias e Inclusão Social

Organizadores:

Carlos José Pacheco

Claudia Maria Gil Silva

Daniele do Amaral Souza

Pablo Jiménez Serrano

Úrsula Adriane Fraga Amorim



Carlos José Pacheco
Claudia Maria Gil Silva
Daniele do Amaral Souza
Pablo Jiménez Serrano
Úrsula Adriane Fraga Amorim
(Organizadores)

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

2019
FOA

FOA

Presidente

Dauro Peixoto Aragão

Vice-Presidente

Eduardo Guimarães Prado

Diretor Administrativo - Financeiro

Iram Natividade Pinto

Diretor de Relações Institucionais

José Tarcísio Cavaliere

Superintendente Executivo

Jairo Conde Jogaib

Superintendência Geral

José Ivo de Souza

Relações Públicas

Maria Amélia Chagas Silva

UniFOA

Reitor

Carlos José Pacheco

Pró-reitor Acadêmico

Úrsula Adriane Fraga Amorim

Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação

Alden dos Santos Neves

Pró-reitor de Extensão

Otávio Barreiros Mithidieri

Comissão organizadora

Profa. Dra. Úrsula Adriane Fraga Amorim

Profa. Dra. Claudia Maria Gil Silva

Prof. Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano

Prof. Dra. Córa Hisae Monteiro da Silva Hagino

Profa. Dra. Aline Caldeira Lopes

Prof. Dr. Daniel Ferreira Jordão

(Organizadores)

Carlos José Pacheco

Claudia Maria Gil Silva

Daniele do Amaral Souza

Pablo Jiménez Serrano

Úrsula Adriane Fraga Amorim

Editora FOA

Editor chefe

Laert dos Santos Andrade

Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA -
Campus Olezio Galotti - Três Poços

Av. Paulo Erlei Alves Abrantes, nº 1325

Três Poços, Volta Redonda /RJ /

Tel.: (24) 3340-8400 – ramal 8350

editora.unifofo.edu.br

FICHA CATALOGRÁFICA

Bibliotecária: Alice Tacão Wagner - CRB 7/RJ 4316

S612s Direitos, minorias e inclusão social [recurso eletrônico]. /
Organizado por Carlos José Pacheco; Claudia Maria Gil
Silva; Daniele do Amaral Souza; Pablo Jiménez Serrano;
Úrsula Adriane Fraga Amorim. – Volta Redonda: FOA,
2019. 384 p.

ISBN: 978-65-990354-0-1

1. Direito. I. Pacheco, Carlos José. II. Silva, Claudia Maria
Gil. III. Amorim, Úrsula Adriane Fraga. IV. Serrano, Pablo
Jiménez. V. Fundação Oswaldo Aranha. VI. Título.

CDD – 340

Sumário

Ética pública e concretização dos direitos humanos.....	7
Pablo Jiménez Serrano.....	7
Abandono afetivo parental: repercute ou não a responsabilidade civil?.....	29
Stephany Renata de Mello Pinho, Maria Cristina Alves Delgado de Ávila	
A inflação legislativa e a má qualidade das leis no brasil.....	45
Luíz Gustavo Rosa da Silva	
A proteção multinível dos direitos humanos e seus reflexos nas decisões do supremo tribunal federal.....	52
Gabriela Quinhones de Souza, Alda Aparecida de Oliveira Rodrigues	
Crianças de mulheres encarceradas: invisibilidade social e condições do sistema prisional	65
Iohana Viana Araujo, Kaline Faria de Jesus, Maria Cristina Alves Delgado de Ávila, Marcie Gabriele da Silva Teixeira, Rosângela Maria Pereira	
Mulheres: retrocesso ou avanço dos direitos no mundo contemporâneo?	83
Kaline Faria de Jesus, Maria Cristina Alves Delgado de Ávila	
Desenvolvimento urbano e racismo ambiental: uma análise de caso do meso- paraíba Sul Fluminense	98
Marcella de Lourdes Silva Pereira, Matheus dos Santos Caetano	
Cláusula escalonada med-arb: as consequências jurídicas da sua inobservância.....	117
Ana Carolina Chagas, Matheus dos Santos Caetano, Thaís Freire de Vasconcelos	
Venda de computadores e notebooks com sistemas operacionais: a não configuração da venda casada	136
Gabriela Camargo de Oliveira, Natália de Barros Loio Miguel, Marcus Wagner Seixas	
Politização do judiciário e espetacularização do direito	153
Rodrigo Prado, Matheus Vidal Gomes Monteiro	

Compras coletivas: uma discussão sobre a vulnerabilidade do consumidor .	169
Ana Maria Godinho Nunes Anatocles	
Discriminação de gênero e mercado de trabalho: a mulher trabalhadora	183
Maria Cristina Alves Delgado de Ávila, Rosângela Maria Pereira	
A necessária revisão dos critérios que compõe o IPM (Índice de Participação dos Municípios) do estado do Rio de Janeiro para a recomposição dos percentuais dos municípios Sul Fluminense	205
Ariadne Yurkin Scanduzzi, Yago Galdino Fernandes	
Youtubers infantis: trabalho artístico ou exploração contemporânea da mão de obra infantil?	226
Iohana Viana Araujo, Maria Cristina Alves Delgado de Ávila	
O novo CPC inaugurou um ‘sistema de precedentes’ no Brasil?	241
Thaís Freire de Vasconcellos, Allan Albuquerque Geremias, Matheus Vidal Gomes Monteiro	
“Ou isto ou aquilo”: diferentes perspectivas entre a judicialização da política e o ativismo judicial	258
Amanda Gonzaga Nascimento, Ana Gabriela Correia de Souza Gusmão, Matheus Vidal Gomes Monteiro	
A Defensoria Pública da União (DPU) e o acesso à justiça: uma breve análise dos programas e das ações da DPU na mesorregião Sul Fluminense.....	273
Gabriela Rangel Bondezan, Matheus Vidal Gomes Monteiro	
Compliance e sua aplicação às médias, pequenas e microempresas	288
Ariadne Yurkin Scanduzzi, Lucas Gamaliel Fernandes Machado	
Força probatória do <i>print screen</i>.....	305
Dara Gabryelle de Souza Vargas, Julia Rodrigues Lopes, Matheus Vidal Gomes Monteiro	
O uso do ‘sistema de precedentes’ e o direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais: a necessidade de compatibilização.....	326
Inara Moisés do Carmo, Letícia da Silva Diório, Matheus Vidal Gomes Monteiro	
O Ministério Público da Colômbia, Equador, Paraguai e Peru.....	342
Cora H. M. da S. Hagino, Jullia A. F. T. Ferreira, Juliana de C. dos Santos	

Uma análise da lei de falência: a influência dos bancos na recuperação judicial do empresário rural..... 349

Ariadne Yurkin Scandiuizzi, Yago Galdino Fernandes

O Ministério Público do Cone Sul (Argentina, Chile E Uruguai)..... 362

HAGINO, C., ALMEIDA, A. D., PINTO, F. L.

A seleção do léxico nos discursos de posse dos presidentes do stf e a credibilidade enunciativa: construindo *ethos* e estilo..... 369

Claudia Maria Gil Silva

Ética pública e concretização dos direitos humanos

Ética pública y concretización de los derechos humanos

Pablo Jiménez Serrano¹

Resumo

No presente capítulo discute-se a relação possível entre a Ética Pública e os direitos humanos. Estuda-se, assim, a correlação possível entre a moralidade administrativa e a concretização dos direitos humanos e fundamentais necessária no contexto da realidade existencial brasileira e contemporânea, onde a moral dos agentes públicos é considerada premissa fundamental para o desenvolvimento social. privilegia-se, uma abordagem conceitual da Ética Pública e se destacam os indicadores que definem a relação dialética existente entre a falta de moralidade administrativa e a não-cidadania.

Palavras-chave:

Ética Pública. Moralidade. Direitos humanos.

1. Introdução

As transformações que imprime a dinâmica da vida moderna têm estimulado novos discursos acerca da relação possível entre a moralidade administrativa e a não-cidadania. A não-efetivação dos direitos sociais e a erosão de importantes conceitos, tais como, Ética, Administração e Cidadania são, entre outros, alguns dos principais desafios que enfrenta o pensamento político e jurídico contemporâneos.

Atualmente preocupam a falta de eficiência do poder público e as consequências negativas da corrupção. Todavia, se procuram formas para inibir o uso indevido do poder público: o desvio dos recursos e da riqueza nacional.

Destarte, responsabilizar o Poder Público pela insatisfação das necessidades sociais nas sociedades contemporâneas exige o estudo das causas que motivam tal insatisfação e, nesse sentido, caracterizar os indicadores que incidem, por exemplo, no aumento da informalidade, da criminalidade, das desigualdades, da exclusão social e da pobreza.

Assim, pensamos que a caracterização de tais indicadores permitirá discutir, com bases científicas, as razões da Ética Pública: a moralidade

¹ Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Oriente, Cuba. Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo- UNISAL. Professor e pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.

administrativa e sua conexão com a cidadania. Para tanto, privilegamos o desenvolvimento de pesquisas doutrinárias e empíricas, estudos que, separadamente nos permitem a análise crítica e a formulação de oportunas conclusões, objetivando a construção de um novo discurso acerca da conexão observada entre a Ética Pública e Direitos humanos.

Examinamos, pois, a dimensão ética da Administração Pública, propiciando, essencialmente, a discussão acerca da melhor forma de disciplinar a atividade desenvolvida pelos agentes públicos: pessoa que investida de poder (autoridade), é encarregada do exercício de alguma função estatal. Sabe-se de cinco espécies ou categorias, a saber: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados, que, por sua vez, se subdividem em subespécies ou subcategorias².

Procuramos, ainda, difundir um modelo que propicie a melhor proteção dos direitos dos cidadãos consagrados na Constituição Federal, abordamos a moral pelo direito e julgando, contudo, inadequado reduzir o direito a um formalismo fechado onde somente opera a técnica e a lógica quer clássica quer deontica.

Em suma, neste trabalho observamos a necessária conexão do direito positivado com outras tantas dimensões onde vigora não só o normativismo, mas também as valorações morais. Trataremos, pois, de “uma nova leitura funcionalista”, que revela as insuficiências do esquematismo e que orienta o desenvolvimento de uma consciência social: jurídica e moral fundada num raciocínio que tem como ponto de partida a “Convivência Condicionada” e como ponto de chegada a “Justiça Social”.

2. Ética pública

A Ética Pública pode ser significada como uma extensão da Ética que se ocupa dos problemas coletivos, isto é, uma Ética que define os processos que objetivam a formação e o desenvolvimento da consciência social cidadã.

Conforme explica Manuel Villorira Mendieta³, Ética Pública é a ética que resulta dos processos que orientam a conduta para um melhor desenvolvimento da convivência e uma maior expansão da autonomia e da liberdade do ser humano, processos dos quais devem participar todos os cidadãos, as organizações e instituições do Estado: entidades econômicas, empresariais, organizações, associações, atividades profissionais e a opinião pública.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 75.

3 VILLORIA Mendieta, Manuel. Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa. Madrid: Tecnos, 2000, p. 18-19.

Neste sentido, qualquer discurso sobre Ética Pública deverá reconhecer os seres humanos como seres sociais, entes destinados a conviver numa sociedade em que necessariamente vigore um sistema equitativo de cooperação⁴, de respeito aos direitos fundamentais e sociais e de tutela permanente das liberdades básicas cidadãs. Daí a procura por regras de condutas que permitam uma convivência que hoje se sabe condicionada, e que se funda na necessidade de se aceitarem normas jurídicas e morais muitas vezes contrárias aos desejos e interesses individuais e grupais e favoráveis ao desenvolvimento humano e ao bem-estar social.

Admitamos, pois, que os problemas dos quais cuida a Ética Pública se albergam na correlação dialética, permanente e universal existente entre os valores, a consciência e a conduta humana. Logo, ao falarmos em Ética Pública procuramos deixar de lado a moral privada, moral que opera no âmbito individual, onde cada indivíduo ou agente define fins, evoca valores e regras de conduta conforme a sua própria concepção de “bem”.

Eis que, diferentemente do que prescreve a moral privada, a Ética Pública difunde o que não é conveniente para a coletividade, a partir de um modelo moral básico de caráter universal e baseado no caráter racional dos fins, dos valores e das prescrições. Trata-se, pois, de um modelo compatível com a própria busca razoável do “bem comum”, é precisamente por isto que a Ética Pública abrange a conduta dos indivíduos quando membros de uma sociedade⁵.

2.1. A Ética pública como ética prática ou aplicada

A Ética, conforme ensina Robert Henry⁶, é frequentemente considerada uma disciplina ou uma ciência, a exemplo da Física, do Direito, da Biologia, da Sociologia, da Psicologia ou da Economia Política, pelo seu objeto de estudo, porém confunde-se, a maioria das vezes seu esforço aplicado no estudo e na reflexão com os elementos empíricos a serem observados e explicados.

Observamos que a Ética, como área de conhecimento, tem a ver com as boas escolhas, com o bom caráter e com as boas ações.

Concebemos, assim, a Ética como uma área do saber humano que nos orienta a agir conforme a valores e a princípios. Na realidade, a Ética se define por um conjunto de concepções e prescrições que auxiliam a indivíduos e grupos

4 Sistema Equitativo de Cooperação: processo de cooperação que, quando positivo, estimula a participação social na construção de uma sociedade justa, em face da ordem, do respeito, da responsabilidade da justiça e do bem-estar social, quando negativo, alimenta a ilegalidade, a imoralidade, a informalidade, a criminalidade, a corrupção, a exclusão social etc. Conclui-se, assim, que a própria sociedade cria e recria seus próprios problemas quando o Sistema Equitativo de Cooperação opera negativamente.

5 VILLORIA Mendieta, Manuel. Op. cit., p. 18.

6 SROUR, Robert Henry. Ética empresarial. Rio de Janeiro: Campus, 2000, Prefácio, p. 18.

humanos na identificação do que é moralmente correto e incorreto, o que deve ser feito e o que deve ser evitado. Contudo, a Ética consta de fins, valores e de prescrições cujo conteúdo concreto configura os diversos sistemas morais idealizados pelo ser humano: ética humana⁷.

Existe, entretanto, outra importante reflexão acerca da Ética, quando, por exemplo, é vista como aplicada ou prática, isto é, como um conjunto de teorias e regras colocadas ao serviço de um agir específico, de uma profissão, de uma prática. De acordo com John Haldane⁸, a ética aplicada é uma extensão da ética que tem como aspecto central a aplicação mais ou menos sistemática de uma teoria moral a problemas morais específicos. É uma denominação que abrange questões morais específicas de cada ramo do saber humano, a saber, ética médica (questões sobre aborto e eutanásia), ética nos negócios (ética administrativa e empresarial), ética ambiental, ética de gêneros sexuais, ética jornalística etc.

Com efeito, afirma o citado autor, chegou-se a um ponto em que há pouquíssimas áreas da atividade humana que não são objeto de algum ramo da ética aplicada. Assim, por exemplo, importantes questões de direitos civis, de ética sexual, da moralidade da guerra e de bioética tornaram-se temas proeminentes do debate público. Todavia, o desenvolvimento dos meios eletrônicos usados para coletar, processar e registrar dados suscitou preocupações cada vez mais intensas sobre a privacidade. A tecnologia reprodutiva, igualmente, despertou preocupação com os limites de controle sobre a criação da vida. Começou-se a pensar na preservação dos direitos do ser humano levantando-se, assim, a questão de como agir perante problemas específicos de cada área.

Usa-se, igualmente, a denominação “ética prática” para indicar àquela parte da ética que orienta a aplicação dos princípios e regras ético-normativa a questões morais cotidiana. Desta forma, a partir de princípios supostamente válidos (por exemplo, o do respeito à autonomia das pessoas), podemos discutir problemas bioéticos tais como aborto, eutanásia etc.⁹ Trata-se de uma ética que deixou de ser especulativa para se transformar em objetiva e orientadora.

Ora, a ética que aqui nos ocupa tem, por um lado, a moral coletiva¹⁰ como objeto de estudo e, por outro, os valores, a consciência e a conduta humana, indicadores ideais e empíricos que incidem sobre esse objeto. Trata-se,

7 VILLORIA Mendieta, Manuel. Op. cit., p. 17.

8 HALDANE, John. Ética aplicada, in BUNNIN, Nicholas e E.P. Tsui- James (orgs). Compêndio de Filosofia. São Paulo: Loyola, 2002, p. 718 - 722, 723.

9 DALL' AGNOL, Darlei. Bioética. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 9.

10 Moral que objetiva a convivência social: fundamental para a existência do ser humano e que tem a vida como valor principal, acima dos interesses individuais e grupais.

pois, de uma ética que coloca os valores a serviço da humanidade. Uma ética que coloca a consciência como elemento mediador entre o valor e a conduta para oferecer as alternativas que permitam construir uma sociedade justa e solidária. Eis que “do mundo dos fatos não há nenhum caminho que conduza para o mundo dos valores”¹¹. Daí, consideramos importância destacar o papel da razão e da consciência na realização dos valores.

2.2. Pressupostos epistemológicos e filosóficos da Ética Pública

Até aqui ficou claro que a Ética Pública é uma ética orientadora das nossas ações quer das pessoas comuns quer dos agentes que dirigem as instituições públicas e privadas, uma ética que procura resolver o conflito geralmente nascido do confronto de interesses individuais e coletivos, uma ética universal (comum a todos), aplicável a tudo, que convêm a todos.

Eis aqui a nossa tese: O ser humano é um ser livre, mas sua liberdade encontra limites na própria natureza e na convivência social. Os limites são aferidos pela razão, mas acatados pela consciência. Daí, a proibidade do ser humano depende da razão e da consciência sendo que, as normas sociais: jurídicas e morais entrariam em jogo quando tais limites não são respeitados. Para além da crítica, há, contudo, uma coisa sobre a qual se chegou a um consenso:

Espera-se que em todo tempo e lugar o ser humano, por ser diferente dos animais irracionais, se conduza conforme a um sentido de justiça, respeito, honestidade, solidariedade, lealdade etc. Tais são valores essenciais e próprios da espécie humana, instintos sociais que, de fato, podem ser exaltados e, graças às faculdades intelectuais, difundidos por meio de um sistema educacional que privilegie não somente a ciência, mas também a consciência: o significado social das diversas regras de conduta, assim, por exemplo, como a conhecida Regra de Ouro da Ética: “*no hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti*”¹².

Vê-se, assim, que várias são as razões da Ética Pública. Em verdade, a Ética Pública, quando aplicada à convivência humana, se estende a tudo, isto é, ao Direito, à Política, à Economia, à Administração Pública, pois se preocupa com conhecidos problemas sociais, tais como, as violações dos direitos humanos, a informalidade, a violência, os conflitos bélicos, a exclusão social, o desenvolvimento social etc.

3. A ética administrativa como extensão da ética pública

11 ROHDEN, Huberto. Einstein: o enigma do universo. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 36.

12 VILLORIA Mendieta, Manuel. Op. cit., p. 19.

Falaremos agora da Ética Administrativa, uma parte específica da Ética Pública que se ocupa de problemas coletivos, a saber: a) o aumento da imoralidade administrativa; b) o aumento da desigualdade e da miséria; c) o aumento da corrupção etc., problemas que indicam a perda da dimensão humana e que motiva o nosso interesse científico.

O objetivo principal da Ética Administrativa é contribuir para um novo ideal de profissional: um profissional capaz de desenvolver uma gestão pública eficaz. Para tanto, as pesquisas sobre Ética Administrativa serviriam geralmente para diagnosticar os principais problemas e dilemas éticos constatados na Administração Pública. Assim, por meio dos estudos que têm como objeto a Ética Administrativa procuramos construir e provar as hipóteses, com base nas variáveis e nos indicadores possíveis que, acreditamos, incidem no mundo da Administração Pública, a saber: imoralidade, abuso ou desvio de poder, corrupção etc.

Todavia, a Ética Administrativa se preocupa com a atividade (ou gestão) pública que deve ser “útil” ao interesse social, objetivando a realização da cidadania. Entendemos por gestão pública: o planejamento, a direção, a organização e o controle organizacional do Estado e suas instituições públicas das quais se exige a tomada de decisões conscientes que objetivam a satisfação das necessidades sociais com eficiência, com o menor esforço e recursos. Trata-se, pois, de bem administrar, ou melhor, de gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias¹³.

Com efeito, na gênese do Estado Moderno está a necessidade de racionalizar o exercício do poder, aliada à crescente exigência de segurança, possibilitando um agir calculado e previsível. Busca-se a criação de um aparato administrativo, dotando o Poder Público de diversas prerrogativas para alcançar finalidades específicas. Assim, o Direito Administrativo nasceu sob o império da representação, estruturando-se como conhecimento científico dotado de determinadas categorias matemáticas para compreender o sentido das práticas da Administração Pública¹⁴.

3.1. Pressupostos que definem a dimensão ética da Administração Pública

Prossegamos, então, com a análise da Ética Administrativa. A Ética Administrativa (Ética na Administração ou dos empregados públicos) é uma de tipo aplicada, em concreto ou profissional que surge paralelamente a um

13 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 84.

14 OHLWEILER, Leonel, Os Princípios Constitucionais da Administração Pública a Partir da Filosofia Hermenêutica: Condições de Possibilidade para Ultrapassar o Pensar Objetificante. A & C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 4, n. 18, out/dez. 2004. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 112 - 145.

conjunto de éticas, a saber, Ética Empresarial, Bioética, Ética da Informação etc. que tratam de indicar os requisitos para alcançar os fins das determinadas profissões.

Assim, a Ética dos empregados públicos trata de esclarecer, de forma pós convencional, o “bem” interno a ser atingido pelo funcionário (agente) público, o que justifica a existência da profissão, por exemplo, servir objetivando interesses gerais, observando as normas de conduta, valores, hábitos que devem reger sua atividade a fim de legitimar socialmente seu trabalho e permitir o desenvolvimento de uma atividade (serviço) que é essencial para a sociedade¹⁵.

Trata-se de uma ética que se baseia na distinção entre o que podemos fazer e não devemos fazer. Uma ética que se define pelas suas variáveis internas e externas. Considera-se, assim, a ética administrativa como uma parte específica da Ética Pública que incide sobre a realização dos direitos dos cidadãos nas sociedades brasileira e contemporânea: a vida, a ordem social, a dignidade, a saúde, a educação, a segurança etc.

3.1.1. Variáveis Internas

De acordo com Manuel Mendieta¹⁶, como resultado de diversos estudos psicológicos realizados propõe-se a ideia de que os seres humanos não agem conforme os rasgos da sua personalidade nem em razão das virtudes inculcadas nos processos educativos, porém, em função de mecanismos de prêmio ou castigo adequadamente aplicados. Eis uma visão deturpada do ser humano, apresentado como um organismo “vazio” que permitiria à sociedade e líderes decidir quais valores implementar, usando a sanção como único mecanismo de reforço e controles de conduta adequada.

Uma teoria contrária, continua Mendieta, proposta pelo psicólogo Kohlberg e sua equipe nas Universidades de Chicago e Harvard, revisaram os postulados antes expostos e criaram outra ideia bem diferente. Segundo Kohlberg os valores e a ética não são algo com que o indivíduo nasce e tampouco podem ser impostos de forma externa. Não existem rasgos éticos ao nascer, porém, os valores se desenvolvem como resultado de uma interação entre o indivíduo e o meio. Daí a ideia da estrutura cognitiva, concepção que abraça a seguinte tese: os indivíduos constroem cognitivamente sua própria interpretação de valores a partir da sua interação com o meio. Eis a construção usada pelas pessoas como base de suas escolhas e conduta ao enfrentar os conflitos de valores.

De acordo com Kohlberg, os juízos morais apresentam a mesma estrutura em todas as culturas e sociedades, sendo que, a pessoa, conforme seu

15 VILLORIA Mendieta, Manuel. Op. cit., p. 20.

16 Ibidem, p. 39.

desenvolvimento moral ascende escalas hierárquicas (etapas). Assim, o citado autor defenderia que há uma forma de pensamento moral racional universalmente válida, pensamento que todas as pessoas poderiam gerar, sempre que existam as condições sociais e culturais adequadas à fase cognitiva - moral. Diversos estudos empíricos apoiam esta tese.

3.1.2. Variáveis Externas

Certamente, cultura, costume, normas morais e jurídicas históricas e vigorantes etc. podem influir na conduta do ser humano e, especificamente, na ética dos profissionais.

Pois bem, o nível de desenvolvimento moral de um país pode incidir sobre as decisões dos políticos e funcionários públicos e sobre a forma de qualificar o ato como ilegal ou imoral. Todavia, o desenvolvimento econômico de um país pode incidir na tomada de decisões. Vamos a um exemplo: num país pobre, desfrutar de um cargo público importante pode vir a ser um privilégio para pessoas, famílias e grupos humanos. Daí, que a decisão de contratar a um familiar para ocupar cargos públicos dependerá do nível de desenvolvimento moral individual, isto é, das referências morais e dos fatores psicológicos que incidem no nível de controle do indivíduo. Todavia, a decisão poderá receber influência da política de prêmio e castigo vigorante na instituição onde trabalha (que tem como finalidade promover condutas éticas), do sistema de controle interno e externo existente, da cultura organizacional em que se desenvolve seu trabalho, do código de conduta profissional e, finalmente, do entorno político geral: políticos honesto, partidos competitivos etc. Em suma, existe uma enorme confluência de fatores que determinam se uma conduta seguirá um caminho ético ou antiético (ou corrupto)¹⁷.

Destarte, a ética (a moralidade ou a boa conduta) é elemento condicionante da Administração Pública. O exame da análise de dimensão ética da Administração Pública exige, todavia, a avaliação das normas jurídicas constitutivas do ordenamento jurídico em geral e do ordenamento jurídico administrativo, em especial, nas quais deverá estar presente a prescrição conduta moral. Tal exame contribui também para a compreensão do contexto: realidade social e do tempo em que os preceitos são criados, interpretados e aplicados.

4. Para um modelo metodológico

17 KOHLBERG, L. *Essays on Moral Development*, vol. II, Harper and Row, 1984, p. 286, apud, VILLORIA Mendieta, Manuel. *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*. Madrid: Tecnos, 2000, p. 39.

Com o intuito de incentivar as pesquisas nesta área do saber humano colocamos em discussão, a maneira de contribuição, um modelo metodológico que auxilie os nossos futuros estudos acerca da moralidade pública.

Primeiramente, gostaríamos de referenciar que a Ética Administrativa, como objeto de estudos científicos especializados, surge nos Estados Unidos na década de 1970, quando grupos de cientistas sociais se começaram a preocupar com esse campo específico de pesquisa. É o momento em que surgiria uma série de artigos e livros elaborados sobre o tema que constituiriam a base de uma teoria ao respeito. Mas, em verdade, os primeiros estudos não especializados acerca da ética dos empregados públicos desenvolveram-se na China (Século VI a.C) e na Índia (Século III a.C)¹⁸.

Atualmente, podemos afirmar, as pesquisas nesta área tornam-se cada dia mais necessárias. Daí o interesse pela construção de um sistema de variáveis e indicadores que consideramos construções metodológicas importantes para o desenvolvimento das pesquisas que têm como objeto o fenômeno da Ética Administrativa. Neste sentido, apresentamos, a seguir, grupos de construtos metodológicos, a saber, conjuntos de hipóteses, variáveis, conceitos e denominações, que resultantes de um estudo preliminar, poderão servir de base para futuras pesquisas.

Eis aí a base metodológica sobre a qual redigiu-se a obra *Ética e Administração Pública*¹⁹ resultado da pesquisa desenvolvida nesta interessante área, obra na qual destacamos um conjunto de teorias e prática nos marcos da Ética e do Direito Administrativo, considerando, como premissa principal, que todo conhecimento acerca da dimensão científica da Administração é importante para a Ciência da Administração e para o bom desempenho do Poder Público.

Segundo Maria Sylvia Zanella²⁰ a construção teórica do Direito Administrativo ampliou seu objeto de estudo, procurando-se fixar princípios informativos de seus institutos, mas aliando-se a isto o estudo da Ciência da Administração, que envolve matéria de política administrativa e não matéria jurídica propriamente dita. Essa orientação de unir o Direito Administrativo e a Ciência da Administração, informa a citada autora, foi seguida, na Itália, principalmente por Federico Pérsico e Lorenzo Meucci, na Espanha, por Vicente Santamaría de Paredes e, em Portugal, por Guimarães Pedrosa. Mas, graças à influência dos próprios doutrinadores italianos (Carlos Francesco Ferraris, Wautrain Cavagnari e Orlando) e dos alemães (Lorenz Von Stein e Loening),

18 Ibidem, p. 28 - 32.

19 JIMÉNEZ SERRANO, Pablo. *Ética e administração pública*. Campinas, São Paulo: Átomo, 2010.

20 DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 46 - 47.

separou-se a matéria relativa à Ciência da Administração. Ficaria, assim, para o Direito Administrativo a atividade jurídica do Estado, tendo por objeto a tutela do Direito, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional e, para a Ciência da Administração, a atividade social, incluindo as várias formas de ingerência positiva e direta do Estado-poder nas áreas da saúde, educação, cultura economia, previdência e assistência social.

Todavia, além da construção da dimensão teórico-doutrinária tanto para a Ciência da Administração quanto para o Direito Administrativo reserva-se outra dimensão mais objetiva que aqui chamaremos de prática. Assim, por exemplo, quando falamos da Administração Empresarial indicamos a expressão prática de todo um conjunto de conhecimento (Ciência da Administração) e de um conjunto de princípios e normas jurídicas estudadas pelo Direito Administrativo que nos ajudam a diagnosticar problemas, e nos orientam na consecução de objetivos específicos, a saber, eficiência econômica, convivência institucional, satisfação entre os funcionários e trabalhadores, ética administrativa e empresarial etc.

Conclui-se, assim, que existe uma correlação importante entre teoria e prática, da qual podemos fazer derivar uma tese: uma boa prática é aquela que é sempre precedida de uma boa teoria. Daí a necessidade de compreender que a prática se auxilia da teoria e que toda teoria se enriquece com a prática, isto é, se constrói tanto pelo pensar quanto pelo agir. Logo, o conhecimento nesta área tem como fontes necessárias, primeiro, toda informação precedente (pré-conhecimento) e, segundo a prática onde ele se efetiva e verifica.

Estas reflexões fazem-me concluir que teoria e prática são dimensões condicionadas. E é precisamente por isto que consideramos de grande valia a reavaliação permanente e conjunta da compreensão do inter-relacionamento necessário entre teorias e práticas administrativas e empresariais. Permito-me afirmar que isto nem sempre se logra através da docência, mas das “pesquisas” que visam o confronto e a atualização do conhecimento de novas ideias (modelos): conceitos, técnicas, práticas de negócios e a resolução dos problemas engendrados pela falta de moralidade na Administração Pública.

Este é um bom argumento que nos permite compreender as razões pelas quais hodiernamente se fala de um campo aplicado da Administração (Administração de Empresas), isto é, de uma área de conhecimento que se estende e ocupa com problemas práticos, de um conhecimento que facilita a compreensão dos problemas práticos das empresas e que prioriza eficácia da prática gerencial.

Convém deixar claro que os estudos acerca da ética administrativa estão, geralmente, vinculados à fase de implementação de políticas ou programas, centrados na reflexão sobre a forma mais adequada de agir. Numa perspectiva metodológica, a pesquisa em ética pública pode ser desenvolvida a partir de um enfoque positivista (pesquisas de campo: uso de questionários, entrevistas, análise de documentação, estudo de casos etc.) e pós-positivista (pesquisas teóricas: históricas, doutrinárias, comparadas etc.), sendo que a

utilização de um ou de outro enfoque e métodos depende do que se procura conhecer. Em geral, em ética administrativa nos interessa conhecer os valores que guiam os indivíduos e as organizações, os modelos de condutas e normas definidas e promovidas nas instituições administrativas, os contextos nos quais se tomam as diferentes decisões e as condutas concretas adotadas pelos agentes públicos²¹.

Pesquisas que têm como objeto a ética não devem estar centradas unicamente na análise quantitativa, mas também qualitativa observando-se necessariamente a relação possível entre fatos e valores. Assim, os conceitos a serem trabalhados nesta ordem são ricos normativamente, mas o uso exclusivamente positivista dos mesmos pode vir a produzir uma degradação do discurso moral. Tampouco deve ser desconsiderada a possibilidade da pesquisa empírica positivista. Dificuldades surgem, por exemplo, quando se procura analisar eticamente uma política pública. Certamente, isto envolve procedimentos que nos obriga a invocar o campo dos valores políticos e da constituição de instituições políticas que servem de ideais de justiça. Conectar a geração de um sistema a político que realize os princípios de justiça com a ética administrativa é um desafio importante²².

4.1. Indicadores que auxiliam na pesquisa da ética na Administração Pública

Tratemos, agora, do estudo de alguns indicadores que nos ajudam a definir a dimensão ética da Administração Pública.

Quanto a isso se admite que a definição do que é eticamente correto ou errado exige a adoção de um ponto de vista moral, um ponto de apoio-base que nos permite definir o que é justo ou injusto. Daí que definir o que é bom e justo sempre é uma questão complexa e discutível. Uma opção simples, nesse sentido, seria a preocupação com a definição do mal, deixando inconclusa a pergunta de como identificar e promover o bem. Assim, por exemplo, para a questão: “o aumento de impostos é a melhor solução em termos morais dos problemas da economia nacional”, reserva-se a seguinte resposta: “depende da situação, dos fins e dos métodos”. Logo, desvendar aqui a eticidade de um agir implica considerar os seguintes indicadores: 1- a “situação” (foi estudada corretamente?); 2- os “fins” (são honestos?) e; 3- os “meios” (são razoáveis?), as respostas negativas trazem um componente ideológico ou de concepção particular do bem dificilmente aceitável pela sociedade. Conclui-se, assim, que é mais simples responder à pergunta: é imoral a opção? do que à pergunta: é a melhor opção? Em consequência, voltamos ao exemplo, se a decisão de aumentar impostos se realiza: a) sem uma prévia análise técnica; b) desconsiderando a opinião dos possíveis afetados; c) usando-se de meios não-

21 VILLORIA Mendieta, Manuel. Op. cit., p. 33 - 36.

22 VILLORIA Mendieta, Manuel. Op. cit., p. 33.

razoáveis e; d) procurando atingir fins desonestos, a resposta seria mais aceitável pela coletividade²³.

Infere-se do anterior que é possível, de alguma forma, falsear o mal ou definir seus limites. Destarte, os cidadãos que não ultrapassam tais limites encontram-se dentro da razoabilidade, num território aberto às concepções do bem e conforme a diversos tipos de condutas. É nesse âmbito que podemos contrastar opiniões, receber conselhos, sopesar argumentos e decidir, a partir da concepção de consciência de liberdade, o caminho a seguir. Estando no âmbito do razoável, podemos e devemos explicitar o nosso juízo valorativo. Então, é necessário saber quais limites não devem ser ultrapassados e, posteriormente, definir os valores que devem guiar a conduta dentre da fronteira da moralidade pública²⁴. Eis o que podemos chamar de dimensão ética da Administração Pública.

Em suma, a Ética Administrativa acaba sendo o resultado da interação e enriquecimento do conhecimento e da interação de vários fatores. Contudo, a atividade administrativa se auxilia da Sociologia, da Economia, da Ética, da Política, da Psicologia e da História. Eis o que nos ajuda a compreender a epistemologia da Ética Administrativa, conhecimento que tem como fonte as pesquisas teóricas e de campo, as consultorias, a experiência sistemática de agentes econômicos e de professores universitários e a da prática empresarial em geral.

5. A ética administrativa como condição da cidadania

Falamos, assim, da Ética Administrativa como condição da cidadania. A cidadania supõe direitos e obrigações cidadãos. Neste sentido a cidadania:

Credencia o cidadão a atuar na vida efetiva do Estado como partícipe da sociedade política. O cidadão passa a ser pessoa integrada na vida estatal. A cidadania transforma o indivíduo em elemento integrante do Estado, na medida em que o legitima como sujeito político, reconhecendo o exercício de direitos em face do Estado. É de extrema relevância o aperfeiçoamento dos meios e instrumentos visando ao justo e profícuo relacionamento entre Estado e cidadão. A pessoa natural se relaciona com a sociedade política, que chamamos de Estado. Cidadania, por isso, pode ser definida como estatuto que rege, de um lado, o respeito e a obediência que o cidadão deve ao Estado e, de outro

23 Ibidem, p. 23.

24 VILLORIA Mendieta, Manuel. Op. cit., p. 23 - 24.

lado, a proteção e os serviços que o Estado deve dispensar, pelos seus meios possíveis, ao cidadão²⁵.

Assim, ser cidadão é ter responsabilidade e possibilidade de participar da administração da coisa pública: ter direito a participar dos processos de produção, distribuição, intercambia e consumo.

5.1. Cidadania como fundamento da Democracia

A democracia implica cidadania. Eis que,

O ideal democrático supõe cidadãos atentos à evolução da coisa pública, informados dos acontecimentos políticos, ao corrente dos principais problemas, capazes de escolher entre diversas alternativas apresentadas pelas forças políticas e fortemente interessadas em formas diretas ou indiretas de participação.

No Estado Democrático os direitos humanos são reconhecidos a todos. O cidadão é aquele que participa da dinâmica estatal, sendo que atua para conquistar, preservar ou proteger seus direitos. A cidadania é esse efetivo exercício político. A cidadania é o ápice dos direitos fundamentais quando o ser humano se transforma em ser político no sentido amplo do termo, participando ativamente da sociedade em que está inserido. A cidadania é o ápice das possibilidades do agir individual, ou seja, liberdade²⁶.

Em verdade, a **Ética Administrativa vincula questões relativas à cidadania e ao bem-estar social, separando o que é bem individual do que é bem coletivo.**

Assim, o bem-estar de um indivíduo compreende tudo que seja considerável como desejável por esse indivíduo. Ora, questões sobre o que é desejável, para as pessoas em geral, ou para uma pessoa particular, são questões sobre as finalidades da vida²⁷.

25 SIQUEIRA Jr., Paulo Hamilton/OLIVEIRA, Miguel Augusto de. Direitos Humanos e cidadania. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

26 SIQUEIRA Jr., Paulo Hamilton/OLIVEIRA, Miguel Augusto de. Direitos Humanos e cidadania. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

27 31 SKORUPSKI, John. Ética, in BUNNIN, Nicholas e E.P. Tsui- James (orgs). Compêndio de Filosofia. São Paulo: Loyola, 2002, p. 201.

O bem-estar social é um bem comum, o bem almejado pela sociedade em geral, expresso sob formas de satisfação das necessidades comunitárias. Nele se incluem as exigências materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente considerados; são as necessidades vitais da comunidade, dos grupos, das classes que compõem a sociedade. O bem-estar social é o escopo da justiça social, prescrito na Constituição Federal (art. 170), que só pode ser alcançado por meio do desenvolvimento nacional. Para propiciar esse bem-estar social o Poder Público pode intervir na propriedade privada e nas atividades econômicas das empresas, nos limites da competência constitucional atribuída a cada uma das entidades estatais, por meio de normas legais e atos administrativos adequados aos objetivos da intervenção. O que se exige é que essa intervenção se contenha nos lindes constitucionais e legais que amparam o interesse público e garantem os direitos individuais. Trata-se de um Estado orientador e incentivador da conduta individual no sentido do bem-estar social. Para atingir esse objetivo o Estado de Bem-Estar intervém na propriedade e no domínio econômico quando utilizados contra o bem comum da coletividade²⁸.

A competência para intervir na propriedade e atuar no domínio econômico não se distribui igualmente entre as entidades estatais. A legislação sobre direito de propriedade e intervenção no domínio econômico é privativa da União (arts. 22, II e III, e 173). Aos Estados e Municípios só cabem as medidas de polícia administrativa, de condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social e de ordenamento das atividades econômicas, nos limites das normas federais. A intervenção no domínio econômico pelos Estados e Municípios só poderá ser feita por delegação do Governo Federal, que é o detentor de todo o poder nesse setor. Não se confunda, porém, a legislação civil sobre o direito de propriedade e sobre os atos de intervenção no domínio econômico (privativos da União) com as normas administrativas e as medidas regulamentares de condicionamento e uso da propriedade e de ordenamento das atividades econômicas, que são da competência concorrente dos três níveis de governo. Tais normas e tais atos administrativos decorrem do poder de polícia, inerente a todas as entidades estatais, para a regulamentação das atividades que se realizam em seus territórios e sob sua fiscalização²⁹.

Diversos são os meios de intervenção na propriedade e de atuação no domínio econômico. Tais meios abrangem tanto o apoderamento de bens e serviços particulares por meio da desapropriação ou da requisição como as medidas mais atenuadas da servidão administrativa, da limitação administrativa e da ocupação temporária, a repressão ao abuso do poder econômico e das medidas de controle de abastecimento e de fixação de preços.

5.2. Acerca do limite da vontade em face da convivência humana

28 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., 2005, p. 579.

29 Ibidem, p. 580.

Em verdade, os conceitos éticos mudam com o tempo, porém o que não muda é a condição do ser humano. Eis que todo homem é um ser social e, portanto, sente a necessidade de viver em “sociedade”³⁰ (convivência social). A convivência social pressupõe a existência de regras. Devemos, pois, considerar que “no pode haver sociedade sem regras morais”³¹. Logo, a ética se faz presente e necessária em toda e qualquer sociedade, pois ela tem como objeto a convivência humana (convivência social) e não apenas uma vaga ou incerta (utópica) “felicidade”³² ou “bem-estar”³³ como únicas coisas desejáveis, isto é, como fins almejados pelo homem isolado de qualquer grupo humano.

O homem vive em sociedade, em convivência e em constante troca, fato que torna necessário a institucionalização de um conjunto de normas aptas a preencher os fins sociais. Daí ser necessária uma ordem para a convivência humana.

A convivência humana impõe aos homens limites (legais e ético-morais) procurando-se, isso, atingir um dado estado (ambiente) de harmonia e de paz. É assim que a ética se mostra como condição para tal harmonia (convivência social): não roubar, não matar, não furtar, são alguns dos imperativos morais e legais que objetivam garantir a convivência ou harmonia social. Mentir, enganar e confundir a fim de obter benefícios do próximo, por exemplo, é agir sem observar a convivência social.

Em verdade, a ética não trata unicamente da questão de conveniência. Ela, mais especificamente nos alerta sobre determinadas condições para a sobrevivência da sociedade³⁴. Eis o que justifica a necessidade de agir, observando determinados valores, princípios e normas éticas.

Vemos, então, a “convivência social” como uma condição, isto é, como uma lei que informa que o ser humano, como ser social nasce, cresce e vive em

30 WILLIAMS, Bernard. *Moral: uma introdução à ética*. Trad. Remo Mannarino Filho; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 33. (Sociedade: unidade cultural, em parte identificada por seus valores. Uma dada prática ou crença está muito mais ligada à estrutura de uma sociedade do que pode parecer à primeira vista).

31 WILLIAMS, Bernard. *Moral: uma introdução à ética*. Trad. Remo Mannarino Filho; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6.

32 Leitura individualista (egoísta) que coloca a felicidade como objetivo ou finalidade desejável pelas pessoas na teoria e na prática.

33 Conceito que para os utilitaristas possui um maior valor ético. Sendo que, de acordo com essa teoria, quanto maior o bem-estar, tanto maior o valor ético. Condição estabelecida pela soma do bem-estar de todos os indivíduos. Daí que se o bem-estar de um ou mais indivíduos aumenta, aumenta o valor ético.

34 ARRUDA, Maria Cecília Coutinho de, e outros. *Fundamentos de ética empresarial e econômica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 22.

sociedade e, portanto, deve agir observando valores, princípios e normas sociais. Toda ação humana deve ser conforme a essa lei.

Com efeito, o ser humano age conforme a um “jogo de interesses e necessidades”. É, com base nesse jogo que o homem pensa, projeta, prescreve e assume atitudes perante determinados problemas, dando maior valor ao que considera ser momentaneamente um benefício. Eis outra leitura por meio da qual nos referimos ao ser e ao estar, por meio da qual se indica o que é. Trata-se de uma orientação diferente das já vistas nas concepções subjetivista³⁵, relativista³⁶, e utilitarista³⁷ e para a qual indicamos a necessidade de um dever ser, isto é, de agir observado o “justo equilíbrio moral”, princípio que, em nossa opinião, merece um espaço no mapa ético-intelectual.

Certamente o ordenamento jurídico nacional descansa em numerosos preceitos centrados na moralidade, que têm como função indireta colocar limites à liberdade (vontade) do ser humano. Por outro lado, a doutrina em face da legislação acompanha e explica importantes conceitos e denominações que cooperam para tais limites. Vamos a alguns exemplos:

³⁵ WILLIAMS, Bernard. *Moral: uma introdução à ética*. Trad. Remo Mannarino Filho; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 19-20-24. (Corrente que considera as perspectivas morais como meramente subjetivas: a) o juízo moral de um homem apenas expõe ou expressa suas próprias posturas; b) os juízos morais não podem ser provados, constatados, demonstrados como verdadeiros da mesma forma como o podem as afirmações científicas; eles são uma questão de opinião pessoal; c) não existem fatos morais; o que existe são só os fatos que podem ser descobertos pela ciência ou pela observação, e os valores que os homens atribuem a esses fatos. A interpretação subjetivista só aparece quando se diz que um juízo moral expressa o ponto de vista de quem o emite. O subjetivismo reforça a idéia de que uma posição enunciada num juízo moral não pode estar certa nem errada, ao passo que as crenças expressas em juízos factuais podem ser verdadeiras ou falsas).

³⁶ *Ibidem*, p. 31-36. (“Certo” significa que só pode ser coerentemente compreendido como certo para uma dada sociedade. Certo, para uma dada sociedade deve ser entendido num sentido funcionalista e, por tanto, é errado que as pessoas de uma sociedade interfiram, condenem etc. os valores de outra sociedade. A principal confusão do relativismo é a de tentar concluir, partindo do fato de que as sociedades têm diferentes posturas e valores, um princípio não relativo a priori – princípio que determinaria a postura de uma sociedade diante dos demais; e isso é impossível. A moral tem características inerentes que tornam difícil considerar que um sistema de moralidade possa se restringir somente a um grupo. O elemento de universalidade que está presente em qualquer moralidade progressivamente começa a se ampliar sobre o ser humano como tal).

³⁷ *Ibidem*, p. 137-138. (concepção que sustenta que só existe um princípio moral: o de buscar a maior felicidade para o maior número de pessoas; além disso, sustenta que “felicidade” significa prazer e privação da dor; e também que esse único princípio moral – pois ele é de fato o único - deve ser aplicado individualmente a cada situação – utilitarismo dos atos).

A) Conceito: “Conduta”. a1) Denominação: “Boa conduta” (conduta ilibada). a2) Definição: Procedimento moral (sem mancha, incorrupta), exigível e exigida na convivência social.

Observação: Boa conduta, por exemplo, é requisito essencial que deve ser observado nas pessoas para ocupar determinados cargos públicos. Assim, não importam as considerações gerais sobre as qualidades de uma pessoa, mas seu peculiar comportamento em relação a uma determinada atividade; interessa uma noção concreta e não abstrata de boa conduta³⁸.

B) Conceito: “Costume”. b1) Denominação: “Bons costumes”. b2) Definição: Referência moral das tradições sociais.

C) Conceitos: “finalidade”, “bem”, “comum”. c1) Denominação: “Fim social”, “bem comum”. c2) Definição: Referência moral dos objetivos e interesses sociais.

Observação: A moral, boa conduta, fins sociais, bons costumes e bem comum são termos nem sempre usados no mesmo sentido.

Enfim, a moralidade cidadã é uma das causas que legitimam a intervenção administrativa. Assim, a Administração Pública se apoia numa série de limitações impostas à atividade dos particulares, com a finalidade de manter a ordem, a moral, os bons costumes etc.

Moralidade e juridicidade, além de serem princípios orientadores da atividade estatal, encontram-se necessariamente interligados. Assim, podemos afirmar que todo ato ou decisão administrativa imoral também será considerado antijurídico. Noutras palavras: não observar o primeiro (moralidade administrativa) é não observar os segundo (juridicidade). Ainda assim, pensamos, moralidade e legalidade não são princípios condicionados. Por momento, um ato legal nem sempre é moral. Daí, torna-se necessário distinguir a moralidade da ilegalidade.

A moralidade pública tem autonomia quando pensada em termo de realização de valores e não necessariamente quando atrelada à formalidade legal. É moral o ato ou a ação consciente e conforme a valores vigente em um determinado contexto social-cultural e histórico. É legal o ato (ou ação) amparado legalmente, isto é, tutelada pelo ordenamento jurídico vigente. Assim sendo, deve ser considerado ilícito e imoral o ato administrativo não praticado conforme o interesse social.

Como consequência, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem

³⁸ GONZÁLEZ Pérez, Jesús. Administración pública y moral. España, Madrid: Civitas, 1995, p. 29.

tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: “*non omne quod licet honestum est*”³⁹.

Nem todo que é legal é moral, mas nem todo que é moral é jurídico. Contudo, ambos os princípios são premissas da interpretação, da argumentação e da integração do direito. O Direito não é norma (lei), a lei é um instrumento do Direito que se faz valer através do uso de procedimentos (métodos): lógico (raciocínio lógico) que encontra na moral e nos princípios recursos para a integração do Direito.

Do ponto de vista formal, moralidade e legalidade, como princípios, formalmente coexistem, por expressa disposição constitucional. A moralidade e legalidade administrativa são princípios que coexistem, porém não são necessariamente idênticos.

Diferentemente da moralidade comum, a moralidade administrativa tem como referência os valores subjacentes à Administração Pública e atende o conhecido desvio de poder conferido legitimamente ao agente, eis aqui onde residem moralidade e legalidade. A moral comum é imposta ao homem pela sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum⁴⁰.

Podemos, assim, concluir que a liberdade moral é pressuposta em atribuições de responsabilidade moral. Assinala-se, por exemplo, que o fato de que eu estava livre para fazer o que quisesse não basta para mostrar que eu estava moralmente livre, pois a própria vontade pode ter sido tão obsessiva a ponto de minar minha liberdade moral. Viciados em drogas não são moralmente livres mesmo quando eles fazem o que seus desejos os compelem a fazer⁴¹. Contudo, a liberdade (autonomia e livre iniciativa) não justifica as ações imorais.

A moralidade da Administração Pública é, de fato, influenciada pelas liberdades cidadãos e resultado de um estímulo às atividades que visam a finalidade dos serviços públicos.

6. Conclusão

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., 2005, p. 89.

⁴⁰ HAURIUO, Maurice. Précis Élémentaires de Droit Administratif. Paris, 1926, p. 197 apud. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89.

⁴¹ SKORUPSKI, John. Ética, in BUNNIN, Nicholas e E.P. Tsui-James (orgs). Compêndio de Filosofia. São Paulo: Loyola, 2002, p. 2003.

A Ética Pública estuda a moral coletiva, as relações e as condutas de pessoas e agentes que participam da convivência social. Trata-se de um sistema proposicional que expressa a relação dialética entre os valores, a consciência e a conduta social. A Ética Pública reside no nível cognitivo. Eis por que o ser humano pode tomar decisões éticas com base nos códigos, na razão e na consciência.

A Ética Pública desempenha um papel importante na definição do sistema de valores e normas que compõem a moralidade pública. A Ética Pública tem como objeto a moral coletiva, assim a justificação final de uma ação de qualquer cidadão ou agente público está acima dos seus interesses particulares. A justificação final de dita ação baseia-se em conceitos, códigos, regras, valores ou princípios universais⁴².

Princípios, normas e códigos não são suficientes para a uma adequada compreensão e resolução dos dilemas morais. Eis que o agente público e em geral, todo ser humano, perante um conflito ou dilema, desenvolve uma reflexão individual e, com base nos valores privilegiados, assume uma postura própria (muito pessoal). À vista disso, as reflexões humanas se desenvolvem de forma não-unívoca. É, assim, que a participação nos debates é feita com base em conclusões pessoais procurando-se chegar a um consenso.

No marco da Ética Pública os princípios de legalidade e de moralidade coexistem na interpretação e na aplicação normativa. A aplicação da norma não implica a negação da moralidade. Nesses processos ambos os princípios alcançam um significado peculiar: o que é legal é válido, pois a legalidade se situa no plano da validade normativa (postura positivista); o que é moral é justo, pois a moralidade se situa no plano da Justiça (postura jusnaturalista ou moralista).

A moralidade vigora paralelamente com a legalidade, mas a distinção é chave e necessária. Se o princípio da legalidade é resultado da produção normativa estatal, o princípio da moralidade se assenta numa atividade responsável (responsabilidade social), com uma ética que tem como princípio básico a “conveniência social”.

Na esfera da Ética Administrativa a legalidade nem sempre justifica a moralidade. A legalidade é consequência e resultado da produção normativa. A moralidade se assenta na responsabilidade (no respeito e no bem-estar). A legalidade opera quando o agente quebra, de forma consciente a relação necessária existente entre a conduta do agente e o sistema de valores referenciado.

A legalidade é um dos pressupostos de validade do ato administrativo, pois a legalidade justifica o poder conferido ao agente. A imoralidade administrativa se funda no desvio de “poder” injustificado. Logo, deve-se inibir

42 VILLORIA Mendieta, Manuel. Op. cit., p. 40 - 41.

(combater, coibir) o desvio de “poder”. Importa, então, investigar os meios de combater do desvio de “poder” (problema).

Na relação existente entre a moralidade administrativa e a não-cidadania, muitas vezes o formalismo lógico-dedutivo é colocado ao serviço da injustiça e destinado a preservar interesses individuais classistas, políticos ou grupais, atitude incompatível com os anseios da sociedade em geral.

Eis por que o confronto entre legalidade e moralidade pública clama por uma maior intervenção do Estado em questões econômicas, jurídicas e administrativas, muitas vezes também ligada ao setor privado.

Referências

ARRUDA, Maria Cecília Coutinho de, e outros. **Fundamentos de ética empresarial e econômica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

BOBBIO Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

DALL’AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

DELGADO, José Augusto (1992). O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição de 1988. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, Junho, Ano 81, Vol. 680. pp 34/46.

DI PRIETO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRAZ, Sérgio (1992). O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito Administrativo** - 188. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. pp. 64-73.

_____. (1995) Controle Jurisdicional do Mérito do Ato Administrativo. In: ROCHA, Cármen. L. A. (coord.) **Perspectivas do Direito Público** – Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 291-306.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. (1997) Ética e Moralidade nos Atos Administrativos. In: TELLES, Antônio A. & ARAÚJO, Edmir Netto de. (coords.) **Direito Administrativo na Década de 90** – Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. J. Cretella Júnior. São Paulo: Rt, p. 28-40.

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

FRANÇA, Vladimir da Rocha (1997.2). Questões sobre a Hierarquia entre as Normas Constitucionais na Constituição de 1988. In: **Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco**. Recife: Vol. 2, nº 4. pp. 467/495, abr./jun.

FREITAS, Juarez (1996). Do Princípio da Proibidade Administrativa e de sua máxima efetivação. In: **Revista de Direito Administrativo - 204**. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. pp. 65-84.

GOMES de Mattos, Mauro Roberto. A Constitucionalização das Regras da Administração Pública e o Controle do Poder Judiciário. **A & C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 4, n. 18, out/dez. 2004. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 89 - 106.

GONZÁLEZ Pérez, Jesús. **Administración pública y moral**. España, Madrid: Civitas, 1995.

HALDANE, John. Ética aplicada, in BUNNIN, Nicholas e E.P. Tsui-James (orgs). **Compêndio de Filosofia**. São Paulo: Loyola, 2002.

HOBBS Thomas, 1588 - 1679. **Leviatã, ou A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. **Do Cidadão**. Trad. Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. (1993) O Princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário. In: **Revista Trimestral de Direito Público - 11**. São Paulo: Malheiros, p. 44-58

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (1992). Moralidade Administrativa: do Conceito à Efetivação. In: **Revista de Direito Administrativo - 190**. Rio de Janeiro: Renovar. out./dez. 1992. pp. 1-44.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Rt, 2004.

OHLWEILER, Leonel, Os Princípios Constitucionais da Administração Pública a Partir da Filosofia Hermenêutica: Condições de Possibilidade para Ultrapassar o Pensar Objetificante. **A & C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 4, n. 18, out/dez. 2004. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 112 - 145.

ROHDEN, Huberto. **Einstein: o enigma do universo**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2005.

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes (1996). O Princípio da Moralidade da Administração Pública. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: ano 33, nº 132, outubro/dezembro. pp. 125/129.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Ética e administração pública**. Campinas, São Paulo: Átomo, 2010.

SIQUEIRA Jr., Paulo Hamilton/OLIVEIRA, Miguel Augusto de. **Direitos Humanos e cidadania**. São Paulo: Rt, 2007.

SKORUPSKI, John. Ética, in BUNNIN, Nicholas e E.P. Tsui-James (orgs). **Compêndio de Filosofia**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 2003.

SROUR, Robert Henry. **Ética empresarial**. Rio de Janeiro: Campus, 2000

VILLORIA Mendieta, Manuel. Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa. Madrid: Tecnos, 2000.

WILLIAMS, Bernard. **Moral**: uma introdução à ética. Trad. Remo Mannarino Filho; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005

ZANCANER, Weida (1993). Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988. In: **Revista Trimestral de Direito Público** – 2. São Paulo: Malheiros, pp. 205-210.

Abandono afetivo parental: repercute ou não a responsabilidade civil?

Parental affective abandonment: reflects on civil responsibility or not?

Stephany Renata de Mello Pinho¹
Maria Cristina Alves Delgado de Ávila²

Resumo

Propõe-se neste artigo analisar a responsabilidade civil no âmbito do direito de família, visando identificar a ocorrência do abandono afetivo parental como ensejador de um ato ilícito, pela falta de cumprimento de um dever do genitor, o que em consequência pode gerar um dano.

Palavras-chave:

Abandono afetivo parental. Dano. Indenização.

1. Introdução

O presente trabalho abordará os aspectos caracterizadores do abandono afetivo parental, visando identificar se o mesmo seria causa ou não de haver a indenização por aquele que abandona, diante da real falta que os filhos, tem e são submetidos diante da ausência deliberada daquele que é seu genitor.

Deve-se levar em conta que o dever de ser pai/mãe não se limita apenas em fornecer alimentos, é essencial que o indivíduo, como filho, conte com a participação de seus pais para a formação de seu caráter e educação, além da presença de carinho e amor.

Há de se ter em conta que os pais são responsáveis pelos seus filhos, não só nas questões materiais de sustento e sobrevivência, mas também nas demais questões que envolvam a vida diária do filho, devendo garantir a educação de seus filhos e afetivamente, assegurando carinho e atenção. Devem preservar o princípio da solidariedade familiar e a dignidade da pessoa humana.

Desde a origem da existência humana o homem é um ser sociável e necessita de convívio com outras pessoas, viver em sociedade, e assim, o homem desde o primeiro contato com o mundo, faz da família seu alicerce,

1 Graduada em direito pelo Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). E-mail: renatasmpinho@hotmail.com

2 Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM. Pesquisadora do NUPED – Núcleo de pesquisa do curso de Direito. E-mail: cristina.delgado@uol.com.br

consagrando-a como um dos elementos que compõe a dignidade da pessoa humana, que enaltece o indivíduo dentro das relações e faz com que seja atendida as suas necessidades.

E, na formação da família se conta todos os seus componentes sem perder de vista aí a prole – filhos, que faz parte da essência da família, e quando os pais abandonam seus filhos nos aspectos afetivo e intelectual, estão a fazer com que essa formação seja deficiente, pois ser pai, em sua essência é estar presente na vida do filho. Assim, através de pesquisa bibliografia e documental, pretende-se discutir sobre a incidência da responsabilidade civil nas relações familiares, com foco no abandono afetivo dos genitores para com os filhos.

O assunto se justifica, pois é uma realidade premente na sociedade moderna, além do que, em análise da responsabilidade civil se verifica que esta se adequa quando há a violação de um dever jurídico, posto que seus pressupostos são identificados pela conduta, dano e nexos causal, podendo inserir o abandono como algo danoso para a vida do indivíduo, pois acarretará diversas consequências.

Assim pretende-se analisar as consequências que são provocadas no abandonado, os impactos que são causados a efeitos de danos psicológicos e até mesmo físicos. A incidência do dano que faz gerar a presunção de reparação.

O corolário da discussão se perfaz diante de uma violação do direito fundamental do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana, juntamente ao ferir um dos princípios instituídos no direito de família brasileiro, que está sendo reconhecido nos julgados, qual seja, o princípio da afetividade.

O estudo terá como base o direito de Família, e sob o prisma do direito Civil e a Constituição vigente, asseguradora das garantias constitucionais previstas em nosso ordenamento.

Pelas pesquisas realizadas observou que a temática abordada, esquadrinha-se que é um tema recente, apesar de grande relevância e ser corriqueiro a luz dos nossos convívios, a questão chegou a pouco nos tribunais, e não existe um entendimento pacificado.

2. As relações familiares e a atualidade

Na atualidade as formas de constituir uma família é variada e se modifica com o tempo e ao redor do mundo. O instituto família dentro do âmbito do direito sofreu diversas mudanças, até mesmo por ser ciências humanas que acompanha a evolução do homem.

Remotamente tínhamos a presença do *pater* poder por influência de Roma. As famílias eram dominadas e comandadas pelo pai ou figura masculina mais velha que pudesse substituir esse papel de chefe absoluto. As mulheres ficavam encarregadas dos afazeres domésticos e dos cuidados com filhos.

O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio* perpétua que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido. (PEREIRA, 2018, p. 29)

Com o tempo as regras foram abrandadas e diminuiu o poder do *pater*, houve reconhecimento da concepção cristã e do casamento com a figura de Deus unindo o matrimônio. Nesse sentido temos a colocação de Gonçalves (2018, p. 32) ao afirmar que:

Podemos dizer que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio.

Os institutos e leis que vigoraram antes do Código Civil de 1916 e até a vigência da Constituição Federal de 1988 regulavam apenas as famílias constituídas pelo casamento, de modo conservador e hierárquico, a medida que as novas relações familiares foram se modificando, passaram a ser norteadas pelo vínculo de afeto e são resguardadas sob o aspecto da dignidade da pessoa humana.

Karow (2012, p. 131) coloca que: “A afetividade tornou-se um fato, passou a ser valorada na sociedade e solidificou-se na norma. É possível identificar-se a todo momento a edição de normas jurídicas pulverizadas de valoração afetiva em seu conteúdo.”

Com isso resta demonstrado o poder do afeto, que está impulsionando as relações familiares, há vários julgados no sentido de enaltecere essa valorização afetiva. Sendo, portanto, a união entre as famílias e a afetação a parte fundamental destas.

O reconhecimento do afeto como valor jurídico é um movimento que passou a ser identificado, quando a temática do afeto começou a fazer parte cotidianamente da praxe forense familiar. A presença do “elemento afeto” nos casos de conflitos familiares passou a ser determinante e exclusiva para delimitar o rumo da decisão e interpretação sistemática do caso. De valor cultuado pelas famílias e seus integrantes, o afeto ganhou projeção jurídica, tendo importância ímpar no ordenamento jurídico. A partir de reiterada jurisprudência cuja função precípua foi delatar o afeto como o mais novo elemento integrante da ordem jurídica nacional, este passou a estar em todos os julgamentos que dizem respeito aos conflitos de ordem familiar. (KAROW, 2012. p. 137)

Na constituição vigente há proteção da dignidade da pessoa humana e o amparo por parte do Estado, o qual tem por dever assegurar recursos para que cada criança tenha uma paternidade responsável capaz de ter acesso à educação e saúde.

Por outro lado, com o Código Civil de 2002 não existe mais o conservadorismo de uma família que apenas seria constituída pelo instituto do casamento, sendo o pátrio poder o comando das relações familiares. Há uma mudança considerável no que é considerado o âmbito familiar pelos juristas e pela jurisprudência. Tal inclusive é observado por Gonçalves (2018, p.35), quando assim aborda o tema:

Frise-se que as alterações pertinentes ao direito de família demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes; do reconhecimento do direito a alimentos inclusive aos companheiros e da observância das circunstâncias socioeconômicas em que se encontrarem os interessados; da obrigação imposta a ambos os cônjuges, separados judicialmente (antes da aprovação da Emenda Constitucional n. 66/2010) ou divorciados, de contribuir, na proporção de seus recursos, para a manutenção dos filhos etc.

A mesma conformação vem ressaltada por Pereira (2018, p. 33) quando acresce que:

Nos Tribunais e no âmbito político-administrativo, a proteção da família é centrada especialmente nos filhos menores, e orientada, a cada dia, pelo princípio do “melhor interesse da criança” como um novo paradigma, valorizando a convivência familiar dentro ou fora do casamento.

E, assim, quando se fala em família se tem outras abordagens, como por exemplo as esboçadas por Mooney, Knox e Schacht (2016, p.148) *apud* Bureau (2011) ao afirmar que a família:

Um grupo de duas ou mais pessoas ligadas pelo sangue, casamento ou adoção. A sociologia oferece ampla definição: família · um sistema de parentesco em que todos os parentes vivem juntos ou se reconhecem como uma unidade social, incluindo as pessoas adotadas. Essa ampla definição reconhece famílias adotivas, não casados do mesmo sexo, casais do mesmo sexo com ou sem filhos e qualquer relacionamento que funcione e se pareça com uma família.

Possível observar as mutações que a instituição família sofreu desde o direito romano até a vigência do novo Código Civil e da Constituição Federal brasileira.

É em virtude de todas essas mudanças e ascensão do afeto, que o direito de família foi adquirindo, que se pode introduzir a responsabilidade civil aplicável ao direito de família, havendo diversos princípios e legislações esparsas que dão a base fundamental para essa aplicabilidade, de forma a justificar a discussão em torno do tema, o qual passou a ser atual em nossa sociedade.

3. Aplicabilidade da responsabilidade civil no âmbito da família

A responsabilidade civil na atualidade tem uma formatação diferente do que se tinha. Quando uma pessoa fora lesada em seu direito, integridade ou até mesmo em sua moral, elas agiam por conta própria, em autodefesa, resolvendo tudo pela vingança.

Toda vez que uma ação ocasionar prejuízo, havendo a violação de uma norma, contrato ou preceitos da vida comum, trata-se de uma responsabilidade para o autor do ato.

Vem a ser reparação de um dano, certa vez que uma pessoa causa dano a outra, objetivando reestruturar a situação inicial, podendo ter uma abrangência maximizada quando se enquadra a responsabilidade também a coisas ou pessoas que dependam da autora do dano. Na visão de Gonçalves (2018, p. 19)

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Se observa que o ordenamento jurídico brasileiro não aceita que o autor do dano fique impune quando causar dano a outrem, visualiza que uma relação foi desestabilizada e por isso deve ser reestruturado o equilíbrio então perdido entre as partes.

Como *sentimento humano*, além de social, a mesma ordem jurídica repugna que o agente reste incólume em face do prejuízo individual. O lesado não se contenta com a punição social do ofensor. Nasce daí a ideia de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido. Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha a ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar. (PEREIRA, 2018, p. 13)

De se observar que o abuso de poder e o ato ilícito também dão causa a responsabilidade civil. O ato ilícito é conceituado no artigo 186 do Código Civil de 2002, e pela definição trazida no dispositivo podemos extrair os elementos necessários para que haja o ato ilícito, sendo imprescindível que haja uma ação que lese um direito, e que este conseqüentemente resulte em um dano. Com a ocorrência da violação, o ordenamento jurídico estrutura o dever de reparar. (Tartuce, 2017, p. 502) aponta que: "*Pode-se afirmar que o ato ilícito é a conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém.*"

Já o ato ilícito se encontra previsto no artigo 187 do Código Civil de 2002, enquanto a obrigação de indenizar é tratada no artigo 927 do mesmo dispositivo.

Tem-se assim que a responsabilidade civil ocorre toda vez que uma ação, omissão, negligência, falta de cuidado, ou até mesmo por quem tenha o poder e abuse deste causando danos a outrem.

De uma forma simplificada se tem que, são os pressupostos da responsabilidade civil: a conduta, podendo esta ser de ação ou omissão, dano e nexos de causalidade. Logo, haverá a reparação para que seja devolvida a situação anterior. O valor pecuniário atribuído na responsabilidade civil é para tentar evitar possíveis repetições de atos contrários a lei.

Assim se torna necessário identificar as funções da reparação civil, utilizando-se para tanto as afirmativas de Stolze e Pamplona (2018, p.72) quando sobre o tema assim colocam: [...] *“na vereda de tais ideias, três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: compensatória do dano à vítima, punitiva do ofensor e desmotivação social da conduta lesiva [...]”*

A primeira função seria a básica, pacificada por outros doutrinadores, que é reestabelecer as coisas ao estado anterior. Secundariamente é com o intuito de punir o autor do ato lesivo para que este não lesione outras vezes e tenha caráter pedagógico. A terceira função tem um caráter socioeducativo, para que mostre as outras pessoas da sociedade que aquela ação será punida, não sendo toleradas.

Assim, levando o tema para as relações familiares, já que o mesmo com as mudanças que lhe foram introduzidas, deixou de ser um campo incomunicável com relação a responsabilidade civil. De se ressaltar que a responsabilidade deixou de garantir apenas as questões patrimoniais, abrange as questões com consequências não só quantitativas, mas também qualitativas.

Com todo grande leque que o direito de família foi capaz de abrir, se fez necessária uma proteção para eventuais problemas relacionados. E vai ser nessa necessidade que se irá relacionar a responsabilidade civil, capaz de amparar os interesses feridos.

Os remédios específicos e tradicionais do Direito de Família têm se mostrado insuficientes para tutelar os interesses – especialmente, os existenciais – lesados no âmbito das relações familiares. Basta recordar o exemplo marcante do chamado abandono afetivo, em que o remédio típico, previsto na disciplina reservada pelo Código Civil ao Direito de Família, seria a “perda do poder familiar”, medida que funcionaria como verdadeiro prêmio para o pai negligente. Daí ter se verificado, no Brasil, uma progressiva “fuga” dos remédios tradicionais do Direito de Família, por meio da busca de soluções mais eficientes para a tutela dos interesses lesados. A Responsabilidade Civil, como remédio geral e irrestrito, tornou-se naturalmente a

esperança para onde convergiram todos esses anseios.
(SCHREIBER, 2015, p. 33)

A responsabilidade civil age posteriormente ao dano e de modo individualizado, tentando analisar em cada caso e quantificando, para que não só reestruture a relação, mas também para que evite futuros danos, razão pela qual devem ser sempre atualizadas e olhadas de forma mais abrangentes, ainda o mesmo autor preceitua (2015, p. 34)

Essas características estruturais que acompanham tradicionalmente a Responsabilidade Civil devem ser atenuadas e revisitadas por um olhar mais abrangente, que pretenda oferecer mais que um mero mecanismo de troca de perdas (loss shifting) entre autor e réu, propondo um tratamento mais efetivo dos danos, de maneira a não apenas restituir a vítima , posição mais próxima possível daquela que ocupava anteriormente , lesão, mas também a evitar que novos danos da mesma natureza continuem a ser produzidos no ambiente social.

A responsabilização civil aqui abordada não será a ensejadora da indústria do dano moral, como tratada por alguns autores. Far-se-á necessário a análise dos presentes requisitos específicos para aplicar ao caso, devendo ser passíveis de comprovação o que for alegado.

Entende-se que somente em casos específicos, onde há situações de evidente abandono emocional, traduzidos em atos de desamparo, rejeição, desprezo, humilhação, desídia e indiferença reiterada e constante por parte de um dos genitores da criança que é possível haver o ressarcimento civil. (KAROW, 2012. p. 20)

A responsabilidade civil não tem como fundamento apenas precificar o abandono, não seria capaz de quantificar a dor da ausência, da falta de uma convivência familiar, carinho e afeto. Uma quantia pecuniária não é capaz de voltar a situação anterior de um abandonado, e para tal fala-se em adaptação da responsabilidade civil. Devendo ser analisado cada caso individualmente para a apuração da necessidade da indenização.

Buscar conectar a responsabilidade civil com o caso específico de abandono parental é adentrar em uma discussão doutrinária, muitas vezes com

jargões por aqueles que não são adeptos à tese. No entanto, é importante ressaltar que a reparação civil que ocorre nestes casos, é em relações desiguais, os genitores são capazes, conscientes de suas obrigações e deveres, perante um menor, totalmente dependente de amparo e cuidados.

4. Abandono afetivo e suas repercussões

O abandono afetivo é identificado como o descaso, desprezo e indiferença de um ou de ambos os pais. A responsabilidade civil se adequa quando há a violação de um dever jurídico, tendo como pressupostos: a conduta, dano e nexa causal. Assim pensando em conjunto nos dois institutos, podemos inserir o abandono como algo danoso para a vida do indivíduo, pois leva a diversas consequências.

Pensa-se na indenização como função precípua de devolver o equilíbrio as relações privadas. É com caráter de restituir o que foi lesado, voltar a coisa ao estado inicial.

O abandono afetivo gera consequências drásticas e dolorosas nos seres humanos, que são descartados como se fossem pessoas sem sentimentos. São escolhidos conforme a conveniência e a oportunidade, o que acaba por gerar diversas consequências, a longo prazo, na vida de cada indivíduo tem sua dignidade violada por outrem.

O sentimento do abandonado é único e somente pode ser mensurado por quem já foi abandonado, conforme ilustra Karow, (2012, p.162,163) ao assim abordar:

As demandas da reparação civil por abandono afetivo passaram a ser ajuizadas. Filhos do abandono e da indiferença passaram a bater às portas do judiciário para reclamar uma resposta as suas dores. Seus aniversários à espera do pai (na maioria das vezes é o pai quem abandona os filhos, embora não haja exclusão da responsabilidade por parte da mãe), telefones que nunca tocaram, desigualdade de tratamento em relação aos demais irmãos que gozam da presença do pai, passeios frustrados pelo não comparecimento injustificado, a ausência de um ombro para compartilhar as dificuldades e vibrar com as vitórias, lacuna de um modelo da figura paterna ou materna no lar, autoestima inexistente, insegurança, carência afetiva e afagos nunca recebidos, anos de tratamento psicológicos, terapias e várias patologias desenvolvidas. Estas são as dores de quem imerecidamente é abandonado por aqueles que deveriam ser responsáveis pelo cuidado,

educação e afeto. Só quem é vítima do abandono pode saber o seu preço.

Não se trata apenas de consequências físicas e materiais, são elas ainda as psicológicas e morais, que merecem o amparo resguardado na Constituição Federal, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nenhum ser humano poderá ter sua dignidade violada, pois trata-se de direito fundamental e universal, que a todos os seres humanos seja resguardado o mínimo para viver, uma vida boa, vida digna, e a incidência dessa garantia se faz em todas as áreas da vida humana, tanto a ordem jurídica, social, política e nacional. Não se pode perder de vista as afirmativas que Sarlet (2012, p. 62) referenda tais afirmativas ao colocar:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Aborda ainda o mesmo Autor (2012, p. 99) que:

Registre-se que a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão no texto constitucional vigente mesmo em outros capítulos de nossa Lei Fundamental, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, caput), seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, § 7º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (artigo 227, caput).

A relação entre pais e filhos é criada desde o primeiro contato, os filhos os têm como seus alicerces e a crença se perfaz até que se quebre o laço criado.

Os filhos veem seus genitores como exemplos, se comportam como eles perante a sociedade e outros familiares.

A expectativa que é criada no filho, toda vez que seu pai/mãe marca visitas que muitas vezes são adiadas ou até mesmo canceladas sem mesmo avisar, gera uma expectativa frustrada, no qual o abandonado passa por sentimentos de ansiedade, angústia intensa, sentimento de rejeição, frustração, baixa autoestima, o que gera danos psíquicos, e também em sua saúde física.

Por toda essas consequências e danos causados ao abandonado que se deve proceder pela indenização do abandono parental, como já cediço oportunamente, não para engrandecer a indústria do dano moral, mas para punir pecuniariamente aquele que abandona afetivamente seus filhos.

5. A visão do judiciário e a indenização afetiva

O abandono afetivo tornou-se um dos temas bem relevantes no direito de família, representando a evolução e a importância da afetividade no contexto da relação pais *versus* filhos, até diante das diversas situações que estão sendo levadas ao judiciário, no qual o abandonado pleiteia por seus direitos que entende lesionado por não ter tido a assistência moral e intelectual do genitor/genitora que os abandona, causando máculas muitas vezes insuperáveis junto ao seu próprio eu.

Assim, a partir do momento que o assunto vem sendo discutido no meio acadêmico e trazido à baila no Judiciário brasileiro, se começa a ter a visão que este vem tendo do assunto, quando então analisa às questões que envolvem o abandono afetivo.

Tal inclusive é possível se extrair do processo de nº 20160610153899APC (0015096-12.2016.8.07.0006) onde ao se proferir a decisão que pose vislumbrar alguns dos aspectos abordados no desenvolvimento do presente trabalho, conforme se vê da decisão da sentença abaixo proferida pelo Juiz Samer Agi:

Exercemos empatia. E, tendo nos colocado no lugar de Jéssika e Jean, podemos chegar a uma conclusão: de fato, Jéssika não teve e não tem pai. Pergunto: cabe indenização? Começo a responder. O Colendo Superior Tribunal de Justiça ensina: se o motorista de ônibus tira a vida do ciclista, pai de família, cabe indenização por danos morais. Se o médico causa o homicídio do paciente por imperícia, devida a compensação. Se o Estado permite a morte de um preso, que também é pai, dentro do presídio, o filho merece ser indenizado. Mas o que o motorista, o médico e o Estado têm em comum? Todos não quiseram matar o pai. Não quiseram, mas

mataram. E o que diz a jurisprudência? Eles devem responder. O que fez Jean? Jean matou o pai de Jéssika na vida de Jéssika. Jean cometeu um "suicídio" paternal. Ele quis morrer na vida da filha. Ou, pior, ele quis nunca nascer como figura de pai para a autora. Ora, se responsabilizamos quem culposamente subtrai o pai do filho, por qual razão não responsabilizaremos quem dolosamente subtraiu-se do próprio descendente? Quem "matou-se" como figura paterna tem maior reprovabilidade em sua conduta. Dizer que não houve ofensa à integridade psíquica da autora é ignorar a empatia. O dano moral é dano in re ipsa. Comprovado o ato danoso, dispensada está a comprovação do dano, este é presumido. Conclusão: presente está o dever de indenizar (artigo 5º, X, CF). Dizer que abandonar não é ato ilícito é pregar que o descaso é permitido pelo Direito. É dizer que o dever de ser pai é norma imperfeita, porque prevê responsabilidade, mas não há sanção em caso de descumprimento. Claro, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (artigo 5º, II, CF). Mas a lei manda o pai cuidar da filha (artigo 4º da Lei 8.069/90). Ah, mas o relacionamento com a mãe da autora nunca foi bom, disse o réu. Fosse a mãe quem fosse, restava incólume o dever paterno. Ações para requerer o direito de guarda, de visitas, de contato com a filha não faltaram. Faltou apenas vontade. Faltou apenas querer. Dizer que não houve ato ilícito é permitir que o espírito que norteia o direito de família morra antes de chegar à vara cível. Afirmar que não há dano moral é fazer imoral a moral que o Direito, neste caso, quer defender. Não digo que a parte requerida maltratou a filha. Não maltratou. Porque quem maltrata trata de alguma forma, ainda que mal. A parte ré não tratou a filha e não tratou da filha. Presentes os elementos dos artigos 186 e 927 do CC, resta fixar o valor da compensação por danos morais. O valor da indenização por danos morais não deve ser alto ao ponto de promover o enriquecimento sem causa do indenizado (artigo 884 do CC). Também não pode ser ínfimo, fomentando a continuidade da prática ilícita pelo ofensor. Tenho como razoável o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). O pleito autoral merece acolhida. (Disponível: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190515-13.pdf>>. Acesso: 16/05/2019)

Vê-se que a comparação estabelecida como parâmetro para a chegada de um fecho final, demonstra a importância da indenização nos casos em que os

pais abandonam seus filhos afetivamente, onde então, pela analogia comprova-se a necessidade de punir os responsáveis por danos causados ao abandonado, que muitas vezes fica a vida inteira tentando superar as máculas que tal ato lhes causa ao longo de sua existência.

De se ater ainda, que em relação a questão de provimento em relação a indenização por abandono parental, há o Recurso Especial - REsp1159242/SP, decorrido o processo, com a interposição dos recursos cabíveis, em seu voto a Ministra Relatora Nancy Andrighi abriu precedentes para posteriores votos e julgados, assim se posicionando: “[...] *na hipótese, não se discute o amar - que é uma faculdade - mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos.*[...]”

Inferre-se que existe em nosso ordenamento jurídico o dever de cuidado, que é de responsabilidade dos genitores. Sendo assim, quando gera um filho, este fato é acompanhado com um dever jurídico, a obrigação de cuidado.

Ao praticarem o abandono estão os mesmos ferindo os direitos da personalidade do abandonado. A punição em si, serve para punir efetivamente o dano causado a dignidade da pessoa humana, não que a indenização pecuniária recupere o afeto ou o dever de amar, mas com a principal finalidade de acabar com a impunidade daquele que lesa outrem mesmo que não seja materialmente.

6. Conclusão

O abandono parental está nas relações familiares, dos pais para com os filhos, perante o dever de cuidado, a responsabilidade com os filhos e também pelo princípio da afetividade, como anteriormente evidenciado.

A conduta de abandonar é decorrente de uma ação consciente por parte dos genitores, que gera aos abandonadas consequências drásticas, resultando em danos psíquicos, morais, em contornos emocionais, ferindo a personalidade e a dignidade da pessoa humana, alterando o comportamento também na vida adulta, em longo prazo, por ser danos causados no interior de suas almas

A convivência familiar afetiva é de suma importância, pois é nesta que se estrutura a criança, construindo o seu pilar e suas referências, captando os ensinamentos e exemplos para integração de sua personalidade.

Na ausência de afeto dos genitores, a criança tem seus sentimentos destruídos, o que gera a insegurança, aflição, angústia e incertezas de uma relação que imaginava ser duradoura e confiável, e que, acaba se desfazendo. A ausência, a falta de atenção, de cuidado e de carinho dão lugar a uma ferida na alma, no intrínseco do ser humano.

Vê-se portanto, que do ponto de vista jurídico, presente se encontram os pressupostos do ato ilícito, ou seja, causado o dano a outrem, deve haver a

reparação aos prejuízos que foram causados, devendo cada caso ser analisado individualmente, pois necessário avaliar as consequências efetivas que o abandono causou, pois seu objetivo não é de fomentar a indústria do dano moral, mas sim aplicar o caráter pedagógico as indenizações.

Ordinariamente, sabe-se que é impossível retornar à situação anterior nestes casos, no entanto a indenização servirá de instrumento reparatório e educativo, buscando a compensação por anos de abandono, e nunca visa substituir o amor e o afeto que os genitores não tiveram em relação aos seus filhos.

Foi possível também identificar através dos julgados analisados, que a questão é relativamente recente nos tribunais, agora também denominada como teoria do desamor por alguns doutrinadores, com a pecha de que os pais conscientemente privam os filhos da convivência familiar.

Como visto no decorrer do trabalho, a família não é mais vista como tradicionalmente se entendia, em uma relação de poder e dominação, agora se entende por uma relação amorosa e afetiva, o que significa ter afeto entre os membros, dar atenção às devidas necessidades dos filhos, justamente quanto a proteção afetiva.

Esses laços não são necessariamente sanguíneos, são derivados da convivência que é estabelecida. A partir do momento que o abandonado é privado de conviver com seu respectivo afeto de pai/mãe, é observado a elementar do ato ilícito praticado por quem deixa de cumprir com seu dever familiar, de convívio e educação, com o objetivo de estabelecer com a afetividade laços entre pais e filhos.

Se alguém foi lesado, deve-se aplicar as noções de responsabilidade civil, vez que garantindo dessa forma a segurança jurídica proposta em nosso ordenamento jurídico. Frisa-se a necessidade de correlacionar um instituto do direito civil com as relações familiares, visto que a sociedade em constante evolução deve ser amparada pelo direito, acompanhando as necessidades, e suprindo as demandas ajuizadas que buscam a justiça com a intervenção do Estado.

Muitas discussões ainda irão rodear o tema, mas, necessária é a mesma, pois só assim poderemos ter a sedimentação de um entendimento que possa realmente atender a margem do direito daqueles que se sentem lesionados.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>>. Acesso em 04/06/2019.

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11/02/2019.

BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>>. Acesso em: 04/06/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.579.021- RS (2016/0011196-8). Recorrente: DCPC. Recorrido: OAC. Relatório e voto: Ministra Maria Isabel Gallotti, 19 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1159242 - SP (2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi, São Paulo, 24 de abril de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível 20160610153899APC (0015096-12.2016.8.07.0006) da 8ª Turma Cível. Relatora: Desembargadora: Nídia Corrêa Lima. Relator Desembargador: Diaulas Costa Ribeiro. Acórdão nº 1162196 – Retificação, 28 de março de 2019.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A guarda dos filhos na família em litígio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno -Filiais. Curitiba: Juruá, 2012.

MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). **Responsabilidade civil no direito de família** – São Paulo: Atlas, 2015.

MOONEY, Linda A; KNOX, David; SCHACHT, Caroline. **Problemas sociais**: uma análise sociológica da atualidade – Tradução da 9 ed. norte-americana – 1 ed. brasileira - São Paulo: Cengage Learning, 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**, volume único. 6.ed. ver., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

A inflação legislativa e a má qualidade das leis no Brasil

Luíz Gustavo Rosa da Silva¹

Resumo

O Trabalho em questão tem por objetivo analisar o fenômeno conhecido como inflação legislativa, que consiste no exagerado número de leis dentro de um sistema jurídico. Ainda propõe-se a analisar o notório problema da má qualidade das Leis dentro do ordenamento jurídico brasileiro, dando ênfase na clara ligação que tem este fato com o fenômeno acima citado. Através de uma perspectiva histórica busca-se também fazer um exame acerca das civilizações antigas tidas hoje como berço do direito moderno, buscando, através da análise político-social, traçar um paralelo entre as suas antigas formas de legislação e o que hoje se entende sobre a estrutura que compõe a Lei. Nesse sentido, para explicar a composição moderna da Lei, utiliza-se os estudos de Norberto Bobbio - e seus três critérios de valoração (fato, valor e norma) - e Miguel Reale, que em sua teoria tridimensionalista os junta, os quais oferecerão um caminho para se tentar descobrir: a melhor forma de construir uma lei justa e eficaz, por que no Brasil há muitas Leis e o motivo destas serem de má qualidade.

Palavras-chave:

Normatividade. Teoria da norma. Inflação legislativa. Processo legislativo. Ordenamento jurídico.

1. Introdução

O Direito é para o homem assim como a água é para o peixe. Necessário. Em torno do conceito de Justiça a equidade é o maior parâmetro a ser observado para a construção de um sistema jurídico justo mas principalmente eficaz. Tal forma de pensar vem de encontro a todos, como seres humanos, há tempos. Afinal, o Direito acompanha a sociedade, da mais primitiva à mais moderna, todo ser humano precisa de uma ordem, de um equilíbrio.

Tal organização, porém deve ser feita em cima de padrões práticos reais. Deve haver compatibilidade entre o que nos rege como norma e o modo de vida de toda uma "civilização"- se pode-se dizer desse modo - afinal o direito é feito pelo homem, para o homem. Assim caminha-se juntamente com o pensamento de que "O Direito pressupõe, necessariamente, a existência daquele ser e daquela atividade, tanto vale dizer que pressupõe a coexistência social, que é o próprio homem (RÃO *apud* CASTRO, 2013. p. 2).

1 Discente do Curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda. UNIFOA.

No interregno da sociedade primitiva e a atual, já se estabelece os primeiros aspectos a se ter em mente para uma boa organização jurídica, a sociedade (os homens) e suas atividades (aquilo que será objeto da norma).

O Estado, como o “grande” representante da vontade da coletividade, e que é o responsável justamente por manter a ordem social, se utiliza de certos mecanismos para tal feito. A Lei vem como um instrumento que auxiliará a estrutura estatal nesse penoso trabalho, fazendo com que a norma, em seu sentido mais amplo, de organização, vinda diretamente deste, seja eficaz no seu objetivo de garantir da ordem.

No entanto, trata-se de um trabalho difícil e minucioso – ou pelo menos deveria ser – pois deve-se ter um intenso acompanhamento do que se passa no âmago social a fim de, justamente, ter “base” nas atividades que ocorrem através das relações sociais, as quais são o princípio para a formação do direito. Afinal, se não existe motivo – requisito principal - para uma norma, esta já não existe, ou sequer deve ser produzida.

Tal pensamento trata-se da basilar atribuição de justiça, validade e eficácia a uma norma, que seguindo a fala de Paulo Nader indica que “o raciocínio há de ser lógico, como lógica é a conclusão de que um objeto deixa de existir como tal no momento em que lhe venha a faltar um componente essencial” (NADER, 1991).

O perigo que uma Lei vazia traz a uma comunidade civilmente estruturada é muito grande. Diz-se assim pois a eficácia é um requisito essencial sendo que “A Lei eficaz é a que provoca as consequências sociais almejadas por seu autor ao elaborá-la” (NADER, 1991).

Para alcançar tais consequências almejadas pela Lei, é preciso, como já dito, que a regra esteja condizente com uma determinada realidade social, pois caso contrário poderá ter efeito reverso do esperado atrapalhando a regular fruição das relações sociais, desestabilizando assim a estrutura normativa de toda uma sociedade.

O Direito do Brasil têm suas principais raízes no Direito Romano. O Direito Romano, por sua vez, põe a ‘Lei’ com uma suma tal, que a codificação e o direito escrito tomam uma importância muito grande para a formação da ordem a que se busca levando todos a uma espécie de dependência para estabelecer qualquer tipo de relação social.

Porém, dar causa dos problemas da Lei no Brasil simplesmente pela tradição do sistema jurídico a que o país é adepto, como no exemplo brasileiro, o “Civil Law”, não nos traz discussões novas, visto que se cai na armadilha de pensar que o país, possui a mesmas características de legislações que a séculos tem tradição romana como as europeias, quando na verdade as leis no Brasil refletem exatamente a sua gente, numa mistura de fontes e tradições jurídicas que torna o nosso direito tão peculiar quanto seu povo. É o “Brazilian Law” (DIDIER JR, 2017).

Trata-se de uma dependência “legislativa” de causas muito mais complexas, mas que pode ter como um ponto a ser considerado a herança trazida desde a época da aplicação do “*Jus*” Romano que acabou por colaborar para a formação de um sistema baseado justamente na Lei. Daqui, pode-se entender tal sistema “codificatório” como uma forma de representação formal da soberania estatal perante todos, o qual possui o dever concedido de zelar pela mais completa ordem social.

Ocorre que o Brasil, um país que segue a divisão harmônica dos chamados três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário - se encontra num sistema de formação de leis em massa. O Estado, refletido, nesse caso, principalmente no Legislador, parece não levar mais em conta os fundamentos sociológicos intrínsecos no processo legislativo, limitando-se tão somente no aspecto solucionatório jurídico que a Lei traz.

Tais vícios presentes no âmbito estatal levam a formação de um fenômeno no qual a quantidade de leis sem possibilidade de concretude no país são exageradas. Fenômeno que não só atrapalham as normais relações sociais como também favorecem o sentimento de instabilidade jurídica dentro da sociedade. É a chamada Inflação Legislativa.

A Inflação Legislativa é um excesso de leis. E apesar de não se ter uma causa concreta para esse fenômeno, pode-se afirmar que seus sintomas estão sendo sentidos há tempos na sociedade brasileira.

Por dentre aspectos sociais e políticos busca-se descobrir a origem do problema do exagero legislativo no Brasil, visto que seu nascimento parece ocorrer de uma crescente problemática existente no âmbito social que vão desde aspectos morais e recorrentes– no sentido de atingir o povo também nos dias de hoje – como a corrupção, quanto aspectos econômicos e destinos históricos que o direito brasileiro tomou ao longo dos anos.

Diante de tudo isso, torna-se dificultoso o trabalho de ultrapassar as barreiras do mecanicismo existente atualmente em todo o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente num país em que pouco se fala sobre o tema. Difícil mais não menos importante. Aliás, se trata de uma sociedade em busca da ordem e se existe alguns aspectos a serem apresentados sobre o tema para que se possa o conhecer melhor, mesmo pouco falados, tais também necessitam ser postos em pauta.

2. Pensamento jurídico das leis e a teoria da norma

Dentro de uma perspectiva filosófica, pode-se dizer que viver em sociedade traduz-se em uma experiência normativa. Esse modo analítico de ver o cotidiano social permite que se forme o entendimento de que existem variadas classes de normas e regras de conduta que regem a nossa vida mesmo que não se tenha total percepção disso (BOBBIO, 2005).

Dessa forma um indivíduo que mantém relações sociais certamente terá contato com muitos tipos de normas: as que prestam-se a manter a ordem política da sociedade, outras de ordem religiosa, ou outras de cunho moral, ou ainda algumas regras de conduta de boas maneiras as quais se prestam a melhorar o convívio entre pessoas.

Todas essas formas normativas, no entanto, possuem algo em comum, uma finalidade. Qual seja, de maior ou menor importância, ajustam-se mutuamente de forma a que cada uma cumpra o seu objetivo sem atrapalhar a outra, dando a todo o homem, segurança de vida e bem estar nas relações sociais.

Dessa forma, pode-se dizer que “a história se apresenta então como um complexo de ordenamentos normativos que se sucede, se sobrepõem se contrapõem, [e] se integram” (BOBBIO, 2005, p. 63).

Dentro dessas várias formas, porém, existe ainda a normatividade jurídica.

A norma jurídica será aquela que cuidará da ordem concreta e positiva do meio social. Ela terá um papel de construir a estrutura organizada de um ordenamento jurídico, sendo que as normas advindas deste, tomarão forma de regras institucionalizadas postas diretamente pelo estado e que vinculam a toda sociedade na formação de um Estado de Direito.

2.1. Características do Ordenamento Jurídico

A Lei é uma das formas de expressão do Direito. O Direito por sua vez é composto de normas jurídicas, as quais podem ser de várias formas e tratar de variados aspectos sociais. Estas normas são aquelas específicas consideradas tão importantes que precisariam integrar-se e fazer parte de um sistema ordenado. Juntamente com regras de conduta válidas, aquelas deveriam reger determinada sociedade, a qual agiria de acordo, portanto, com este ‘ordenamento jurídico’.

Quando se fala sobre ordenamento jurídico tem-se em mente um conjunto de normas jurídicas responsáveis por manter a ordem em um determinado contexto social. Para este sistema ser funcional no entanto, precisa que suas normas trabalhem em conjunto para trazer a tona certas características que tornem toda a estrutura jurídica firme.

Norberto Bobbio, afirma que todo o ordenamento jurídico composto de muitas normas passa por problemas estruturais que caso não resolvidos podem tornar todo o sistema instável e em constante declínio. Estes problemas são relativos a unidade, a coerência e a completude que devem existir no ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995).

A *unidade* pressupõe a existência de várias normas vindas de variadas fontes. Tais fontes do direito são aquelas que criam e fazem nascer um novo

elemento jurídico a ser implementado no ordenamento. Ocorre que essas fontes cada uma possui uma hierarquia dentro da norma jurídica, que pode ser superior ou inferior a outra (BOBBIO, 1995).

Para manter a unidade de todo esse complexo de normas seria necessário existir uma limitação interna de modo a manter cada uma das fontes submetida a uma fonte jurídica una, a qual seria a base para a formação de todas as outras. Dessa forma, seguindo o caminho de uma hierarquia jurídica no ordenamento, ao final teríamos uma norma fundamental dotada de um valor tal que justificaria toda a expressão jurídica abaixo dela, que deveriam seguir a unicidade do valor primário para ser legítima (BOBBIO, 1995).

O problema da *coerência* se forma ao visualizar-se o ordenamento jurídico como uma “unidade sistemática”. Tomando como base de que o sistema é uma totalidade ordenada, ou seja um conjunto de elementos em ordem, há de se preocupar de que cada partícula deste sistema esteja em total congruência com o todo, assim como também cada uma consigo mesmo, afinal “para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si” (BOBBIO, 1995, p.71).

Assim como na unidade, a coerência se preocupa com a existência de um elemento base. Essa base, porém, nesse caso, serviria não para atribuir um aspecto valorativo a norma (como supracitado) mas cuidar para definir a compatibilidade entre cada uma das normas de modo a justificar a validade da estrutura formada e evitar eventuais antinomias dentro de um sistema jurídico.

Por fim além do ordenamento ter unidade e coerência é necessário que este também tenha *completude*. Este aspecto é factual. Ou seja, ligado ao cotidiano das relações sociais e a aplicação das normas jurídicas do ordenamento dentro desse meio. “Por completude entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso” (BOBBIO,1995, p.115).

Nesse aspecto tem-se o problema das lacunas no direito. Estas se dão na medida em que uma norma jurídica não consegue atingir a realidade social de uma forma satisfatória. Geralmente esse aspecto fomenta a produção de mais normas jurídicas a fim de que o direito alcance a completude em sua incidência. Essa mobilidade é justamente o que permite que o direito mude de modo que não se exima de sua função de garantir a ordem.

A partir deste fato pode-se começar entender o Direito e consequentemente a Lei como inserido dentro de um contexto que gira em torno de três critérios durante toda a sua formação. Um critério valorativo, admitido na relação do Direito e da Lei com a “ideia” do Justo; outro critério factual, que relaciona os dois elementos trazendo a tona a realidade social em que estão inseridos; e por último um critério formal, na qual o Direito e principalmente a Lei possui uma função positiva e objetiva.

3. Conclusão

É estranho se pensar que dentre todas as possíveis causas do problema do exagero de Leis no Brasil, assim como a sua má qualidade advém de problemas ligados aos aspectos de valoração de uma norma jurídica.

A falta de técnica legislativa, ligada ao problema formal da Lei, a dificuldade de aplicação da norma como uma dificuldade ligada ao seu aspecto sociológico, e por fim a corrupção, falha humana que traz a tona toda a falha existente na materialização do ideal de Justiça e moral presente no homem.

Nesse sentido, pode-se ver que a composição jurídica das leis mostradas por Bobbio, entre Fato, Valor e Norma, assim como a tridimensionalidade desses critérios apresentada por Miguel Reale, podem ser usadas para explicar o fenômeno do excesso e da má qualidade legislação brasileira, visto que estão ligadas ao Direito e a Lei, e estes estão intrinsecamente correlatos á sociedade.

Outrossim, a função do legislador brasileiro é de dar eficácia social as manifestações do Direito que se encontra na norma jurídica legal. É o que se pode perceber ao se analisar, por exemplo, o papel da Constituição como norma superior e fundamental na estrutura jurídica, a qual em suas concepções vincula também o poder legislativo que deveria cuidar para que as leis projetadas promovam efetivamente os direitos essenciais que a Carta Magna tanto se preocupa em garantir a todo cidadão.

Em outro aspecto pode se pôr que a atividade legislativa se encontra a todo o tempo sob intensas interferências que fogem do campo técnico. Muitas vezes pressões políticas dentro do Parlamento põem em cheque a atividade dos parlamentares, visto que alguns grupos internos muitas vezes se utilizam de sua discricionariedade para promover um ambiente “comercial” no meio legislativo, num sistema onde só se legisla quando se “convém”.

Mesmo seguindo esse caminho seria possível o elenco de algumas das soluções propostas em alguns estudos e pesquisas como o instituto da consolidação das Leis, previsto no ordenamento jurídico brasileiro e pouco utilizado; a utilização de panoramas de direito comparado, onde se alargaria a proficiência do direito brasileiro entre outras coisas.

Porém não é inteligente dar um passo muito grande. Antes de fazer o Direito é preciso pensá-lo, ou então se cairá na mesma armadilha que determina o insucesso brasileiro em várias de suas empreitadas jurídicas.

Trata-se desse modo de frear tentativas inusitadas de controle do problema que por si só tem poucas aberturas de soluções dentro do próprio ordenamento jurídico visto que, não se possui interesse em frear a produção de leis. O legislador as quer, o Judiciário precisa delas, e a sociedade põe toda a sua esperança numa boa legislação, que muitas vezes está ali, mas mal executada.

A referida pesquisa, tem o condão de dar base para o início de uma consciência sobre o tema da Inflação de Leis e sua qualidade, para que posteriormente, dando relevância considerável sobre a situação e conhecendo o problema se possa pensar nas soluções que poderiam ser consideradas.

E devem ser consideradas. Afinal, o fenômeno afeta a todos os indivíduos que trabalham com Direito, desde grandes juristas até os menos experientes graduandos. Afeta também o cidadão comum brasileiro, totalmente imerso num problema que muito lhes faz mal, já que não se atribui uma responsabilidade nem a atenção especial que lhe é devida.

Referências

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica** (trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti). 3. ed. Bauru: EDIPRO, 2005.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico** (trad. Claudio de Cicco). 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito: Geral e Brasil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1** (Normas Fundamentais do Processo Civil). 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

A proteção multinível dos direitos humanos e seus reflexos nas decisões do supremo tribunal federal

Gabriela Quinhones de Souza¹
Alda Aparecida de Oliveira Rodrigues²

Resumo

O presente artigo visa a analisar a existência de proteção multinível dos direitos humanos no âmbito da América Latina, bem como apreciar a efetividade da proteção aos direitos humanos no âmbito das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Com base em metodologia de pesquisa teórica: doutrinária e documental investiga-se a correlação possível existente entre as decisões proferidas no âmbito de soberania do STF e aquelas que se sobrepõe à dita soberania do Estado, qual seja a Corte Interamericana. Conclui-se que, no âmbito da proteção dos direitos humanos jurisdições diversas que devem dialogar para ampliar a concretude de sua proteção, embora a efetividade da proteção dos direitos humanos reste prejudicada em razão de questões políticas e de interesses internos dos Estados.

Palavras-chave:

Direitos Humanos. Proteção Multinível. Supremo Tribunal Federal. Corte Interamericana. Efetividade.

1. Introdução

Na sociedade de informação a que estamos vivenciando indica enorme preocupação com a proteção e efetividade dos direitos humanos. Cada vez mais aumenta o número de notícias indicando discursos de ódio e, ainda, situações que indicam a violação de direitos humanos em escala mundial.

Assim, os órgãos de proteção dos direitos humanos cada vez mais visam a atuação da garantia e efetividade dos direitos com emissão de relatórios,

1 Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa; Mestre em Direito pela Universidade Salesiano de São Paulo (UNISAL); Professora da Disciplina Direito Processual Civil da UFRRJ E-mail de contato gabrielaquinhones05@gmail.com. ORCID <http://orcid.org/0000-0001-8511-3159>

2 Faculdade de Ciências Políticas e Econômicas do Rio de Janeiro pela Universidade Cândido Mendes; Pós-Graduada em Gestão da Qualidade Total - Lato-Sensu pela EPGE- Escola de Pós-Graduação em Economia Fundação Getúlio Vargas-RJ; Estudante de Direito da UGB/FERP- CENTRO Universitário Geraldo Di Biase. E-mail de contato aldarodrigues@uol.com.br

produções jurídicas e até mesmo o uso de jurisdição internacional para paralisar e prevenir a violação de direitos humanos.

No contexto da América Latina, a que está inserido o Brasil e o Supremo Tribunal Federal, a proteção dos direitos humanos faz-se por meio de ordenamento jurídico interno de cada Estado, mas também há normas e regras para a proteção em escala internacional e multinível, ora de cumprimento obrigatório, ora por meio de recomendações e de instrumentos de *soft law*.

Nas américas há jurisdição internacional que influencia decisões proferidas pelo Poder Judiciário interno brasileiro. Assim, a proteção dos direitos humanos na América Latina é realizada por meio de escala multinível para fins de aumentar o espectro de proteção dos direitos humanos e dar efetividade às decisões.

Com a presente pesquisa pretende-se averiguar a proteção multinível dos direitos humanos no âmbito da América Latina, e sua interface com decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

A metodologia adotada para o desenvolvimento do presente estudo consiste em uma revisão bibliográfica de cunho exploratório. O presente estudo busca promover a análise de resultados a partir de informações encontradas em obras literárias, artigos científicos e demais publicações físicas e virtuais, dada a quantidade de informações adequadas para o desenvolvimento do estudo a partir da revisão de literatura.

2. Direitos humanos e sua proteção multinível

De acordo com bases e questões filosóficas e dada a importância do ser humano no cenário mundial, o conceito e significação da pessoa precisou ser redefinido levando em consideração sua importância, evolução histórica para fins de o considerar como sujeito de direitos.

O marco histórico para a ressignificação da pessoa, neste trabalho, levará em consideração a Segunda Guerra Mundial. Este fato histórico marcou profundamente a humanidade, em especial, diante das atrocidades praticadas contra o ser humano judeu.

Diante de todos os horrores praticados contra a pessoa, os países envolvidos no momento bélico entenderam que o mundo precisava mudar suas regras para garantir maior proteção à figura do ser humano enquanto pessoa e sujeito de direito. Daí que nova ordem internacional surge para garantir para além dos direitos internos a proteção da dignidade da pessoa humana.

Em 1948 é aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, instrumento tipicamente de *soft law*, que na idade moderna trouxe princípios e valores de proteção dos direitos humanos, com característica de universalidade

do direito, sem afastar a possibilidade de proteção junto ao direito positivado interno como fundamental.

De acordo com a questão acima posta, importante traçar a distinção, básica, entre direito humano e direito fundamental. Enquanto aquele está atinente ao direito internacional previsto em normas, tratados, declarações internacionais, etc., este está para o direito interno de cada país cuja regra deve observar o processo legislativo próprio. Desta forma, que no âmbito de proteção do direito internacional a proteção do direito do homem é considerada universal, enquanto internamente na soberania de cada país o direito é considerado como fundamental (CONOTILHO, 2010, p. 20).

Ressalta-se que se o país entender por bem internalizar a norma internacional de proteção do direito humano, fará existir ao mesmo tempo proteção interna e internacional (CONOTILHO, 2010, p. 20).

A ideia de igualdade entre as pessoas e a proteção de seus direitos enquanto ser humano tem por fundamento o pensamento cristão (BOBBIO, 2004, p.92), que pregava a igualdade, assumindo concepções filosóficas e políticas com base no jusnaturalismo, em que o Estado sofre limitação de atuação para proteção do ser humano que é, inclusive, anterior, ao próprio Estado (COMPARATO, 2013, p. 32).

Embora a concepção do jusnaturalismo indique a existência do direito humano anterior ao próprio Estado, Bobbio (2004, p. 94) afirma que o reconhecimento dos ditos direitos varia de acordo com a época e não são realizados todos em um único momento, como os direitos das mulheres, negros, deficientes, e tantos outros direitos que foram classificados como minorias.

A proteção do direito humano evoluiu a passos largos desde a edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem, contudo a força motora do capital que provoca disputa de território, exploração, entre os povos indica que cada vez mais é necessária a atuação dos órgãos de proteção aos direitos humanos, já que com frequência ocorre violação aos direitos e em alguns lugares apenas os órgãos internacionais conseguem se fazer presente para tentar impedir novas violações a direitos ou garantir o mínimo de dignidade a pessoas refugiadas como a ONU.

Vista a dicotomia de proteção dos direitos humanos na órbita internacional e do direito fundamental na órbita interna, que garante um núcleo intangível do ser humano, necessário se faz conceitua a proteção multinível de proteção do direito humano. Diz-se multinível exatamente em razão da existência de mais de um espectro de proteção, ou seja, nacional e internacional e, ainda, internacional por meio de blocos ou reunião de países de determinada região (MARTINS, Ana Maria Guerra. ROQUE, Miguel Prata. Relatório, 2014, p. 8).

Contudo, não basta criar a fazer a previsão de proteção em mais de um nível dos direitos humanos, é preciso que as normas em todos os níveis sejam

efetivas e que haja sistema e instrumentos de controle da aplicação e de deveres dos Estados para a proteção dos direitos humanos.

A validade do sistema em blocos ou regional para a proteção de direitos humanos precisa de alguns indicativos no plano internacional como a indicação de direitos e deveres para os Estados que tenham aderido à norma internacional; acordo para designar parâmetros de proteção aos direitos humanos (esses parâmetros provavelmente serão mínimos, pois existe uma gama de diversidade cultural entre os países membros dos blocos de proteção aos direitos humanos); previsão de jurisdição internacional para apuração de casos de violação aos direitos humanos; controle e punição aos casos de não cumprimento às normas internacionais de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2012, p.95)

A proteção dos direitos humanos existe em diversos blocos como o Americano, Europeu, Asiático e Africano. Como pode ser observado a proteção em bloco deu-se pela reunião de países membros de determinada região, que possui alguma similitude de regras de proteção aos direitos humanos, o que facilita a fiscalização do cumprimento das normas e casos de violação dos direitos.

A existência de uma proteção regional ou em bloco dos direitos humanos (multinível) não indica que a proteção seja única, ao revés, classifica a proteção de direitos humanos de forma ampliada. Contudo, é preciso garantir que exista diálogo entre a proteção em bloco, regional e a proteção interna de cada país membro do grupo (MARTINS, Ana Maria Guerra. ROQUE, Miguel Prata, 2014, p. 9).

No que tange à proteção dos direitos humanos no bloco americano tem-se que inicialmente a norma de proteção dos direitos humanos deu-se por meio da Declaração Americana dos Direitos do Homem (instrumento de *soft law*) e que não guardava qualquer força vinculativa, mas sim com carga principiológica muito vasta para a proteção da pessoa.

Contudo, a previsão da proteção dos direitos humanos por meio da referida Declaração Americana não produziu os efeitos e nem garantia a eficácia de proteção dos direitos humanos que era dela esperada, já que o não cumprimento das suas regras não trazia qualquer sanção aos países que aderiram à Declaração.

Desta forma, foi necessário criar um instrumento de *hard law*, com força vinculativa e com a existência de punições na órbita internacional quando do descumprimento da norma. O instrumento internacional escolhido nas américas foi o tratado internacional conhecido como o Pacto São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário na sua integralidade e o ordenamento jurídico interno o reconheceu com força de status de lei ordinária em 1992.

3. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

Conforme visto acima, o sistema interamericano trouxe mecanismo de proteção aos direitos humanos por meio de um tratado internacional (Pacto São José da Costa Rica) para garantir o efetivo cumprimento de suas normas.

O sistema de proteção dos direitos humanos no bloco americano se faz por meio de dois órgãos, quais sejam a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana é órgão que possui a responsabilidade de emitir relatórios e recomendações. Os relatórios são emitidos de forma ampla e ainda de forma individualizada por País membro do bloco, além da possibilidade de emissão de relatório por tema, como por exemplo violência contra a mulher, tráfico, tortura etc. Assim, pode-se afirmar que o seu objetivo é observar se existe violação a direitos humanos protegidos pelo tratado e o seu cumprimento pelos Países membros.

Já a Corte Interamericana é órgão com competência jurisdicional internacional, cujo objetivo é apreciar as denúncias de violação dos direitos humanos e o descumprimento das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São Jose da Costa Rica), bem como interpretar a aplicação das normas.

Os Países membros do bloco americano aceitam a jurisdição internacional, daí que é possível afirmar que o ideia tradicional de soberania começa a ser revista para fins de proteção dos direitos humanos, em que novos valores de ética e moral são compreendidos pelas sociedades.

É certo que embora a soberania seja concebida com novos contornos, os Estados não deixam de a possuir, mas temas de relevância internacional permitem a mitigação do seu conceito para que o Estado passe a integrar uma órbita maior que a sua própria, qual seja a internacional e a globalização (SIQUEIRA JR, 2010, p. 120-121), em que a norma internacional em se tratando de direitos humanos pode, inclusive, sobrepor-se à Constituição Federal do Estado membro..

Assim, acredita-se que o Estado ao aderir a Convenção Americana de Direitos Humanos sujeita-se aos seus princípios, valores e, também, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem competência para apreciar casos individuais ou coletivos de denúncia de violação de direitos humanos, porém sua atuação fica restrita aos Países que aderiram à sua competência internacional.

Ressalta-se que antes da atuação específica da Corte Interamericana, a Comissão Interamericana faz análise prévia e emite parecer quanto a situação apontada na denúncia. É certo, ainda, que a competência internacional da Corte Interamericana é subsidiária à competência interna, ou seja, são necessários os

esgotamentos das vias próprias de cada Estado para que a reclamação chegue a conhecimento da Corte.

A exceção está prevista no art. 46.2 da Convenção Americana, em que é possível levar a conhecimento imediato da Comissão Interamericana situações em que: a) a legislação interna não faça a previsão do devido processo legal; b) a parte tenha sido impedida de recorrer ou de esgotar as vias recursais; c) demora injustificada no julgamento do recurso.

A Corte Interamericana ainda possui competência consultiva para os Estados membros quanto a interpretação das normas da Convenção Americana, sua aplicação e suposta antinomia entre normas internas, tratados de proteção de direitos humanos e a Convenção Americana.

A Corte Interamericana decide a questão por meio de sentença, da qual não cabe recurso e em que os Estados membros do bloco se comprometem a dar efetivo cumprimento. Cabe, contudo, pedido de interpretação da decisão para determinar o seu sentido e alcance.

De acordo com o art. 63.1 da Convenção Americana a decisão proferida pela Corte Interamericana pode ser de cunho condenatório para fins de reparação e de pagamento de indenização proporcional ao ato ilícito internacional praticado.

Ademais, podem ser proferidas decisões de cunho cautelar, sempre a situação assim demandar.

4. Influência das decisões da corte interamericana frente às decisões do supremo tribunal federal

Após o período de exceção vivenciado pelo Brasil e frente a nova ordem constitucional iniciada em 1988 com a expressa previsão de axioma no art. 1º, III, qual seja a dignidade da pessoa humana, faz-se importante questionar qual órgão tem a atribuição ou competência para proferir decisão final quanto ao tema de direitos humanos.

Como visto acima, a temática de direitos humanos possui proteção multinível e, com isso, pode ser afirmado que a efetiva proteção dar-se -á por meio do diálogo entre órgãos internos e internacionais, no que se costuma denominar diálogo das fontes, em que as fronteiras físicas e territoriais não fazem sentido de existirem.

De acordo com o Cançado Trindade (2013, p. 64), o diálogo entre os tribunais internacionais e internos de cada Estado é facilitado por meio de decisões baseadas em princípios gerais do direito, já que os direitos humanos possuem a característica de universalidade. Assim, pode-se afirmar que as decisões proferidas pelos tribunais internacionais não concorrem com as

decisões proferidas pelos tribunais internos, mas para fins de aumentar a gama de proteção dos direitos humanos, são consideradas como complementares.

A atuação da Corte Interamericana e os tribunais internos, em especial, o Supremo Tribunal Federal, quando da análise de proteção dos direitos humanos são considerados como interpretação hermenêutica (SOUZA e SILVA, 2014, p. 219-228), o que na teoria de Alexy (2008, p.73) transformam essas decisões em “norma de direito fundamental atribuída”.

Passa-se a análise de duas decisões emblemáticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal para fins de proteção de direitos humanos.

A primeira decisão a ser analisada é aquela emblemática em relação à prisão do depositário infiel. Como é de conhecimento público e já afirmado neste trabalho, o Brasil aderiu de forma integral ao Pacto São José da Costa Rica, tratado internacional de força vinculante ao Estado aderente e ainda validado pelo processo legislativo interno brasileiro, que conferiu à norma internacional o status de força de lei ordinária, seguindo o procedimento vigente à época.

Em 2004 foi realizada alteração à Constituição Federal Brasileira por meio da Emenda Constitucional conhecida como a “reforma do Poder Judiciário”. Junto a esta emenda constitucional, o art. 5º da Constituição Federal, em especial seus parágrafos segundo e terceiro, para definir que tratados internacionais que versem sob direitos humanos e aprovados internamente com quórum especial, alcançarão o *status* de emenda constitucional.

A questão é que o Pacto São José da Costa Rica foi introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro antes da reforma constitucional e, portanto, não foi aprovado com o quórum diferenciado embora verse sobre direitos humanos. Daí a necessidade do enfrentamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal Brasileira, em seu art. 5º, LXVII, faz a previsão da possibilidade da prisão do depositário infiel. Já o Pacto São José da Costa Rica veda a possibilidade de prisão civil, salvo em razão de débito de natureza alimentar. Diante deste conflito entre a norma internacional aderida pelo Brasil e a norma da Constituição Federal Brasileira, foi necessária a análise e interpretação das normas.

É certo que a previsão da possibilidade de prisão do depositário infiel previsto no art. 5º, LXVII da CFRB, é fonte de norma oriunda do Poder Constituinte Originário e, de acordo com as regras brasileiras não há que se falar em inconstitucionalidade da norma originária. E como ficaria o conflito entre a norma constitucional originária e a alteração constitucional por meio da emenda número 45 e o tratado internacional?

Diante da suposta antinomia no ordenamento jurídico o Supremo Tribunal Federal foi chamado a analisar a validade da norma brasileira ante a norma internacional.

O Supremo Tribunal Federal adotou a teoria da supra legalidade, qual seja, aquela que reconhece a supremacia da norma constitucional, mas em razão da especialidade dos tratados em matéria de direitos humanos, estes ao ingressarem no ordenamento jurídico brasileiro passam a se sobrepor às normas infraconstitucionais internas. Logo, o tratado internacional que fez a previsão da impossibilidade de prisão do depositário infiel está acima do Código Civil que faz a previsão inversa, o que fez com o tribunal brasileiro editasse a Súmula Vinculante 25 com o seguinte conteúdo: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.” Note-se que o STF proferiu decisão sobre a legalidade e não sobre a constitucionalidade.

“(…) diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da CF/1988 sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada (...), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao PIDCP (art. 11) e à CADH – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. [RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60.] (<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSu-mario.asp?sumula=1268>> Acesso em set/2019)”

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal teve a nítida intenção de dar efetividade à norma internacional internacionalizada pelo direito brasileiro e, ainda, estar em comunhão com a Corte Interamericana. Neste exemplo específico, o STF, por meio do diálogo entre o ordenamento jurídico interno e o entendimento da Corte Interamericana sobre a norma brasileira proferiu decisão para alargar a proteção de direitos humanos e manteve-se em posição

estratégica junto à óptica internacional garantindo posição favorável ao Estado brasileiro.

Outra questão emblemática foi a análise da norma brasileira acerca da anistia (Lei 6683/1979). Como já mencionado, o Brasil, como outros países, também vivenciou estado de exceção, em que diversos atos de violação dos direitos humanos, em especial com prática de tortura, foram denunciados por parte dos chamados presos políticos em detrimento da atuação dos representantes do Estado brasileiro.

De acordo com a Lei 6683/1979, os agentes públicos podem ter seus atos perdoados. Contudo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São Jose da Costa Rica, que o Brasil é signatário) indica que atos contra a humanidade são imprescritíveis e que anistia política não deve ser utilizada para impedir a apuração dos fatos e punição dos agressores dos direitos humanos.

O Estado brasileiro foi denunciado, recentemente, à Corte Interamericana quando a absolvição de agente público, com base na Lei 6683/19179, que supostamente praticou ato de tortura e homicídio de jornalista. Em conclusão do julgamento junto à Corte Interamericana o Brasil foi condenado a reabrir a investigação das circunstâncias da morte do jornalista, além de condenar o Estado brasileiro ao pagamento de indenização por danos morais e materiais aos herdeiros e viúva. Além deste caso, o Brasil foi, ao menos, denunciado e condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por mais sete vezes.

“(…) Por unanimidade, que:

3. O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em prejuízo de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog, pela falta de investigação, bem como do julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, cometidos em um contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, bem como pela aplicação da Lei de Anistia No. 6683/79 e de outras excludentes de responsabilidade proibidas pelo Direito Internacional em casos de crimes contra a humanidade, nos termos dos parágrafos 208 a 312 da presente Sentença.

Por unanimidade, que:

4. O Estado é responsável pela violação do direito de conhecer a verdade de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog, em virtude de não haver esclarecido judicialmente os fatos violatórios do presente caso e não ter apurado as responsabilidades individuais respectivas, em relação à tortura e assassinato de Vladimir Herzog, por meio da investigação e do julgamento desses fatos na jurisdição ordinária, em conformidade com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, nos termos dos parágrafos 328 a 339 da presente Sentença. (...) (Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/corte-reabrir-investigacao-herzog.pdf>> Acesso em: setembro/2019 – grifos nossos)”

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a analisar a validade da Lei 6683/1979 de acordo com a decisão anterior proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do julgamento da ADPF 153.

Para surpresa internacional e não surpresa para ordenamento jurídico interno, o Supremo Tribunal Federal ao analisar a ADPF 153 entendeu pela validade da Lei de Anistia para isentar de investigação os agentes públicos que atuavam em favor do Estado no período da exceção de 1961 até 1979.

“(…) 6. A lei 6683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos Penais Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 – e a Lei n. 9455 de 07 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito vinculado pelo art. 5º, XLIII da Constituição – que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. (trecho da decisão da ADPF 153, disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>> Acesso em setembro/2019)”

Importante destacar que a última decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é posterior à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto à validade da Lei de Anistia, acima descrita. Contudo, a decisão do STF é posterior a outras condenações impostas pela Corte Interamericana.

Neste caso específico notamos uma clara divergência entre a posição do Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A questão em si é que não houve o respeito à Declaração Americana de Direitos Humanos por parte do Estado brasileiro e tal violação foi chancelada pelo órgão jurisdicional máximo brasileiro.

Em relação à lei de anistia o agente público anistiado deixa de ser punido pela prática de crime de tortura, dentre outros, e, de acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos a anistia não pode ser considerada como fator a impedir a investigação e punição de crimes desta natureza.

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal tem claro conteúdo político e o Ministério Público Federal embora tenha proposto diversas demandas visando a investigação das denúncias relatadas em comissão de verdade, não obteve êxito em nenhuma delas, até o momento, haja vista o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

A posição jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal viola tratado internacional de cumprimento obrigatório e coloca o Brasil em situação de sofrer punição internacional por não dar cumprimento à decisão proferida pela Corte Interamericana. A questão coloca, ainda, em risco a efetividade de proteção aos direitos humanos em escala multinível.

Apenas a título de informação, esclarece-se que o Brasil não é o único País a não dar cumprimento à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão de interesse político e/ou questão de soberania. Assim, o Sistema interamericano de proteção aos direitos humanos torna-se frágil e pouco eficaz.

O Brasil foi denunciado à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2016 em razão de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da Bahia ao garantir o cumprimento da pena de prisão em razão de decisão confirmada em segunda instância, embora ainda não transitada em julgado. O feito ainda não foi objeto de julgamento perante a Corte Interamericana.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do emblemático Habeas Corpus 152752 permitiu a execução provisória da pena, ou seja, após a denúncia feita à Corte Interamericana que em casos similares entendeu pela prevalência do princípio da presunção da inocência em que o cumprimento da pena deve iniciar após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Este será outro exemplo que demonstra dissonância entre o entendimento do STF e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com base em viés político, prejudicando, mais uma vez, a proteção multinível dos direitos humanos.

5. Conclusão

O presente estudo buscou analisar a proteção aos direitos humanos em escala multinível dentro do Sistema Interamericano. A doutrina especializada em direito internacional público e em direitos humanos afirmem que a proteção deve ocorrer de forma multinível (tanto de forma internacional e, também, de forma interna).

Quando da análise de decisões proferidas pelos Tribunais Internacionais e pelos Tribunais Internos, percebe-se um exercício de diálogo das fontes em direito de forma que a decisão internacional pode e deve influenciar as decisões internas para alargar a proteção de direitos humanos, bem como cabendo ao Estado aderente da norma internacional dar cumprimento efetivo às decisões dos Tribunais Internacionais.

Foram analisados dois exemplos. Um em que a decisão e posicionamento jurídico da Corte Interamericana foi respeitado, impedindo novas prisões de depositário infiel e aumentando a proteção de direitos humanos, por meio de hermenêutica jurídica para solução do caso em si.

Outro em que por razões políticas, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se exatamente no sentido oposto àquele indicado pela Corte Interamericana e validou a Lei 6683/79 para impedir investigação aos anistiados agentes públicos que foram denunciados pela prática de crimes de tortura, dentre outros.

No caso específico da Lei de Anistia, o diálogo entre os Tribunais não foi suficiente para garantir a proteção aos direitos humanos a permitir as investigações requeridas pelo Ministério público e indenizações aos familiares das vítimas.

Diante dos casos acima demonstrados resta clara a fragilidade de proteção aos direitos humanos no Sistema Interamericano, já que Estados membros estão deixando de dar cumprimento às decisões proferidas pela Corte Interamericana em razão de interesse político e de alegada violação à soberania interna.

Posto isto, resta evidenciado que no âmbito do Sistema Interamericano não há que se falar em proteção multinível dos direitos humanos e ainda coloca em risco a credibilidade das decisões internacionais, demonstrando que em situações concretas falta efetividade ao cumprimento das decisões que garantam a proteção dos direitos humanos.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

BOBBIO, Norberto -**A era dos direitos**. COUTINHO, Carlos Nelson (trad). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão. ISBN 10: 85-352-1561-1

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes - **Revista do Tribunal de Contas DO ESTADO de Minas Gerais** outubro | novembro | dezembro 2010 | v. 77 – n. 4 – ano XXVIII. Entrevista Professor. Apresentação Rodolfo Viana Pereira.

COMPARATO, Fabio Konder – **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 9788502089730.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 9788502133556.

MARTINS, Ana Maria Guerra. ROQUE, Miguel Prata - Relatório da XVI Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português (16-18 de outubro de 2014. Santiago de Compostela). A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais. A posição do Tribunal Constitucional Português

PIOVESAN, Flavia – Direitos humanos e justiça internacional; um estudo comparativo dos sistemas regional europeu, interamericano e africano. 3ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 9788502156517

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. MACHADO DE OLIVEIRA, Miguel Augusto. **Direitos Humanos e Cidadania**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 9788520337738

SOUZA, Tiago Clemente. SILVA, Danilo Pierote - OS PRECEDENTES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE REFINAMENTO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: DECISÃO JUDICIAL E NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ADSCRITA/DERIVADA. Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica. Vol.1 n. 02, p. 219-244. Minas Gerais, Jul/Dez. 2015. ISSN 25259644

TRINDADE . Antonio Augusto Cançado- **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013. ISBN 9788576314240.

Crianças de mulheres encarceradas: invisibilidade social e condições do sistema prisional

Children of imprisoned women: social invisibility and conditions of the prison system

Iohana Viana Araujo¹

Kaline Faria de Jesus²

Maria Cristina Alves Delgado de Ávila³

Marcie Gabriele da Silva Teixeira⁴

Rosângela Maria Pereira⁵

Resumo

Propõe-se aqui analisar e discutir o tratamento dado às crianças filhas de mulheres encarceradas no Brasil, particularmente quando da invisibilidade dessas crianças na sociedade e as condições do sistema prisional brasileiro. Encontra-se lastro legal na Constituição Federal e Estatuto da Criança e do adolescente à proteção à maternidade e a infância, e garantia que mãe e filho tenham direito ao cuidado e assistência especiais, ou seja, proteção social.

Palavras-chave:

Mulher. Criança. Encarceramento. Invisibilidade social.

1 Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Pesquisadora, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania". ..Email: iohanava@gmail.com

2 Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Pesquisadora, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania". ..Email: kalinefj@hotmail.com

3 Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM. Pesquisadora do NUPED – Núcleo de pesquisa do curso de Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania". E-mail: cristina.delgado@uol.com.br

4 Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Barra Mansa. Pesquisadora colaboradora, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania".. E-mail: marcie.gabriele@gmail.com

5 Doutora em Sociologia. Professora do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro - IFRJ. Pesquisadora convidada do NUPED – Núcleo de pesquisa do curso de Direito. email: rosangela.pereira@ifrj.edu.br

Abstract

It is proposed here to analyze and discuss the treatment given to children of imprisoned women in Brazil, particularly when these children are invisible in society and the conditions of the Brazilian prison system. The Universal Declaration of Human Rights provides legal protection for motherhood and childhood, and ensures that mother and child are entitled to special care and assistance, or social protection.

Keywords:

Women. Children. Incarceration. Social invisibility.

1. Introdução

Essa pesquisa propõe analisar e discutir o tratamento dado às crianças, filhos e filhas, de mulheres encarceradas no Brasil, enfatiza-se, particularmente a invisibilidade dessas crianças na sociedade e as condições do sistema prisional brasileiro. Destaca-se que está previsto na em instrumentos do ordenamento jurídico brasileiro, e instrumentos internacionais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, a proteção à maternidade e a infância, garantindo-se que mãe e filho tenham direito ao cuidado e assistência especiais, e que, portanto, todas as crianças, devem gozar da mesma proteção social.

Tal direito é referendado na Constituição Federal de 1988, que garante como direito social em seu art. 6º a proteção à maternidade e a infância e, ainda, no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Entretanto, no sistema prisional brasileiro identifica-se o não investimento em estrutura adequada para mães e filhos, que são submetidos ainda a situações de violência constituindo-se como formas de violação aos Direitos Humanos e aos seus direitos fundamentais. Para tanto, as metodologias de pesquisa adotadas foram o levantamento bibliográfico e de dados no INFOPEN 2016, bem como investigação do arcabouço legislativo concernente à temática.

A discussão é de suma relevância, haja vista o crescimento significativo de mulheres encarceradas no Brasil, quarto no mundo em população feminina privada de liberdade por ingresso no sistema penitenciário, e as condições precárias a que essas mulheres estão submetidas, com um substancial e preocupante aumento do encarceramento feminino ao longo dos últimos anos, e, no geral as mulheres integrantes do sistema penitenciário quase sempre são jovens, têm filhos, sendo as provedoras do sustento familiar, possuem baixa escolaridade e renda, bem como possuíam alguma atividade laboral antecedente ao aprisionamento.

Um dado relevante que também deve ser levado em consideração, apontado pelo INFOPEN 2016, que diz respeito à atividade criminosa que ensejou

o cárcere feminino, pois em 68% dos casos as mulheres vinculadas ao sistema penal ingressam em decorrência de pequenas participações vinculadas ao tráfico de drogas não relacionadas às maiores redes de organização criminosa. Ou seja, a maioria dessas mulheres está em posição coadjuvante no crime, são usuárias dos psicotrópicos, exercem tarefas de transporte e pequeno comércio no tráfico, pouquíssimas exercem algum tipo de gerência na atividade criminosa.

Deste modo, identificam-se demandas diferenciadas entre homens e mulheres encarcerados, bem como necessidades e peculiaridades que são específicas das mulheres, haja vista elas advirem de histórico de violência familiar, maternidade, perda de estabilidade financeira, uso de drogas e outros fatores. O que é agravado já que como o sistema não foi estruturado para receber mulheres, via de regra, há uma imensa deficiência na coleta de dados e indicadores de perfil feminino nos bancos de dados oficiais, o que contribui para a invisibilidade feminina no sistema penitenciário brasileiro, principalmente das detentas mães.

Quando o assunto são os estabelecimentos de recolhimento prisional, a situação fica mais vulnerável, vez que pelos dados que são apresentados pelas estatísticas que envolvem o tema não há uma infraestrutura adequada a atender essas parturientes, pela simples condição de estarem presa, e com isso seus filhos sofrem junto com a mesma os percalços que sua mãe sofre, o que é totalmente coibido para legislação que temos em nosso ordenamento jurídico.

Assim para poder discorrer o tema no primeiro capítulo se discutira como vem sendo a estrutura do sistema prisional para o acolhimento de crianças filhos de mulheres encarceradas, com base no ordenamento jurídico vigente. E, num segundo momento se tentará identificar o perfil das detentas no sistema prisional brasileiro, por último pretende-se abordar se realmente existe uma invisibilidade social dessas crianças filhos das mulheres encarceradas.

O assunto se justifica já que atinge não só as mulheres que se encontram com sua liberdade privada, e, no contexto social ainda atingem diretamente as crianças nascidas das destas mulheres, que sofrem diversas formas de privações por conta de que a sociedade prefere fechar os olhos a real situação existente no dia a dia das carceragens, o que sem dúvida acaba por ferir direitos fundamentais.

2. A estrutura do sistema prisional para o acolhimento de crianças filhos de mulheres encarceradas

É notório que o sistema prisional seja aqui ou em qualquer outra parte do mundo, foi projetado iminentemente para o público masculino, ocorre que as mulheres também cometem ilícitos penais e foi necessário dispensar um olhar mais refinado para isso. Passa-se, portanto, a uma breve análise do histórico dos estabelecimentos prisionais destinados às mulheres no Brasil, que durante o período colonial, as mulheres eram mantidas em espaços que na sua grande

maioria prevaleciam homens e não obtinham nem sequer distinções de celas separadas. Foi a partir do século XIX, que as penitenciárias começaram a ter a forma moderna, conforme analisa Alencastro (2015, p. 10):

Somente no século XIX se edifica o modelo penitenciário moderno, e a prisão passa a assumir uma função tripla: punir, defender a sociedade – isolando os malfeitores para evitar contágio – e corrigir o culpado para reintegrá-lo à sociedade.

As primeiras penitenciárias brasileiras surgiram por volta de 1937 com o Instituto Feminino de Readaptação Social em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, o Presídio de Mulheres de São Paulo e a Penitenciária de Mulheres de Bangu, no município do Rio de Janeiro, inaugurada já no ano de 1942. Esses locais eram administrados pelas religiosas da Congregação Bons Pastor, com o objetivo de “domesticar” as detentas e lhes ensinar a bordar, costurar, cuidar da casa, entre outros afazeres. (ALENCASTRO, 2015, p.13-17)

Nesse mesmo período, na Penitenciária de Bangu, ocorreu a inauguração da primeira creche para os filhos das detentas e menores de três anos de idade, objetivando-se uma relação de poder e domesticação, para que as crianças não tivessem os mesmos destinos de suas mães.

Além disso, vale ressaltar que, a criação do Código Penal que entrou em vigor no ano de 1940 e legislou, pela primeira vez, sobre um estabelecimento específico para alojar mulheres ou, quando isso não poderia acontecer, um espaço diferenciado daqueles estabelecimentos prisionais do sexo masculino.

Embora houvesse um número bem menor de mulheres presas em relação aos homens, essa realidade mudou e, com o tempo, os números começaram a aumentar cada vez mais. Dessa forma, esses acontecimentos mostraram a relevância em fundamentar as primeiras instituições prisionais exclusivas de mulher.

Sob esse viés, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, nota-se aqui uma necessidade de reconstrução do processo penal, afastando-se da ideia de instrumento de *jus puniendi* e indo de encontro à instrumentalização da garantia do indivíduo face ao Estado.

A partir da ideia de releitura constitucional de todo o ordenamento jurídico vigente denominado fenômeno da constitucionalização de direitos (BARROSO, 2011; SOUZA NETO; SARMENTO, 2012), faz-se mister que o Código de Processo Penal brasileiro, promulgado em 1941, seja lido e modificado sob à luz do que preceitua a Magna Carta de 1988, em vigor, com destaque para a abertura dialógica à gramática dos direitos humanos estabelecida em seu art. 5º, § 2º.

Segundo a cartilha “Mães no cárcere: observações técnicas para a atuação profissional em espaços de convivência de mulheres e seus filhos”,

divulgada pela Defensoria Pública de São Paulo, “o direito à saúde é garantido constitucionalmente e deve ser usufruído por todas as mulheres, estando ou não sob pena privativa de liberdade” (2012, p. 1), o que inclui o pré e pós natal, e acompanhamento psicológico para mães presas que queiram colocar os filhos recém nascidos à adoção. A própria Lei de Execução Penal - LEP prevê em seus arts. 10 12 e 14 que o preso possui direito à assistência média, odontológica, material e de higiene.

Já as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil (Resolução CNPCP nº 14/1994), traz expresso em seu art. 17 que o estabelecimento prisional destinado a mulheres disponha de dependência dotada de material obstétrico para atender grávidas, parturientes e convalescentes, o que, na realidade, não ocorre, já que não se possui nem espaço apropriado para consultas e exames médicos, na grande maioria das penitenciárias femininas brasileiras. Já a LEP, em seu art. 82, §1º, prevê a existência de estabelecimento próprio e separado para mulheres, pelo fato de haver expressa afirmação na Constituição Federal de 1988 – CRFB/88, em seu art. 5º, inciso XLVIII que, “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BRASIL,1988).

Da mesma forma, o art. 77, § 2º da LEP, prevê que, “no estabelecimento para mulheres somente se permitirá o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado”. Tal procedimento visa garantir respeito ao gênero mulher até em decorrências das particularidades que as mesmas tem física e biológicas.

Importante mencionar que, nas Regras de Bangkok (2010), está assegurado que não serão utilizadas algemas durante o parto nas mulheres presas, dando assim, uma valorização na dignidade dessa pessoa, também cidadã que já se encontra em uma situação bastante complicada. E, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da ONU (1955), preveem vários cuidados que se deve ter com gestantes, recém-nascidos e crianças que permaneçam no estabelecimento penal junto à mãe, prevendo instalações adequadas para as grávidas, parturientes e convalescentes.

Como se sabe, a violência no interior dos presídios é inevitável, entretanto, a violência sofrida pela mulher no estabelecimento penal, ultrapassa a pena e atinge, também, a sua família e principalmente os filhos que venham a nascer nesse ambiente prisional. Diante disso, Vieira e Veronese (2015, p. 174-175), afirmam que

(...) ademais, a violência psicológica e física do ambiente prisional é uma realidade indiscutível. A mulher grávida maltratada desenvolve um quadro de estresse emocional que se associa, muitas vezes, com baixa estima, isolamento, uso abusivo de cigarro, álcool ou drogas. As consequências psicológicas, embora

difíceis de mensurar, produzem danos intensos e devastadores. A violência exerce grande impacto sobre a saúde da gestante, com efeitos que podem comprometer a própria gestação e o recém-nascido.

Por isso, é possível se afirmar a importância da realização de pré-natal nas gestantes, em virtude do fato que, se elas estiverem sofrendo alguma violência ou com algum problema, desde que psicológico, seria uma forma do médico detectar, e achar meios para melhorar a situação dessa presa, comunicando aos funcionários do estabelecimento penal sobre a violência a que a presa grávida está sendo submetida, até mesmo, oferecendo cuidados especiais, ao qual ela necessita para o desenvolvimento do nascituro. E, como se sabe, as drogas no interior dos presídios, continuam a existir e, aparentemente, não se mostram como uma prioridade por parte do Estado prevenir, ou, até mesmo, erradicar com esse contágio.

Para Moraes (2011), o direito das presidiárias de amamentarem seus filhos é um direito humano fundamental que deve ser garantido, pois, como está expresso na Constituição Federal, no art. 5º, inciso XLV, que a pena não passará do condenado, e assim, impedir a criança de receber a amamentação, seria desrespeitar um direito que é seu, e, ao mesmo tempo, ser atingido pela pena a qual a mãe cumpre, e não a criança, pois, essa tem direito ao aleitamento que também está previsto no art. 9º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, onde está expresso que, “o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade”, não obstante a isso as Regras de Bangkok, o ECA e o Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) primam pelo direito à convivência familiar, não apenas pela mãe mas sobretudo à criança.

O que nos leva a um questionamento ainda mais conturbante: até onde permitir esse covívio entre filhos e mães encarceradas é benéfico?

De se ater que o debate acerca da precariedade é real e as mudanças sabe-se que são lentas, mas, cabe ainda, uma importante discussão acerca da permanência desses menores nos cárceres, conforme analisa Azambuja (2013, p. 60), quando assim coloca.

Temos, de um lado, o direito do bebê à convivência familiar, à amamentação e ao desenvolvimento de um vínculo seguro e estável, afirmado nos documentos internacionais e na legislação. De outro, temos uma mãe que se encontra em situação de extrema restrição, vivendo em um ambiente muitas vezes insalubre e inapropriado para garantir dignidade e proteção ao seu filho.

Insta salientar que o Supremo Tribunal Federal – STF em sede de Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 347 reconheceu que a situação enfrentada pelas mulheres no sistema penitenciário brasileiro é de flagrante inconstitucionalidade: não possui estabelecimentos capazes de suprir suas necessidades mínimas, o que acaba por ferir preceito fundamental.

Há que se destacar que a problemática da maternidade no cárcere, da qual decorre a extensão da pena materna à pessoa dos filhos, extensão essa que transmite a crianças totalmente alheias ao delito a sanção imposta à mãe infratora, bem como nelas reflete as consequências da institucionalização do Ser. Entre tais consequências, aponta-se a estigmatização decorrente do ingresso no sistema prisional, bem como o caráter seletivo que esse sistema adota ao eleger como seus clientes aqueles oriundos das camadas mais vulneráveis da população.

Em decorrência disso, a pena restritiva de liberdade acaba caracterizando-se uma resposta totalmente inadequada, já que o que se analisa nos conflitos penais, na maior parte dos casos, são problemas de origem social. Ao optar por uma conduta agressiva como retorno ao cometimento de delitos que, na maioria das vezes, são oriundos da falta de recursos e de amparo àquele que vem a cometer o ato típico, o Estado acaba por gerar novas situações-problema. Assim, o que se observa é uma total inversão de valores.

De se observar que o Estado Democrático de Direito, que tem como cerne a Dignidade da Pessoa Humana, visando à Proteção Integral da Criança, ignora essa principiologia, elegendo a sanção penal como a mais absoluta prioridade, submetendo crianças e mães a um total abandono em prol do cumprimento de uma pena a qual não se justifica, uma vez que não previne a violência, ao contrário, dessocializa aquele que a ela é submetido e não impede que essa pessoa cometa novas infrações. A análise realizada se consubstancia, principalmente, nos estudos da Criminologia Crítica e do Abolicionismo Penal, os quais nos levam a acreditar que a sanção é uma forma irracional de controle social, que só reproduz violência no lugar de preveni-la.

3. O perfil das mulheres inseridas no sistema prisional brasileiro

Segundo o levantamento realizado pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres em 2016, o Brasil tinha cerca de 42.355 mulheres formando a população prisional feminina. Este número é o quarto maior no mundo, ficando atrás apenas de países como Estados Unidos da América, China e Rússia. Conquanto, o Brasil é o campeão em variação de taxa de aprisionamento, tendo tido um aumento de 455% em um período de 16 anos. A cada 100 mil mulheres em nosso país, há 40,6 mulheres em situação carcerária, um número significativo e preocupante.

Existe um substancial e preocupante aumento do encarceramento feminino ao longo dos últimos anos: com 579.781 custodiados no Sistema

Penitenciário, mais 27.950 no âmbito das delegacias de polícia, totalizando 607.731 presos. Dentre os quais 542.401 homens e 37.380 mulheres, uma assombrosa escalada feminina correspondente a 567,4% dos anos 2000 a 2014, enquanto o masculino não ultrapassou a marca dos 220,2% no mesmo período. (INFOPEN MULHERES, 2016).

Dentre estes grandes números estão inseridos não só as detentas condenadas, mas também as sem condenação, ou seja, sem trânsito em julgado e que supostamente cometeram um crime. Estas mulheres que não foram condenadas são, inclusive, maioria nos estabelecimentos prisionais, sendo estas 45% das mulheres privadas de liberdade de acordo com o INFOPEN em 2016, mesmo não sendo de fato criminosas. Quanto as que receberam devidamente sua condenação perfazem: 32% em regime fechado, onde a pena é cumprida inteiramente nos estabelecimentos prisionais, 16% em regime semiaberto, onde a pena é cumprida em colônia agrícola e apenas 7% em regime aberto, sendo estas aquelas que trabalham ou realizam cursos durante o dia e à noite retornam para o estabelecimento.

E, quando o assunto são os estabelecimentos de recolhimento prisional, a situação fica mais vulnerável, vez que, conforme revelado pela 2ª Edição do INFOPEN Mulheres⁶ do ano de 2016, divulgado em maio de 2018, foram verificadas 1.460 unidades registradas, dentre as quais 244 são mistas, 107 femininas e 1.109 masculinas⁷. E, no que se refere à infraestrutura e sua capacidade de preservar os direitos básicos da mulher presa, se esbarra na questão do exercício da maternidade no âmbito carcerário - apesar de expressa previsão legal na Lei de Execuções Penais (LEP – Lei nº 7.210/1984) no art. 14, §3º referente ao direito de atendimento médico pré-natal, pós-parto e extensivo ao recém-nascido, bem como em seu art. 89 que dispõe sobre a obrigatoriedade de espaço próprio para a gestante, parturiente e creche para abrigar crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos, com a finalidade de assistência à criança desamparada enquanto sua responsável estiver presa – apenas 55 de todas as unidades do país declararam apresentar cela ou dormitório para gestante, o que corresponde à 16% das unidades, quando se trata das creches e centros de atendimento materno-infantil, esse número cai para 14% , e se limita ao atendimento de crianças até 2 anos, para o atendimento de crianças em outras faixas etárias cai para 3%⁸.

6 Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf acesso em 12/08/2018

7 Vale ressaltar que 4 estados brasileiros não participaram do levantamento, bem como 5 dos que participaram forneceram informações de apenas parte de seu território. Lastimável. Disponível em <http://ittc.org.br/ittc-analisa-infopen-mulheres-2016/> acesso em 12/08/2018

8 A disponibilidade de dados referente aos filhos da população carcerária feminina só foi possível em apenas 7%, já que esses dados não fazem parte dos registros oficiais do

Quanto à faixa etária das mulheres privadas de liberdade, esta não tem uma grande variação. Segundo o INFOPEN em 2016, metade dessas detentas, ou seja, 50% delas são consideradas jovens segundo o Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013) tendo elas até 29 anos. Em relação as mulheres não tidas como jovens, 18% das detentas têm de 30 a 34 anos, 21% tem de 34 a 45 anos, 9% tem de 46 a 60 anos, e apenas 1% tem mais de 60 anos.

Ao falar de raça ou cor das detentas que adentraram o sistema prisional brasileiro, é possível constatar segundo os dados do INFOPEN 2016 que a maioria destas mulheres são negras, perfazendo 62% da população feminina. Contudo, o número de mulheres brancas também não é baixo, sendo elas 37%. Já as indígenas ou amarelas são apenas 1% da população. Onde se é possível constatar que a disparidade existente se dá mais uma vez pelo aspecto da renda, pois quanto mais baixa, mais se aumenta o número daquelas que se encontra na situação de miséria.

Ao se falar sobre o encarceramento, é falado muito sobre a deficiência na educação que poderia evitar o super encarceramento. Isto se faz claro quando analisados os dados recolhidos pelo INFOPEN em 2016. Apenas 1% destas mulheres tem o nível superior completo e 2% não chegaram a completar, já 45% delas não terminaram nem mesmo o fundamental e apenas 15% terminaram o mesmo, mostrando assim o cristalino déficit educacional que é real e não simplesmente aparente. Quanto ao ensino médio, 17% não chegaram a completar, e 15% finalizou o ensino médio. Contudo, é importante ressaltar que apenas 2% das detentas são analfabetas.

Porém, mesmo com uma falta clara de educação efetiva a estas mulheres, não há programas suficientes para levar educação, a fim de possibilitar empregos e oportunidades a estas quando deixarem a condição de detenta. Apenas 25% das mulheres inseridas no sistema prisional participam de algum programa educacional. Desta forma, é impossibilitado a elas mudarem sua condição educacional no período que estão privadas de liberdade, o que sem dúvida é fator importante para sua reinserção na sociedade, e principalmente no campo do trabalho.

Outra grande variação dentre estas mulheres é o estado civil. A maioria delas, ou seja, 62% são solteiras, não tendo nenhum tipo de união. Quanto as comprometidas de alguma forma, as que optaram pela união estável é a maioria sendo 23%, já as casadas são apenas 9%. Já as mulheres que já foram casadas, porém hoje é um número consideravelmente menor, pois destas temos, apenas 2% delas são separadas judicialmente, 2% são divorciadas e igualmente 2% são

Departamento Penitenciário Nacional, sendo possível aferir apenas as condições de 2.689 mulheres. Os estados do Rio de Janeiro, Amapá e Distrito Federal sequer possuem esse tipo de levantamento. Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf acesso em 12/08/2018

viúvas. Se observa daqui que as maiorias das detentas se encontram no estado civil de solteiras.

Como consequência de uma maioria de detentas jovens e solteiras, a porcentagem de detentas sem filhos é a maior, sendo cerca de 26%. Ao analisar os dados do INFOPEN é possível ver também que as mulheres que chegam a ter filhos em sua maioria têm poucos filhos. Cerca de 18% das mulheres privadas de liberdade tem 1 filho, 20% tem 2 filhos, 17% tem 3 filhos, 8% tem 4 filhos, 5% tem 5 filhos, e 7% tem mais de 6 filhos.

Ao tratar do tipo penal que as levou ao cárcere, o tráfico é o campeão esmagador, sendo ele o motivo de 62% dessas mulheres estarem dentro do sistema prisional. E em segundo lugar está o crime de roubo com 11% e o de furto com 9%, sendo este seguido por homicídio com 6%. Estes dados fornecidos pelo INFOPEN 2016 contrariam a convicção de que mulheres em geral cometem crimes passionais, é como é afirmado por Matos e Machado (2012, p 38): “A perspectiva distorcida sobre a suposta criminalidade ‘tipicamente feminina’ acarreta implicações negativas para a mulher, nomeadamente na forma como esta é tratada nas diversas instâncias formais de controlo quando comete crimes.”

A tipificação penal das mulheres é inclusive compatível com a dos homens encarcerados. Os crimes cometidos por homens, segundo dados do INFOPEN 2016, são em primeiro lugar o de tráfico e roubo, sendo seguido por furto e homicídio, se assemelhando assim aos dados das mulheres.

Desta forma, se fosse necessário traçar “criar” uma detenta tipicamente brasileira de acordo com todos os dados colhidos pelo INFOPEN 2016 e interpretados neste capítulo, ela seria uma mulher negra, jovem, ou seja, com menos de 29 anos, com o ensino fundamental incompleto, não participante de programa educacional dentro da unidade prisional, sem filhos e solteira. Esta ainda estaria dentro do sistema prisional pelo crime de tráfico, porém não teria sido condenada ainda por seu suposto crime.

Vê-se que esse perfil se encaixa em termos de nossa realidade aquelas mulheres de baixa renda, que se encontram sem perspectivas, e na ânsia de atenderem aos seus anseios de consumidoras, ou mesmo de ajudar seus pretensos “parceiros” acabam se enveredando para o tráfico e assim, ainda mais piorando sua condição junto a sociedade, pois pelas suas próprias características, ficam equidistante da possibilidade de uma ressocialização social, até mesmo por conta da discriminação que impera na sociedade.

4. Invisibilidade social dos filhos de mulheres encarceradas.

Como visto, o fenômeno do super encarceramento feminino é um fator emblemático do sistema prisional brasileiro, uma vez que este penaliza mulheres,

que em sua maioria são pobres, negras, solteiras e jovens com baixa escolaridade, como mostra o levantamento feito pelo Ministério da Justiça por meio do INFOPEN 2016. No mais, muitas dessas mulheres são levadas ao cárcere gestantes ou tornam-se gestantes ou mães durante o processo do encarceramento, razão pela qual é preciso fazer um diálogo com enfoque nas crianças, filhos dessas mulheres, que por sua vez acabam recebendo tratamento equiparado ao que suas mães recebem, e sendo assim penalizados socialmente. Haja vista que, tal tratamento equivale-se a procedimentos discriminatórios, e repressor no que tange os direitos humanos fundamentais previsto pela CFBR/88 e garantias legais respaldados no ECA e na LEP como já abordado anteriormente, uma vez que há violação desses direitos, resultando na violação do princípio da dignidade da pessoa humana, tomando assim a definição trazida por Sarlet (2011, p. 73) que propõe o seguinte conceito:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e (co)responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN 2016, somente 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, que compreendem os espaços destinados a bebês com até 2 anos de idade. Sendo que, as unidades que declararam ser capazes de oferecer este espaço somam uma capacidade total para receber até 467 bebês. No mais, o total de unidades femininas ou mistas que têm espaços de creche, destinados a receber crianças acima de 2 anos. Nesse caso, apenas 3% das unidades prisionais do País declararam contar com espaço de creche, somando uma capacidade total para receber até 72 crianças acima de 2 anos.

De se ressaltar que a creche deveria ter como função o alojamento das mães com os seus filhos, até que estes completem três anos de idade, justamente por compreender um local diferenciado de uma creche tradicional, pois as crianças passam o dia todo com suas mães, entretanto não possui cuidadores terceirizados ou treinados para o zelo infantil como deveria ocorrer quando se estar a falar em crianças.

Com isto, vê-se que não há disparidade entre o tratamento que as mães recebem, e o que a criança irá receber, uma vez que não há infraestrutura para acomodar de forma digna os filhos de mães encarceradas nas unidades prisionais. Entretanto não seria também interessante levar em consideração o afastamento do filho de sua mãe, o que nos leva a pensar em maneiras de manter o afeto entre os mesmos. Entretanto, em contrapartida ao olhar o cenário atual e realístico do sistema prisional brasileiro, a falta de estrutura, a super lotação, e a precariedade de sistema básico de higiene, saúde e educação para as mães e para seus filhos, alarma uma enorme preocupação da vida destes, à realidade em que são acometidas e do que se esperar para o futuro da mesma. Prudente aqui ressalta a posição esboçada em relação ao vínculo materno manifestado por Michelle Rangel, psicóloga do Serviço de Saúde do TRT da 6ª Região quando a mesma poderá que:

Todas as vivências são importantes, mas o relacionamento afetivo entre mãe e filho é o mais primitivo, influenciando diretamente no desenvolvimento do psiquismo e na formação da personalidade da criança. O carinho, afago e contato físico com a mãe previnem até mesmo doenças. Portanto, a relação mãe e filho é indissociável. (RANGEL, 2005) ⁹

Justifica-se também tais afirmações com o embasamento que traz Kurowsky em 1990 sobre a essencial vinculação afetiva entre mãe e filho ao afirmar que:

A característica essencial da vinculação afetiva é que os dois parceiros (mãe e filho) tendem a manter-se próximos um do outro. Quando por qualquer razão se separam, cada um deles procurará o outro, a fim de reatar a proximidade. Qualquer tentativa, por parte de terceiros, para separá-los, encontrará vigorosa resistência. (KUROWSKY, 1990, p.14)

Diante disto, pode-se dizer que é essencial que os entes estatais priorizem um melhor tratamento às detentas quando ainda gestantes, após o parto e no convívio desta com o infante, tornando possível uma vida digna a estes ainda que no cárcere, pois do contrário se esta a ignorar direitos fundamentais.

De se ater que fragilizadas pela separação dos filhos, as mulheres ainda precisam lidar com os estressores presentes nas condições de vida da prisão. Isso porque eles podem contribuir em grande parte para o comprometimento da

9 Disponível em: <http://www1.trt6.jus.br/informativo/2005/maio/opinioao.htm>

saúde mental das presas. Riscos de adoecimento mental, como depressão, e até suicídio estão presentes na população apenada (LIMA, 2013)

Segundo também o INFOPEN 2016, 74% das presas têm filhos, o que significa que, na maioria dos casos de prisão, há crianças e adolescentes que são separados de suas mães. Entretanto, há de levar em consideração que há a baixa de disponibilização do fornecimento de dados pelos próprios gestores das unidades prisionais a cerca dos filhos se comparados com a quantidade de mulheres presas em todo Brasil, pois não houve fornecimento de todas as unidades ao INFOPEN, conforme consta do relatório publicado. (INFOPEN, 2016). Assim, observam-se os primeiros indícios da invisibilidade dessas crianças à luz da sociedade, haja vista que há um percentual elevado que constata muitas mães presas no Brasil, porém a busca pela análise do quantitativo dos filhos dessas mulheres é inviabilizada pelo próprio sistema de gestão das unidades prisionais ao encobrir tais informações, simplesmente não as fornecendo de forma que assim não se tem uma visualização completa do que realmente advém do cárcere quando se esta a falar nesse tipo de situação.

Ademais, considerando que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos. Ao analisarmos os dados referentes aos homens para o mesmo período, temos que 53% dos homens que se encontram no sistema prisional declararam não ter filhos. Pode-se perceber que a responsabilização maternal imposta à sociedade repercute também no sistema prisional, onde claramente há uma desigualdade quando comparados os dados, pesando então sobre as mulheres, o que pode percutir na informação fornecida pelos encarcerados e na coleta dos dados.

Outrossim, referente às mulheres, houve a possibilidade de analisar apenas 7% da população carcerária feminina brasileira, o que corresponde a 2.689 mulheres. Além disso, no Rio de Janeiro e no Distrito Federal não foram fornecidas quaisquer informações sobre filhos dos presos, homens ou mulheres. No mais, Com base nos dados coletados, no Brasil há cerca de 1.111 filhos submetidos ao cárcere com suas mães. (INFOPEN 2016).

Vê-se então que não é levada em conta a importância do fornecimento desses dados pelos gestores, a fim de fazer análises da população carcerária para amenizar o problema com a formulação de políticas públicas que garantam direitos a estas famílias. Possível se constatar assim a inércia das unidades prisionais públicas tanto em buscar formas de resolver tal problemática, qual seja o tratamento dessas crianças no cárcere, e até mesmo a relação entre mãe e filho quando estes são separados, ou de sequer preocuparem-se em por a tona a emblemática quando nem mesmo fornecem dados de levantamento sobre o assunto em questão, o que faz que fique demonstrado o total controle e interesse em resolver o assunto de forma a torná-lo visível e uma realidade que seja enfrentada não só pelo Estado, mas também por toda a sociedade.

4.1. O impacto do super encarceramento sobre a estrutura das famílias brasileiras.

O Estado é um importante ator na garantia dos direitos já elencados neste trabalho, uma vez que este compõe um dos entes na estrutura da garantia do direito a convivência familiar, por ser então o responsável pela funcionalização e efetivação dos direitos das mães presidiárias e de seus filhos, já que o responsável pela guarda dos mesmos, além da responsabilização pela proteção e preservação dos vínculos familiares, assegurando a crianças e adolescentes o direito à convivência familiar e comunitária. Com isso é importante ressaltar a relevância do direito à convivência familiar que tem previsão legal no artigo 227, da CRFB/1988, elencado assim como um direito fundamental constitucional de ordem social, sendo este afirmado também pelo ECA em seu artigo 19, considerando especificamente neste trabalho o que diz respeito à convivência familiar entre mães presidiárias e seus filhos. Para tanto, se utilizara das felizes afirmações de Alencastro (2015, p. 7) que ao abordar o tema coloca que:

Vislumbrando a efetivação de tais direitos das crianças e adolescentes, imprescindível é a atuação interdisciplinar entre os entes públicos, cabendo ao Estado principalmente promover, constantemente, a execução de políticas públicas eficazes, capazes de propiciar o pleno desenvolvimento de toda a população, principalmente no que tange a crianças e adolescentes.

E, não se pode deixar de entender que, o impacto do encarceramento feminino afeta também a estrutura familiar dessas detentas, pois é preciso também não se esquecer dos filhos que não estão acometidos no cárcere com a mãe, e em como a prisão desta mãe que em muito dos casos são chefe de família, se tem como resultado a desconfiguração da estrutura dessa família, que em alguns momentos inclusive tem esses irmão divididos em casas de recepção desses tipos de crianças.

Ainda existem outros atores responsáveis para que a garantia da convivência familiar seja protegida, tendo como última saída à destituição do poder familiar, sendo estes, Ministério Público, Conselho Tutelar, Justiça da Infância e Juventude, assim como a existência de uma rede de serviços, capaz de promover orientações psicopedagógicas que visam proporcionar auxílio às famílias promovendo a inclusão em programas que poderiam ajudar no cumprimento de suas responsabilidades, podendo assim lograr a superação das dificuldades vivenciadas pela família e a restauração de direitos ameaçados ou violados, sem a necessidade de afastar a criança ou o adolescente do seu núcleo familiar, que já se encontra desgastado pela falta da mãe.

Tais entes são interligados por uma interface multidisciplinar a fim de concretizar o melhor para os filhos das detentas, espera-se como reforço a

prerrogativa a convivência familiar, porque ainda que esteja a mãe acometida à penalização da privação de liberdade, fato que produz várias rupturas com o meio social e familiar, uma vez que a prisão determina o afastamento da família, filhos, parceiros, amigos e do ambiente social, não seria justificável que esta fosse ainda mais penalizada com o afastamento materno aos filhos, já que negar isso seria negar também as crianças os direitos que lhe são garantidos em lei.

Contudo de se reforçar que as ações desenvolvidas pelo Estado além de cooperarem para o estabelecimento e manutenção dos vínculos familiares, devem influenciar diretamente para que tais vínculos não venham a se romper frente os entraves e desafios que venham permear a convivência familiar, pois os desafios são feitos para serem superados, ainda mais quando se esta a falar em família, mãe e filhos, pois só assim se é possível realmente dar dignidade ao conjunto de cidadãos que foram essa prole.

5. Conclusão

Por tudo que foi possível levantar pelos dados do INFOPEN se vê que no Brasil a miséria é um fator de exclusão que impacta sensivelmente quando se esta a falar em encarceramento feminino, bastando para tanto, olhar o perfil que se tem das mesmas para identificar tal fato, devendo ainda se chamar a atenção para o fato da falta de escolaridade das mesmas, cujo maior percentual, nem sequer alcança terminar o ensino primário, o que a nosso ver serve para comprovar mais uma vez que o ensino é um fator preponderante para a melhoria de qualidade de vida das pessoas.

E mais se verifica que não existe por parte do Estado, e muito menos da sociedade, uma preocupação no que se refere à criança que se encontra nascida no cárcere, afinal essa mãe, aos olhos da sociedade cometeu um desvio de conduta, e nesse julgamento, ela deve ser privada de tudo, inclusive da condição de ser mãe, afinal que mãe é esta que se submete a cometer um “crime” e ir para a prisão estando grávida ou mesmo engravidando durante o período de encarceramento, se ela quem deveria estar preocupada com seu filho não se preocupou, porque a Sociedade ou mesmo o Estado devem se preocupar.

Estamos em um país de homens, onde a exclusão da mulher é uma constante em todos os níveis da sociedade, só que não se percebe que no caso das detentas que tem filho que essa exclusão, que lhe são impostas, acabam diretamente sendo impostas a todos de sua família e principalmente de seus filhos, os quais pela legislação vigente tem direito de serem protegidos em todos os âmbitos, já que inclusive o ECA se rege pelo princípio da proteção integral, e ainda sob o manto de uma constituição que se afirmar como cidadã. Como se pode afirmar que vem se respeitando essas crianças como futuros cidadãos se não lhes são garantidas as condições mínimas que lhe seriam devidas, já que não podem usufruir da permanência e aconchego da mãe, ou mesmo por não

terem as penitenciárias as condições mínimas para que as crianças permaneçam no local apropriado que possa lhe conceder dignidade.

Percebe-se pelo levantado no trabalho é possível verificar que mesmo se tendo uma legislação protecionista, ainda quando se estar a falar em detentas grávidas e seus filhos, ainda se consagra uma falta de respeito a ambos, ainda a mulher pela condição da mesma estar com sua condição de privação da liberdade, por aos olhos da sociedade ser considerada uma “criminoso”. O questionamento a ser feito é até que ponto essa visão é real, ou simplesmente é deturpada em razão do perfil que a sociedade pretende implementar a todos? E, ainda, seus filhos, ainda em formação de suas condições psicossociais, podem ser penalizados simplesmente pelo fato de terem uma mãe prisioneira? As respostas só poderiam ser negativas, não se pode deixar de ressocializar quem necessita do amparo da sociedade, pois em uma constituição em que seu principio maior é a dignidade da pessoa humana, e focada na isonomia, não se pode perder de vista a necessidade de políticas que garantam a mãe e filho uma permanência sadia, pois só assim, realmente se atende às questões humanas e se garantem os direitos fundamentais.

Referências

- ALENCASTRO, Paola. **MÃES PRESIDÁRIAS E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**. 2015, Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/paola_alencastro.pdf. Acesso em 13 out. 2019.
- AZAMBUJA, Regina Fay. **Os bebês filhos de mães que cumprem pena privativa de liberdade**. Revista Gênero e Direito, 2013. ISSN 2179-7137.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. BRASIL.
- BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 13 out 2019.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 Ago 2019.
- _____. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5

de junho de 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em 13 out 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. 1. ed. Brasília, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** 347/DF. Rel.: Min. Marco Aurélio, p. em DJe nº 31, de 18.02.2016.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES ESTRATÉGICOS. **Primeira Infância: Avanços do Marco Legal da Primeira Infância. Caderno de Trabalhos e Debates nº 11**. Brasília: SEGRAF, 2016, 532 p.

CONSULTOR JURÍDICO. **Em um ano, STJ já deu Habeas Corpus a 32 mães com filhos menores de 12 anos. [online]**. 02 Abr 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-abr-02/ano-stj-deu-hc-32-maes-filhos-menores-12-anos> Acesso em 13 out 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Cartilha Mães no Cárcere: Observações Técnicas para a Atuação Profissional em Espaços de Convivência de Mulheres e seus Filhos**, 2012.

KUROWSKI, Cristina Maria. Análise crítica quanto a aspectos de implantação e funcionamento de uma creche em penitenciária feminina. Porto Alegre, 1990.

LIMA, G. M. B. et al. Mulheres no cárcere: significados e práticas cotidianas de enfrentamento com ênfase na resiliência. Saúde em Debate, v. 37, n. 98, p. 446-456, 2013.

MATOS, Raquel; MACHADO, Carla. **Criminalidade feminina e construção do gênero: Emergência e consolidação das perspectivas feministas na Criminologia**. Aná. Psicológica, Lisboa, v. 30, n. jan. 2012. P. 38. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0870-82312012000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 ago. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, INFOPEN junho/2017**. Departamento Penitenciário Nacional, Brasília/DF, 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em 09 ago. 2019.

_____, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, INFOPEN Mulheres – 2ªed.** Junho/2018. - Departamento Penitenciário Nacional, Brasília/DF, 2016. Disponível

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

em<<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/>> Acesso em 11 ago. 2019.

MORAIS, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral: Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2011.

RANGEL, Michelle. **A importância do vínculo afetivo mãe-filho na construção psíquica da criança**. Disponível em: <http://www1.trt6.jus.br/informativo/2005/maio/opiniao.htm>. Acesso em: 12. out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SALEH, Nicole Martignago. **Direito da criança e do adolescente e os impactos do Estatuto da Primeira Infância**. In: Anais do XIII Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2016.

Mulheres: retrocesso ou avanço dos direitos no mundo contemporâneo?

Women: setback or advancement of rights in the contemporary world?

Kaline Faria de Jesus¹

Maria Cristina Alves Delgado de Ávila²

Resumo

Este artigo visa analisar o papel da mulher na sociedade contemporânea, indagando se há um retrocesso ou avanço sob a perspectiva dos direitos destas. Pretende-se abordar o tema por meio de resgate histórico pela luta por igualdade de direitos, enfatizando a inserção da mulher no ambiente laboral. A metodologia utilizada é a de levantamento bibliográfico e estudos de casos. O enfoque do tema é o reconhecimento dessa luta por direitos como um marco social.

Palavras-chave:

Mulheres. Direitos. Sociedade contemporânea.

1. Introdução

O presente trabalho surge da discussão se ainda nos dias atuais as mulheres são ou não discriminadas pela sociedade em que vivemos, partindo do pressuposto que estamos a falar de uma constituição vigente que se intitula como uma constituição cidadã.

Assim, para desenvolver o tema, o presente artigo busca apresentar a importância da representatividade da mulher na sociedade, assim como a incessante pretensão por igualdade de direitos, e posteriormente abordar a inserção do gênero feminino como figura fundamental no ambiente de trabalho, destacando pontos como, sua colocação na sociedade, funções em que eram designadas, às restrições que as submetiam, abordando primeiramente sobre a ótica sociológica, com base em uma retrospectiva histórica evolutiva, e trazendo uma perspectiva jurídica sobre os temas. Ademais, intenciona-se à análise do ponto de vista prático, se estas limitações que as mulheres eram subordinadas há décadas passadas não estariam sendo vivenciadas no tempo presente, se

1 Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Pesquisadora, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania. ".Email: kalinefj@hotmail.com

2 Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM. Pesquisadora do NUPED – Núcleo de pesquisa do curso de Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania". E-mail: cristina.delgado@uol.com.br

seriam reais avanços ou retrocessos no mundo contemporâneo, de forma que a representatividade feminina tem impactado as relações de trabalho, e se os direitos das mulheres têm sido respeitados ao ponto de serem exercidas suas atribuições de forma efetiva, com equidade, sem limitações.

É de suma relevância, considerar que houve mudanças consideráveis na vida das mulheres desde marcos histórico como a Conferência Mundial das Mulheres, além de documentos de âmbito mundial como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, porém essa conquista não refletiu de forma igualitária em todas as partes, o tratamento desigual entre homens e mulheres é nítido em diferentes esferas, e de ampla extensão. Desta forma, este artigo busca salientar, sobre a proteção dos direitos das mulheres, ressaltando os retrocessos contemporâneos acarretados pela desigualdade entre gêneros, não se esgotando apenas nessas abordagens, mas tendo como principal foco provocar uma reflexão à manutenção dos direitos dessas minorias, ressaltando a luta diária pela emancipação feminina, e igualdade de oportunidades e proteção.

Assim, através de revisão bibliografia e documental se pretende revisar o tema, inclusive se utilizando de dados de pesquisa informados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, que possibilita uma análise atual do tema.

O assunto se mostra relevante, pois mesmo na contemporaneidade encontramos diversas formas de discriminação e preconceitos contra as mulheres de uma forma geral, o que se evidencia quando se vai para o cenário do mercado de trabalho, onde então as mulheres em postos iguais e as vezes com mais qualificações do que os homens, recebem menores salários, pelo simples fato de serem mulheres. Não se pretende esgotar o tema, porém, abrir ao debate, no sentido de realmente verificar se tais discriminações são realmente ou não latentes em nossa sociedade.

2. Evolução histórica social da mulher atrelada à luta por direitos

Desde a Grécia e Roma antiga, onde surgiram as ideias de democracia e cidadania, respectivamente, ser cidadão era um direito político restringido aos homens, pois estes quem detinham o poder de fazer a política da época. Na Roma antiga, as mulheres eram excluídas do exercício da cidadania, assim como das decisões políticas diretas. Dalari em (2004, p 17 - 18) quanto a palavra cidadania e sua utilização que a mesma foi usada “na Roma antiga para indicar situação política de uma pessoa e os direitos que essa pessoa tinha ou podia exercer. A sociedade romana fazia discriminações e separava as pessoas em classes sociais”. E continuam afirmando em relação às mulheres que havia uma particularidade a ser ressaltada: “(...) é que as mulheres não tinham a cidadania ativa, e por esse motivo nunca houve mulheres no senado nem nas magistraturas romanas.”. Contudo, a palavra cidadania demorou para tomar outra forma restringindo ainda à mulher do que seria o significado real do que é ser cidadã,

ainda que com a busca por transformações no mundo, e ampliação dos direitos, Luz e Fuchina (2009, p. 5) observam que:

Em muitos momentos históricos de ampliação de direitos, as mulheres não foram abrangidas. Isso contribui para retardar o seu direito à plena cidadania, cujo conceito sofreu modificações no curso da história. Ocorre que a humanidade demorou a descobrir que o mundo é feito de homens e mulheres, ou seja, mesmo após as revoluções americana e francesa, das quais fizeram parte, as mulheres encontravam-se entre os desfavorecidos de cidadania, pois não desfrutavam dos avanços legislativos que, muitas vezes, sonegavam-lhe não só direitos políticos e civis, mas também o direito à educação. E assim é que, no campo do trabalho, mormente no das relações coletivas, registra a oposição sindical à integração das mulheres nos seus quadros no início do século XX.

Na Europa a mulher passou a ter certo reconhecimento por conta dos papéis religiosos e sociais que desenvolvia, entretanto este reconhecimento era específico nas funções domésticas e matriarcais, ideia reforçada pelo patriarcado, como se pode observar, por exemplo, que no código civil brasileiro de 2002 ainda usava-se a expressão “pátrio poder” ao fazer referência ao poder do pai ou do marido nas relações familiares e civis, demonstrando assim uma das formas de subordinação do papel feminino ao poder patriarcal, posteriormente essa expressão foi substituída pelo termo “poder familiar” com a promulgação da nova legislação civil que é vigente até os dias atuais.

Haja vista que, desde séculos passados, em diferentes sociedades, sejam romanas, gregas, europeias, americanas, as mulheres além de serem objetificadas e abusadas sexualmente, não tinham voz ativa, poder de decisão, igualdade de direitos, participação política direta, entre outras formas que feriam seus direitos fundamentais, sua integridade física e moral, e o exercício de sua cidadania, ocorreu por muitos anos, pois eram apenas vistas como mães, donas do lar, e para servir seus maridos. Mesmo com o advento de movimentos filosóficos no século XVIII como o Iluminismo, que pregava a liberdade, e autonomia, ainda havia discursos que inferiorizavam o papel feminino, relacionando-o apenas as funções domésticas. Apenas com a Revolução Francesa, e o forte argumento de “igualdade, liberdade e fraternidade, inicialmente que veio para se opor ao patriarcalismo, e mais tarde com a Declaração dos Direitos do Homem” e que ocorrem as mudanças.

Ademais, foi durante o Renascimento que as mulheres começaram a sofrer discriminações no trabalho, sendo destinadas a exercer suas funções exclusivamente em seus domicílios, e deixando de produzir seda, materiais preciosos e cerveja, por exemplo, cabendo tal atributo exclusivamente aos

homens, demonstrando assim que se caracteriza de forma expressa as formas de discriminação. (BARROS, 2016, p.705)

Como retratado anteriormente, o movimento Iluminista na França foi um marco importante naquele contexto, entretanto, não tinha como prerrogativa a proteção aos direitos das mulheres, especificamente. Destaca-se que, a primeira declaração dos Direitos humanos tinha exclusiva destinação aos direitos dos homens, sendo que quando havia reivindicação através de alguma mulher reivindicando seus direitos, a fim de inclusão do gênero feminino para que obtivesse proteção, esta era reprimida, já que as mesmas não tinham seu direito reconhecido. Para tanto vale aqui trazer tal referência dada por Teles (2006, p. 19) quando o mesmo afirma:

A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão referia-se de fato ao homem, ou seja, às pessoas do sexo masculino. As mulheres não tiveram seus direitos reconhecidos. Olympe de Gouges, revolucionária francesa articulada com milhares de mulheres, decidiu fazer a Declaração dos Direitos da Mulher Cidadã. Por isso, foi condenada à morte na guilhotina.

Ainda que dificilmente seja evidenciada, a Declaração dos Direitos da Mulher Cidadã foi um grande marco na Revolução Francesa, visto que este documento tinha como propósito estender à mulher prerrogativas atribuídas aos homens, e manifestar em favor dos direitos das mulheres, introduzindo na pauta do documento a igualdade, liberdade e fraternidade, as quais já se encontram dispostas na Declaração dos Direitos do Homem Cidadão, Olympe, escritora da declaração buscava eram respaldos garantidos às mulheres, com cerce na não discriminação de gêneros. Coloca-se então que tal documento pode ser considerado o fundador do feminismo em meio ao contexto da época, por ser o símbolo mais representativo do feminismo racionalista e democrático que reivindicava igualdade política entre os gêneros masculino e feminino, visando que acabe qualquer forma de discriminação. Assim, traz-se a reflexão de Siess (2016, p. 156), ao se manifestar quanto ao assunto, assim colocando:

(...) a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã é, com seus anexos, uma tentativa de reequilibrar o poder que os homens, até a Constituinte (la Constituante), reservaram a eles próprios. E isso acontece por meio de reflexões políticas e de proposições jurídicas bastante concretas (como em matérias de divórcio e de sucessão), em que as mulheres devem adquirir o conhecimento necessário para a defesa dos seus interesses. Para a locutora- redatora trata-se de restituir às mulheres a parte legítima que lhes fora privada pelos homens, numa tentativa de permitir a elas o usufruto

pleno dos direitos fundamentais. E mais: esse texto busca conquistar, em nome de todas as mulheres – e com elas –, o acesso ao espaço público.

Ademais, na conclusão de seu trabalho, Siess sintetiza que a Declaração dos Direitos da Mulher Cidadã em grande parte, subverte o texto original (isto é, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789), em que a palavra mulher fica no lugar de homem ou ainda introduzindo uma clivagem em termos genéricos como Povo ou Nação. (SIESS, 2016, p 159).

Assim, se considerada certas perspectivas pode gerar algumas críticas ao texto, como um todo, se considerando preâmbulos e seus 17 artigos. Contudo, o documento retoma como referência principal a minimizar as desigualdades, já que o que está sendo inviabilizado por conta das desigualdades de gêneros entranhadas na sociedade como uma cultura opressora, além de ressaltar também a relação de poder entre homens e mulheres no contexto, o que não se difere dos dias atuais. A releitura feita por Olympe de Gouges mostra como os empréstimos ou referências a outros textos e outros discursos podem colocar em xeque – e mesmo inverter – o sentido que o público deveria encontrar no texto original. (SIESS, 2016, P. 159).

No mais, o autor também ressalta que: a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã obtém êxito no que tange: (...) ao retomar o discurso rousseauista e a Declaração dos deputados homens para, em seguida, subvertê-los e confrontá-los com discursos ‘feministas’ e girondinos, os quais serviram de apoio para tais subversões. (SIESS, 2016, p. 159). Como já referenciado, Olympe, escritora da Declaração dos Direitos da Mulher cidadã foi guilhotinada, ficando evidente assim esse texto, radicalmente inovador, que o mesmo não teve boa recepção em sua época. Foi necessário esperar o Movimento de Libertação das Mulheres para que finalmente o documento tivesse justo reconhecimento, como afirma SIESS (2016, p. 159).

Logo, pode-se afirmar que a luta feminina por reconhecimento dos seus direitos é incessante, sendo importante frisar outro marco na evolução histórica dos Direitos das mulheres, sendo este o dia 08 de março, dia este considerado o Dia Internacional da Mulher. No entanto, Blay (2001) busca recuperar a história dessa data, e as distorções feitas sobre o dia, acerca também da luta feminista. No resumo de seu trabalho põe de forma compacta o que diz respeito a este dia: O Dia Internacional da Mulher foi proposto por Clara Zetkin em 1910 no II Congresso Internacional de Mulheres Socialistas. Nos anos posteriores a 1970 este Dia passou a ser associado a um incêndio que ocorreu em Nova Iorque em 1911. (BLAY, 2001). Com isto, se vê que tal data está na verdade atrelada a luta feminista proposta por Clara Zetkin, e não propriamente ao incêndio ocorrido nos Estados Unidos, devendo assim ressaltar a importância de ambos os eventos, buscando o reconhecimento da mulher em diversas esferas, de forma a banir a desigualdade que se apresentava de gênero.

3. A ascensão dos movimentos feministas e sua importância na conjuntura dos direitos femininos na contemporaneidade

No início do século XIX, especificamente no contexto da Revolução Francesa iniciou-se a ideia da exploração dos movimentos feministas, como já abordado anteriormente no que tange a Declaração formulada por Olympe Gouges. Entretanto, como já esperado, estes movimentos não tiveram boa receptividade visto a cultura repressora que elenca o homem como superior à mulher e confrontar isto, via de regra não soava com bons olhos à sociedade bruscamente machista. Conforme explícita Descarries (2002), o feminismo tem como proposta uma sociedade alternativa tendo como objetivo a abolição, ou ao menos transformação profunda, da ordem patriarcal e de seu poder regulador, em concordância dos princípios de igualdade, de equidade e de justiça social. Os movimentos feministas reúnem um conjunto de discursos e práticas que dão prioridade à luta das mulheres para denunciar a desigualdade de gênero.

Além disto, o feminismo tem como prerrogativa também estabelecer uma relação entre o Estado e a sociedade, afim de que com este possível diálogos sejam formuladas políticas públicas que visem a equidade de tratamento e garantias constitucionais na vivência prática nas relações entre gêneros, quebrando assim a falácia da sobreposição da mulher ao homem, ou desta “tomar seu status, ou lugar social”, mas sim trazer o paradigma por meio de um projeto de conscientização em massa de que é preciso fazer o resgate dos direitos por igualdade que muito se foi perdido ao longo dos séculos como já abordado resumidamente na evolução histórica dos direitos das mulheres.

Salienta-se que esta pressão feita ao Estado a dialogar, tem como intuito gerar novas formas de institucionalização de mediação dos interesses das cidadãs criando políticas públicas incumbidas de garantir os direitos das mulheres, para que assim elas efetivamente possam ter e ser reconhecidas socialmente.

Ainda que se percebam divergências nos movimentos feministas, ao olhar numa perspectiva global, em muitos países eles foram responsáveis por colocar nos espaços públicos as temáticas relacionadas aos vários problemas enfrentados pelas mulheres, por meio de campanhas pelos direitos legais das mulheres, pelo direito da mulher à sua autonomia e à integridade de seu corpo, pelo direito ao aborto e direitos reprodutivos, direito à proteção contra a violência doméstica, o assédio sexual e o estupro. (MIRANDA, 2009, p. 4).

Não há de se negar que o feminismo como elemento social importante possibilitou a institucionalização de muitos dos problemas enfrentados pelas mulheres, pleiteando assim novas políticas públicas que reconheceram uma série de reivindicações feitas desde o século XIX. No entanto, como bem se sabe não foi e continua não sendo um processo de fácil reconhecimento e entendimento pela sociedade que continua a vê-lo de forma muitas das vezes equivocada, e assim primordialmente precisa ser revertido para que não

caminhemos para um retrocesso da busca por direitos humanos das mulheres. Logo, buscando embasar tal reflexão traz-se o pensamento de Ferreira e Stecanela (2009 p. 49) exposto em seu livro “Mulheres e Direitos Humanos: desfazendo imagens, (re)construindo identidades “que afirmam que:

O discurso da igualdade de gênero está em processo de construção e de apropriação pela consciência social. Para que isso chegasse aos níveis atuais (embora avançados em relação às décadas passadas, mas ainda insuficientes), foram necessários anos de luta e as feministas foram encorajadas das batalhas travadas desde então. Elas denunciaram a ideologia patriarcal, cujas marcas históricas impõem a construção de representações sociais, com imagens e formas desenhadas em torno de um sistema simbólico onde as disputas de poder, e conseqüentemente manutenção da dominação, são exercitadas e conquistadas pelo uso da força.

Em suma, salienta-se que o reconhecimento pela promoção dos direitos femininos e sua divulgação é existente, como pode ser observado por diversos meios, nacionais e internacionais, sendo então interessante exemplificar a criação do Observatório Brasil da Igualdade de Gênero que surgiu por meio de um diálogo com a iniciativa da Comissão Econômica para América Latina e o Caribe – CEPAL, de criação de um Observatório de Gênero para América Latina e Caribe que tem como estratégia a disseminação de informações acerca das desigualdades de gênero e dos direitos das mulheres com vistas a subsidiar o processo de formulação e implementação de políticas de gênero e de políticas públicas com perspectiva de gênero no país. Nele são elencados os Principais Documentos Internacionais para a Promoção dos Direitos das Mulheres e da Igualdade de Gênero. No entanto, é preciso fomentar indagações quanto na prática a realidade dessas garantias já previstas, já que ainda nos dias atuais as formas de discriminações são uma realidade em diversas situações e setores da sociedade, perpassando por questões culturais e chegando aos vários outros setores, inclusive no ambiente laboral.

4. A inserção da mulher no ambiente laboral

No que diz respeito à inserção da mulher no mundo laboral, é importante frisar que o trabalho tanto da mulher quanto do homem, em um primeiro momento na sociedade eram atreladas às atividades domésticas, rurais, e de mão de obra artesã, pois tanto na Antiguidade Clássica quanto na Idade Média, a atividade laborativa era destinada propriamente à própria subsistência, caracterizada pela produção subsidiária e não destinada a fomentação do lucro. No mais, posteriormente com o advento da Revolução Industrial, em que o capitalismo tomou uma forma, ficou evidente na sociedade que a ascensão das

fábricas com a mão de obra dos trabalhadores era o meio de adquirir riquezas, porém sendo estas concentradas nas mãos dos detentores de poder, em sua grande maioria homens brancos como donos das fábricas.

Com isto houve a apropriação das técnicas do trabalho artesão alocados a servirem como mão de obra fabril, na produção de carvão, ao observar diretamente o contexto europeu. O meio até então utilizado, que era o uso da mão de obra familiar, é modificado e constitui-se o sistema industrial das fábricas, onde os empregados passam então a venderem sua força de trabalho e a partir daí se tem a divisão técnica do trabalho, valendo aqui trazer as colocações de Bottini (2013, p. 9) que assim afirma:

O dono da fábrica tornou-se também proprietário da matéria-prima e das ferramentas para a fabricação dos produtos; o trabalhador passou a vender sua força de trabalho e não mais o produto acabado como no trabalho artesanal. Além de se separar dos meios de produção, no sistema fabril, o trabalhador, que antes dominava todo o processo de elaboração de um produto, passou a ocupar um posto fixo nesse processo, consolidando assim a divisão técnica do trabalho.

E, assim, às mulheres, passaram também a trabalhar nas fábricas, porém, em tal contexto a discriminação era ainda mais acentuada, uma vez que o papel da mulher nas atividades fabris era exploratória, discriminatória e insalubre, pois o que realmente importava era a obtenção do lucro por meio da produção de seus trabalhos, visto que quanto mais se produzia em um período curto de tempo, mais se obtinha lucro nas mãos dos donos das fábricas. Neste mundo, a mulher foi obrigada a conviver com longas jornadas que chegavam até 17 horas diárias, em condições de insalubridade, submetidas a espancamentos e ameaças sexuais constantes; além de receber salários que chegavam a ser 60% menos que os salários dos homens. (BOTTINI, 2013, p. 15 - 16). Além de serem acometidas a jornadas de trabalho exaustivas, e com remunerações ínfimas, onde eram submetidas a péssimas condições de trabalho, e, se não bastasse muitas delas tinham que levar seus filhos para estes ambientes hostis, que não tinham qualquer proteção a este menor que era inserido nesse mercado violento, e, justamente referendando o referido período. Bottini (2013 p. 11) traz também outras observações que contextualizam o período, ao afirmar:

A mulher também foi obrigada a encarar o trabalho fabril, pois os salários dos trabalhadores masculinos, que eram considerados chefes de família, foram profundamente achatados e não garantiam mais a subsistência familiar. Isto mudou radicalmente a vida das mulheres, já que elas passaram a executar dupla jornada de trabalho. No âmbito doméstico continuaram

a cumprir com as funções de reprodução e, na fábrica passaram a desenvolver as atividades precarizadas em funções multitarefas. As mulheres, assim como os homens operários, eram condenadas ao trabalho em razão das necessidades impostas pela subsistência.

Insta salientar que, com o advento da Revolução Industrial, a segunda metade do século XVIII e século XIX foram marcados pela inserção de reivindicações sociais dos trabalhadores, pelas garantias dos direitos, visto às condições em que eram acometidos, independente do gênero, sendo que também no século XIX que foi impulsionada a criação do Direito do trabalho, conforme acentua Barros (2016, p. 53) quando alude que:

O Direito do Trabalho surge no século XIX, na Europa, em um mundo marcado pela desigualdade econômica e social, fenômeno que tornou necessária a intervenção do Estado por meio de uma legislação predominantemente imperativa, de força cogente, insuscetível de renúncia pelas partes. Paralelamente a esses condicionamentos impostos pelo legislador, rol de normas dispositivas existentes é reduzido, atenuando-se a autônoma de vontade entre as partes.

É de suma importância também fazer um adendo quanto ao início destas lutas reivindicatórias, uma vez que estas tomaram partido no continente europeu, porque foi nele que a industrialização dos países se deu primeiro, com isto e apenas mais tarde, no século posterior que despertou na sociedade a imposição pela criação de leis que previssem garantias dos direitos sociais nestes países ainda em desenvolvimento, uma vez também que este processo se torna mais lento visto que a mulher luta não só contra a desigualdade no ambiente de trabalho, mas também contra o retrocesso no que diz respeito aos valores sociais e morais impostos a estas. De forma que, Bottini (2013, p. 17) ressalta:

No caso das mulheres, podemos afirmar que também houve avanços ao longo do tempo. Entretanto, o processo de emancipação da mulher sempre foi muito mais intenso, as lutas tiveram que ser árduas e persistentes. Este fato persiste até hoje numa luta contínua para superar a dualidade “trabalho do homem” versus “trabalho da mulher”. Então a mulher não luta apenas contra o capital, mas também contra os “valores” machistas que imperam na sociedade e que muitas vezes estão presentes nos próprios lares.

No que tange aos fundamentos jurídicos, o Brasil, passou a prever legalmente a proteção do trabalho da mulher a partir do século XX por influência de normas internacionais, como os tratados da Organização Internacional do Trabalho – OIT. A consolidação de leis trabalhistas de 1932 - CLT passou a dar previsão legal à licença maternidade, por exemplo, assim como a restrição ao trabalho noturno, proibindo também ambientes insalubres e que colocassem em perigo à mulher. Entretanto tal especificação legal de certa forma gerava discriminação à mulher de forma que colocava obstáculos para que esta fosse admitida, efetivando assim a divisão sexual, sendo então revogada em 1989 pela Lei nº 7855. Uma das justificativas para tais restrições, como também ao trabalho extraordinário, estava ligada ao argumento de que a mulher era de “ordem familiar”, constatando assim a disparidade de tratamento no contexto laboral em relação ao gênero. (BARROS, 2016, p. 707)

Diante disto, constata-se que além de tardia, a previsão de proteção legal do trabalho da mulher no Brasil fez distinções explícitas, no mais atualmente são vedadas por cláusulas fundamentais previstas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 vigente, especificamente no art. 7º, XXX, considerando também que o direito do trabalho passou a ser considerado um direito social com a promulgação da CRFB/88. No mais, Dalari (2004, p. 50) no capítulo de seu livro que trata sobre “Direito à igualdade de direitos e oportunidades”, explicita sobre o que traz o texto constitucional, a cerca de direitos fundamentais, no qual aborda que:

De acordo com a Constituição, todos são iguais, perante a lei, não se admitindo distinção de qualquer natureza. Além disso, é feita referência expressa a alguns dos preconceitos mais arraigados, proibindo-se a diferença de direitos entre homens e mulheres (...) e numa afirmação mais abrangente do direito à igualdade, dispondo-se que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

A CRFB/88 passa a prever outras garantias às mulheres diferentemente do que propunha o decreto lei, passando a respaldar a licença maternidade em 120 dias, estendendo também esse direito às mães adotantes através da Lei nº 10421 de 2002. Além disto, a CRFB/88 foi um instrumento jurídico importante para a promoção da independência das mulheres no Brasil, passando a combater em seu texto legal a discriminação e a desigualdade de gênero, uma vez que a sociedade brasileira feminina sempre enfrentou um histórico cultural patriarcal. Ao se falar na igualdade a mesma deve ser vista de forma ampla, pois deve-se em todas as circunstâncias aplicar-se a igualdade material, e não meramente a formal, pois só com a igualdade material é que realmente se atenderia aos princípios maiores da CRFB/88 que é dar dignidade e a efetivação plena da igualdade.

A CLT passou a prever também descansos para o período de amamentação, e opções para o período gestacional, reconhecendo assim que às mulheres precisam de especificações próprias por ser se encontrar no período gestacional. Ademais, as jurisprudências passaram a efetivar tais preceitos antes incorporados apenas como mecanismos de dispositivos legais, efetivando assim os princípios de igualdade, e primordialmente os direitos humanos da mulher, de forma que os mesmos possam ser praticados na sua essência e não simplesmente se tornem uma falácia.

5. A busca pelo reconhecimento dos direitos frente à realidade controvertida

Com o reconhecimento do Direito do trabalho como direito social fundamental, pode-se considerar um salto no que diz respeito às garantias constitucionais abrangendo homens e mulheres, porém, atualmente o que se tem por meio de dados obtidos através de pesquisas, demonstra uma realidade totalmente contrária a que se encontra previsto no ordenamento jurídico em vigor, o que faz que as formas de discriminação continuem sendo uma realidade latente.

Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua (2018) formulada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE há diversas disparidades quando se faz o comparativo entre homens e mulheres, analisando sob o ponto de vista da relação de trabalho, começando por citar à diferença do rendimento do trabalho de mulheres e homens nos grupos ocupacionais, constatando-se que é elevado em termos de percentuais em relação aos homens.

Em contrapartida, dados fornecidos também pelo IBGE (2018), afirmam que “A proporção de trabalhadores em ocupações por tempo parcial (até 30 horas semanais) é maior entre as mulheres (28,2%) do que entre os homens (14,1%)”. Se justificando essa discrepância no fato de que estariam essas mulheres ocupadas com os afazeres domésticas, fortificando assim a cultura de atribuir às mulheres as atividades do lar. Outro dado interessante que se observa do relatório é que: “(...) as mulheres são mais escolarizadas do que os homens, mas o rendimento médio delas equivale a cerca de $\frac{3}{4}$ dos homens”. Além disso, no Brasil, 60,9% dos cargos gerenciais (públicos ou privados) eram ocupados por homens enquanto que apenas 39,1% “pelas mulheres, em 2016”.

Tal dado traz uma indagação quanto à equidade de gênero e inserção de políticas de desigualdade trazidas pelos dispositivos legais, pois na realidade, o que vem acontecendo é a sobreposição de homens em cargos de chefia, não tão diferentes do que acontecia em séculos passados. No mais, mesmo em esferas públicas em que em sua maioria os cargos são destinados via concursos públicos, não há diferenciação nas disparidades percebidas na esfera privada, pois: “Na vida pública do país, apesar da existência de cota mínima (30%) de

candidaturas de cada sexo em eleições proporcionais estabelecida pela Lei 12.034, em 2017, as mulheres eram apenas 10,5% dos deputados federais em exercício. Esta proporção (10,5%) é a mais baixa da América do Sul, enquanto a média mundial de deputadas é 23,6%." (IBGE, 2018).

De acordo também com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) realizada pelo IBGE (2018) em um estudo especial feito para o Dia Internacional da Mulher, mesmo com uma leve queda na desigualdade salarial entre 2012 a 2018, as mulheres ainda ganham, em média, 20,5% menos que os homens mostrando assim que as desigualdades continuam firmes até os nossos dias, pois ainda se tem que o lugar da mulher seria em casa, cuidando de sua prole, pois como poderia ela ter um rendimento maior do que os homens. Infelizmente uma cultura torpe enraizada até hoje em nossa sociedade.

Assim a partir desta realidade que se mostra rotineiramente, um dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que formam um conjunto de metas a serem cumpridas até 2030 pelos 193 países das Nações Unidas (ONU) é alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas às mulheres e meninas (IBGE, 2018).

Por tais análises é possível se estabelecer que ainda que se caminhe em larga escala, a desigualdade de gênero, no ambiente laboral, assim como na sociedade em geral é um grande desafio que independe apenas das mulheres, não estando restringido às mesmas, já que estas inclusive são as vítimas, uma vez que depende não só de fomentação de políticas e articulações estatais, mas também de iniciativas no âmbito privado que tenham interesse em mudar o quadro que até então se apresenta, pois do contrário a população feminina estará sempre a sombra da cultura do patriarcalismo atrelado ao machismo opressor, que infelizmente promove apenas a interiorização e inferiorização da mulher em diferentes esferas.

6. Conclusão

A evolução dos direitos repercute também quando se estar a falar do gênero feminino, vez que ao longo da história é possível se constata que a luta que foi travada para que as mulheres tivessem seu espaço reconhecido e garantido socialmente. Se pode observar que a efetividade da proteção da mulher somente foi possível e se destacou quando elas se juntaram no sentido de clamarem por seus direitos e pela igualdade, quando então as mudanças foram ocorrendo, e através do movimento feminista por ter se alastrado pelo mundo, até is dias atuais, enfatizando a necessidade de dar proteção e reconhecer de forma integral o direito das mulheres, ou seja, se cada uma das mulheres, até porque cada uma tem sua própria identidade.

Mas, mesmo com toda evolução e ainda com as proteções que foram conquistadas, através do ordenamento jurídico vigente, se observa que o que está contido no mesmo não é real, quando se chega na prática, ou seja, no dia a

dia das mulheres, a realidade que é por ele enfrentada rotineiramente é árdua e diferente das preconizações legais que lhe são garantidas.

Não se pode deixar de ressaltar que a situação das mulheres venha melhorando não só no Brasil, mas de uma forma geral em todo o mundo, onde estas passam a ser reconhecidas, e tendo acento a importantes papéis na sociedade, chegando a receber prêmio Nobel por suas atitudes e trabalhos desenvolvidos em prol da sociedade. Porém, se observa que a vulnerabilidade das mulheres ainda é uma marca tatuada pelo gênero, o que faz com que as desigualdades se mantenham e as diversas formas de discriminação.

Na verdade não se poderia existir em pleno século XXI, as bizarras formas de discriminações que observamos no universo da sociedade, e que tal repressão não é diferente quando se vai olhar para o cenário do mercado de trabalho, até porque, este do ponto de vista social é um ambiente que deveria ser privativo dos homens. Vê-se que as mulheres são discriminadas desde o momento da contratação, passando por todo o contexto do seu mercado de trabalho, até o momento em que ocorre sua demissão, pelas pesquisas do IBGE foi possível identificar que elas ainda continuam ganhando menos do que os homens, mesmo quando executam as mesmas funções, e pior, ainda com mais qualificações que estes.

Embora a situação da mulher venha mudando consideravelmente para melhor no Brasil e no mundo, a vulnerabilidade ainda é uma marca do gênero. Há um longo caminho a ser percorrido para uma sociedade ser justa e igualitária.

E mais por ser atribuídas às mesmas a condição de ser a responsável pelos afazeres domésticos, as pesquisas mostram que elas acabam ficando numa linha média em relação a carga horária de trabalho, pois tem que se desdobrar entre casa e trabalho, como mãe, muitas vezes provedora do lar, e a trabalhadora que tem que dar seu suor, e muitas vezes não ser reconhecida que esse suor é igual ao de qualquer homem.

Mesmo havendo cotas para sua manutenção na vida pública, não se consegue preencher as cotas, pois elas se encontram numa proporção em muito menor do que o percentual que lhes são garantidos. E por aí se vai com várias formas de discriminação a menosprezar a condição de ser uma pessoa que tem uma importante missão nesse universo que procriar e assim dar condições para que a sociedade tenha existência.

Assim se torna importante continuar a analisar e debater as condições de labor da mulher, pois sensivelmente se observa que ainda existe uma divisão sexual do trabalho, evidenciando assim que as relações de gênero impacta de forma crucial nesta relação.

A grande pergunta é como manter essa desigualdade se estamos a falar em um país que se rege por uma constituição cidadã, pelo princípio da igualdade material? Na verdade quando se coloca essas ponderações na prática tudo cai por terra, pois se vivência que a luta ainda tem que continuar, pois precisamos

mobilizar toda a sociedade para a construção de uma mudança cultural, com a desconstrução de que mulher foi feita para o trabalho doméstico, havendo assim necessidade de ver na mulher igual, reconhecendo seu trabalho como igual, e aí sim dando dignidade e estabelecendo enfim uma sociedade mais justa e igualitária.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. LTR: São Paulo. 2016.

BLAY, Eva Alterman. **8 de março: conquistas e controvérsias** Rev. Estud. Fem. vol.9 no.2 Florianópolis 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2001000200016&lang=pt. Acesso em: 13 out. 2019

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 out 2019.

_____, L. **Consolidação das Leis de Trabalho**. Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 13 out 2019.

BOTTINI, Mamus Lucia. **Os desafios da escola pública paranaense na perspectiva do professor** PDE Produções Didático-Pedagógica. 2013. Disponível em: http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2013/2013_fafipa_hist_pdp_lucia_mamus_bottini.pdf. Acesso em 13 out. 2019

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. Coleção Polêmica. São Paulo: Moderna, 2004.

DESCARRIES, Francine. **Um feminismo em múltiplas vozes, um movimento em atos: os feminismos no Québec**. In: Labrys, estudos feministas. Brasília: UnB, número 1-2, julho/dezembro, 2002.

FERREIRA, Moura Pedro; STECANELA, Nilda. **Mulheres e Direitos humanos: desfazendo imagens e (re)construindo identidades**. Caxias do Sul, RS. Ed. São Miguel, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua PNAD **Contínua Diferença do rendimento do trabalho de mulheres e homens nos grupos ocupacionais** Pnad Contínua - 2018. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/93fe55e0692c504efbc849b796921b18.pdf. Acesso em: 12/10/2019.

_____. IBGE. **Estatísticas de gênero: responsabilidade por afazeres afeta inserção das mulheres no mercado de trabalho.** 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 12/10/2019.

_____. IBGE **Igualdade de gênero é uma das metas para um mundo mais sustentável até 2030.** 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24042-igualdade-de-genero-e-uma-das-metas-para-um-mundo-mais-sustentavel-ate-2030>. Acesso em: 12/10/2019.

_____. IBGE. **Diferença cai em sete anos, mas mulheres ainda ganham 20,5% menos que homens.** 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23924-diferenca-cai-em-sete-anos-mas-mulheres-ainda-ganham-20-5-menos-que-homens>. Acesso em: 12/10/2019.

LUZ, Alex Faverzani e FUCHINA, Rosimeri. **A evolução histórica dos direitos da mulher sob a ótica do direito do trabalho.** 2009. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/artigoalex.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

MIRANDA, Cynthia Mara. **Os movimentos feministas e a construção de espaços institucionais para a garantia dos direitos das mulheres no Brasil.** 2009. Disponível em: http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/os%20movimentos%20feministas_cynthia.pdf. Acesso em: 13 out. 2019.

SIEES, Jurgem. **Reivindicar os direitos das mulheres em 1791: uma tentativa fadada ao fracasso? o interdiscurso da declaração dos direitos da mulher e da cidadã.** Disponível em: EID&A - Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação, Ilhéus, n. esp. ADARR, mai.2016.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **O que são direitos humanos das mulheres.** São Paulo: Brasiliense, 2007.

Desenvolvimento urbano e racismo ambiental: uma análise de caso do meso-paraíba Sul Fluminense

Urban development and environmental racism: a case analysis on medium south region in Rio de Janeiro

Marcella de Lourdes Silva Pereira¹;
Matheus dos Santos Caetano².

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar o grau de deficiência do Poder Público do meso-paraíba sul fluminense em relação às populações mais vulneráveis. O debate acerca da injustiça ambiental, para além de questões adstritas à distribuição de recursos ecológicos, amalgama elementos ínsitos à raça. Nesse sentido, lança-se a pesquisa à análise de como o conceito de racismo ambiental se concretiza nos espaços fluminenses.

Palavras-chave:

Racismo. Injustiça ambiental. Poder público. Sul Fluminense.

1. Introdução

Por muito tempo na academia vigorou o mito da democracia racial e de uma miscigenação espontânea, culminando no entendimento de que as imobilidades materiais e ambientais não poderiam ser justificadas pelo elemento racial. Todavia, uma nova leitura do Direito Ambiental passa a preocupar-se não com a necessidade de economizar recursos naturais, mas questionar sobre a forma como esses se distribuem na população.

O racismo, tão logo, deixou de ter apenas impacto racial, estendendo-se a preconceitos e injustiças ocorridos com grupos vulneráveis, seja histórica, econômica, social ou ambientalmente desprotegida.

É certo que o problema do preconceito e do racismo no Brasil já extrapolou as questões raciais e étnicas e se alastrou não apenas no convívio social, mas também na vida política no país e nas decisões governamentais.

1 Discente do Curso de Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF), pólo Volta Redonda (PUVR);

2 Discente em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF), pólo Volta Redonda (PUVR), vinculado à LADI – Liga Acadêmica de Direito (UFF/VR).

Nesse sentido, as análises meramente classistas tornaram-se insuficientes para explicar a omissão do poder público em relação a algumas comunidades, fazendo-se necessária a aplicação da questão da raça junto ao do meio ambiente, dando origem ao conceito de racismo ambiental. Necessário é perquirir se tais questões guardam afeto com a região do meso-paraíba sul fluminense.

Para tanto, buscou-se, em primeiro lugar, referenciar teoricamente a temática, traçando o racismo ambiental como um conceito autônomo. Em segundo lugar, por instrumento de coleta de dados e bibliografias, examinou-se a opinião pública local quanto à etnografia, distribuição e conservação da água, coleta e manejo dos resíduos sólidos, tratamento de esgoto, drenagem de águas fluviais urbanas e controle da poluição.

Por derradeiro, havendo a pesquisa alçado maior expressividade nas cidades de Barra Mansa, Resende e Volta Redonda, destaca-se a disparidade das avaliações de bairros ocupados majoritariamente por pessoas pretas e pardas em face daqueles com maioria branca. Ao final, seguem considerações finais e referências.

2. Objetivos

Dentre os objetivos dessa pesquisa, destacam-se: a) A análise do grau de deficiência do Poder Público do meso-paraíba sul fluminense em relação às populações mais vulneráveis; b) A referenciação teórica a temática, traçando o racismo ambiental como um conceito autônomo; c) Por instrumento de coleta de dados e bibliografias, o exame da opinião pública local quanto à etnografia, distribuição e conservação da água, coleta e manejo de resíduos sólidos, tratamento de esgoto, drenagem de águas fluviais urbanas e controle da poluição, e; d) O destaque da disparidade das avaliações de bairros ocupados majoritariamente por pessoas pretas e pardas em face daqueles com maioria branca.

3. Referencial teórico

O conceito de racismo ambiental e seu delineamento nos termos desse trabalho impõem necessário substrato em duas tangentes: uma primeira, embasada no passado exploratório e escravista regional; uma segunda, baseada na relação entre raça, classe e Direito; uma terceira, de fulcro no clamor por justiça ambiental e saneamento básico como direitos fundamentais. É o que se segue.

3.1. Do passado extrativista à falsa noção de planejamento urbano

Retomar o processo civilizatório e de desenvolvimento da região é essencial a uma análise social, econômica e ambiental sob a qual se apoia a

presente pesquisa. Nesse sentido, estabelecer-se-á uma conexão entre o passado extrativista e escravocrata que dá espaço à forte industrialização na década de 50 e as atuais injustiças cometidas contra grupos vulneráveis, isto é, minorias étnicas.

Em se tratando de municípios inseridos na Microrregião do Médio Vale do Paraíba conforme a definição de microrregiões geográficas do IBGE adotadas pelo governo estadual, embora a memória da história dessa região tenha início com a ocupação em virtude da exploração do ouro, é marcada pela produção de café a partir do século XVII. Aliados à abundância em terras férteis e clima favorável, são apresentados por Becker e Engler (1993, p. 107) outros fatores que faziam da região do Vale do Paraíba propícia para o desempenho de tal atividade.

Foram os capitais acumulados com a intermediação comercial com a zona mineradora, que financiaram o surgimento da atividade econômica que se transformou na marca registrada do Império no Brasil: a “plantation” escravista cafeeira. O café brasileiro nasceu da combinação do capital comercial acumulado (...) aliado ao trabalho escravo disponível com a decadência das minas e a disponibilidade de terras florestadas nas vizinhas do Rio de Janeiro, excelentes para a produção cafeeira.

O ciclo econômico do café, de grande expressividade na economia brasileira no século XIX, pode ser definido a partir de três pilares: o patriarcalismo, o latifúndio e a escravidão. Assim, os cafeicultores, oligarquia detentora do poder político nesse período, compravam a mão de obra escrava através do tráfico negreiro ou comércio interno a fim de, nos cafezais, limpar o terreno, plantar e colher, além de ensacar os grãos e transportá-los aos pontos de embarque.

Todavia, ainda que a atividade cafeeira desenvolvida na região tenha sido um grande sustentáculo da economia brasileira, os movimentos abolicionistas, a proibição do tráfico de escravos com a assinatura da Lei Áurea em 1888, somados à exploração desordenada que levou ao esgotamento das terras, fizeram desse sistema insustentável. Isto posto, especialmente as cidades de Resende e Barra Mansa, que ganharam notoriedade no ciclo do café, foram afetadas pelo declínio da cafeicultura, registrando uma queda populacional no final do século XIX em razão do êxodo rural.

Posteriormente, no início do século XX, o acúmulo de capital fruto da atividade cafeeira viabilizou a encetadura do ciclo de industrialização na região. Nesse período, com a implantação de setores ligados às indústrias alimentares, a cidade de Barra Mansa ganha notoriedade pelos produtos relacionados à pecuária. Bem como Volta Redonda, escolhida como sede da instalação da

siderurgia nacional, em que é construída a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) na década de 40. Enquanto Resende, para além das primeiras indústrias a serem instaladas na primeira metade do século XX, aproveitou-se da riqueza gerada pelo café para o investimento em edificações urbanas.

Caracterizando-se como uma transição de terras marcadas anteriormente pela atividade pecuária, o interior fluminense, em especial a triade Resende – Barra Mansa – Volta Redonda, afetados pela atividade industrial junto ao conseqüente aumento dos serviços e a expansão do comércio, passou por intenso processo de urbanização.

Conseqüentemente, tornou-se um ponto de atração demográfica, caracterizado pela grande concentração populacional em seus espaços urbanos. Por fim, a Região do Médio Vale do Paraíba representa, hoje, uma das principais áreas industriais do Estado do Rio de Janeiro.

Nessa acepção, a configuração territorial de todo o Vale do Paraíba está intimamente relacionada ao processo histórico com que se deu a ocupação da região, tanto sob influência de aspectos físicos como a Bacia Hidrográfica Paraíba do Sul, além de servir o rio Paraíba como o primeiro eixo para demarcação da ocupação territorial, quanto por fatores antrópicos, desde a exploração de terras até o processo de industrialização e construção dos eixos ferroviário e rodoviário.

É a região mais industrializada do interior fluminense, com intensa mobilidade dos trabalhadores entre suas várias localidades, principalmente para os municípios de Volta Redonda, Barra Mansa e Resende, seus principais pólos industriais. Constitui-se em uma área de atração demográfica devido à industrialização (Volta Redonda, Barra Mansa, Resende, Itatiaia, Barra do Pirai e Valença), comércio e prestação de serviços (em todos municípios, exceto Pinheiral, Quatis, Rio das Flores e Rio Claro) e desenvolvimento de atividades de turismo (Resende e Itatiaia) (LIMONAD, 2001, p. 95).

De todo modo, o período do “desenvolvimentismo”, projeto do governo de Juscelino Kubitschek na década de 50, é caracterizado por um processo de urbanização acelerada no Brasil. Nesse período, a perspectiva era de transformação do antigo espaço em que se desenvolvia a atividade agropecuária à construção de um espaço mais urbano. Contudo, a concentração de investimentos públicos e privados se deu acompanhada de empreendimentos imobiliários em favor das classes média e alta, de modo a deixar excluída determinada parcela de trabalhadores da cidade, além de migrantes que vinham à região em razão da oferta de serviços.

Diante de uma política tendente à desconcentração industrial das metrópoles e um planejamento estatal de desenvolvimento de metrópoles

periféricas, para além da atração de investimentos e geração de empregos, a valorização das terras e concentração de riquezas consolida a manutenção da desigualdade social na região. Infere-se, portanto, que o projeto urbanístico se deu especialmente às classes dominantes, permanecendo subalterna a classe trabalhadora.

Nada obstante, a região do Vale do Paraíba fluminense detém particularidades em relação às demais tendências de configuração espacial dos trabalhadores na história do Estado. Afinal, a concentração de renda geralmente provoca a concentração em determinados espaços, especialmente áreas mais centrais dos municípios. Todavia, notadamente, esse fenômeno se dá de maneira inversa na cidade de Volta Redonda. Com um planejamento urbano centralizado na localização da usina siderúrgica, os operários se alocavam ao redor da fábrica, sujeitos à exposição aos danos e riscos da mesma, conforme denomina Piquet (1998) como “sistema fábrica-vila operária”.

Cabe, inclusive, ressaltar que, até a primeira corrida eleitoral partidária pós-Vargas, Volta Redonda ainda era o 8º (oitavo) distrito de Barra Mansa. E, com a construção da CSN, o crescimento da região por efeito da indústria dividiu a cidade em duas partes: a cidade nova, que se estabelecia nos arredores da fábrica e, posteriormente, deixa de fazer parte de Barra Mansa para se tornar o que se conhece hoje por Volta Redonda; e a cidade velha, as partes compostas por edificações que por ali já existiam.

Ademais, ao passo que a primeira era planejada e estruturada, ainda que sustentada na subjugação dos trabalhadores, a segunda não tinha sequer alguma estrutura, crescendo de maneira desordenada e, segundo Piquet (1998), resultando em aumento de loteamentos clandestinos.

Portanto, o crescimento econômico e urbano do Vale Paraíba é permeado também por questões sociais que envolvem não somente desigualdade socioeconômica como a efetiva marginalização de certas camadas da sociedade. E a formação desses espaços marginalizados se sustenta na subjugação de perfis de raça e classe social específicos. Por isso, no presente trabalho, o enfoque é dado à desigualdade ambiental, em que a exclusão espacial dos grupos se vincula à exposição desses aos perigos a que a indústria nos expõe, desde a poluição atmosférica até a contaminação da água e solo.

3.2. Racismo ambiental e análise crítica da raça

Ab initio, os primeiros posicionamentos críticos em relação à legalidade branca surgiram com o movimento teórico que se apresenta como uma Teoria Crítica da Raça (*Critical Race Theory*). Vinculado ao *Critical Legal Studies* (CLS), surge como uma crítica à concepção liberal e conservadora de que o direito era diferente da política, resgatando a noção de que as leis auxiliam na racionalização de uma ordem social injusta (FERREIRA, QUEIROZ, 2018).

Leciona Matsuda (1991, p. 1331) que a Teoria Crítica da Raça encerraria

the work of progressive legal scholars of color who are attempting to develop a jurisprudence that accounts for the role of racism in American Law and that work toward the elimination of racism as part of a larger goal of eliminating all forms of subordination³.

Em que pese as discordâncias entre os autores, pode-se afirmar que as principais controvérsias discutidas pelos teóricos raciais críticos são (a) os conceitos de raça e de racismo; (b) o desafio à ideologia dominante; (c) a questão da justiça social; (d) a centralidade do conhecimento experimental, e; (e) a interdisciplinaridade (SOLARZANO, CEJA, YOSSO, 2000).

À luz da referida Teoria, desponta-se da premissa de que é necessário analisar o direito com base numa discriminação racial que é normal e irracional. Ministram Caroline Silva e Thula Pires (2015) que o racismo não é um comportamento anormal, mas uma experiência diária. Perfaz-se como um comportamento culturalmente enraizado, e, como tal, não percebido.

Nesse ponto, cabe diferenciar o racismo dito ostensivo daquele dito velado ou dissimulado. Enquanto aquele se refere aos atos efetivamente externalizados, consciente e intencionalmente, esse trata de atos de discriminação não explícitos (ALMEIDA, 2016).

Não obstante seja uma corrente originariamente norte-americana, não há empecilhos metodológicos ou epistemológicos para sua aplicação na realidade brasileira, sobretudo na micro-realidade fluminense.

Em concomitância, emerge o movimento em busca de uma “Justiça Ambiental”. Entende-se Justiça Ambiental como o conjunto de princípios e regras que asseguram uma repartição proporcional das conseqüências ambientais negativas, oriundas das atividades antrópicas econômicas e políticas. Injustiça Ambiental, por sua vez, é a parcelação desproporcional dos danos ambientais a grupos vulnerabilizados e marginalizados (HERCULANO, 2006).

Leciona Roberto Bullard (1993) que Justiça Ambiental enseja um tratamento justo e significativo de todas as pessoas, independente de raça, cor, origem ou renda, no que tange à elaboração, desenvolvimento e efetivação de políticas, legislações e regulações de escopo ambiental.

As discussões acerca da justiça ambiental e sobre racismo institucional culminaram na formação do conceito de racismo ambiental, iniciando-se com o

³Tradução livre: o trabalho de estudiosos progressistas do direito que objetivariam desenvolver uma jurisprudência que leva em consideração o papel do racismo no direito americano e que trabalha pela eliminação do racismo como parte de um objetivo maior de eliminação de todas as formas de subordinação.

Movimento de Justiça Ambiental, nos Estados Unidos, na década de 80. Os princípios deste movimento foram aprovados em 1991, durante “*The First National People of Color Environmental Leadership Summit*”, em Washington-DC3.

Com efeito, os primeiros movimentos por saúde ambiental surgiram nas classes mais altas, em setores predominantemente brancos. O caráter inovador do movimento por justiça ambiental, surgido nos Estados Unidos, advém não somente na temática que pretende instaurar na agenda política, mas, na articulação que estabelece entre lutas de caráter social, ambiental, territorial e de direitos civis, sobretudo no que toca ao povo preto.

Crucial neste contexto foi a pesquisa realizada em 1987 pela Comissão de Justiça Racial da *United Church Christ*, em que se constatou que a composição racial de uma comunidade é a variável mais apta a explicar a existência ou inexistência de depósitos de rejeitos perigosos de origem comercial em uma área.

Foi no intercâmbio entre a luta antiracismo, a teorização crítica do direito e a imanência do ecologismo que “o movimento por justiça ambiental reafirmava a necessidade da discussão a respeito da condição do negro no contexto social (...) numa reprodução da situação de dominação econômica, social e política” (PAES e SILVA, 2012).

No Brasil, na ocasião do primeiro colóquio internacional sobre justiça ambiental, trabalho e cidadania, realizado na cidade do Rio de Janeiro em setembro de 2001, a Rede Nacional de Justiça Ambiental declararia considerar o termo justiça ambiental um conceito aglutinador e mobilizador, por integrar as dimensões ambiental, social e ética da sustentabilidade e do desenvolvimento, frequentemente dissociadas tanto dos discursos quanto das práticas.

O racismo ambiental, destarte, perfaz-se como uma forma dentre as multiformes de injustiça ambiental. A exclusão adquire novas feições com a formação de grupos ambientalmente segregados. O racismo ambiental se configura de várias formas e com diferentes prejuízos às suas vítimas, que suportam de algum modo, um impacto ambiental negativo muito maior que as outras pessoas, tendo como razão determinante a raça a que o grupo social pertence.

Ao encerrar a temática, Herculano (2006, sp.) assim define racismo ambiental:

Racismo ambiental é o conjunto de idéias e práticas das sociedades e seus governos, que aceitam a degradação ambiental e humana, com a justificativa da busca do desenvolvimento e com a naturalização implícita da inferioridade de determinados segmentos da população afetados – negros, índios, migrantes, extrativistas,

pescadores, trabalhadores pobres, que sofrem os impactos negativos do crescimento econômico e a quem é imputado o sacrifício em prol de um benefício para os demais.

Nota-se que o conceito de racismo ambiental aproxima a preocupação pelo meio ambiente com as questões de equidade social e, para além, passa a não limitar o ambiente a discussões puramente ecológicas, acoplando tanto o meio natural quanto o artificial. A proteção ambiental, sob tal perspectiva, não comporta somente a não-submissão à subníveis de insalubridade, mas também o acesso igual de condições mínimas de saneamento básico e bem-viver urbano (ALMEIDA, 2016).

Em termos metodológicos, o reconhecimento do racismo ambiental, discutido como conceito autônomo – ainda que compreendido como uma forma de injustiça ambiental – acaba por colocar em evidência a necessária análise dos fatores raciais nas situações de injustiça, visto que uma abordagem predominantemente classista acabaria por encobrir e naturalizar o racismo em nossa sociedade⁴.

3.3. Breves notas sobre o status jurídico do saneamento básico

A Constituição Federal, em seu artigo 225, delega a todos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de uso comum do povo, vez que essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade, em contrapartida, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ainda, a Carta Magna estabelece como competência exclusiva da União a instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano, incluindo habitação e saneamento básico, por intelecção de seu art. 21, XX. Tem-se por concorrente a competência para a promoção de programas de melhoria das condições de saneamento básico, vide art. 23, IX. Ao Sistema Único de Saúde também compete, dentre outras atribuições, participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (art. 200, IV, CRFB).

⁴ A partir desta ótica, fora do contexto de seu surgimento, o termo racismo ambiental sofre uma certa resistência por parte dos acadêmicos, uma vez que, para alguns, a sua especificidade impediria que o movimento alcançasse uma unidade internacional devido ao excessivo foco em questões locais e a não ser possível englobar todas as lutas na perspectiva do racismo. Desviou o olhar dos debates ecológicos para a justiça social, e isso acabou sendo algo muito local. Grande parte dos movimentos negros no país vê na utilização do termo racismo ambiental uma tentativa de minimização do racismo em si, uma vez que a qualificação “ambiental” poderia restringir, segundo esta visão, o conteúdo mais amplo e institucional das práticas racistas da nossa sociedade.

De outra monta, a Lei nº 11.445/07 estatui que os serviços públicos de saneamento básico devem ser prestados baseados nos princípios fundamentais da universalização do acesso, integralidade das atividades, eficiência, controle social, uso de tecnologias adequadas, segurança, qualidade, regularidade, integração, moderação, dentre outros, vide art. 2º e seguintes do diploma legal.

Para efeitos da lei, define-se saneamento básico como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações que visem o abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais.

É certo que, segundo a Lei nº 7.783/89, o tratamento e abastecimento de água e a captação e tratamento de esgoto e lixo são considerados serviços ou atividades essenciais. Para mais, necessidades inadiáveis, vez que, se não atendidas, colocam em perigo iminente a saúde da população.

Tem-se, assim, que acesso ao saneamento básico é direito subjetivo do cidadão médio e concretização do direito fundamental à saúde, vez que impacta diretamente na qualidade de vida e de saúde, ostentando prestações básicas à dignidade humana (FIORILLO, MARQUES, 2015; PEREIRA, SIQUEIRA, 2017).

Esse conjunto de serviços, infraestruturas e operações englobam (i) o abastecimento de água potável, (ii) esgotamento sanitário de esgoto, (iii) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e (iv) drenagem e manejo de águas pluviais, vide Lei federal especializada. Ressalte-se que o abastecimento de água, a captação e tratamento de esgoto e lixo são serviços ou atividades essenciais.

Quanto aos serviços de água, toda água potável destinada à ingestão, preparação e produção de alimentos, independentemente de sua origem, é própria para consumo humano. Água potável é a água que atenda ao padrão de potabilidade estabelecido na Portaria nº 2.914/11 do Ministério da Saúde. Difere esta da água tratada, que é a água submetida a processos físicos, químicos ou a combinação destes, visando atender aos padrões de potabilidade. A finalidade última do tratamento da água é torná-la potável.

Para tanto, necessárias são, à título exemplificativo, as Estações de Tratamento de Água – ETA's, represas que visam o armazenamento da água provenientes das chuvas e hidrômetros em todas as unidades consumidoras (ARAÚJO, 2017).

O abastecimento de água potável constitui-se pelas atividades e instalações demandadas à prestação pública desse tipo de serviço, desde a captação nos mananciais até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição, conforme dicção legal. O esgotamento sanitário, nessa oportunidade, também consiste no tratamento e disposição final adequados dos esgotos, desde as ligações prediais até seu lançamento no meio ambiente.

A limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos aperfeiçoam-se na coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final do lixo doméstico, do lixo originário da varrição e limpeza dos logradouros e vias públicas.

Deve o gestor público, no tratamento dos comandos legais, atender às regras técnicas expedidas pelos órgãos técnicos competentes, a saber, a Fundação Nacional da Saúde – FUNASA. Logo, o projeto deve conter, além dos requisitos e diretrizes (elencados em www.funasa.gov.br/site), alguns elementos outros, conforme Manual expedido pela FUNASA (ARAÚJO, 2017).

Ocorre que a urbanização tardia, por concentrar pessoas e atividades produtivas, tem direto impacto degradador no meio ambiente. Tais problemas congregam (i) ruptura da continuidade do território urbano, (ii) segregações socioespaciais, (iii) ocupação de áreas de risco e (iv) precarização das infraestruturas e serviços urbanos (JATOBÁ, 2011; OJIMA, MONTEIRO, NASCIMENTO, 2015).

Decorre desta a periferação, que determina um acesso desigual à água potável e ao saneamento básico, a localização de instalações poluidoras e de alto risco em áreas habitadas por negros – inclusive instalações estatais – e uma maior exposição aos riscos de desabamentos e de contaminação por resíduos tóxicos.

Tão logo, a distribuição injusta dos danos ambientais em meio a determinadas populações, submetendo-as a um meio ambiente precário, para além de flagrante violação negativa do texto constitucional, constitui um estado de coisas institucionalmente racista (PIRES, TOTTI, 2015).

É dentro desse bojo teórico que se insere a presente pesquisa. Impende, portanto, avaliar como o macrossistema de acesso ao saneamento e à saúde ambiental se correlaciona ao Médio Paraíba no Sul Fluminense.

4. Metodologia

No que tange a abordagem da pesquisa, esta se enquadra como qualitativo-quantitativa, utilizando-se de dados numéricos e não numéricos para obtenção dos resultados pretendidos.

Conforme leciona Antonio Carlos Gil (2010) pesquisa é o “procedimento racional e sistemático que tem como objetivo proporcionar respostas aos problemas que são propostos”. Enquadra-se em pesquisa qualitativa de cunho descritivo e analítico, permitindo a compreensão dos impactos sociais e culturais de um fenômeno, apreendendo o objeto de estudo de forma particular e definindo seu desenvolvimento. Com efeito, é pesquisa explanatória, que analisa e explica por que ou como os fatos ocorrem (RAMPAZZO, 2005; TRIVIÑOS, 1987; GODOY, 1995; COLLIS, HUSSEY, 2005).

Quanto ao gênero, perfaz-se pesquisa empírica, codificando a face mensurável da realidade social. Em relação aos seus objetivos, possui escopo explicativo, pelo que busca explicar um fenômeno social no sentido de entendê-lo e agregar elementos ao conhecimento (DEMO, 1995; DENCKER, VIÁ, 2012).

Em relação à técnica de coleta de informações, o presente se pautou em recursos como revistas especializadas, livros, monografias, teses, dissertações, internet, livros, legislações de direito privado, Constituição Federal, artigos científicos, etc. Dessa forma, o presente estudo utilizou de pesquisa bibliográfica e documental, nacional e internacional.

Em face da necessidade de coleta de informações, vale-se de metodologia qualitativa, que “fornece uma análise mais detalhada sobre as investigações, hábitos, atitudes, tendências de comportamentos e coleta de dados” (MARCONI, LAKATOS, 2011, p. 269).

A coleta de dados se deu por questionários e formulários abertos, contando com um montante de 150 (cento e cinquenta) respostas. O formulário exigia: a) o endereço eletrônico do respondente; b) a cidade em que era domiciliado, sem prejuízo de cidades não taxadas, seguido do bairro; c) a avaliação quanto à distância do bairro em relação ao centro administrativo da cidade; d) a avaliação quanto ao perfil médio socioeconômico do bairro em questão; e) a avaliação quanto ao perfil étnico-racial do bairro; f) a avaliação quanto ao tratamento de esgoto; g) a avaliação quanto à coleta e manejo de resíduos sólidos; h) a avaliação quanto ao tratamento de água potável, e; i) a avaliação quanto ao controle de poluição ambiental.

Tão logo, três momentos distintos foram observados para a construção do trabalho, quer sejam, a) divulgação e difusão do formulário nas redes e em veículos oficiais de comunicação; b) levantamento e análise das respostas obtidas, e; c) confronto dos resultados obtidos levando em conta as condições socioeconômicas, com elaboração gráfica. Obtidas as informações, seguem-se descritas ao longo desse trabalho

5. Resultados e discussões

Por meio das observações feitas ao longo das pesquisas, foi possível evidenciar algumas incoerências sociais relacionadas à prestação dos serviços públicos em relação às populações de maioria branca e de maioria preta.

A pesquisa alçou maiores respostas das cidades de Angra dos Reis (uma resposta), Barra do Pirai (uma resposta), Barra Mansa (cinquenta e duas respostas), Itatiaia (sete respostas), Mendes (uma resposta), Pinheiral (uma resposta), Pirai (duas respostas), Porto Real (seis respostas), Quatis (quatro respostas), Resende (trinta e sete respostas), Rio de Janeiro (uma resposta), Vassouras (uma resposta) e Volta Redonda (36 respostas). Para fins

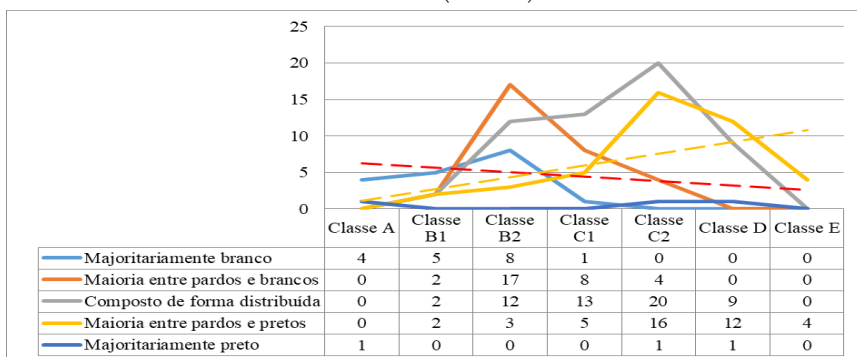
metodológicos, o recorte feito deu-se nas cidades em que foi obtido o maior número de respostas, quer sejam, Barra Mansa, Resende e Volta Redonda.

Embora as análises classistas sejam insuficientes para demonstrar a incidência do racismo nas relações sociais, conjugada com a análise de outros fatores como tratamento e esgotamento sanitário, potabilidade da água e manejo dos resíduos sólidos é capaz de revelar a relação entre o fator raça e questões ambientais. Ao traçar o perfil socioeconômico dos indivíduos que responderam a pesquisa, aqueles que residem em bairros de maioria branca inserem seus vizinhos, principalmente, nas classes A a C1. Ao passo que os bairros de maioria entre pardos e pretos é composto principalmente por indivíduos de classe C1 a E.

Os gráficos contam, inclusive, com linhas de tendência, aquelas sinalizadas em pontilhado, que evidenciam a disparidade com relação às comunidades de cor. Enquanto a tendência de pretos e pardos é de ocupar bairros predominantemente de classe E, os de maioria branca e parda apresentam uma linha de tendência invertida, de modo que quando mais próximos da classe A, menos ocupados por pretos e pardos serão esses bairros.

Gráfico 1 – Comparação entre o perfil socioeconômico e o étnico-racial

Fonte: (do autor)

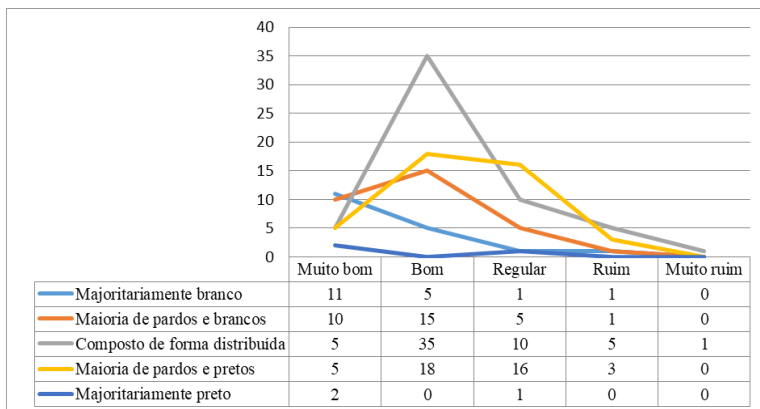


Quanto ao grau de potabilidade da água, como supracitado, a ocupação territorial das cidades do Vale do Paraíba, desde antes dos projetos de urbanização do período industrial, foram delimitados a partir do Rio Paraíba, curso de água dotado de precípua importância socioeconômica na região Sudeste.

Nesse sentido, situados na Bacia Hidrográfica Paraíba do Sul, os municípios registraram, em geral, boas avaliações quanto ao abastecimento das cidades. Assim, ainda que a urbanização e industrialização sejam responsáveis

pela crescente poluição dos rios e escassez hídrica, notadamente o sistema de tratamento de água investido pelo Poder Público tem gerado resultados razoáveis, sem significativa disparidade entre os bairros.

Gráfico 2 – Variação da potabilidade da água em relação ao perfil étnico-racial

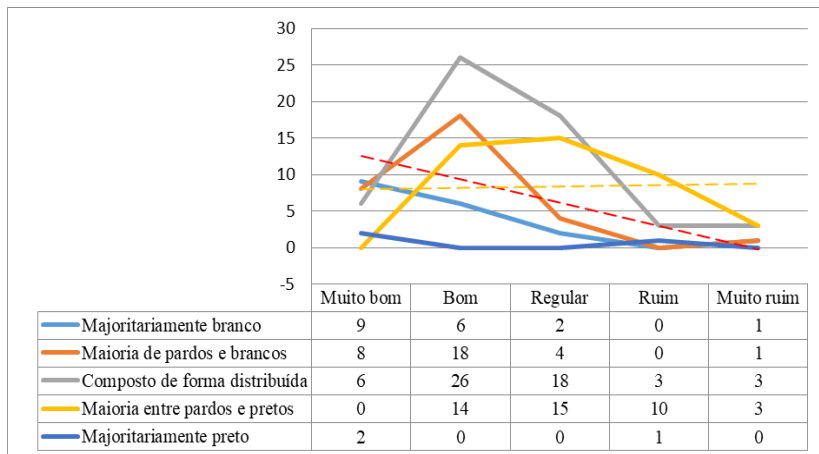


Fonte: (do autor)

Em se tratando de tratamento e esgotamento sanitário, as linhas de tendência auxiliam, novamente, a identificação do problema. Os bairros compostos majoritariamente por brancos ou por brancos e pardos registram, em sua maioria, avaliações de muito bom a regular. E, a transição é nítida pelas respostas dos residentes em bairros compostos por todas as etnias de forma distribuída, que, em sua maioria, classificam esse serviço de bom a regular. Já os bairros de maioria preta e parda foram os que mais apresentaram respostas identificando o serviço de esgoto dos municípios como ruins ou muito ruins.

Quanto ao manejo de resíduos sólidos, assim como na análise da potabilidade da água, os moradores demonstraram certa aprovação quanto aos serviços prestados por seus municípios. E, mesmo havendo sutil diferença, mais uma vez, entre as respostas de moradores de bairros de maioria branca e parda em detrimento dos de maioria preta e parda, a análise se concentrou entre bom e regular, no que tange ao serviço público de limpeza pública urbana e coleta e transporte de lixo.

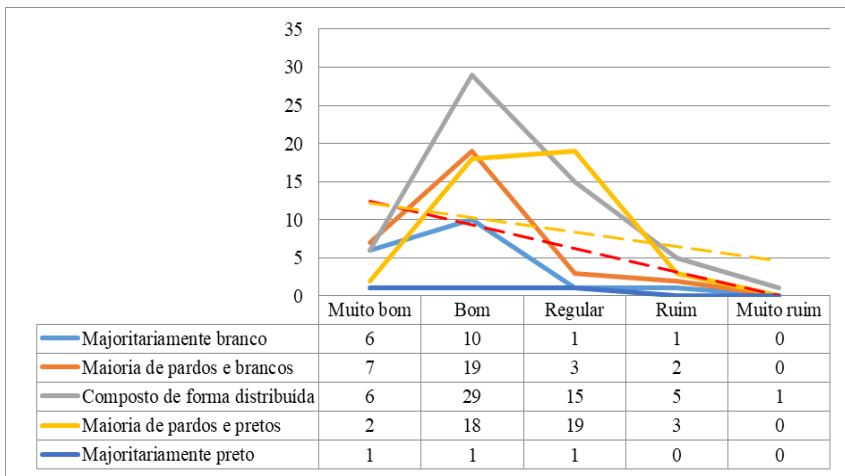
Gráfico 3 - Variação do tratamento e esgotamento sanitário em relação ao perfil étnico-racial (do autor).



Fonte: (do autor)

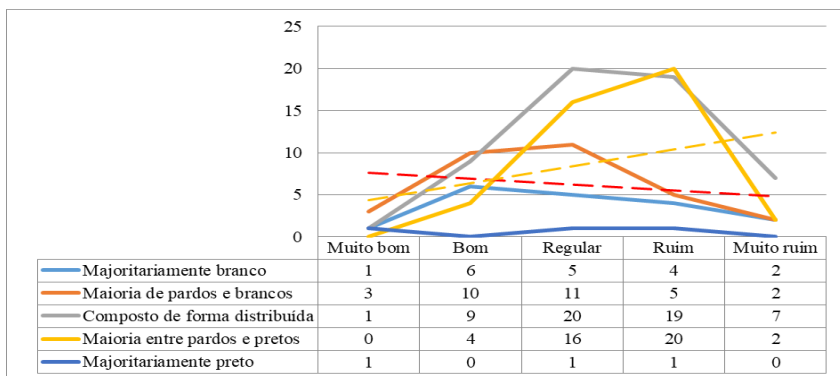
Uma vez que se trata de uma região que passou por um processo de industrialização acelerada, além de uma falsa noção de planejamento urbano, os efeitos da indústria na qualidade de vida da população são inegáveis. Corroborando esse entendimento, os resultados da pesquisa relativos ao controle da poluição ambiental (do solo, do ar e das águas), classificam de regular a muito ruim as iniciativas do Poder Público quanto a esse serviço, principalmente nos bairros de classe C1 a E, especialmente na cidade de Volta Redonda, sede da siderurgia nacional

Gráfico 4 – Variação do manejo de resíduos sólidos em relação ao perfil étnico-racial



Fonte: (do autor)

Gráfico 5 – Variação do controle de poluição ambiental em relação ao perfil étnico-racial



Fonte: (do autor)

Dispensando a análise meramente econômica que indica a região do Médio Paraíba como uma das mais desenvolvidas no estado do Rio de Janeiro, os índices sociais e ambientais apontam problemas camuflados pelo deslumbramento de uma região industrializada e de aquecido setor terciário. A injustiça ambiental, em se tratando de um contexto racializado, nas cidades de Resende, Barra Mansa e Volta Redonda se dá, principalmente, pela precariedade do esgotamento sanitário e pela exposição da população à poluição de maneira desmedida.

6. Conclusões

Em virtude dos dados coletados pela presente pesquisa, observa-se desproporcionalidade entre a prestação de serviços de saneamento em relação às comunidades de cor. Os impactos ambientais compõem uma estrutura de manutenção da desigualdade social, refletida especialmente nos aspectos raça e renda.

Desse modo, apesar dos esforços do Poder Público em garantir o acesso à água potável, tratamento de esgoto e coleta e manejo de resíduos sólidos, a faceta institucional do racismo impede a integralidade dos serviços à população, notadamente no sul fluminense.

A retomada ao processo histórico com que se deu a industrialização da região somada ao regime escravista exploratório agro-pecuário que possibilitaram o acúmulo de capital essencial ao crescimento do Médio Paraíba nos auxilia a acompanhar uma verdadeira manutenção do poder vigente. Contudo, a análise meramente classista nos desvia de um fator essencial: a raça ou etnia.

Não deve se excluir de apreciação do presente estudo a falta de uma política de reinserção dos escravos libertos no século XIX. Esses permaneceram excluídos ao terem de se submeter à precárias condições de serviço ainda depois da abolição da escravatura, e continuaram à margem da sociedade quando os proprietários de terras usaram do crescimento econômico da região a partir da década de 50 para valorização de seus terrenos, forçando as camadas mais pobres a se alocarem em espaços mais vulneráveis, seja em periferias ou em outras zonas de risco.

A presente pesquisa evidencia a subjugação de pessoas pretas e pardas através das políticas públicas, especialmente na esfera ambiental. O racismo ambiental, entendido como uma das manifestações de injustiça ambiental, se manifesta de diferentes formas. No Médio Paraíba, em especial, devido a seu passado essencialmente escravocrata e uma realidade atual industrializada, a marginalização ambiental é identificada, principalmente, na análise dos serviços de tratamento e esgotamento sanitário além do controle da poluição, seja do ar, solo ou água.

Referências

ALMEIDA, D. S. **Justiça Ambiental e Racismo Ambiental no Brasil**. Monografia. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), 2016.

ARAÚJO, A. M. B. **Análise jurídica do saneamento básico no Brasil**. Revista de Doutrina e Jurisprudência. 52. Brasília. 108 (2). P. 283-300 / jan - JUN 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mai 2019.

_____. Lei n° 11.445, de 5 de janeiro de 2007. **Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências**. Brasília, 2007. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 21 mai 2019.

_____. Lei n° 7.783, de 28 de junho de 1989. **Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências**. Brasília, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 24 mai 2019.

_____. Portaria n° 2.914, de 12 de dezembro de 2011. **Dispõe sobre os procedimentos de controle e de vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade**. Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2914_12_12_2011.html. Acesso em: 22 ago 2019.

BECKER, B. K.; EGLER, C. G. **Brasil: uma nova potência na Economia Mundo**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1993.

BULLARD, R. **Confronting environmental racism: voices from the grass roots**. Boston: South End Press, 1993.

COLLIS, J.; HUSSEY, R. **Pesquisa em administração: um guia prático para alunos de graduação e pós-graduação**. (Trad. Lúcia Simonini). 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

DEMO, P. **Metodologia científica em ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

DENCKER, A. F. M.; VIÁ, S. C. **Metodologia Científica – Pesquisa empírica em ciências humanas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, G. L.; QUEIROZ, M. V. L. **A trajetória da teoria crítica da raça: história, conceitos e reflexões para pensar o Brasil.** Revista Teoria Jurídica Contemporânea. 3.1, janeiro-julho 2018. PPGD/ UFRJ – ISSN 2526-0464, p. 201-229.

FIORILLO, C.; MARQUES, R. **Direito Ambiental Contemporâneo.** 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FUSCO, F. M. **O planejamento territorial como instrumento de desenvolvimento local: o Médio Vale do Paraíba Fluminense – RJ.** In: Anais do X Encontro de Geógrafos da América Latina, 2005. Universidade de São Paulo.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GODOY, A. S. **Pesquisa qualitativa: tipos fundamentais.** Revista de Administração de Empresas. São Paulo, v. 35, n. 3, p. 20/29, mai/jun, 1995.

HERCULANO, S. “**Lá como cá: conflito, injustiça e racismo ambiental**”. Texto apresentado no I Seminário Cearense contra o Racismo Ambiental. Fortaleza, 20 a 22 de novembro de 2006. Consultado a 02 fev 2010. Disponível em: <http://www.professores.uff.br/seleneherculano/publicacoes/la-como-ca.pdf>. Acesso em: 01 ago 2019.

_____. **O clamor por Justiça Ambiental e contra o Racismo Ambiental.** Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente – v.3, n.1, Artigo 2, jan./abril, 2008.

JATOBÁ, S. U. S. **Urbanização, meio ambiente e vulnerabilidade social.** IPEA. Boletim regional, urbano e ambiental. 05, jun. 2011. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5567/1/BRU_n05_urbanizacao.pdf. Acesso em: 23 mai 2019.

LIMONAD, E. **Os lugares da urbanização: o caso do interior fluminense.** Tese de doutorado, FAU/USP, São Paulo, 1996.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia científica.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MATSUDA, M. **Voices of America: Accent, antidiscrimination law, and a jurisprudence for the last reconstruction.** Yale Law Journal, 100, 1991, p. 1329-1407.

OJIMA, R.; MONTEIRO, F. F.; NASCIMENTO, T. C. L. **Urbanização dispersa e mobilidade no contexto metropolitano de Natal: a dinâmica da população e a ampliação do espaço de vida.** Urbe – Revista Brasileira de Gestão Urbana, Paraná, v. 7, n. 1, p. 9-20, 2015.

OLIVEIRA, S. A.; MELLO, E. V.; PEIXOTO, M. N. O. **Zonas de Sacrifício e (In) Justiça Ambiental: Construção de Espaços Marginalizados em Volta Redonda (RJ).** Pós-Graduação em Geografia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGG/UFRJ), 2017.

PAES E SILVA, L. H. **Ambiente e justiça: sobre a utilidade do conceito de racismo ambiental no contexto brasileiro.** E-cadernos CES [Online]. 17/2012. Desigualdades ambientais: conflitos, discursos, movimentos.

PEREIRA, M. M. F.; SIQUEIRA, M. **O acesso universal e sustentável ao direito ao saneamento como caminho de construção do desenvolvimento.** Revista Jurídica vol. 04, n°. 49, Curitiba, 2017. pp. 145-159.

PIRES, T.; TOTTI, V. **Racismo Ambiental e a distribuição racialmente desigual dos danos ambientais no Brasil.** Departamento de Direito, 2015.

RAMPAZZO, L. **Metodologia científica.** 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

RESCHILIAN, P. R. **O Vale do Paraíba no contexto da urbanização brasileira e a questão do planejamento regional.** Rev. Ciênc. Hum, Taubaté, v. 11, n. 1, p. 25-32, 2005

SILVA, C. L.; PIRES, T. R. O. **Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil.** In: STEINMETZ, Wilson Antônio et AL (Org.) Direitos dos Conhecimentos. Santa Catarina: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, 2015. p. 61-85.

SCHIFFER, S. R.; DEÁK, C. **O processo de urbanização no Brasil.** 1. Ed. São Paulo. Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

SOLARZANO, D.; CEJA, M.; YOSSO, T. **Critical race theory, racial microaggressions, and campus racial climate: the experiences of African American college students.** In: The Journal of Negro Education, vol. 69, n. 112, pp. 60-73, 2000.

TRIVIÑOS, A. N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação.** São Paulo: Atlas, 1987.

Cláusula escalonada med-arb: as consequências jurídicas da sua inobservância

Med-arb scheduled clause: the legal consequences of its inobservance

Ana Carolina Chagas¹;
Matheus dos Santos Caetano²;
Thaís Freire de Vasconcelos³.

Resumo

O presente estudo tem por objetivo avaliar os efeitos jurídicos da convenção de cláusulas arbitrais escalonadas, em especial, a cláusula med-arb, sob a ótica das consequências jurídicas da sua inobservância. A partir da adoção das cláusulas escalonadas, em especial, a cláusula *med-arb* discute-se algumas peculiaridades no instituto, principalmente, os seus efeitos no processo arbitral quando da não observância da sua estipulação.

Palavras-chave:

Cláusula escalonada *med-arb*. Arbitragem. Mediação. Responsabilidade civil. Pressuposto processual.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar os efeitos jurídicos da convenção de cláusulas arbitrais escalonadas, em especial, a cláusula med-arb. Nesse sentido, buscar-se-á apresentar não só as consequências jurídicas da sua adesão, mas também as implicações jurídicas pela sua inobservância.

O Direito, por excelência, objetiva dirimir conflitos de interesse qualificados em pretensões resistidas. Para tanto, a nova cultura do litígio, para além de tomá-lo como indesejável, o reconhece como inerente à figura humana, oportunizando a elaboração de técnicas adequadas para sua solução ou prevenção. Nesse viés, um dos grandes desafios do Estado é a complexidade social. O elevado custo do processo judicial, a demora na solução do conflito e o

1 Discente do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), pólo Volta Redonda (PUVR), vinculados à Equipe de Estudos e Competição em Arbitragem (UFF/VR);

2 Discente do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), pólo Volta Redonda (PUVR), vinculados à Equipe de Estudos e Competição em Arbitragem (UFF/VR);

3 Advogada. Pós-Graduanda em Direito Processual com ênfase em Direito Empresarial pela Universidade Federal Fluminense. Pós-Graduanda em Direito Civil e Empresarial pelo IDD da Faculdade IBMEC-SP. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Orientadora da Equipe de Estudos e Competição em Arbitragem (UFF/VR).

tecnicismo inspirou a busca por soluções que se apresentassem mais adequadas a determinados conflitos. Não se busca mais alcançar apenas uma decisão para problemática apresentada, mas sim espera-se encontrar a verdadeira pacificação social (PINHO, 2017).

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (2018) apresentou, durante a Reunião Preparatória para o XII Encontro Nacional do Poder Judiciário, o Relatório Justiça em Números 2018. O estudo acerca do funcionamento da Justiça reúne dados de 90 tribunais e segundo avaliado, o Judiciário chegou ao final do ano de 2017 com um acervo de 80,1 milhões de processos sem uma solução definitiva. Essa crise de eficiência do Poder Judiciário aliada à proposta de celeridade e confidencialidade dos meios “adequados” de resolução de conflitos, têm levado os litigantes à substituir o judiciário em eventuais litígios reforçando o viés de pacificação dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos.

Sob essa ótica, percebe-se a importância do denominado sistema multiportas. Sob o tema, Humberto Dalla (2015, p. 42) leciona que:

Em um congresso realizado no ano de 1976, Frank Sander, professor da Faculdade de Direito de Harvard, sugeriu a adoção daquilo que batizou de *multi-door courthouse*. A proposta indicava que, quando o jurisdicionado se dirigisse ao Estado para se servir do instrumento de solução de conflitos disponibilizado, não encontrasse somente a jurisdição, mas outras ‘portas’, com outros mecanismos disponíveis, como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Diante desse cenário, consolidou-se no Brasil o denominado *Tribunal Multiportas*, instituto pelo qual o Estado oferece à sociedade alternativas variadas para buscar a solução mais adequada de controvérsia. Trata-se de mecanismo de pacificação social, no qual as partes não estão mais sujeitas a uma decisão imposta pela sentença judicial e podem optar por meios consensuais mais apropriados a administração e resolução do conflito (CAHALI, 2018).

A arbitragem e a mediação são exemplos de métodos adequados de resolução de conflitos. Enquanto o primeiro se caracteriza por um método heterocompositivo pelo qual um terceiro imparcial atua como juiz de fato e de direito, o segundo se apresenta como meio autocompositivo no qual as partes com ajuda de um terceiro neutro e imparcial buscam a solução do conflito.

A utilização dos métodos de forma conjunta se torna uma tendência mundial a partir da aplicação de cláusulas escalonadas que incluem a formação dos chamados processo híbridos no ordenamento jurídico brasileiro (SZACHNOWICZ, 2004). A partir da adoção das cláusulas escalonadas, em

especial, a cláusula med-arb discute-se algumas peculiaridades existentes no instituto, em especial, os seus efeitos no processo arbitral quando uma das partes não observa a estipulação de se submeter a um procedimento mediatório antes da instauração da arbitragem.

Nestes casos, qual seria a consequência para a demanda arbitral? Poderia a arbitragem ser instaurada ou a submissão do conflito a mediação representaria um pressuposto procedimental? Ainda, poderia se falar em responsabilidade contratual para a parte que não observou o procedimento acordado?

É o que se busca responder com o presente artigo.

2. Os métodos de solução de conflitos e as cláusulas escalonadas

A ampliação de direitos nas últimas décadas aumentou indiretamente a litigiosidade das relações interpessoais, uma vez que, aumentada a complexidade das relações sociais, os indivíduos passam a buscar a tutela dos seus direitos quando violados. Nesse viés, como resposta efetiva a tais mudanças, passou-se a pensar mais na efetiva superação harmoniosa dos conflitos do que apenas na apresentação de uma resposta.

Sob essa perspectiva, cabe dizer que se desenvolveram filtros de litigiosidade, fundamentados na liberdade individual de escolhas, por meio do resgate de outros meios de resolução de conflitos. Assim, passou-se a falar na superação da cultura da sentença estatal para a cultura da pacificação dos litígios. Daí o aumento da utilização de práticas consensuais de natureza privada como instrumentos jurídicos (LEVY, 2013).

Os métodos adequados de resolução de conflitos, como já é de praxe, se dividem em meios judiciais e extrajudiciais. Estes últimos podem vir a adquirir a denominação chamada de meios de solução alternativa de conflitos.

Nesse sentido, Osvaldo Agripino de Castro Jr. (2002, p. 88) leciona:

A expressão alternativa decorre da cultura em que o modelo dominante da resolução de conflitos é de competência do Poder Judiciário, o que se torna uma impropriedade, pois nos Estados Unidos, as evidências mostram que a maioria dos conflitos é resolvida fora da esfera jurídica.

Desse modo, surgiram as *Alternative Dispute Resolutions* (ADR), ou métodos adequados de resolução de conflitos, pelo qual as partes se submetem a procedimentos extrajudiciais, de forma pacífica e legal, para busca da solução definitiva do conflito.

Estes poderão ser classificados em meios autocompositivos ou heterocompositivos de acordo com o envolvimento das partes na decisão do litígio. Assim, se verifica-se a natureza autocompositiva quando o consenso atingido pelas partes interessadas ocorre com ou sem a intervenção de terceiro. Já os métodos heterocompositivos, o conflito é obrigatoriamente administrado por um terceiro, escolhido ou não pelos litigantes, que detém o poder de decidir o conflito com um viés vinculativo para as partes (SANTOS, 2004).

As formas mais conhecidas de resolução de conflitos se resumem não-taxativamente à conciliação, a negociação, a autotutela, a mediação e a arbitragem. Todavia, no presente trabalho, por questões metodológicas, abordar-se-á apenas a mediação e arbitragem, sob a ótica da cláusula escalonada.

2.1. A mediação como forma de solução de conflitos

No contexto dos métodos autocompositivos de resolução de conflitos, a mediação *lato sensu* se apresenta como um processo de transformar antagonismos em convergências, por meio da intervenção de um terceiro escolhido pelas partes (FIORELLI, FIORELLI, MALHADAS JUNIOR, 2008)

Por sua vez, Juan Carlos Vezzulla (1998, p. 15/16) afirma que:

Mediação é a técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor.

Trata-se, portanto, de uma forma de solução do conflito, por meio do qual as partes com o auxílio de um terceiro neutro e imparcial buscam a solução do litígio. Nestes casos, verifica-se que as partes possuem uma relação constituída tanto por vínculos pessoais como jurídicos, razão pela qual busca-se na mediação restabelecer uma convivência com equilíbrio. Abandona-se, portanto, o foco em decisões estáticas para priorizar o poder do desenvolvimento no conflito (FISHER; KOPELMAN; SCHNEIDER, 1996).

Nesse viés, a diferença de interesses das partes é vista como elementar ao processo de mediação e, assim, não cabe fazer com que se imponham umas às outras. Pode-se observar, portanto, a promoção da gestão do conflito por parte do terceiro mediador por meio do realinhamento de divergências, o que torna a resolução do conflito uma das possíveis consequências e não decorrência direta da instauração da mediação. No Brasil a mediação foi instituída pela Lei nº 13.140/15 que dispõe não apenas sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, mas também sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública

2.2. A arbitragem como forma de solução de conflitos

Trata-se de instrumento de heterocomposição, por meio do qual as partes convencionam que o litígio será submetido a um terceiro imparcial sem a interferência do Poder Estatal, sendo a sua decisão vinculante às partes pactuantes.

Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona (2009, p. 31) leciona que:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

Para Francisco José Cahali (2018, p. 125) a arbitragem é método em que:

As partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma convenção, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial.

No Brasil a arbitragem foi instituída pela Lei nº 9.307/96. Dentre as vantagens pela escolha do instituto pode-se destacar a possibilidade de escolha do julgador com maior expertise, a celeridade para a resolução do conflito, na medida em que a Lei de Arbitragem dispõe prazo de seis meses para elaboração da sentença arbitral, salvo convenção em contrário (art. 23), a flexibilidade do procedimento na arbitragem, o provável cumprimento espontâneo das decisões na medida em que as partes elegem o julgador com base na confiança, pressupõe-se que respeitarão a sentença arbitral, a confidencialidade comum às convenções arbitrais e a irrecurribilidade da sentença arbitral que equivale-se a uma sentença judicial transitada em julgado.

2.3. A cláusula escalonada: os processos híbridos

Independentemente do meio escolhido, esse deve se valer essencialmente para (i) aplicar a lei adequada ao caso *in concreto*, (ii) dar solução ao litígio, (iii) eliminar a lide e (iv) satisfazer a vontade das partes. Nessa seara, a combinação de métodos diversos pode ser vantajosa sob o ponto de vista da finalidade dos métodos, que é dar fim ao conflito (FIEDLER, 2018).

A utilização de métodos combinados, ainda incipiente no Brasil, é largamente usado no âmbito internacional. Segundo Neil Andrews (2010, p. 469), *“Many corporations now prefer to use internacional arbitration in combination with other ADR mechanisms”*. Ainda, David Elliot (2012, sp), afirma que a utilização de cláusulas escalonadas motiva-se pelo *“success it has achieved in several high profile cases in the United States”*.

Segundo estudo realizado pela Escola de Arbitragem Internacional da Universidade Queen Mary de Londres (2008) 25% dos casos submetidos à arbitragem são resolvidos antes mesmo da sentença arbitral, sendo que desses, 27% foram frutos de acordos providos pelo interesse das partes em manter suas relações comerciais. Além disso, cerca de 40% negociaram um acordo após a prolação da sentença, diminuindo, portanto, o custo e o tempo despendidos na fase de execução.

No Brasil, tal movimento não é diverso. Isto porque, tanto a mediação quanto a arbitragem são amalgamados são espécies de um mesmo um gênero, qual seja, os mecanismos ADR. Igualmente, as instituições arbitrais utilizam-se de sua própria estrutura para conduzir tanto os procedimentos de mediação quanto os de arbitragem. A maioria dos bons árbitros são também bons mediadores. Inclusive, as câmaras arbitrais, percebendo tal sinergia, emprestam seus serviços às duas atividades, fato perceptível ao se avaliar os seus nomes, que, recorrentemente, designam os dois ofícios.

Nessa seara, há um movimento de crescimento do uso de métodos combinados no Brasil. Boa parte das grandes câmaras de mediação e arbitragem sugerem às partes a inserção de cláusulas *med-arb* em seus contratos, ou na posterior assinatura de compromisso arbitral.

Não obstante a mediação e a arbitragem sejam meios de solução de controvérsias essencialmente distintos, é comum sua união formal no âmbito nacional e internacional. Isso porque vê-se uma ancestralidade comum entre arbitragem e mediação, na medida em que ambos tem amparo no direito privado e representam formas alternativas à tutela jurisdicional estatal (LEVY, 2013).

Nesse contexto, se verifica a utilização das cláusulas denominadas escalonadas ou híbridas. A cláusula escalonada consiste na previsão pela convenção de dois ou mais métodos de resolução de litígios a serem exercidos na forma convencionada. Tal disposição é relevante e apropriada para contratos de longa duração, de execução diferida, a saber, os de parceria público-privada ou de complexas obras de construção civil e infraestrutura (BERALDO, 2014), bem como nos contratos nas áreas de energia, gás e petróleo, em que o inadimplemento contratual pode vir a repercutir diretamente nas demais contratações e subcontratações (LEMES, 2010).

Segundo Fernanda Levy (2013, p. 200), identifica-se como cláusula escalonada as *“estipulações contratuais que preveem fases sucessivas que contemplam os mecanismos mediação e arbitragem para a solução de*

controvérsias”. Para a autora, tal riqueza de combinações à disposição das partes, por um lado, potencializam a escolha adequada para do meio de solução de litígios, e provê uma orientação jurídica especializada para o modelo eleito, por outro. Ainda, leciona Francisco José Cahali (2018, p. 184), que é frequente atualmente a disposição “expressa de busca pela solução da controvérsia por meio de mediação ou conciliação previamente à arbitragem (*cláusula med-arb*), ou em fase própria durante o procedimento, com suspensão deste (*cláusula arb-med*)”. A mediação, nesse sentido, sustenta um mecanismo multietapas.

Já Selma Lemes Ferreira (2010) reconhece que as cláusulas escalonadas ou combinadas são aquelas que preveem modalidades conjugadas de solução de litígios. Para tanto, as partes, em um contrato, estipulam que previamente à instituição da arbitragem para solucionar um conflito surgido ou relacionado ao contrato, se submeterão ao processo autocompositivo de mediação ou conciliação.

A sinergia existente entre os métodos autocompositivo e heterocompositivo não é adstrita aos contratos, mas também se manifesta na legislação que normatiza a arbitragem no Brasil. A Lei n° 9.307/1996, em seu art. 21, especifica que a arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, de modo que as partes e o árbitro deverão subsumir ao avençado, inclusive se o avençado dispor pelo escalonamento. Por sua vez, o artigo 21, §4° dispõe que competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes.

A previsão de conciliação, entretanto, difere da ideia da utilização da cláusula *med-arb* por ocasião (i) do momento em que ocorre a escolha da utilização da mediação como método adequado de solução de conflitos; (ii) pelo mediador/árbitro que poderá ser escolhido baseado nessa escolha; e (iii) também porque a mediação e conciliação são institutos diferentes entre si. Ainda assim, nota-se que o legislador intentou, em certos limites, incentivar os métodos autocompositivos aliados a heterocomposição.

Pondera-se, assim, a vontade das partes em escalonar a arbitragem, a mediação ou a conciliação e sua respectiva qualificação em lei. Desta maneira, a convenção se torna efetivo negócio jurídico cuja eficácia é livre e qualificada ante os variados métodos de resolução de lides.

É certo que o escalonamento pode ocorrer de duas formas: (i) mediante o início da arbitragem, com a subsequente suspensão para a mediação para que em seguida ocorra a homologação do acordo ou continuidade da arbitragem (*cláusula arb-med*); ou (ii) mediante previsão anterior de mediação e somente caso essa reste inglória, a instauração do procedimento arbitral (*cláusula med-arb*).

Atualmente, verifica-se a utilização da cláusula *arb-med-arb*, em que a parte requerente inicia o procedimento arbitral com a formação do Tribunal Arbitral e com um aviso de arbitragem, mas que logo é suspenso. Por

consequente, segue-se para a mediação que, se restar infrutífera, tem seu fim, impelindo as partes novamente para a arbitragem. Tal opção é relativamente recente, pioneira no Centro Internacional de Arbitragem de Singapura - SIAC - e pelo Centro de Mediação Internacional de Singapura - SIMC (SCAPIN, 2018). Em que pese à multiplicidade de modalidades de escalonamento, é a cláusula *med-arb* objeto do presente trabalho.

2.1.1 A cláusula escalonada med-arb

A cláusula *med-arb* tem ganhado espaço e destaque na atualidade, levando, inclusive, alguns doutrinadores a confundir a espécie com o gênero. Tal fato “revela a busca de uma saída conjunta como fase precedente à instauração do litígio, o que enseja interesse crescente sobre o panorama das técnicas compositivas não contenciosas” (TARTUCE, 2008, p. 270).

Nesse tipo de disposição, se indica uma forma de solução de conflitos gradual fazendo com que, inicialmente, “as partes busquem a solução consensual direta de seus conflitos, podendo, caso não alcancem resultado, solucioná-los [...] pelo julgamento do árbitro, que decide de modo definitivo a controvérsia” (GUERRERO, 2012, p. 91).

Segundo Arthur Müller Fiedler (2018, p. 52), o escalonamento desses métodos é vantajoso quanto “a) a economia de recursos; b) tempo despendido e o desgaste das partes e, por fim; c) segurança jurídica para a solução de conflitos empresariais”.

Essa estirpe de escalonamento é capaz de justapor vantagens dos dois institutos originários, incentivando as partes a alcançarem uma solução consensual, ajudando-as a perpetuar suas relações comerciais e, concomitantemente, garantindo uma resolução de seu conflito (SZACHNOWICZ, 2004).

Nesse sentido, também não há que se falar em meio mais ou menos eficiente ao comparar a mediação e a arbitragem, mas deve-se considerar a existência de características próprias e particulares de cada um dos institutos, as quais devem ser utilizadas para permitir a solução do conflito (PACHIKOSKI, 2015).

Reconhece-se, portanto, a eficiência da hibridez entre mediação e arbitragem, na medida em que a combinação entres os meios permite às partes desenvolver soluções específicas para o caso concreto, criando prioridades e métodos adequados para seus problemas, superando relutâncias e afinando seu desenvolvimento (GUERRERO, 2012).

Klaus Peter Berger (2006) prediz que um bom redator deve ser capaz de (i) adequar todos os procedimentos de ADR escolhidos para o projeto e ordená-los para inserção na cláusula; (ii) ponderar eventual insucesso do escalonamento e a boa execução do contrato e, por fim; (iii) criar transições suaves entre um

método e outro, a fim de garantir o bom funcionamento dos procedimentos. Logo, as partes devem dispor de certos cuidados à redação da cláusula escalonada de modo a não torná-la um obstáculo a real vontade das partes, à celeridade do procedimento e a utilidade que lhe é própria.

O primeiro critério a se analisar é o da efetiva necessidade de se combinar os dois métodos. É probo examinar os interesses e as finalidades das partes, analisando se o uso da arbitragem e da mediação seria vantajoso. Feita a opção pela referida cláusula, as partes deverão ser cuidadosas quanto à obrigatoriedade ou voluntariedade da fase de mediação, além de discutir a inclusão ou não de cláusula penal caso uma das partes não compareça (GABBAY, MAZZONETTO, KOBAYASHI, 2013).

Impõe-se, outrossim, como relevante o estabelecimento de um *cooling off period*, que consiste no prazo para a tentativa de mediação, normalmente de 30 a 90 dias e prorrogável até certo ponto. Tal prazo é necessário, pois, do contrário, “poderá haver o seu uso protelatório pela parte que não tiver interesse em resolver o conflito de forma rápida” (GABBAY, MAZZONETTO, KOBAYASHI, 2013, p. 32).

Com efeito, segundo Fernanda Levy (2013, p. 229), a não estipulação de um *time* para a fase amigável “pode ser motivada pelo desejo escuso de procrastinar o procedimento arbitral, ‘ganhar tempo’ nesta fase pode ser uma estratégia ‘jurídica’, sabidamente desleal (...)”. Logo, tal *period* é imperioso para um processo salutar.

Ademais, é mister que as partes disponham contratualmente as funções de árbitro e mediador para as respectivas audiências. Há, nessa perspectiva, duas opções: a previsão permissiva de cumulação de função entre o mediador e o árbitro - quando a mesma pessoa exerce as duas atividades - e a previsão proibitiva em relação à tal cumulação, devendo os dois papéis serem tomados por duas pessoas diferentes.

Para Goldberg, Sander, Rogers e Cole (2007, p. 307), “in this process, the neutral functions first as a mediator, helping the parties arrive at a mutually acceptable outcome. If mediation fails, the same neutral then servers as an arbitrator, issuing a final and binding decision”. Igualmente, Paula Costa e Silva (2009, p. 128) leciona que “a med-arb pressupõe exactamente que a instância de auto e heterocomposição seja a mesma. O que significa que, na verdadeira med-arb será a mesma pessoa a assumir as funções de mediador e de árbitro”.

O fundamento dessa linha é entender que a autonomia das partes tem o condão de eleger uma única pessoa para ambos os procedimentos, eis sua declaração quando da anuência para com a cláusula *med-arb*. A presença de um único neutro, além de economizar tempo e dinheiro, encorajará os litigantes a buscarem um acordo, pois saberão que esse mesmo neutro é quem definirá a sentença na arbitragem (LEVY, 2013). Em posição contrária, há quem recomende que a acumulação de funções não é recomendável. Daniela Gabbay,

Nathalia Mazzone e Patrícia Kobayashi (2013), a cumulação de funções pode trazer riscos para mediação, uma vez que as partes não se sentirão seguras em expor informações e interesses àqueles que depois irão julgar seu caso, e para a arbitragem, pois colocará em xeque a imparcialidade do árbitro e o devido processo legal.

Apesar de reconhecer referida cumulação, Paula Costa e Silva (2009, p. 128) alerta que “as partes poderão tender a manter secreta, durante a mediação, informação relevante, mas que, do seu ponto de vista, as poderá prejudicar”. Ainda, afirma que “essa tendência manter-se-á ainda que o mediador não possa fundar a decisão arbitral nessas informações, mas apenas na matéria de facto que, de um ponto de vista de direito estrito, possa ser considerada provada no processo”. Para Shirly Szachnowicz (2004, p. 4) a acumulação funcional pode descaracterizar o próprio instituto da mediação, eis que “as partes podem ainda utilizar o processo da mediação para tentar convencer o mediador de seu ponto de vista, ao invés de realmente tentar alcançar uma solução para ambas”. Em síntese, preleciona Carlos Alberto Carmona (2009, p. 34) que “não é recomendável que o mediador exerça, em caso de fracasso do método autocompositivo, a função de árbitro”.

A despeito do apresentado, persiste a dúvida: a mediação é uma condição procedimental para a instauração da arbitragem ou é mera disposição contratual digna de perdas e danos caso violada?

3. Eficácia da cláusula escalonada med-arb: as consequências jurídicas do seu descumprimento

É factual que tanto a arbitragem quanto a mediação são eivados pela chancela da autonomia da vontade das partes (SCAVONE Jr, 2016). Assim, no âmbito da combinação entre esses dois meios, cabe o questionamento acerca de sua obrigatoriedade ou facultatividade. Por outra forma: a parte interessada pode acessar diretamente a arbitragem, prescindindo da fase mediatória, ou deve, necessariamente, acionar o mecanismo autocompositivo prévio? In abito, para atestar a obrigatoriedade da fase autocompositiva, deve-se remeter à literalidade da redação da cláusula que a estipulou. Com efeito, “é no rigor e na clareza da própria cláusula que se deverá começar por procurar a solução para a sua executoriedade” (NAPOLIS; JÚDICE, 2010, p. 9).

Para Gary Born (2016), a obrigatoriedade da cláusula deve ser analisada casuisticamente, de acordo com a redação das partes. Nas hipóteses das denominadas cláusulas de cortesia, não há que se falar em quaisquer efeitos jurídicos que vinculem as partes. As cláusulas de cortesia são caracterizadas pela “previsão pela qual as partes estipulam que empreenderão conversações amigáveis, antes de buscarem outros meios disponíveis de solução de controvérsias (...)” (LEVY, 2013, p. 168).

Segundo Giovanni Nanni (2008, p. 308), esse tipo de disposição se coaduna com os princípios da solidariedade e fraternidade preambulares em nosso sistema, dado que é “imperioso que as partes busquem, na proporção dos esforços que lhe cabe, em cooperação, o adimplemento da obrigação assumida”.

Destarte, a estipulação de “melhores esforços” ou “melhores intenções” como medida prévia a outro método de solução de conflito não configura, sequer, cláusula escalonada, em nenhum grau, já que lhe falta um elemento jurídico que componha sua essência. Para Selma Lemes (2010) cuida-se tão somente de um procedimento informal de negociação, mesmo quando estipula um prazo para as partes chegarem a um acordo. É a lição de Gary Born (2016, p. 239): “*As in other contexts, the use of imperative terms, such as 'shall' or 'must', has sometimes been held to be consistent with a mandatory obligation; in contrast, terms such as 'can', 'may', or 'should' are typically non-mandatory*”.

Há que se destacar, outrossim, que a utilização de vocábulos não-vinculativos como “poderá” (*may* ou *might* em inglês), consoante Bruno Barreto de Azevedo (2010, p. 53) “faz com que se leia a vontade das partes como sendo no sentido de enfraquecer - senão praticamente eximir - a disposição de sua vinculação obrigatória”. É, em última instância, hipótese de cláusula compromissória patológica, em que “a imprecisão pode comprometer a certeza quanto à vontade das partes, e enseja dificuldade na sua efetivação” (CAHALI, 2018, p. 181). Essa imprecisão, contudo, pode ser suprida se for possível extrair dela a real intenção das partes, em respeito aos princípios da salvação da convenção arbitral (favor arbitris) e da conservação dos negócios jurídicos (BERALDO, 2014).

Quando, ao revés, a cláusula prevê expressa e especificamente a mediação como uma etapa do escalonamento, entende-se que a vinculação é certa. De fato, “ante o impasse quanto à obrigatoriedade ou não da conciliação ou mediação prévias, é importante que as partes explicitem na cláusula se a previsão de fase amigável anterior à arbitragem é vinculante [...]” (REYNOL, 2017, p. 85). Faz-se necessário que essa cláusula tenha caráter impositivo e estabeleça regramentos básicos do procedimentos, como período mínimo ou máximo de sessões, a instituição, as normas aplicáveis, o mediador, etc (SALOMÃO, 2017).

Observe-se o caso Sulamerica CIA Nacional de Seguros S.A. vs. Enesa Engenharia S.A., ocasião em que a Alta Corte Inglesa entendeu que

There are three major difficulties which stand in the way of the submission that Condition 11 is an enforceable obligation. First, there is no unequivocal commitment to engage in mediation let alone a particular procedure (...) the parties only agree in general terms to attempt to resolve differences in mediation. Second, there is no agreement to enter into any clear mediation process, whether based on a model put in place by an ADR

organization or otherwise. Third, there is no provision for selection of the mediator.

Constata-se que os órgãos arbitrais não tem uma resposta unívoca sobre o grau de vinculação de procedimentos pré-arbitrais. Não se poderia exigir, tão logo, uma resposta unívoca sobre a precedência ou não da mediação em caso de ela ser estabelecida como um procedimento inicial (SALOMÃO, 2017). Sobre tal temática, há quem afirme que a mediação seria um pressuposto para o ingresso em ação arbitral, delegando elementos processuais à eficácia máxima das partes. A inobservância dos procedimentos iniciais previstos na cláusula med-arb teriam, assim, efeitos processuais, o que viria a impedir a instauração da arbitragem até que tais condições sejam satisfeitas. De modo contrário, há quem diga que a arbitragem pode ser suscitada mesmo sem a observância da fase prévia, fato que ensejaria mero inadimplemento de cláusula contratual resolvido por perdas e danos. É o que se vê nas próximas sessões.

3.1. Eficácia processual

Analisar a convenção da cláusula escalonada a partir do seu efeito processual, significa considerar a mediação como pressuposto para a instauração do procedimento arbitral, de modo que o árbitro não pode receber uma demanda sem antes as partes tenham mediado.

Segundo Fredie Didier Jr. (2017), são pressupostos processuais todos os elementos de existência, requisitos de validade e condições de eficácia do procedimento, ato complexo de formação sucessiva. Para Humberto Theodoro (2016), os pressupostos são exigências legais sem cujo atendimento, o processo e a relação jurídica não se estabelecem ou não se desenvolvem validamente.

Assim, verifica-se que:

Esta forma de interpretação considera que a cláusula escalonada teria os mesmos efeitos de uma convenção de arbitragem, no sentido de impor às partes a mediação ou conciliação prévias e retirar do juiz ou árbitro sua competência para analisar a questão (eficácia negativa) (LEMES, 2010, p. 11).

Nessa linha, Leonardo Beraldo (2014) leciona que na hipótese de inobservância da cláusula escalonada *med-arb* o processo arbitral deverá ser extinto, sem resolução do mérito, tendo em vista que a disposição contratual firmada não foi observada. Para Fernanda Rocha Lourenço Levy (2013) o descumprimento da cláusula escalonada não ensejaria responsabilidade somente no campus processual, mas também na área obrigacional. Nesse sentido, a parte que não observou o cumprimento da cláusula irá responder por perdas e danos e pelo afastamento momentâneo da arbitragem.

Para os defensores dessa tese, a consequência processual, além de coadunar com os princípios da boa-fé objetiva e do pacta sunt servanda, se mostra mais condizente com os objetivos da cláusula escalonada, pois confere maior celeridade e menos perdas ao meio de solução do litígio. A mera sanção pecuniária não é suficiente para impedir que os contratantes não cumprir as etapas previamente acordadas. Ainda, grande seria a dificuldade em auferir os prejuízos oriundos do adimplemento caso a violação da cláusula escalonada tivesse efeitos meramente materiais (SALOMÃO, 2017).

No advento da Lei 13.140/15, o art. 23 estabeleceu que se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes ajustarem que não irão iniciar procedimento arbitral até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz deverá suspender o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento da condição.

3.2. Eficácia contratual

Sob a perspectiva da teoria geral dos contratos, a cláusula escalonada pode ser interpretada como fonte de obrigação entre as partes. Seu descumprimento obedeceria às regras ordinárias que norteiam os Título IV e IX do Código Civil. A mediação não seria, assim, empecilho à instauração de um procedimento arbitral, mas ensejaria responsabilização civil.

Inicialmente, é imperativo compreender que as cláusulas híbridas criam obrigações que, por sua essência, são obrigações de meio. Isso significa que a obrigação surgida impele as partes à submeter a lide aos procedimentos previstos na cláusula, bem como garantir sua participação. Não há, assim, obrigação de resultado, que, *in casu*, seria a de produzir o acordo (TEIXEIRA, 2010).

Leciona Selma Lemes (2010, p. 10) que a cláusula escalonada configura obrigação de resultado quanto à origem, já que “faz nascer a necessidade de se instituir um procedimento de mediação”. Uma vez instituído esse resultado, ressalta a autora que as partes deverão se empenhar em buscar “uma solução para o conflito que deriva do contrato principal, tendo uma atitude construtiva, representando uma obrigação de meio”.

Ato contínuo, em regra, a mediação é fruto da vontade das partes em mediar. As cláusulas med-arb são arquitetadas para aumentar a eficiência do procedimento arbitral, evitando gastos e processos desnecessários. Quando, *in casu*, se verifica que uma das partes não tem interesse em transacionar ou em negociar, a etapa da mediação incorre em mera perda de tempo e recursos, antinomia da pretensão de celeridade que as partes optaram ao concordar com um processo arbitral (FARINELLI; CAMBI, 2014).

Em magistério, Eduardo Pecoraro (2012, p. 186) leciona que

(...) nos casos em que a possibilidade de composição amigável já se vislumbra inviável o que poderá ser extraído, por exemplo, do teor das notificações trocadas entre as partes - parece ser um formalismo exagerado, incompatível, aliás, com a própria natureza da arbitragem, extinguir um processo arbitral - ou impedir que ele se instaure - a fim de exigir das partes uma tentativa de conciliação que já se sabe de antemão improvável de alcançar.

Para além, o princípio do acesso à jurisdição veda qualquer forma de procedimento pré-jurisdicional que obste o direito de ação. Não se pode excluir da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, conforme previsão constitucional e infraconstitucional (vide art. 5º, XXXV, CF/88 c/c art. 3º, caput, CPC/15). O diploma processual, no mesmo artigo, estabelece que a arbitragem é permitida, nos termos da lei (art. 3º, §1º, CPC/15). Nesse esteio, não se poderia encarar um mecanismo pré-arbitral como hipótese de limitação, legal ou contratual, do direito ao acesso à justiça, com riscos de incorrer em afronta ao texto constitucional.

Esse entendimento é sedimentado na não-exigibilidade de exaurimento de fase administrativa prévia para ingresso em instância judicial ou arbitral. A decisão de um conflito por tribunal administrativo não tem escopo jurisdicional. Segundo Fredie Didier Jr. (2017, p. 192), “faltam-lhe os atributos da aptidão para a coisa julgada material e da não suscetibilidade de controle externo, indefectíveis da atividade jurisdicional”. A decisão arbitral, por sua vez, fica imutável pela coisa julgada, configurando jurisdição propriamente dita (CARMONA, 2009).

Com efeito, a exigência de um processo administrativo prévio em nada afeta a eficácia da convenção de arbitragem. O resultado do tribunal administrativo, se abrangido pelo escopo da convenção, é passível de revisão pelos árbitros (NUNES Jr, 2017).

As críticas ao efeito processual do descumprimento da cláusula med-arb dizem respeito à forma com que o tribunal arbitral irá conduzir sua negativa ao requerimento de arbitragem. Rejeitar tal requerimento por ausência de jurisdição e exigir que a parte apresente um novo pedido de acordo com o convencionado não é enxergada como uma forma idônea para refletir tais consequências processuais. Em última instância, é confrontar o princípio da competência-competência, insculpido no art. 8º, parágrafo único, da LArb (SALOMÃO, 2017).

4. Considerações finais

Resta evidente, portanto, que os desdobramentos dos métodos adequados de resolução de conflitos, têm por objetivo facilitar a resolução de conflitos surgidos, em especial com a cultura do litígio na sociedade contemporânea. A complexidade das relações sociais demanda novos meios para dirimir os conflitos com fins à pacificação social.

Sob essa égide, percebe-se a importância do *Tribunal Multiportas*, visto que, por meio deste, são oferecidas diversas alternativas para a solução mais adequada à cada controvérsia em suas particularidades, uma vez que as partes não estão mais sujeitas a uma decisão imposta por sentença judicial. A arbitragem e a mediação são exemplos desses institutos.

A partir da possibilidade de retirar a exclusividade da sentença judicial, surge também a possibilidade de aplicação desses métodos de maneira conjunta, ou seja, permite-se a formação de procedimentos híbridos a partir do advento das cláusulas escalonadas. A adoção destas, em especial a cláusula med-arb, autoriza a análise de certas peculiaridades no instituto, a exemplo verificam-se as consequências em um processo arbitral quando uma das partes não observa a previsão de se submeter à mediação antes da arbitragem e sua obrigatoriedade ou facultatividade.

Assim sendo, cabe deliberar se a arbitragem pode ser instaurada independentemente da etapa prévia de mediação ou se esta representa um pressuposto processual, ou, ainda, se existe ou não a possibilidade de responsabilização contratual em face da parte que não observou o mecanismo autocompositivo prévio.

Nesse sentido, com o intuito de atestar a obrigatoriedade da fase prévia de mediação, é essencial que se atente à literalidade da redação da cláusula que a estipulou, visto que é no rigor da cláusula que se encontra a solução para sua executividade. Para tanto, se existe o intuito de pugnar pela compulsoriedade da cláusula, esta não pode compor os elementos de uma cláusula de cortesia ou mesmo termos de natureza genérica- concebem cláusula compromissória patológica-, uma vez que afastam o teor obrigatório e, por conseguinte, não vinculam as partes. Para tanto, se restar comprovada a obrigatoriedade da cláusula, a doutrina diverge acerca das consequências jurídicas de sua inobservância, as quais podem ser analisadas sob um escopo processual ou contratual.

Para os defensores de sua eficácia processual, deve-se considerar a mediação como pressuposto para a instauração do procedimento arbitral, de modo que o árbitro é impedido de receber e julgar a demanda sem que as partes tenham mediado previamente. Desse modo, a inobservância da cláusula escalonada *med-arb* levaria à extinção do processo sem resolução de mérito. Pode, ainda, a parte que não observou seu cumprimento, responder por perdas e danos, uma vez que o descumprimento não enseja responsabilidade somente no campo processual, mas também na área obrigacional.

Isto posto, a consequência processual, além de coadunar com os princípios da boa-fé e do pacta sunt servanda, reflete de maneira mais clara os objetivos da cláusula escalonada. A tese da eficácia contratual, em contrapartida, deve ser interpretada sob a perspectiva da teoria geral dos contratos e, consequentemente, ser tratada como fonte de obrigação entre as partes. Tão logo, a mediação não é óbice à instauração do procedimento arbitral, mas enseja responsabilização civil.

Faz-se imperioso ressaltar, que a mediação deve advir da vontade das partes em mediar. As cláusulas med-arb e as cláusulas híbridas de maneira geral, são arquitetadas para aumentar a eficiência do procedimento arbitral de modo a evitar gastos e processos desnecessários e ineficientes. Para tanto, quando se confirma que uma das partes não tem interesse em negociar, a etapa de mediação prévia se torna perda de tempo e recursos, assim como vai de encontro à pretensão de celeridade pela qual as partes escolheram adotar a arbitragem.

Referências

ANDREWS, Neil. **Fundamental features of english commercial arbitration**. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coords.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Lisboa: Almedina, 2010.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem**: nos termos da lei n° 9.307/96. São Paulo: Atlas S/A, 2014.

BERGER, Klaus Peter. **Law and Practice of Escalation Clauses**. *Arbitration Internacional: Journal of the London Court of Internacional Arbitration*. vol. 22. n°. 1. Londres: Kluwer Law Internacional, 2006.

BORN, Gary; ŠEKIĆ, Marija. **Pre-Arbitration Procedural Requirements: 'A Dismal Swamp' in "Practising Virtue: International Arbitration**. Oxford Scholarship Online: January 2016.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: Mediação, conciliação, tribunal multiportas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

CNJ. CNJ apresenta Justiça em Números 2018 com dados dos 90 tribunais. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>>. Acesso em 13.04.19

Competição Brasileira de Arbitragem e Mediação Empresarial CAMARB. **Depoimento: Carlos Alberto Carmona | VIII Competição Brasileira de Arbitragem e Mediação CAMARB**. 2017. (3m52min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=iJenVKXqupY&t=17s>>. Acesso em: 10 arb 2019.

COOLEY, John W.; LUBET, Steven. **A advocacia na mediação**. Tradução René Loncan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil - v. 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ELLIOT, David C. **Med-arb: fraught with danger or ripe with opportunity?** Alberta Law Review, June, 1995. Disponível em: <<http://www.davidelliott.ca>> . Acesso em: 09 abr 2019.

FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo. **Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil**. In.: Arbitragem e mediação: mediação e outros modos alternativos de solução de conflitos. Vol. 6, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIEDLER, Arthur Müller. **A Eficiência da Convenção de Cláusulas Arbitrais Escalonadas na Solução de Conflitos Empresariais: um estudo no âmbito das câmaras de mediação e arbitragem brasileiras**. Tese de Mestrado. Área de concentração: direito da empresa e negócios, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2018. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7040>>. Acesso em: 13 abr 2019.

FIORELLI, José Osmir, FIORELLI, Rosa, MALHADAS JUNIOR, Marcos Olivé. **Mediação e solução de conflitos : teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2008.

GABBAY, Daniela Monteiro; MAZZONETTO, Nathalia; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi. **Desafios e Cuidados na Redação da Cláusula de Arbitragem**. In: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs.). Arbitragem Comercial: Princípios, Instituições e Procedimentos – A prática no CAM-CCBC. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons; São Paulo: CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação/Câmara de Comércio Brasil-Canadá, 2013.

GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E.A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph. **Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes**. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

GUERRERO, Luis Fernando. **Efetividade das Estipulações voltadas à Instituição dos Meios Multipartas de Solução de Conflitos**. Tese de Doutorado. Área de concentração: direito processual, Faculdade de Direito da USP, 2012. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-09042013-150524/es.php>>.
Acesso em: 13 abr 2019.

LEMES, Selma Ferreira. **Cláusula Escalonada ou Combinada: Mediação, Conciliação e Arbitragem**. In: Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG, e Direito Brasileiro FINKELSTEIN, Cláudio, VITA, Jonathan B., CASADO FILHO, Napoleão. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas Escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NANNI, Giovanni Ettore. **O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade**. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil: estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008.

NAPOLES, Pedro Metello de; JÚDICE, José Miguel. **Cláusulas que impõem mecanismos de prévia conciliação: da sua executoriedade e das consequências da sua violação**. Disponível em: <http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/01_Artigos_JMJ/Clausulas_de_conciliacao_previa_a_arbitragem_Livro_Acuerdo_Arbitral_Peru_2010.pdf>. Acesso em: 18 abr 2019.

PECORARO, Eduardo. **Arbitragem nos contratos de construção**. In.: Direito e infraestrutura. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: Editora CRV, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. HALE, Durval. CABRAL, Trícia. [organizadores]. **O Marco Legal da Mediação no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2015.

REYNOL, Thais Schiavoni Guarnieri Silva. **Cláusulas Arbitrais Patológicas e Cuidados na Redação de Cláusulas Compromissórias**. Tese de mestrado. Área de concentração: Direito dos Negócios, Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas São Paulo, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19097/TC_vfinal_para%20dep%C3%B3sito_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 abr 2019.

SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. **Aspectos Polêmicos das Cláusulas Escalonadas**. Migalhas, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/12/art20171218-05.pdf>>.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SCAPIN, Jessica. Arb-Med-Arb: **O método mais recente para Resolução de Conflitos na Arbitragem Internacional**. CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CONIMA. Publicado em: 22 mar 2018. Disponível em: <<http://www.conima.org.br/arquivos/16627>>. Acesso em: 09 abr 2019.

SCAVONE Jr, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação** - 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION, Queen Mary University of London. **International arbitration corporate attitudes and practices, 2008**. Disponível em: <http://www.arbitrationonline.org/docs/IAstudy_20008.pdf>. Acesso em: 09 abr 2019.

SILVA, Paula Costa e. **A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias**. Relatório sobre conteúdo, programa e método de ensino. Lisboa: Coimbra Ed., 2009.

SZACHNOWICZ, Shirly E. Vogelfang. **Processos Híbridos: A Utilização Prática da Cláusula Med-Arb**. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 2 | p. 109 | Mai / 2004DTR\2004\290.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2008.

TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. **A Aplicação e Interpretação das Cláusulas Escalonadas de Resolução de Disputas no Âmbito do Direito do Comércio Internacional**. Monografia. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de direito processual civil – vol. I**, 57ª ed., Rio de Janeiro: Forense 2016,

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998, p.15 e 16.

Venda de computadores e notebooks com sistemas operacionais: a não configuração da venda casada

Selling computers and notebooks with operating systems: failing to set up selling

Gabriela Camargo de Oliveira¹;
Natália de Barros Loio Miguel²
Marcus Wagner Seixas³

Resumo

A venda casada constitui uma das práticas abusivas do Código de Defesa do Consumidor. Nessa perspectiva, o presente artigo visa estabelecer uma análise dos seus impactos nos sistemas operacionais já instalados em notebooks, tendo por base o processo nº 2011.01.1.137596-5 do TJDFT que obteve o mesmo entendimento em todas as instâncias: não configuração da venda casada.

Palavras Chaves:

Direito do consumidor. Venda casada. Sistema operacional.

1. Introdução

O Código de Defesa do Consumidor, disciplinado pela Lei nº: 8.078/90 tem por objetivo proteger os direitos do consumidor, a parte vulnerável da relação de consumo, e pode ser considerado um diploma normativo protecionista. Nas palavras de Georgios Alexandridis:

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é a principal razão da existência do desdobramento dos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, preponderante protecionista, ou seja, se o consumidor é a parte mais vulnerável (mais fraca) faz-se mister equacionar sua relação perante o fornecedor (isonomia) e, portanto, protegê-lo. (ALEXANDRIDIS, 2013).

¹ Discentes do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense de Volta Redonda e Membros da Liga Acadêmica de Direito da UFF-VR.

² Discentes do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense de Volta Redonda e Membros da Liga Acadêmica de Direito da UFF-VR.

³ Docente do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense.

Nessa perspectiva, o presente trabalho visa fazer uma análise do capítulo V, seção IV do CDC que trata das práticas abusivas, constituindo assim, mais uma forma de proteger o consumidor de possíveis abusos do fornecedor. Com isso, o rol exemplificativo de práticas abusivas previstos no artigo 39 CDC, o inciso I disciplina a venda casada, o principal objeto de estudo.

Vale mencionar também que o Código de Defesa do Consumidor disciplina o tema de práticas abusivas não só no art. 39, mas também no art. 40 que trata de orçamentos e o art. 41 que disciplina preços tabelados, entretanto, práticas abusivas em geral são aquelas elencadas de forma exemplificativa pelo art. 39 (NUNES, 2019).

A venda casada (art. 39, I do CDC) é uma das práticas abusivas vedadas ao fornecedor, pois esta condiciona a venda de produtos ou serviços a outro, sem a possibilidade do consumidor adquiri-los separadamente.

A partir do estudo do conceito e disciplina normativa da venda casada, bem como de entendimentos do ramo da informática, de modo geral, far-se-á uma análise dos sistemas operacionais de computadores e se nesse caso seria hipótese de ocorrência de venda casada ou não, tendo por base o processo nº 2011.01.1.137596-5- TJ/DF. Após recorrer a todas as instâncias do Judiciário, o entendimento consolidado foi no sentido de não caracterização da venda casada, na venda de computadores ou notebooks com sistema operacional já instalado, tendo em vista o desconhecimento de conceitos técnicos de informática pela maioria da população, o que traria mais prejuízos do que benefícios para um consumidor que após comprar o computador teria ainda que recorrer a um técnico para instalação de um sistema operacional. Além do fato de tais produtos não serem usualmente vendidos em separado, ponto essencial para a configuração da prática em questão, conforme entendimento do doutrinador Rizzatto Nunes.

Dessa forma, a fim de proteger o consumidor de possíveis abusos nas relações de consumo e tendo em vista, o caráter protecionista do Código de Defesa do Consumidor, práticas abusivas, é importante compreender os casos em que há ou não a sua configuração.

2. Práticas abusivas: Conceituação e previsão normativa.

A partir da compreensão de que aquele que é titular de um direito subjetivo pode abusar de seu exercício praticando atos considerados como abusivos, o legislador procurou regulamentar tais práticas vedando-as (NUNES, 2018). Rizzatto Nunes define o abuso de direito “como o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem. Ou, em outras palavras, o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular” (NUNES, 2018). Assim, a fim de evitar tais abusos, buscou-se a proibição legal das práticas abusivas.

A venda casada, disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, no capítulo V, seção IV encontra seu conceito legal no artigo 39, I, é considerada uma prática abusiva. Por definição, prática abusiva seria toda conduta do fornecedor que, de alguma forma, prejudique o consumidor nas suas relações com o mercado de consumo (ALMEIDA, 2018).

Além disso, pode ser caracterizada também por violar princípios gerais do direito, como a boa-fé objetiva. Nessa perspectiva, as práticas abusivas guardam relação com o ato ilícito previsto no artigo 187 do Código Civil. (ALMEIDA, 2018, p. 581/582).

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.

Dessa forma, são vedadas pelo ordenamento jurídico, tendo em vista alguns fatores como: a restrição no poder de escolha do consumidor; a vulnerabilidade econômica do consumidor em face do fornecedor e também, conforme o posicionamento de Herman Beijamin, trazido por (ALMEIDA, 2018, p. 579): “é compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas per se, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Para eles vige presunção absoluta de ilicitude”.

Vale destacar também, que o rol de práticas abusivas trazidas pelo artigo 39 CDC pode ser considerado um rol exemplificativo, ou seja, é passível de maiores interpretações e possibilidades de aplicação. Isso fica evidente na própria redação do artigo ao mencionar “dentre outras”, como uma alternativa para enquadrar outras situações semelhantes como prática abusiva. (ALMEIDA, 2018, p. 579)

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

Ademais, mais uma evidência de que o rol de práticas abusivas é um rol exemplificativo, decorre do fato de que o Código de Defesa do Consumidor disciplina o assunto não só no artigo 39, mas também entre os artigos 40 e 41, o que demonstra a amplitude do tema: “Desta forma, qualquer conduta em desconformidade com os padrões de boa conduta, ainda que não previstas no Diploma Consumerista, poderá se enquadrar na definição de prática abusiva”. (ALMEIDA, 2018, p. 584).

Sendo assim, “qualquer forma de conduta que afete negativamente o consumidor no sentido da realização de ações em desconformidade com os padrões de boa conduta, mesmo que não previstas no CDC poderá se enquadrar na definição de prática abusiva” (Site Brasil Escola).

2.1. Venda casada: art. 39, I Código de Defesa do Consumidor.

O conceito legal de venda casada está disciplinado no próprio Código de Defesa do Consumidor, no artigo 39, I, que considera como uma das hipóteses de prática abusiva: “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”.

O inciso I do artigo em questão veda duas distintas formas de operação casada. No final da redação, proíbe-se a venda de quantidade diversa da desejada pelo consumidor, sem justa causa, ou seja, há casos passíveis de imposição de limite quantitativo. E ainda, o início da redação refere-se a imposição da compra conjunta de mais um produto ou serviço, não sendo cabível nenhum tipo de ‘justo motivo’ a essa hipótese de venda casada. (NUNES, 2018).

Tendo em vista o conceito, fica evidente, que a venda casada veda ao fornecedor: “impor a aquisição conjunta, ainda que o preço global seja mais barato que a aquisição individual” (ALMEIDA, 2018, p.586).

Com isso, para que seja configurada tal prática abusiva ou não, são necessários alguns critérios como: os produtos ou serviços devem ser vendidos separadamente; a aquisição da unidade não pode alterar a essência do produto, ainda que o comportamento do consumidor em adquirir a unidade não impeça o fornecedor de vender o produto, em decorrência da ausência de sua completude. (ALMEIDA, 2018, p. 587).

Além disso, vale mencionar o posicionamento de Flávio Taturce e Daniel Amorim Assumpção Neves no “Manual de Direito do Consumidor: Direito material e processual”, acerca dos efeitos da venda casada que busca “um efeito caroneiro ou oportunista para a venda de novos bens. Ato contínuo afasta-se a limitação de fornecimento sem que haja justa causa para tanto, o que deve ser preenchido caso a caso”. (TARTUCE; NEVES, 2016, p.544).

Nesse sentido,

A norma proíbe que o prestador ou fornecedor submeta um produto ou serviço a outro produto ou serviço, ou seja, a venda casada se configura quando a alienação de um produto é condicionada a outro, configurando-se também quanto a serviços e quando há uma limitação de quantidade, sem justa causa. Como se percebe, é uma prática abusiva e vedada que deve ser combatida com rigor e veemência, tanto pelo consumidor quanto pelos órgãos defensores dos direitos consumeristas. (Site Brasil Escola).

Por fim, é necessário analisar, que a parte final do artigo 39, inciso I traz uma exceção, na qual poderia ocorrer a venda casada. Trata-se de sua ocorrência

por justa causa, ou seja, haverá exclusão em considerá-la como prática abusiva, toda vez que for hipótese de caso fortuito ou força maior. Por caso fortuito ou força maior entendem-se eventos imprevisíveis e que não seria possível mensurar com precisão os seus danos (ALMEIDA, 2018). Rizzato aponta alguns exemplos em que tal prática é possível sem a configuração de abuso de direito por parte do vendedor:

A norma permite a utilização de limites quantitativos quando justificada, duas hipóteses podem ocorrer: o limite máximo de aquisição e a quantidade mínima. No primeiro caso, justifica-se que o fornecedor imponha limite máximo em época de crise. Por exemplo, há falta de óleo no mercado. É aceitável que o supermercado venda uma ou duas latas por pessoa. No que respeita à imposição de compra de quantidade maior que aquela que o consumidor deseja, há que considerar os produtos industrializados que acompanham o padrão tradicional do mercado e que são aceitos como válidos. Por exemplo, o sal vendido em pacotes com 500 g, e da mesma forma a farinha, os cereais etc. (a venda a granel é cada vez mais exceção). (NUNES, 2018)

2.2. O assunto da venda casada trazido por outros diplomas normativos

A venda casada é considerada uma prática danosa aos consumidores e nesse sentido, o assunto já era disciplinado antes mesmo da edição do Código de Defesa do Consumidor como foi feita pela Lei Delegada nº 4 de 26 de setembro de 1962, no art. 11, alíneas f, i. Lei que foi revogada posteriormente pela Lei nº 7.784/89.

Art. 11 Fica sujeito à multa de 150 a 200.000 Unidades Fiscais de Referência - UFIR, vigente na data da infração, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

- f) produzir, expuser ou vender mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição, transgrida determinações legais, ou não corresponda à respectiva classificação oficial ou real;
- i) subordinar a venda de um produto à compra simultânea de outro produto ou à compra de uma quantidade imposta; (Redação dada pela Lei nº 7.784, de 1989)

Mesmo com o advento do CDC, assunto continuou a ser tratado em outros regramentos que abordavam a temática da venda casada como a Lei nº 8.137/90, em seu art. 5, II e III.

Art. 5º Constitui crime da mesma natureza: (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço; (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

III - sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

Além da Lei nº 8884/94, no art. 21, XXIII, que considerava a venda casada como uma infração à ordem econômica.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

Vale destacar que a lei nº 8884/94 teve dispositivos revogados pela Lei nº 12.259/11. (NUNES, 2018).

3. Sistemas Operacionais de microcomputadores e notebooks

Atualmente existem vários tipos de computadores no mercado, como por exemplo os notebooks e os microcomputadores, os quais são os mais comuns de serem comercializados. No ramo da informática, existem diversos conceitos, os quais, para a população comum não são de fácil compreensão. Desse modo, esse capítulo visa facilitar o entendimento de tais termos, a fim de auxiliar a compreensão e aplicação do conhecimento no mundo jurídico.

Primeiramente, tem-se a parte física dos computadores, a qual é denominada "hardware", porém o equipamento por si só não tem funcionalidade, uma vez que necessita de ordens de execução, determinada pelos programadores de computador (MATTOS, 2005, p. 25). Antônio Carlos M. Mattos

aponta que essas ordens de execução podem ser ordem gerais ou específicas, sendo as gerais agrupadas no sistema operacional do computador e "as ordens específicas são chamadas de aplicativos". (MATTOS, 2005, p. 25). O professor da Universidade Federal do Paraná, Carlos Alberto Maziero, aponta que "Entre os aplicativos e o hardware reside uma camada de software multifacetada e complexa, denominada genericamente de Sistema Operacional." (2017, p. 1)

Os sistemas operacionais são considerados uma categoria de "software" de sistema, isto é, aquele que realiza as tarefas de gerenciamento para o funcionamento do computador (MARÇULA; BENINI FILHO, 2011, p. 156). O software pode ser entendido como a "parte lógica que dota o equipamento físico de capacidade para realizar todo tipo de trabalho" (ALCALDE et al., 1991, p.5 apud MARÇULA; BENINI FILHO, 2011 p.154). Marcelo Marçula e Pio Armando Benini Filho conceituam software como:

É a parte lógica do sistema de computação armazenada eletronicamente. É composto por um ou mais programas (conjuntos de instruções) que capacitam o hardware a realizar tarefas específicas, pelos dados manipulados por eles, pela documentação de especificação (projeto) dos programas e pela documentação de operação dos programas. (MARÇULA; BENINI FILHO, 2011, p. 154).

Assim, "o software responsável pelo funcionamento geral dos sistemas de computação" é denominado sistema operacional como aponta Marcelo Marçula e Benini Filho (2011, p. 156). Pressman, classifica os sistemas operacionais como um software básico (Pressman, 2001, apud Laurindo, 2008). Já o Portal da Educação entende o sistema operacional como o mais importante dos sistemas de um computador, uma vez que este controla todos processos realizados pelo equipamento, realizando diversas funções as quais vão desde dar início aos dispositivos físicos do computador (hardware), a gerenciar os programas e as tarefas realizadas (PORTAL DA EDUCAÇÃO). E ainda, Marçula e Benini Filho o caracterizam como "talvez o mais complexo e importante para um sistema de computação" (MARÇULA; BENINI FILHO, 2011, p. 158).

Diante da definição de Maziero é possível verificar o uso de todos os conceitos então apresentados neste capítulo:

O sistema operacional é uma camada de software que opera entre o hardware e os programas aplicativos voltados ao usuário final. O sistema operacional é uma estrutura de software ampla, muitas vezes complexa, que incorpora aspectos de baixo nível (como drivers de dispositivos e gerência de memória física) e de alto nível (como programas utilitários e a própria interface gráfica). (Maziero, 2017, p.1)

Dentro do caso concreto, o qual será apresentado no próximo capítulo, há uma grande discussão acerca da venda de computadores os quais já incluem um sistema operacional, questionando se a atividade configura ou não a prática abusiva da venda casada, disciplinada no art. 39, I CDC. Mattos entende que o hardware por si só “não serve para nada”, apontando a necessidade das ordens de execução citadas anteriormente (MATTOS, 2005, p. 25). Já Marçula e Benini Filho coloca que “sem esse programa os sistemas de computação não conseguem realizar nenhuma operação.” (MARÇULA; BENINI FILHO, 2011, p. 158), em outras palavras, sem os sistemas operacionais, um computador ou notebook não funciona (MARÇULA; BENINI FILHO, 2011, p. 156).

4. A repercussão judicial do processo nº 2011.01.1.137596-5 TJ/DF

4.1. Resumo do caso.

O caso em tela foi movido por André Caldas de Souza na 11ª (décima primeira) Vara Cível de Brasília contra a Microsoft Informática LTDA, Positivo Informática S/A e B2W Companhia Global do Varejo (polos passivos da relação jurídica).

O autor da ação alega ter adquirido um notebook, de fabricação da Positivo Informática que era vendido pelo site da B2W, o qual já vinha com um contrato de licença de software, limitando seu poder de escolha em utilizar ou não o sistema operacional. Tendo em vista a cláusula do contrato de licença, André entrou em contato tanto com a fabricante Positivo, como com a B2W, a fim de devolver o software e obter ressarcimento por essa cláusula contratual que considerou indevida. Entretanto, não houve devolução de seu dinheiro, o que ensejou a presente ação.

No que tange ao processo, um dos argumentos utilizado pelo polo ativo foi à configuração da venda casada, declarando que este seria obrigado a contratar o licenciamento de determinados softwares com a aquisição do computador. Além da suposta venda casada, indica diversos motivos que o levam a não aceitar o contrato de licença de uso dos softwares:

Por não conhecer, previamente, o conteúdo do contrato, por não desejar ou necessitar contratar, pela vedação a venda a terceiros do software desacompanhado do computador, bem como cláusulas que limitariam sua funcionalidade e violariam sua privacidade. (Brasil. TJ/DF. Processo nº 2011.01.1.137596-5. André; Microsoft, Positivo Informática, B2W Companhia Global do Varejo. 2011).

Além da configuração de venda casada, na fundamentação houve também o pedido de reconhecimento de infrações da ordem econômica que eram disciplinados pela Lei nº 8.884/94, que foi modificada pela Lei nº 12.529/11 com o argumento de que haveria prevalência de alguns sistemas operacionais em relação a outras marcas presentes no mercado de consumo.

O autor da ação também indicou possíveis valores devidos de restituição, além do pedido de danos morais, já que foi demonstrado que os réus estabeleciam uma conduta que condicionava os consumidores a adquirir um produto ou serviço não desejado, conforme se depreende de um trecho da petição inicial, no qual:

Requer a inversão do ônus da prova, a declaração de existência de venda casada, cessação das condutas que infringem a ordem econômica, rescisão do contrato de compra e venda dos softwares adquiridos, com ressarcimento de R\$ 538,90 (quinhentos e trinta e oito reais e noventa centavos) e indenização por dano moral, no valor de R\$ 5.000 (cinco mil reais). (Brasil. TJ/DF. Processo nº2011.01.1.137596-5. André; Microsoft, Positivo Informática, B2W Companhia Global do Varejo. 2011).

Conforme será demonstrado logo abaixo, o autor da ação obteve o mesmo entendimento em todas as instâncias do Judiciário no sentido de não caracterização da venda casada, já que para que se configure tal prática é necessário que haja, usualmente, a venda dos produtos separadamente, conforme o entendimento do doutrinador Rizzato Nunes, citado nas argumentações das decisões, o que não ocorre no caso de notebooks, os quais comumente são vendidos já com um sistema operacional instalado.

4.2. Sentença em primeira Instância: não configuração da venda casada.

Após a conclusão de todas as fases processuais, a sentença julgou o indeferimento do pedido do autor na inicial, já que não foi configurada a prática abusiva de venda casada, assim como não houve acolhimento de nenhum dos pedidos solicitados na inicial pela parte autora.

Conforme demonstrado no curso do processo, André era analista de produto Powertrain e Gear Design na Fiat - Chrysler S/A, o que mostra seus conhecimentos técnicos no ramo de informática e dessa forma, o autor já sabia previamente que o notebook vinha com *software* da marca Microsoft, o que também já era informado de forma clara no sítio da B2W, que foi devidamente comprovado nos autos de fls. 173/200 do processo em análise.

Dessa forma, foi demonstrado que o autor sabia que estava adquirindo um notebook com sistema operacional já instalado.

E ainda, por possuir conhecimentos técnicos, o mesmo poderia ter optado por comprar um computador sem sistema operacional, a fim de satisfazer suas necessidades. A juíza asseverou, ainda que, a real intenção do polo ativo processual era “transferir a discussão ideológica entre sistema operacional aberto e fechado, dos meios acadêmicos, para o Judiciário”. (Brasil. TJ/DF. Processo n°2011.01.1.137596-5. André; Microsoft, Positivo Informática, B2W Companhia Global do Varejo. 2011).

Além disso, a não configuração de venda casada não se aplica ao caso em tela, já que o computador é considerado um bem que se popularizou com o passar do tempo e com grande utilização por boa parte da população. Segundo argumentação da juíza do processo em questão:

Caracteriza-se a venda casada quando o fornecedor de produto ou de serviço condiciona o fornecimento do produto ou do serviço à aquisição simultânea de outro produto ou serviço.

Em que pese essa juíza, não dispor dos mesmos conhecimentos técnicos em computador do autor, entende que, no caso dos autos, não configurada a venda casada.

Justamente, por se tornar um equipamento popular, o sistema operacional já vem instalado nos computadores, não existindo o equipamento, no mercado, qualquer que seja seu fabricante, sem sistema operacional. O equipamento necessita, para seu funcionamento, de software, e, nem todos os consumidores possuem conhecimentos técnicos avançados e suficientes, para instalar e adequar o sistema operacional. Consumidor com conhecimento técnico, como o autor, é exceção e não a regra. (Brasil. TJ/DF. Processo n°2011.01.1.137596-5. André; Microsoft, Positivo Informática, B2W Companhia Global do Varejo. 2011).

Dessa forma, a sentença judicial foi à seguinte:

Do exposto, julgo IMPROCEDENTES os pedidos iniciais e extingo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inciso I do CPC/73 (correspondente: art. 487, I NCPC/15).

Ante a sucumbência, condeno o autor ao pagamento de custas processuais e de honorários de advogado, estes,

no valor de R\$ 2.000,00, a ser rateado entre os requeridos.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. (Brasil. TJ/DF. Processo nº2011.01.1.137596-5. André; Microsoft, Positivo Informática, B2W Companhia Global do Varejo. 2011).

4.3. Segunda instância

Não satisfeito com a decisão do juízo de primeira instância, o autor, buscando uma revisão da sentença, interpôs um recurso de apelação, levando o caso ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (APC 0036919-33.2011.8.07.0001 DF 0036919-33.2011.8.07.0001).

Assim como a decisão de primeira instância, o tribunal não acolheu o pedido de configuração de concorrência desleal do autor, afirmando que o caso deve “ser individualizado prática abusiva, da qual “venda casada é espécie”, não podendo confundir tais atos.

Contudo, o tribunal entendeu que sobre a ótica do direito do consumidor não há que se falar na prática abusiva utilizando-se para embasar a decisão o posicionamento do doutrinador Rizzato Nunes o qual compreende que para que haja a configuração da venda casada é necessário que os produtos sejam vendidos em separado de modo usual.

NÃO SE PODE CONSIDERAR COMO OPERAÇÃO CASADA A VENDA DE NOTEBOOK COM O SISTEMA OPERACIONAL PREVIAMENTE INSTALADO, POSTO QUE NÃO É USUAL A VENDA DE COMPUTADORES SEM SISTEMA OPERACIONAL, MESMO PORQUE: O SISTEMA OPERACIONAL É UM CONJUNTO DE PROGRAMAS BÁSICOS E UTILITÁRIOS QUE FAZEM O COMPUTADOR FUNCIONAR. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.. Apelação Cível nº APC 20110111375965. Relator: Desembargador Alfeu Machado. Brasília, DF, 15 de janeiro de 2014.)

Nunes, em seu livro “Curso de Direito do Consumidor” explica a configuração da operação casada da seguinte forma:

É preciso, no entanto, entender que a operação casada pressupõe a existência de produtos e serviços que são usualmente vendidos separados. O lojista não é obrigado a vender apenas a calça do terno. Da mesma maneira, o chamado “pacote” de viagem oferecido por operadoras e agências de viagem não está proibido. Nem fazer ofertas do tipo ‘compre este e ganhe aquele’.

O que não pode o fornecedor fazer é impor a aquisição conjunta, ainda que o preço global seja mais barato que a aquisição individual, o que é comum nos 'pacotes' de viagem. Assim, se o consumidor quiser adquirir apenas um dos itens, poderá fazê-lo pelo preço normal. (NUNES, 2018)

O relator aponta ainda que não há como afirmar, diante das provas apresentadas no processo, que o custo da licença de software fazia parte do custo total do notebook, e, por esse motivo, não caberia à restituição do valor de R\$ 538,90 (quinhentos e trinta e oito reais e noventa centavos).

Quanto ao pedido de indenização por dano moral no valor de R\$5000,00 (cinco mil reais) o entendimento do tribunal também foi de indeferimento, apontando que "o sofrimento moral que merece ser compensado não decorre do mero incômodo, constrangimento ou frustração, sendo necessária a caracterização de um aborrecimento extremamente significativo" e ainda:

NO CASO EM EXAME, OS SUPOSTOS ABORRECIMENTOS SUPORTADOS PELO APELANTE DECORRERAM DE SUA PRÓPRIA CONDUTA, HAJA VISTA QUE O APELANTE TINHA PLENA CONSCIÊNCIA DO PRODUTO QUE ESTAVA ADQUIRINDO, TANTO É ASSIM QUE, ANTES DE ABRIR O EQUIPAMENTO QUE COMPROU, TIROU FOTOS DA ENCOMENDA LACRADA INFORMANDO QUE TEM PREDILEÇÃO PELO SISTEMA DEBIAN. NESSE PASSO, A TODO INSTANTE TIRA FOTOS INFORMANDO QUE "NÃO QUERO WINDOWS" "QUERO DEBIAN". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.. Apelação Cível nº APC 20110111375965. Relator: Desembargador Alfeu Machado. Brasília, DF, 15 de janeiro de 2014.)

O entendimento do tribunal considerou ainda que o apelante agiu com ausência de boa-fé uma vez que mesmo tendo pleno conhecimento do produto comprado, bem como do sistema operacional que previamente já vinha instalado, optou por comprá-lo e posteriormente apontou sua preferência por um sistema distinto, ao invés de optar pela compra de um equipamento que já atendesse suas necessidades e preferências.

Ademais, o relator do voto citou como embasamento, a posição do doutrinador Rizzatto Nunes a fim de embasar a decisão de não caracterização da venda casada no caso em questão.

Posto que, acompanhando o raciocínio de Rizzato Nunes, não é usual a venda de computadores sem sistema operacional, mesmo porque: o sistema operacional é um conjunto de programas básicos e utilitários que fazem o computador funcionar. Definição de Sistema Operacional (SO) extraído do site DEBIAN The universal operating system (<http://www.debian.org/index.pt.html>). (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº AREsp 623034 DF 2014/0279099-5. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 4 de dezembro de 2014.)

Outro argumento trazido foi de que uma vez que fosse caracterizada a venda casada no processo em tela, a decisão poderia ser aplicada por analogia a outros produtos de informática como, por exemplo, celulares, tablets, além, do fato de que o consumidor possuía conhecimentos técnicos de informática e nesse caso em questão poderia adquirir um notebook sem sistema operacional, para satisfazer seus anseios pessoais. Entretanto restou demonstrado que o autor agiu de forma consciente ao adquirir um computador que já continha um sistema operacional.

Desta forma, não há que se falar em venda casada, pois do contrário, teríamos que reputar também como operação casada à venda de outros produtos de informática (e/ou telefonia), como por exemplo, o iPhone, iPad ou iPod touch, tendo em vista que estes são vendidos com o sistema operacional iOS desenvolvido para os hardwares da plataforma Apple.

(...) Assim, o consumidor-apelante, ao comprar o equipamento, tinha plena ciência de que seria arrostado a aceitar o contrato de licença de uso do software que acompanhava o equipamento.

Por fim, conclui-se que no tribunal de segunda instância o processo em questão negou-se provimento quanto aos pedidos da apelação, de modo que teve sua sentença de não configuração da venda casada mantida por meio de um acórdão unânime da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

4.4. Instância Especial, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ)

Após a decisão da apelação cível negando provimento ao pedido, o autor do processo interpôs um Recurso Especial, o qual não foi admitido pelo

Supremo Tribunal de Justiça (STJ), gerando um agravo em Recurso Especial proposto pelo polo ativo da situação jurídica.

Nas razões do recurso especial (fls. 769/787), aponta a parte recorrente ofensa ao disposto nos arts. 39, I, do CDC; 36, § 3º, XVIII, da Lei 12.529/2011, sob o argumento de que houve "venda casada" do computador com o software - sistema operacional. (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº AREsp 623034 DF 2014/0279099-5. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 4 de dezembro de 2014.)

A partir das razões apresentadas, bem como baseado em todo entendimento proferida pelo Tribunal de Origem, o ministro concluiu que para que qualquer interpretação e decisão que pudesse ser feita pela instância superior dependeria de anterior análise das provas

Dessa maneira, depreende-se que o Tribunal de Origem julgou com base no substrato fático-probatório dos autos, razão pela qual, para alterar tais conclusões, seria necessário o revolvimento de provas, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ. (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº AREsp 623034 DF 2014/0279099-5. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 4 de dezembro de 2014.)

Súmula 7 STJ - A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL.

Deste modo, o agravo em Recurso Especial não foi provido pelo Superior Tribunal de Justiça.

5. Conclusão

O presente trabalho tratou de analisar, de modo geral, o abuso de direito por meio de práticas abusivas, vedadas de forma geral pelo ordenamento jurídico brasileiro. O artigo em questão focou em tal problemática dentro do direito consumerista, sendo as práticas abusivas abordadas na Seção IV do Capítulo V do Código de Defesa do Consumidor.

E ainda, de modo ainda mais específico, foi possível trazer uma análise da venda casada, considerada umas das práticas abusivas proibidas pelo CDC, já que o consumidor é considerado como a parte vulnerável da relação do consumo. Nesse sentido é o entendimento de ARAÚJO, 2015, no sentido de que:

Com o intuito de cingir esta relação, e buscando estabelecer o equilíbrio entre as partes, surge o Código de Defesa do Consumidor (CDC). O consumidor como parte sempre vulnerável, há de continuo ser amparado pela legislação perante as práticas comerciais estabelecidas.

A partir de uma análise doutrinária e de caso concreto abordou-se a ideia de operação casada, levando a uma abordagem dentro do contexto da informática. A partir de um estudo da disciplina normativa da venda casada, presente no artigo 39, I do Código de Defesa do Consumidor, pode-se concluir que a venda casada é uma das práticas abusivas vedadas ao vendedor, e ainda, a necessidade de critérios objetivos para a sua configuração.

Para que se analisasse a configuração ou não de tal prática dentro do caso concreto, primeiramente, foi necessário compreender alguns conceitos do ramo da informática, como hardware, software e sistema operacional. O segundo capítulo trouxe essa abordagem, a fim de democratizar esses conceitos facilitando uma compreensão fática e jurídica da venda dos computadores que já contém um sistema operacional instalado, isso é, já vem com toda a parte lógica do computador, a qual controla todos os processos realizados pelo equipamento.

Por fim, o trabalho realizou uma análise concreta do processo nº 2011.01.1.13759-5 TJ/DF, o qual passou por todas as instâncias do sistema judiciário brasileiro, permitindo uma compreensão mais abrangente acerca do entendimento jurídico da temática.

A partir de toda análise realizada nesse artigo, de acordo com a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e com os entendimentos jurisdicionais, foi possível compreender que não é possível falar de venda casada nos casos de computadores e notebooks vendidos com um sistema operacional previamente instalado, uma vez que não contém requisitos essenciais para a configuração da prática abusiva. E ainda, deve-se interpretar a Política Nacional das Relações de Consumo a partir do princípio do atendimento das necessidades e proteção econômica do consumidor comum.

Referências

ALEXANDRIDIS, Georgios. **Todo consumidor é vulnerável no mercado de consumo**. 2013. Disponível em: <<https://georgiosalexandridis.jusbrasil.com.br/artigos/112128602/todo-consumidor-e-vulneravel-no-mercado-de-consumo>>. Acesso em: 09 set. 2019.

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de . **Direito do Consumidor Esquematisado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Coordenador Pedro Lenza.

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

BRASIL. Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962. . Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LDL/Ldl04.htm>. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. . Brasília , DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. . Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. . Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm>. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 2002. . Brasília , DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 623034. **Agravo em Recurso Especial**. Brasília, 10 dez. 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/156807505/agravo-em-recurso-especial-aresp-623034-df-2014-0279099-5/decisao-monocratica-156807514?ref=serp>>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 0036919-33.2011.8.07.0001. **Apelação Cível**. Brasília, 21 jan. 2014. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116283422/apelacao-civel-apc-20110111375965-df-0036919-3320118070001?ref=serp>>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Sentença nº 2011.01.1.137596-5. Brasília, DF, 31 de janeiro de 2013. **Sentença de 1ª Instância- Tjdf**. Brasília, . Disponível em: <<http://tjdf19.tjdf.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=55&CDNUPROC=20110111375965#>>>. Acesso em: 11 set. 2019.

DICIONÁRIO DIREITO (Org.). **O que é Rol Taxativo e Rol Exemplificativo? Qual a Diferença? Conceito e Significado**. Disponível em: <O que é Rol Taxativo e Rol Exemplificativo? Qual a Diferença? Conceito e Significado>. Acesso em: 15 ago. 2019.

LAURINDO, Fernando José Barbin. **Tecnologia da Informação: Planejamento e Gestão de Estratégias**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MARÇULA, Marcelo; BENINI FILHO, Pio Armando. **Informática: Conceitos e Aplicações**. 3. ed. São Paulo: Editora Érica Ltda., 2011.

MATTOS, Antonio Carlos M.. **Sistemas de Informação: uma visão executiva**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

MAZIERO, Carlos Alberto. **Sistemas Operacionais: Conceitos e Mecanismos**. 2017. Disponível em: <<http://www.lcvdata.com/ads/so-livro.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

NUNES, Rizzatto. Curso de direito do consumidor/ Rizzatto Nunes. -12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 1. Consumidores- Leis e legislação- Brasil 2. Consumidores- Proteção- Brasil I. Título. 17-1612 CDU 34:381.6 (07).

NUNES, Rizzatto. **O conceito de prática abusiva no Código de Defesa do Consumidor**. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI299592,31047-O+conceito+de+pratica+abusiva+no+Codigo+de+Defesa+do+Consumidor>>. Acesso em: 14 out. 2019.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 3. ed. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2016.

Políticação do judiciário e espetacularização do direito

Politicization of the judiciary and spectacularization of the right

Rodrigo Prado¹

Matheus Vidal Gomes Monteiro²

Resumo

Este trabalho tem como escopo as influências dos discursos políticos nas decisões judiciais, especialmente aqueles advindos da mídia. Destaca-se, por conseguinte, a necessária percepção de possível diferenciação entre argumentos político-teleológicos e argumentos principiológicos, utilizados tanto no discurso jurídico quanto na fundamentação das decisões judiciais analisadas. Por fim, estabelecemos um diálogo entre o que foi escrito por Rui Barbosa quando do caso Dreyfus, na França em 1894.

Palavras-chave:

Ativismo Judicial. Políticação da Justiça. Mídia.

1. Introdução

De tempos em tempos uma questão fundamental permeia os salões das discussões acerca do Direito: o que é, afinal, o Direito? Assim, por consequência, outra questão não menos importante, surge: o que torna uma decisão judicial justa? Alguns poderiam apontar que a observância das formalidades de um sistema judicial torna uma decisão proferida adequada aos parâmetros de justiça. Outros diriam que existem testes a serem feitos, como uma forma de verificação, para conferir à matéria uma natureza de norma de direito – alguns positivistas jurídicos chamam de “teste de pedigree” (HART, 1986). É nesse escopo que o presente artigo apresenta a sua discussão.

Como aporte teórico utiliza-se a teoria do direito de Ronald Dworkin (2002). Para tal, é necessário que se estabeleçam conceitos precisos acerca do que são regras e princípios em um ordenamento jurídico e como essas duas figuras compõem o conceito de Direito na obra de tal autor. A resposta para as perguntas supracitadas guarda relação, também, com os conceitos de “integridade” e “coerência” na obra do autor americano. Além disso, é importante

¹Graduado no Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF-ICHS). Advogado e integrante do Grupo de Estudos sobre Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP-UFF).

²Doutor em Direito. Professor Adjunto do Departamento de Direito (VDI) da Universidade Federal Fluminense (UFF) e líder do Grupo de Estudos sobre Jurisdição, Constituição e Processo. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5258647698639534>. E-mail: matheus.vgm@outlook.com.

mencionarmos a noção da existência de uma resposta “autêntica” no Direito ou, correta, na medida em que existem outras respostas que podem solucionar uma lide hipotética, no entanto, somente uma terá respaldo com matérias da natureza do Direito.

Feitas as considerações acerca do que compõe o Direito, de suas premissas e fontes, no escopo da teoria de Ronald Dworkin, passamos para a análise do que seriam respostas exógenas ao Direito. Nesse momento, menciona-se não só o âmbito político que domina as discussões acerca do Direito, especialmente quando falamos do Supremo Tribunal Federal, mas também de outras atividades estranhas à jurisdição, como o papel do apelo popular e, em especial, da mídia. Para tanto, lançamos mão dos ensinamentos de autores como Antoine Garapon (1999) e Ingeborg Maus (2000), para balizarmos a função da separação de poderes numa república, bem como a atuação de outros organismos numa democracia contemporânea. Nesse momento, é importante trazer recortes de noticiários nacionais e manifestações de ministros da suprema corte brasileira, a fim de demonstrar a pertinência do tema para a problemática atual. Mencionamos também, ainda que brevemente, a noção de “sociedade do espetáculo”, como proposta por Guy Debord (2000) para as sociedades capitalistas deste quadrante de século, a fim de criar uma ponte entre o proposto pelo autor e a imagem dos tribunais brasileiros no imaginário social.

Por fim, e não menos importante, para ilustrarmos a discussão em baila, trazemos à tona o caso de Alfred Dreyfus na França de 1894 por meio do artigo escrito por Rui Barbosa em 1895. Antecipando brevemente, o caso é conhecido como um dos grandes erros do judiciário na época moderna. O capitão Dreyfus, militar do Estado-maior Francês foi acusado de traição ao, supostamente, ter compartilhado segredos de Estado para a Alemanha. O único documento que embasou a condenação foi uma carta supostamente escrita à mão pelo capitão e entregue para outro militar Francês – carta esta que não foi analisada pela defesa. Muitos autores já falaram sobre o assunto, em especial o escritor Emile Zola, que à época dos acontecimentos assumiu uma postura de defesa do capitão Francês e escreveu uma peça memorável chamada *J'accuse* e Hannah Arendt (1998) ao dedicar um capítulo no seu livro seminal “As origens do totalitarismo” para explicitar o caráter antisemita da condenação imposta. Portanto, temos nessa atemporalidade uma questão fundamental à atividade do Direito: até que ponto os argumentos político-teleológicos podem (ou não) influenciar uma decisão judicial?

2. Politização da justiça: observações em tempos atuais

No momento da feitura do presente artigo discussões sobre o Direito e a atuação do Supremo Tribunal Federal permeiam o imaginário popular, seja em de manifestações em redes sociais ou na capa das maiores revistas semanais

dedicadas à política. (JUNIOR, 2019).³ É inegável, portanto, a importância que a atividade jurisdicional exerce na formação do pensamento político contemporâneo, tendo em vista a capilaridade na qual expressões reservadas a tribunais estão na boca de qualquer cidadão informado.

Essa constatação pode nos levar a questionar os limites da influência midiática nas decisões judiciais proferidas e no imaginário jurídico de nossa república. E essa mesma constatação pode recair, se mal observada, em equívocos finalísticos acerca do Estado Democrático de Direito. Antoine Garapon (1999, p. 66), sobre a manifestação de opiniões populares acerca do Direito, fala sobre uma “tentação populista”, sendo ela uma “pretensão ao acesso direto à verdade”. A encarnação do que seria uma espécie de “espírito do povo” é, como será visto, uma desvirtuação de princípios basilares ao Direito, como o Juiz Natural, uma vez que toma emprestado da linguagem popular os parâmetros pela qual uma decisão judicial se fundamenta. Sobre tal, assevera Garapon (1999, p. 66):

O populismo, com efeito, é uma política que pretende, por instinto e experiência, encarnar o sentimento profundo e real do povo. Esse contato direto do juiz com a opinião é proveniente, além disso, do aumento de descrédito do político. O juiz mantém o mito de uma verdade que se basta, que não precisa mais da mediação processual.

A opinião popular, portanto, na medida em que permeia o âmbito dos Tribunais e as sentenças judiciais proferidas, pode atuar como uma força que destitui as prerrogativas processuais consagradas em um ordenamento jurídico de efetividade e observância.

Para termos uma melhor noção da pertinência do tema para as discussões acerca do papel do Direito na democracia brasileira contemporânea, vale mencionar um trecho de uma entrevista concedida por Lenio Luiz Streck (2019) para o jornal Sul 21, em agosto de 2019. Nela, o autor é instado a se manifestar sobre aquilo que o interlocutor chama de “voz das ruas”, sobre o qual é respondido:

³Como exemplo, o termo “STF GabineteDoCrime” figura, entre idas e vindas, como o termo de maior menção na rede social *Twitter*, em razão, segundo aqueles que cunham tais palavras, da decisão proferida no HC 166.373, sobre o papel das colaborações premiadas no processo penal contemporâneo, que pode beneficiar réus condenados pela operação Lava Jato, como pode ser constatado pelo site de registros *trendinalia.com*. E a revista semanal “Veja” traz na capa da edição de 29 de setembro de 2019 a frase “la dar um tiro nele e me suicidar”, proferida pelo ex-procurador geral da república Rodrigo Janot sobre o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes.

Quando alguém diz que a voz das ruas está dizendo algo numa democracia, essa voz das ruas é de que hora e de que dia mesmo? Alguém tem um medidor disso? Numa democracia, a voz das ruas deve ceder à voz da Constituição. Talvez, a comunidade jurídica brasileira não tenha conseguido compreender isso e assumido esse risco, nem os governos de esquerda.

Não se trata, portanto, de um problema contingencial numa república como a brasileira, na medida em que tal questão permeia o imaginário jurídico pátrio por meio de governos de diferentes matizes. Poderia se perguntar, desse modo, se é uma questão de investidura nos quadros da magistratura brasileira, hipótese que seria afastada se levarmos em conta o que expõe Garapon (1999) quando comenta sobre a história da formação dos Tribunais franceses e alemão.

Do “clamor popular” ou “voz das ruas”, como queira se chamar esse fenômeno, advém outro de igual perniciosidade, a atividade da mídia enquanto um fator decisivo ou influenciável em decisões judiciais. Junto com a publicização da justiça e dos mecanismos de observação das atividades dos tribunais, como as sessões televisivas do Supremo Tribunal Federal, os olhos públicos tornaram-se vigias das atividades de ministros e juízes, no âmbito do exercício da jurisdição ou fora dela. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, em entrevista à Folha de São Paulo em 2019, sobre o papel da mídia e das manifestações populares quando do emblemático caso da Lava Jato, afirmou que “o fenômeno de violação institucional não teria ocorrido de forma sistêmica sem o apoio da mídia”. Sobre a atividade da mídia sobre o Direito, pondera Garapon (1999, p. 75):

A mídia – sobretudo a televisão – desmonta a própria base da instituição judiciária, abalando a organização ritual do processo, seu iniciar através do próprio procedimento. Ela pretende oferecer uma representação mais fiel da realidade do que as ilusões processuais. Trata-se, portanto, de uma concorrência para a realização da democracia. A mídia desperta a ilusão da democracia direta, quer dizer, o sonho de um acesso à verdade, livre de qualquer mediação.

Ainda sobre o papel da mídia como motor do imaginário popular, cabe mencionar o poder da imagem sobre as relações sociais numa sociedade contemporânea. O termo “sociedade do espetáculo” foi popularizada pelo autor Guy Debord (2000) em sua obra de mesmo nome, do ano de 1967. Sobre ela, o professor Cláudio Novaes Pinto Coelho (2019), em artigo para a revista Cult, escreveu que o termo diz respeito “ao conjunto das relações sociais mediadas pela imagem”. Assevera o autor que o termo deve ser entendido no contexto das relações dentro de uma sociedade capitalista, na lógica das relações de troca de

mercadoria por capital. O vernáculo e as vestimentas tradicionais de uma suprema corte podem ser, segundo essa perspectiva, instrumentos que corroboram para a espetacularização de um fenômeno como o Direito. E nesse sentido a atividade midiática exerce um papel fundamental ao publicizar o *locus* político característico de um tribunal, ao estampar na capa de suas revistas ou nas telas de seus noticiários o rosto de juízes, ministros e promotores. Se um país como o Brasil tem um histórico com o sensacionalismo, do telejornal policial ao cinema marginal, essas figuras assumem uma importância ímpar no imaginário social. Não se requer, de todo modo, que se coloque um véu sob as atividades ocorridas dentro das portas de um tribunal, mas que se traga à luz a problemática acerca do tema. E se é impossível pensar o Direito fora de uma lógica político-econômica característica do capitalismo contemporâneo – especialmente no Brasil – resta-nos indagar a medida em que essa mesma espetacularização afeta os ditames de justiça e equidade que compõem as sentenças e acórdãos proferidos nos órgãos jurisdicionais nacionais.

Em resposta ao professor Conrado Hübner Mendes, o também professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso (2018), menciona que a corte suprema “desempenha três papéis fundamentais em uma democracia: contramajoritário, representativo e iluminista”. Sobre a função contramajoritária do STF há uma extensa bibliografia a respeito que embasa o ponto mencionado pelo Ministro, tendo em vista a formação do Estado Democrático de Direito brasileiro e o seu papel na declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal – argumento este explicitado pelo próprio autor. No entanto, sobre os dois últimos termos, “representativo” e “iluminista”, a explicação já nos parece, com a devida vênia, um tanto heterodoxa. O primeiro, segundo o autor, seria uma “necessidade” decorrente de um “deficit de representatividade” que se mostraria quando da omissão do poder legislativo sobre questões com grande apelo popular, como o fim do financiamento eleitoral de campanha por empresas e a fidelidade partidária – decididos, respectivamente, no âmbito da ADI 4.650 e da ADI 5.080. Sobre o último ponto, o caráter “iluminista” do Supremo Tribunal Federal, escreve que “deve ser exercido com grande parcimônia e autocontenção, em conjuntura nas quais é preciso empurrar a história”.

Para ilustrar o seu ponto, o Barroso (2018) menciona o fim da segregação racial nas escolas públicas dos EUA e o reconhecimento das uniões homoafetivas no Brasil. Desse modo, o que nos parece caro não é somente criticar um papel pretensamente voluntarista do Supremo Tribunal Federal, mas analisar a natureza dos argumentos que compõem uma decisão judicial, especialmente aquelas que expõem a atividade de uma corte suprema no país. Não nos parece saudável, tendo em vista a já mencionada perniciosidade de tal medida, abarcarmos argumentos derivados das “vozes da rua”, do “clamor popular”, ou da mídia, mas antes buscar aquilo que compõe em essência a atividade de um Direito autônomo e comprometido com os alicerces de um Estado Democrático de Direito, sob pena de transformarmos a suprema corte em

outro poder legislativo, desfigurando um ordenamento jurídico já consagrado pela Constituição Federal de 1988.

3. Argumentos de princípio vs argumentos de política

Feitas as considerações acerca de respostas inautênticas ao Direito, sejam elas as “vozes da rua” ou a atividade da mídia, resta-nos tentar explicitar o que seriam, então, respostas autênticas, pertencentes ao Direito, e como elas devem ser o parâmetro de decisões judiciais justas. Primeiro, o verbo empregado não é por uma simples hipérbole: dever. O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 489, II, traz a disposição de que uma sentença judicial deve conter em sua essencialidade os fundamentos, “em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. As questões de fato não merecem muitas considerações, tendo em vista a literalidade do termo utilizado. No entanto, sobre as questões de direito, nos cabe indagar: o que são, afinal, as questões de direito?

Para tanto, trazemos à baila o autor Ronald Dworkin. Na tentativa de superar os paradigmas do Direito como pensado pelo positivismo jurídico, em especial por H. L. A. Hart (1961), para quem a verificação da natureza de uma norma – se ela seria, afinal, pertencente ao campo do Direito – caberia um teste de verificação, ou um “teste de pedigree”, e o reconhecimento de normas “primárias” e “secundárias” – Dworkin sugere que essa superação passa por seu conceito de princípios jurídicos. Antes, para que se evite qualquer equívoco, é necessário esclarecer a importância do positivismo jurídico e da concepção das normas “primárias” e “secundárias” em um autor como Hart (1961). Para ele, as regras primárias seriam “regras de obrigação”, que impõem ao sujeito um dever ou uma abstenção de algum fato, enquanto as regras secundárias poderiam ser de reconhecimento, de alteração ou de julgamento. As primeiras estabeleceriam critérios sobre os quais as regras primárias poderiam ser válidas; as regras de alteração são aquelas que conferem o poder a um órgão de modificar ou introduzir novas regras ao ordenamento jurídico e, por fim, as regras de julgamento são “regras secundárias que dão o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma norma primária” (HART, 1961, p. 106). Sobre as regras de reconhecimento, de maior importância para o tópico discutido neste trabalho, pondera Dworkin (2002, p. 34), sobre os trabalhos de Hart:

Se desejarmos saber qual regra de reconhecimento uma comunidade particular adota ou segue, devemos observar de que modo se comportam os cidadãos e, em especial, seus funcionários públicos. Devemos prestar atenção a quais são os argumentos definitivos que eles aceitam como demonstração da validade de uma regra particular e quais os argumentos definitivos eles usam para criticar outros funcionários ou instituições.

Portanto, ainda que possamos dar vazão às regras de reconhecimento, não há resposta, nos paradigmas do positivismo jurídico, para o problema da natureza dessas mesmas regras e, mais importante, para o “poder discricionário” que um órgão julgador pode ter ante a incerteza de uma norma primária – fenômeno chamado pelos autores de “textura aberta da norma”.

A textura aberta do Direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários (HART, 1961, p. 148).

Ronald Dworkin (2002), por outro lado, reconhecendo a problemática acerca das regras de reconhecimento em Hart, propõe que um sistema jurídico é formado por normas de regra e de princípio. Essa sistemática busca afastar uma certa discricionariedade⁴ inerente ao conceito das regras secundárias, as de reconhecimento, como proposta pelos positivistas jurídicos – uma vez que as mesmas, como visto, seriam dependentes dos “argumentos definitivos que eles aceitam como demonstração da validade de uma regra particular”. Por regras, desse modo, entende-se o conjunto normativo derivado do processo legislativo em países que adotam a *civil law* e por princípios, a fim de afastar argumentos político-teleológicos, Dworkin (2002, p. 36) propõe o seguinte:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.

Sobre essa mesma dimensão de moralidade, como mencionada pelo autor, Ingeborg Maus (2000, p. 19), ao tratar dos pontos de vista morais e as regras jurídicas, faz uma diferenciação entre aquelas que podem ser relevantes para uma decisão judicial e as regras pertencentes aos costumes e práticas de uma comunidade local: “Somente quando a jurisprudência trata seus próprios pontos de vista morais como regras jurídicas é que qualquer fato imaginável pode ser identificado como juridicamente relevante e transformado em matéria de decisão judicial”.

Há de se fundar, portanto, que os princípios que compõem um ordenamento jurídico como proposto por Dworkin não são de ordem político-teleológico, na medida em que não trazem dentro de si uma natureza finalística de um objetivo a ser alcançado, político ou econômico. A função dos princípios

⁴ Por discricionariedade entende-se que: “O conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade” (DWORKIN, 2002, p.50).

em um ordenamento dessa natureza não é, desse modo, um meio, mas um fim em si mesmo. Nessa esteira, Streck (2019) menciona em vasta obra a existência de “predadores do Direito”, como a moral, a política, a economia e os fenômenos finalístico-teleológicos de mesma natureza. Streck (2014) propõe, alargando os ensinamentos de Dworkin, que em Direito há de haver uma “resposta autêntica”, correta segundo os parâmetros de validade que fundam a própria atividade jurisdicional. E essa autenticidade seria verificada na medida em que se possa observar argumentos de regras e princípios jurídicos – afastando, desse modo, atividades exógenas ao Direito. O conceito de “autenticidade” e, por conseguinte, de “autonomia” do Direito guardam uma relação estreita com outros conceitos fundamentais em Dworkin, como “integridade” e “coerência” que fecham a lógica de um sistema comprometido com sua própria lógica. Sobre tal, assevera Dworkin (2005, p. 272):

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. Enfim, um Direito comprometido com uma estrutura coerente de disposições sobre justiça, equidade e o devido processo legal demandam que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.

Por fim, o conceito de Direito a que este trabalho se subscreve guarda uma relação estreita com os conceitos de “integridade” e “coerência”, como visto, a fim de afastar argumentos político-teleológicos e lançar luz sobre argumentos de princípios jurídicos. Somente desse modo nós podemos evitar que a dita “voz das ruas” ou a atividade midiática se abstenha de influenciar decisões judiciais e a formatação do imaginário jurídico dominante numa república comprometida com o Estado Democrático de Direito, como o Brasil.

4. Relembrando Rui Barbosa: notas sobre o caso dreyfus – 1894

A fim de ilustrar a presente questão e demonstrar a sua pertinência atemporal para o Direito contemporâneo faz-se necessário relembrar o caso Dreyfus, que aconteceu na França em 1894, seus impactos e o que Rui Barbosa escreveu sobre em 1895.

Alfred Dreyfus, um oficial judeu do Estado Francês, foi acusado e condenado por espionagem em favor da Alemanha. O julgamento aconteceu a portas fechadas e, segundo constam os documentos históricos, a defesa não teve acesso ao único documento que embasou sua condenação: uma carta supostamente escrita à mão pelo oficial francês endereçada a um militar alemão. Consta que o oficial francês foi submetido a uma cerimônia de degradação no pátio da Escola Militar no dia 5 de janeiro de 1895, em Paris, quando quebraram-

lhe a espada e arrancaram-lhe as insígnias de honra. Dias depois, o oficial foi deportado à ilha do Diabo, na Guiana Francesa, após a condenação. Durante todo esse tempo, Dreyfus sustentou a sua inocência e o seu caso foi bastante repercutido na mídia europeia daquele tempo. Émile Zola, o escritor, foi um defensor do capitão francês, tendo a sua famosa obra “*J'accuse*” publicada no jornal *L'Aurore* em janeiro de 1898. Anos após a condenação, o coronel francês Georges Picquart concluiu que os documentos incriminatórios de Alfred Dreyfus eram falsos. O capitão foi anistiado pelo poder executivo francês em 1906, ainda sob acusações do exército francês, que sustentavam sua culpa. Em junho de 1908 sofreu um atentado a bala quando da cerimônia da transferência das cinzas de Emile Zola, porém só se feriu no braço. O atirador foi absolvido da acusação de tentativa de homicídio (ARENDDT, 1998).

A influência e a pertinência desse acontecimento histórico são explicitadas por Hannah Arendt (1998, p. 114) quando da obra “*Origens do Totalitarismo*”, a quem dedica-lhe um capítulo e escreve o seguinte:

O Caso Dreyfus, em suas implicações políticas, pôde sobreviver porque dois de seus elementos cresceram em importância no decorrer do século XX. O primeiro foi o ódio aos judeus; o segundo, a desconfiança geral para com a república, o Parlamento e a máquina do Estado. (...) O que provocou a queda da França foi o fato de que ela não tinha mais nenhum verdadeiro partidário de Dreyfus, ninguém que acreditasse que a democracia e a liberdade, a igualdade e a justiça ainda pudessem ser defendidas ou realizadas sob a república.

Um dos elementos que torna o caso tão emblemático para o assunto aqui discutido é a forma pela qual se deu a sua condenação, tendo em vista que o julgamento público já havia sido feito antes mesmo da instauração de um procedimento legal. A cerimônia de degradação observada por olhos públicos foi tão somente a manifestação física de uma França já disposta aos clamores totalitários característicos do antisemitismo do período. Sobre a publicidade do degredo, observa Rui Barbosa (1994) que “o suplício de Dreyfus só havia lampejos e acentos de ira”. É nessa medida em que os arroubos populares de condenação, sejam eles chancelados ou não pela atividade midiática, são um veneno para o caráter democrático do devido processo legal, em qualquer ordenamento jurídico comprometido com um estado de coisas justo e humano, em qualquer tempo histórico. Sobre tal, vale notar o que Rui Barbosa (1994, p. 13) escreve sobre esse movimento popular em direção à condenação premeditada:

Pela minha parte, não conheço excessos mais odiosos do que essas orgias públicas da massa irresponsável. Nada seria menos estimável, neste mundo, que a

democracia, se a democracia fosse isso. Esses escândalos representam o pior desserviço à dignidade do povo, e constituem o mais especioso argumento contra a sua autoridade. Não é sob tais formas que ele se há de mostrar digno da soberania, cujo cetro as tendências da nossa época lhe reconhecem. Se o número não souber dar razão dos seus atos, se as maiorias não se legitimarem pela inteligência e pela justiça, o governo popular não será menos aviltante que o dos autocratas. Nem a invocação da pátria imprime a tais desvios fisionomia menos antipática. Mal honram a pátria as contorções de um patriotismo histérico, que vive a se superexcitar com a obsessão de traições, que julga de oitiva, fulmina por palpites, e instiga os magistrados a prevaricarem, antepondo a popularidade à justiça.

O renomado jurista brasileiro não poderia resumir melhor a perniciosidade das manifestações populares quando impregnadas de um sentimento rançoso do populismo penal. Em qualquer tempo histórico, se os mecanismos de freios e contrapesos de uma república, se os procedimentos previstos para um processo legal e as garantias processuais forem subdimensionadas em favor de um fim utilitarista o preço é o esvaziamento do Estado Democrático de Direito. Se na França de 1894 o clamor popular que embasou a condenação injusta do capitão Dreyfus foi um dos motores que impulsionou o antissemitismo europeu no início do século XX, o que diríamos, hoje, dos movimentos que pedem, como mencionado, a dissolução do Supremo Tribunal Federal? Das recorrentes matérias semanais que estampam capas de revistas com declarações de juízes e Ministros dos tribunais brasileiros? Certamente a publicização do judiciário trouxe consigo a politização do mesmo, na medida em que o léxico jurídico hoje extrapola os espaços dos tribunais. O que há de se observar, nessa medida, é o grau em que fenômenos populares encontram guarida em mecanismos presentes na Constituição Federal a fim de que se evite julgamentos prévios, realizados fora do que prevê a processualística nacional. Não houve, como visto, a observância a direitos fundamentais como a ampla defesa e o contraditório, na medida em que essas prerrogativas foram suplantadas por um judiciário comprometido com os anseios populares – e, por conseguinte, acovardados ante uma possível ideia popular de cúmplices de um crime de traição.

Por fim, cabe lembrar que a história brasileira é recheada de momentos em que movimentos populares serviram de argumento para legitimação de argumentos político-teleológicos no campo jurídico. A conhecida “Marcha da Família com Deus pela Liberdade”, realizada em março de 1964, atuou como uma forma de fortalecer o Golpe Militar de 1964, na medida em que um de seus interlocutores, o senador Auro de Moura Andrade, foi uma peça fundamental nesse processo histórico ao declarar vaga a cadeira da presidência em 2 de abril

de 1964(LAMARÃO, 2019).Fica evidente, desse modo, como argumentos que pretensamente defendem fenômenos e instituições abstratas como a “moral”, ou “Deus” e a “família”, se levados a um estatuto de argumentos que podem fundamentar um processo judicial, trazem consigo a semente da injustiça – porque ausentes de legitimação por qualquer sistema processual. Portanto, assevera Rui Barbosa (1994, p. 14), sobre movimentos populares germinativos de uma mudança institucional que atropela garantias e prerrogativas básicas em qualquer Estado Democrático de Direito:

O povo soberano, os partidos e governos, entre as nações sem disciplina jurídica, estão sempre inclinados a reagir contra as instituições que se não dobram aos impulsos das maiorias e às exigências das ditaduras. A lei foi instituída exatamente para resistir a esses dois perigos, como um ponto de estabilidade superior aos caprichos e às flutuações da onda humana. Os magistrados foram postos especialmente para assegurar à lei um domínio mais estrito, quanto mais extraordinárias forem as situações, mais formidáveis a soma de interesses e a força do poder alistados contra ela. Mas há nações, que a não toleram senão como instrumento dos tempos ordinários; e, se encontram nela obstáculo às suas preocupações, ou às suas fraquezas, vão buscar a salvação pública nos sofismas da conveniência mais flexível, a cuja sombra os impulsos instintivos da multidão, ou as aventuras irresponsáveis da autoridade se legitimam sempre em nome da necessidade, da moral, ou do patriotismo.

5. Considerações finais

Como ressaltado da presente pesquisa, o tema da politização do Direito é algo de extrema importância na história, seja através das manifestações proferidas fora dos tribunais ou dentro deles, por meio de julgamentos que se utilizam de argumentos político-teleológicos para embasar os seus juízos. A busca por uma atividade jurisdicional em consonância com a melhor tradição do Estado Democrático de Direito e a Carta Política que o funda é uma infundável tarefa daqueles que se dizem comprometidos com um Direito íntegro e coerente.

Não nos basta somente, nesse momento, afirmar que é através das garantias processuais que o fenômeno do Direito resguarda uma autoridade simbólica por meio de sua atividade, mas também sustentar que uma atividade jurisdicional autônoma deve ser preservada de seus “predadores”. Nessa seara, nos cabe apontar que há uma crise de autoridade no Direito derivada de conceitos precipitados acerca daquilo que fundamenta a atividade jurisdicional. Em Dworkin (2002) há a identificação de espaços em que a adequação do

discurso ao seu campo específico legitima a autoridade de uma decisão. Desse modo, se queremos levar em conta a “integridade” e “coerência” no Direito, devemos ser aptos a identificar os espaços nos quais a atividade jurisdicional transita. E, como exposto, se não cabem argumentos político-teleológicos na fundamentação de uma decisão judicial, devemos então reconhecer a imperatividade das regras que compõem um sistema jurídico e dos argumentos de princípio, sob o conceito delimitado por Dworkin (2002).

Ainda que, como visto nas palavras de Rui Barbosa (1994), exista a tentação dos clamores populares em face de uma neutralidade que não encontra em si mesma o seu fim utilitário, devem – do domínio do deontológico – ser afastadas as vinhas do populismo raso, que irrompem num imaginário jurídico indisciplinado. A história já nos deu grandes lições de sistemas políticos e sociais que foram desmantelados por força de uma ideia confusa de democracia que não reconhece atores intermediários, não reconhece instituições e não reconhece o poder das tradições consagradas. Não há, por outro lado, que se dizer que o Direito será estático, como fosse um nêmesis do “Tribunal Iluminista”, nas palavras do Ministro Barroso, como supramencionado. Uma boa tradição jurídica reconhece a mutabilidade de suas decisões e do *locus* político-institucional em que ela está inserida. É nesse ínterim que o reconhecimento de argumentos principiológicos, como entendidos por Dworkin (2002), contextualizados e aprofundados no Brasil por Streck, (2014) encontram guarida em nossa ideia de Direito. Princípios não como um *standard* de interpretação, como são, erroneamente, muitas vezes utilizados em sentenças e acórdãos, mas como padrões observáveis que guardam uma relação com medidas de justiça ou equidade, como explicitado por Dworkin (2002).

Se o tema do judiciário permeia o imaginário popular, como o é hoje, nos resta indagar sobre a natureza de tal constatação, se esses movimentos derivam de uma legítima vontade de publicização da justiça ou se é derivativo de uma vontade de vigilância sobre os órgãos jurisdicionais. Desse modo, a atividade jurisdicional exercida por magistrado investido de jurisdição, não passa, muitas vezes, incólume sobre a superexposição a que se encontra submetido.

Se podemos, de novo, pegar emprestado o que a capa dos tabloides nacionais nos diz, podemos verificar que o hoje Ministro da Justiça Sérgio Moro foi e é uma figura emblemática dos tempos atuais. Outrora um juiz de primeira instância numa Vara Federal, o agora Ministro foi capa da revista *Veja* na edição de Retrospectiva de 2015 com os dizeres “Ele salvou o ano!”. Poucos anos depois, após a publicação das notícias envolvendo as atividades do outrora juiz e dos procuradores envolvidos no caso Lava Jato pelo site *The Intercept*⁵, o

⁵Sob uma breve contextualização, a operação Lava Jato é um conjunto de operações da Polícia Federal iniciada em 2014, com um propósito institucional – e para alguns, político – de ter como objeto a atuação de políticos e empresários em esquemas de corrupção no Brasil. Seu feito de maior notoriedade foi a prisão do ex-presidente Lula, decretada em primeira instância pelo então juiz Sérgio Moro, em abril de 2018. Em contrapartida, o

mesmo Sérgio Moro foi novamente capa da revista *Veja* de julho de 2019 com a frase: “Justiça com as próprias mãos”.

Não é a pretensão deste trabalho examinar minuciosamente o surgimento e a derrocada de figuras públicas oriundas do judiciário brasileiro, mas nos cabe indagar a forma pela qual o judiciário se tornou um campo fértil para o palavrório discutido por famílias no comercial da novela. Sobre essa inclinação do sujeito investido no cargo da magistratura para os holofotes públicos, escreve Ingeborg Maus (2000, p. 196): “Destá maneira, o juiz torna-se o próprio juiz da lei – a qual é reduzida a “produto e meio técnico de um compromisso de interesses” – investindo-se como sacerdote-mor de uma nova “divindade”: a do direito suprapositivo e não-escrito. Nesta condição é-lhe confiada a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social”.

Ainda com Maus (2000, p. 199), sobre o período do Terceiro Reich alemão e a presença de juízes por trás das decisões que embasavam ações políticas das mais atroz, temos que “em 1942, em meio à extrema perversão da Justiça alemã, [é] que se formula esta bela máxima: ‘O juiz é a corporificação da consciência viva nacional.’”.

Se, desse modo, “o juiz torna-se o próprio juiz da lei”, devemos então tentar verificar a raiz na qual essa legitimação floresce, uma vez que não é característico de nosso ordenamento jurídico, quiçá de lugar algum, a figura de um magistrado que carrega consigo todos os poderes de uma república. Essa problemática já era endereçada pelo positivismo jurídico, como em Hart (1986), na medida em que essa perspectiva reconhece a submissão do juiz de Direito às regras jurídicas, sejam elas as primárias – de obrigação – ou as secundárias – de reconhecimento, que legitimam a atividade jurisdicional -, sob pena de criarmos um caso de abuso do poder discricionário, uma vez que este juiz solipsista não ficaria adstrito ao poder no qual ele está vinculado. É nessa medida que urge a necessidade de se afastar os argumentos político-teleológicos, como visto anteriormente, buscando-se, cada vez mais, uma análise íntegra e coerente do fenômeno jurídico, em especial, em sua concretude, na decisão judicial.

O “clamor popular”, a “voz das ruas” e a “mídia” não são fenômenos pertencentes ao Direito, uma vez que não encontram qualquer guarida seja no texto positivado, seja na jurisprudência consolidada, ou por qualquer outra interpretação (dificilmente não teleológica) fundante num princípio jurídico. Um Direito comprometido com sua autonomia deve buscar os seus argumentos nos dispositivos normativos – comumente chamados de regra jurídica – ou dos princípios jurídicos, como visto com Dworkin (2002).

acontecimento tido como “Vaza Jato” é a publicização de mensagens obtidas através de um hackeamento do aplicativo *Telegram* que mostram uma relação íntima entre os procuradores responsáveis pela operação Lava Jato e o Juiz Sérgio Moro, como reportado pelo site *The Intercept*. (TRENDINALIA, 2019).

Vimos, portanto, como o clamor popular consagrou um pré-julgamento na França em 1894 no caso do capitão Dreyfus e sua importância como um sintoma simbólico do antissemitismo europeu do início do século XX. Rui Barbosa já atentava, desde então, para os percalços sob a qual uma democracia está sujeita quando confunde a vontade de sua maioria com o que prevê as suas instituições. E se é verdade, como apontam alguns, que as democracias ocidentais vivem um momento delicado nesse quadrante histórico, esses são tempos nos quais a atenção deve estar redobrada para o funcionamento das instituições.

O Direito, sob qualquer perspectiva histórica, não deve servir como um instrumento de concretização da vontade de um soberano, seja ele encarnado numa monarquia, numa burocracia ou numa maioria pretensamente democrática. São esses os “predadores do Direito” a que ilude Streck (2019) quando faz os seus alertas, e é nessa medida que se faz extremamente necessário repensar o Direito sob uma perspectiva crítica e comprometida com parâmetros de justiça, equidade e autonomia.

Por fim, a importância da fundamentação de uma decisão judicial em argumentos pertencentes ao campo do Direito, como visto, não é somente uma medida de comprometimento com uma lógica autêntica, mas uma exigência, se termos em vista o mencionado art. 489, II, do Código de Processo Civil de 2015. A necessidade de fundamentação de uma decisão judicial, sob pena de sua nulidade, passa não só pela análise dos pedidos do autor de uma demanda, mas se os argumentos utilizados para se fundamentar o que foi decidido guardam uma correspondência com o espectro normativo consagrado. É desse modo que a atividade jurisdicional pode se blindar da influência de fatores exógenos ao Direito, como o clamor popular ou a mídia, na medida em que exerce sua função como descrita na Constituição Federal brasileira. É necessário consagrar uma atividade do Direito comprometida com sua institucionalidade, só desse modo as notícias dos tabloides ficarão subscritas aos tabloides e às conversas populares.

Referências

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. 3ª edição. São Paulo: Editoria Schwarcz LTDA, 1998.

BARBOSA, Rui. **O processo do capitão Dreyfus**. 1ª edição. São Paulo: Editora Giordano, 1994.

BARROSO, Luis Roberto. '**Operação Abafa' tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso**. Folha de São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>>. Acesso em: 27 set. 2019

COELHO, Claudio Novaes Pinto. "**Mídia e poder na sociedade do espetáculo**". Revista CULT. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/midia-e-poder-na-sociedade-do-espetaculo/>>. Acesso em: 27 set. 2019

DEBORD, Guy. **Sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____, **Levando os Direitos a Sério**. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, Tales; ARBEX, Thaís. **Supremo no alvo**. UOL Notícias, 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/reportagens-especiais/gilmar-mendes-lava-jato-cpi-lava-toga-ditadura-democracia-moro/#supremo-no-alvo>>. Acesso em: 27 set. 2019

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GREENWALD, Glenn; POUGY, Victor. Procuradores da Lava Jato tramaram em segredo para impedir entrevista de Lula antes das eleições por medo de que ajudasse a 'eleger o Haddad'. The Intercept Brasil, 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/procuradores-tramaram-impedir-entrevista-lula/>> Acesso em 27 de set. de 2019.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

JUNIOR, Policarpo; BORGES, Laryssa. **Rodrigo Janot sobre Gilmar Mendes: "la dar um tiro na cara dele"**. VEJA, 2019. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/politica/janot-gilmar-ia-dar-um-tiro-na-cara-dele/>> Acesso em 27 de set. de 2019.

LAMARÃO, Sergio. **A conjuntura de radicalização ideológica e o golpe militar**. FGV CPDOC. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/AConjunturaRadicalizacao/A_marcha_da_familia_com_Deus>. Acesso em: 27 set. 2019

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP, nº 58, novembro de 2000, pp. 183-202.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica em crise**. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014.

_____, **Juízos morais e 'voz das ruas' não podem valer mais que Direito e Constituição.** [Entrevista concedida a] Marco Weissheimer. **Sul 21**, 2019. Disponível em <<https://www.sul21.com.br/areazero/2019/08/lenio-streck-juizos-morais-e-voz-das-ruas-nao-podem-valer-mais-que-direito-e-constituicao/amp/>>. Acesso em: 27 set. 2019

TRENDINALIA. **Trending Topics do Brasil durante as 24 horas do dia 27 de setembro.** 2019, disponível em <<https://www.trendinalia.com/twitter-trending-topics/brasil/brasil-190927.html>> acesso em 28 de set. de 2019

Compras coletivas: uma discussão sobre a vulnerabilidade do consumidor

Collective purchasing: a discussion about consumer vulnerability

Ana Maria Godinho Nunes Anatócles¹

Resumo

Será feita uma discussão acerca da nova forma de consumir dos dias atuais, onde a é meio normal de compras. Tais transformações levaram ao surgimento da compra coletiva, que vem a ser uma novidade em seara de comércio. Destarte, é necessário que se entenda o que mudou no que tange à relação entre fornecedor e consumidor e perceber como fica agora a proteção destes em relação à vulnerabilidade a que eles ficaram sujeitos com toda essa mudança na forma de consumo.

Palavras-chave:

Direito do Consumidor; Compra coletiva; Internet; Vulnerabilidade; Fornecedor.

1. Introdução

O consumo, sem dúvida alguma, baliza a sociedade que vivemos hoje em dia. De fato o consumo tem sua gama de relevância porque envolve diversos fatores, como a própria economia girar, geração de emprego e renda.

Todas as pessoas consomem e a forma como isso se dá depende do perfil de cada um em relação ao que compra e o quanto compra. De forma geral a sociedade necessita de mudanças que alavanquem a forma como vivem, que traga mais comodidade em dias tão agitados e de tantos compromissos como se tem hoje em dia e para tal a tecnologia tem servido bastante, até mesmo na hora das compras, mostrando que se pode comprar produtos e serviços sem sair de casa, usando a internet. Essas transformações pelas quais a sociedade passa mostram que o Direito precisa se adaptar a elas, ainda mais na hora de proteger o consumidor, sempre a parte mais vulnerável das relações de consumo.

A proteção do consumidor é algo de suma relevância e precisa ser sempre fiscalizado e regulado. A compra pela internet, algo cada vez mais corriqueiro, pode trazer insegurança e na verdade é assim que deve ser. São numerosos os sites que oferecem a compra de serviços e de produtos, são os chamados sites de compra coletiva, que proporcionam serviços diversos, com descontos que podem chegar a 99% e eles só crescem

¹ Mestranda em Direito da Universidade Autônoma de Lisboa

A comodidade e as vantagens financeiras é que fazem com que as empresas de compra coletiva cresçam tanto. Mas é preciso que o consumidor saiba como agir, caso o produto vendido por esse meio de consumo não satisfaça as perspectivas, ou for diferente do que se anunciou.

A internet, de fato cresce cada vez mais e proporciona um novo formato de compra muito mais confortável, mas o direito necessita contemporanizar suas cláusulas em um formato que abarque essa nova conjuntura vivida no planeta. O intento deste artigo é evidenciar qual é a responsabilidade de quem usa esta nova configuração de vendas, evidenciando como o direito brasileiro tem se comportado em relação a este novo modelo de compra e venda.

2. Desenvolvimento

2.1. CDC no Brasil

Antes de começar a falar acerca do CDC no Brasil, é importante dizer que desde os primórdios das civilizações, existem escambos para que as pessoas pudessem suprir as suas necessidades básicas. Mas este sistema não era nada simples, havia muitos obstáculos, uma vez que os sujeitos para que suprissem as suas precisões, e conseguissem o produto desejado, necessitava de que outro, quisesse o que ele tinha para oferecer e assim se estabelecer a troca, o que fazia com que a troca acabasse não acontecendo ou ocorresse de forma dificultosa. Essa situação se deu até o momento do aparecimento da moeda no mercado de trabalho. Só mais tarde com a industrialização é que as relações de consumo começaram a acontecer. Começaram a surgir, então, por consequência das necessidades, os movimentos em defesa do consumidor.

No Brasil, o assunto da defesa do consumidor aparece por volta dos anos 70, com o surgimento das associações civis e entidades governamentais com intento de discutir este assunto. Ainda este mesmo ano, foi criado o Conselho de Defesa do Consumidor (CODECON) e a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC), a Associação de Proteção ao Consumidor, também através do Decreto nº 7.890, foi criado o Sistema Estadual de Proteção ao consumidor, atual PROCON (CAVALIERI FILHO, 2012). Percebeu-se que havia uma grande vulnerabilidade em que se encontrava o consumidor diante do fornecedor. Assim, Sergio Cavalieri Filho (2012) asseverou que a finalidade do Direito do Consumidor é exatamente extinguir essa desigualdade entre o fornecedor e o consumidor, restaurando o meio-termo entre as partes nas relações de consumo.

O consumidor sempre foi considerado a parte mais fraca da economia e por isso, a condição basilar para que seja consagrada uma lei de proteção ao consumidor é justamente a sua vulnerabilidade e a existência de uma relação de desigualdade entre as partes, se por acaso as partes se encontrem em igualdade, não há como privilegiar uma delas. (ZANON, 2013).

A Constituição de 1988 trouxe o instituto da defesa do consumidor, estando bem ilustrada em seu Art. 5º, que reza que todas as pessoas são iguais ante a lei, sem nenhum tipo de diferença, o que garantiu aos brasileiros e estrangeiros habitantes no Brasil que os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade seriam invioláveis. Sem contar que a defesa do consumidor também está conjecturada no artigo 170 da Constituição com o seguinte texto: *“a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”*. A nova Constituição possui características voltadas para o cidadão, pois as partes mais vulneráveis chamam mais atenção e precisam ser protegidas segundo seu novo caráter. Além disso, a constitucionalização do direito do consumidor apresenta uma força mandatária, demonstrando ser o Estado o responsável pela promoção do amparo da parte mais vulnerável da relação. (BRASIL, 1988).²

Conforme Cavaliere Filho (2012):

A defesa do consumidor, além de objeto de norma constitucional, é direito fundamental (art. 5, XXXII), de modo que não se pode ser restringida por regra subalterna, nem sequer por Emenda Constitucional, enquanto insere em cláusula pétreia (art. 60, § 4º, inc. IV). 16 Destarte, além de ser um direito fundamental, por força constitucional, art. 170, inc. V, a defesa do consumidor é um princípio da atividade econômica. Dessa maneira, o Código de Defesa do Consumidor nasce para inovar, trazendo novos princípios, área e objetos de aplicação, tendo como objetivo a proteção do sujeito, mesmo quando este for protegido por outras leis (CAVALIERI FILHO, 2011).

Mas antes da constituição de 1988, era possível a observação das constantes e sempre presentes relações de consumo que eram tuteladas pelo antigo Código Civil (1916). Os consumidores, nesta ocasião, teriam de forma indireta, seu direito de se defender. No entanto, este Código Civil era insuficiente para dar conta dessas situações cada vez mais comuns. Por isso houve uma demanda urgente para que existisse um diploma competente para as relações de consumo. Estes episódios foram eficazes para que se demonstrasse a real a precisão de um código próprio de defesa do consumidor.

Levando em conta o desenvolvimento das relações jurídicas, sobretudo as de consumo, fica bastante claro o quanto a tutela do direito do consumidor possui extrema relevância, tanto é que passa a ser parte integrante de um texto

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 06/08/19

constitucional com aplicação imprescindível e observância obrigatória, porque as normas de ordem pública são as que positivam os valores basilares da coletividade. (BOLZAN, 2014).

Posto isto, a datar de quando a relação de consumo começa a ter a proteção do Código de Defesa do Consumidor, os prejuízos que dela podem advir causam responsabilidade na esfera civil. Conforme enseja Cavaliere Filho (2012), importante que a constituição tenha trazido à voga um novo espaço da responsabilidade civil, que é a voltada para as relações de consumo, que é uma parte tão ampla que atualmente teve-se que dividir a mesma em responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo.

2.1.2 Relação de consumo

O equilíbrio é de suma relevância para a relação de consumo, e isso não seria possível sem o Código de Defesa do Consumidor. Caso haja prejuízo para o consumidor será indispensável conhecer antes de tudo como se deu a relação jurídica, lembrando que o consumidor é a pessoa física ou jurídica que contrai ou usa produto ou serviço como destinatário final. (COELHO, 2015).

Conforme o artigo 2 do CDC, pode ser equiparada ao consumidor a coletividade de pessoas, apesar de serem indefinidas, mas que tenham, de alguma forma, tido alguma participação nas relações de consumo. Enquanto que o fornecedor é *toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*" (art. 3º do CDC). Para Tartuce (2014), produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial e serviço é alguma atividade ministrada em algum negócio mediante pagamento, até mesmo as de caráter bancário, financeiro, de crédito e securitário, a menos as que são conseqüências das relações trabalhistas. Há uma interligação entre consumidor, fornecedor, produto e serviço, todos com previsão na lei. Para existir o fornecedor dentro de uma relação jurídica, é preciso que haja consumidor, o mesmo vale para o produto ou serviço que foi obtido por essa relação.

2.2. Atuação do CDC e a sua Responsabilidade Civil no comércio de compras coletivas

O sistema de compras coletivas é o que fornecedores procuram para apresentar produtos e serviços com descontos expressivos para cativar uma clientela. A promoção é difundida no site de compras coletivas por um período de tempo e se durante este período, a quantidade mínima de compras for obtida a oferta será convalidada e todos os que fizeram a compra aproveitarão a promoção. (NOGUEIRA, 2012).

A maneira como se dá a comercialização não é sempre a mesma entre os distintos sites de compra coletiva, entretanto, geralmente, o fornecedor busca primeiramente este tipo de site com a finalidade de divulgar o seu produto ou serviço. Justamente por conta da quantidade enorme de compras que esta modalidade alcança, os descontos tendem a ser muito proveitosos. Quando o consumidor faz a compra e ela é validada, ele resgata o cupom para emprego do abatimento, neste instante se formou uma relação de consumo entre o consumidor e o fornecedor de bens e serviços, mas mesmo não sendo algo que acontece pessoalmente, diga-se assim, há ainda a sujeição de responsabilização caso haja algum dano sofrido pelo comprador. Em palavras mais simples, caso o fornecedor não cumpra a oferta divulgada, não se tratará de responsabilidade civil dos sites de compras coletivas, mas sim do fornecedor, porque o site de compra coletiva apenas intermediou a promoção. Entretanto, não existindo uma lei exclusiva para o tema, é função do Código de Defesa do Consumidor discutir a responsabilidade civil, se a questão envolver a firma que oferece serviço aos consumidores. Logo, a responsabilidade dos sites de compras coletivas não será excluída. (LEGIS, 2012).

Para Jing (2013), mesmo que a empresa intermediadora apenas apresente e não seja ela a oferecer o produto ou serviço, ela ganhou lucros expressivos através da publicidade, e, portanto, deverá responder pelos danos ocasionados por conta da falha do sistema. Deste modo, ainda segundo o mesmo autor, se houver tentativa desses sites em se desobrigar de sua culpa, apresentando cláusulas contratuais ou notas, as mesmas serão negativas de pleno direito, por que estamos em presença de uma cláusula abusiva, prevista no art. 51, inciso I do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, a responsabilidade do mediador é objetiva, necessitando da comprovação de dolo ou culpa somente da comprovação do nexo de causalidade.

2.3. A responsabilização dos sites de compras coletivas

Conforme Bolzan (2014), a responsabilização não deve incidir apenas em cima do fornecedor direto, que é aquele que faz a venda nos sites de compras coletivas, mas também o respectivo administrador do site. Nesse caso caracteriza-se responsabilidade solidária nos termos do art. 7º. Destacando o Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013, que elenca o ordenamento do CDC e versa sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo todas as informações, de forma bastante clara sobre o produto ou serviço e também sobre o fornecedor e o direito de arrependimento. Este decreto ainda contém em seu art. 3º a declaração de que os sites eletrônicos ou demais meios eletrônicos empregados para ofertas de compras coletivas ou categorias iguais de contratação precisam conter os seguintes dados: mínimo de consumidores para que se efetive o contrato; prazo para que a oferta seja utilizada pelo consumidor e reconhecimento do fornecedor responsável pelo site eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço oferecido.

Existem ainda outras informações acerca das relações formalizadas através do comércio eletrônico que necessitam ser dispostas de maneira bastante destacada e de fácil visualização, nos termos do art. 2º do Decreto n. 7.962/2013, que são nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, caso haja, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; endereço físico e eletrônico, e outros elementos imprescindíveis para seu posicionamento e contato; características eficazes do produto ou do serviço, compreendidos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; discriminação, no preço, de qualquer gasto suplementar ou acessórios, assim como as de entrega ou seguros; categorias incondicionais da oferta, como também modalidades de pagamento, disponibilidade, configuração e prazo em que o serviço pode ser executado ou da entrega ou disponibilização do produto; e elementos claros e ostensivos sobre quaisquer exceções ao usufruto da oferta.

A respeito do artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor:

A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores

Assim fica claro que a oferta necessita ser divulgada de maneira clara e exata, de maneira que o consumidor entenda do que trata o anúncio e tenha condições de ponderar sobre os riscos plausíveis.

Um site de compra coletiva é na verdade uma espécie de loja que divulga ofertas para atrair o maior número de consumidores, os quais possuem perspectivas que precisam ser atendidas, assim, estes sites necessitam estar precavidos em relação ao conteúdo que estão divulgando, uma vez que o serviço fundamental oferecido por esses sites é a mediação entre os comerciantes e consumidores. Seu ofício principal é a divulgação. (CONTINI, 2014). Caso não haja a realização da obrigação, nos termos do artigo 30 do CDC, sobrepõem-se o aprontado no artigo 35 que prescreve que caso o fornecedor de produtos ou serviços se recuse a cumprir a oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor tem a possibilidade de ordenar o cumprimento de maneira forçada da obrigação, sem fugir ao que foi estabelecido na oferta e ainda pode receber outro produto ou prestação de serviço igual; pode desejar que o contrato seja reincluído com direito à devolução do valor atualizado incluindo qualquer tipo de perdas ou prejuízos. Em palavras mais simples, existirá responsabilidade solidária pelos vícios de qualidade ou quantidade de bens de consumo e ainda em casos de diversidade no que diz respeito ao que foi veiculado pelo anúncio. O artigo 20 do CDC ainda ensina que o fornecedor de serviços deverá responder

pelos vícios de qualidade que os deixem inconvenientes para o uso ou lhes atenuem o valor, ou ainda aos que procedam da diversidade com o que foi indicado pela oferta ou pelo anúncio, tendo o consumidor o direito de querer que os serviços sejam novamente executados; sem custo suplementar; a devolução imediata do valor pago monetariamente atualizado, sem perdas de fortuitas perdas e danos; ou ainda o abatimento médio do preço.

2.1.3 O que dizer sobre a vulnerabilidade do consumidor no meio eletrônico

Hoje em dia muito se discute acerca da desvalorização do consumidor quando o assunto é mercado de consumo virtual, e a falta de compreensão sobre as exigências desse campo e principalmente sobre os direitos do consumidor, faz com que seja uma área repleta de vulnerabilidade. Diante disso, fica clara a necessidade de autenticidade e ética no que diz respeito ao conhecimento de todos os trâmites que envolvem o meio virtual onde se dão as compras coletivas, desde uma apreensão sistêmica da estruturação e funcionamento do processo até os direitos dos consumidores nesta seara. (ALMEIDA, 2008).

Quando falta a ética pode se evidenciar uma situação instável, porque a empresa, no caso, o site de compras coletivas pode ser acionado por lesar possivelmente os consumidores.

As ciências jurídicas clamam por um aprofundamento desta temática, para que se evite justamente a lesão do consumidor neste segmento de compras.

A informação ou falta de informação na sociedade e, junto disso, a ética, saturada do princípio da dignidade da pessoa humana refletirá o predicado mínimo aguardado da maior teia de relações sociais. Trata-se de uma provocação imaginada por Bauman (2008), que se resume nos seguintes termos:

Uma vez lançados num cenário como este e obrigado a nele agir, não se torna mais fácil pelas "redes conceituais" que herdamos ou aprendemos a usar para aprender a fugaz realidade, nem pelos vocabulários a que em geral recorremos para relatar nossas descobertas", nem ao menos perceber dentro de tantos conceitos e tantas palavras metricamente pensadas para transmitir a nós mesmos e aos outros os significados que depreendemos hoje se mostram inadequados para seus propósitos. Precisamos desesperadamente de um novo quadro que acomode e organize nossas experiências, permitindo perceber sua lógica e ler sua mensagem, até agora ocultas, ilegíveis ou suscetíveis de leituras errôneas. (p. 8).

Em uma relação lógica percebe-se que o mercado consumidor incita cada vez mais as empresas a serem melhores no que diz respeito a custo e qualidade dos produtos e serviços que oferecem, assim, verifica-se que essas empresas estão em busca de cada vez mais de incrementarem seus produtos com teor tecnológico agregado que faça com que seja possível adquirir regalias diante da concorrência e equivalência quanto às demandas, explícitas ou implícitas, do mercado. Facilmente se observa que o capitalismo está pronto para concorrer sem limites, mas o consumidor precisa ser respeitado. (PINOCHET, 2014).

Muitas empresas hoje em dia tem investido mais e mais na web e entrado no segmento das compras coletivas e para isso precisam cada vez mais usar o marketing para se promoverem, essas técnicas de marketing feitas por empresas especialistas nesse ramo se utilizam de recursos que tornam possível investigar o consumidor virtual para saber seu perfil e o que compra, assim estratégias mais apropriadas podem ser usadas para chegar nele, o que demonstra o quão frágil esse consumidor se mostra nos dias de hoje. (SENDIN, 2011).

O cuidado dos discernimentos isonômicos encontra-se articulado com o esclarecimento do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que haja o mais irrestrito cuidado pelos direitos de terceira geração, como fica claro a seguir:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.” (MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995.)

Assim, constata-se que a resposta pode estar justamente naquilo que a sociedade anseia e no poder que este novo consumidor possui, que é a capacidade de ditar o *modus operandi* da atividade empresarial. Entretanto, o direito deve se amoldar à contemporaneidade, que exige rapidez nas decisões. É imprescindível cuidar da informação, pelo bom emprego de critérios éticos, justos, livres, regulados em princípios aptos de contrabalançar as relações

sociais, em comparação com as características especialmente desequilibradas do mercado de consumo.

Assim, fica óbvia a necessidade do uso de meios legais e filosóficos pode toar como capital à proteção dos interesses do consumidor virtual. Como destacou Moraes (2003), a “Constituição Federal em vigor abraçou o princípio da isonomia ou igualdade de direitos, precipitando a equidade de competência, que na verdade significa uma igualdade de tratamento análogo pela lei, conforme os discernimentos acolhidos pelo ordenamento jurídico. Ainda conforme Moraes (2003) é essencial a comprovação da tripla intenção que limita o princípio da igualdade, que é a restrição ao legislador, ao intérprete e ao particular.

Moraes (2003) assevera com suas palavras:

O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não pode negar o princípio da igualdade já que configura inconstitucionalidade. Logo, as normas que criem diferenciações abusivas que não tenham nenhuma finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal. (p 69)

Por sua vez, Paesani (2016) acredita, baseado na liberdade de informação, que esta é determinada como a mãe de dois direitos, uma de passar a informação e a outra e de recebê-la, em seus dois aspectos, passivo e ativo. E é esse o aspecto da diligência da informação que justifica a relevância que deve ser oferecida à questão da vulnerabilidade agravada do consumidor virtual, neste sentido a informação precisa ser valorizada sim.

O acesso à informação é importante da mesma forma que a ética com que deve ser tratado tema, assim como também a postura adotada pelo Estado no que diz respeito os fornecedores que formam qualquer relação de consumo virtual. Essa obrigação do Estado é enfatizada pelo apotegma de Valle (2015) quando assevera que as estruturas protocolares do Estado moderno, em que a posse da força coexiste com as estruturas de um Estado-Rede, numa condição de domínio partilhado que demanda indubitabilidade de princípios em favor do respeito aos direitos humanos. Em palavras mais simples, os parâmetros éticos precisam ser considerados, especialmente no que tange à dignidade da pessoa humana, até mesmo no que diz respeito à isonomia perante a lei.

Por isso é que é tão importante que haja esforço para instituir critérios de igualdade e isonomia, apropriados para guiar qualquer relação de consumo que possua como procedência o ambiente *online*, para que se possa encarar a vulnerabilidade agravada do consumidor, comum à sociedade da informação.

Quando se fala em compras coletivas, não se pode deixar de falar de igualdade formal, objetiva e ética, porque envolvem dignidade e cidadania e que em regra são definidas por princípios. As relações de consumo virtuais, por onde ocorrem as compras coletivas devem, de qualquer forma ocorrer de maneira

justa havendo impedimento à regalias e distinções sem justificativas. Assim, em seara de igualdade moral, a preleção ética recomenda que haja sempre a necessidade de seguir um caminho mínimo na difusão da informação de consumo da sociedade da informação, pano de fundo da discussão em pauta.

2.4. Contratos de Adesão de Produtos e Serviços por Consumidor no Ambiente Virtual

É fácil verificar que no comércio eletrônico e nas transações feitas por meio eletrônico não existe, ou, quase não existe, negociação entre as partes de forma contratual, o que ocorre apenas como contratos de adesão. No entanto, no que diz respeito, à relação de consumo, essa regulação dos contratos de adesão é ainda mais intransigente. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 46, situa que os contratos que regulam as relações de consumo não sujeitam os consumidores, se não houver a conformidade de conhecerem previamente o seu teor ou se os concernentes instrumentos forem lavrados de forma incompreensível (BOIAGO,2014).

Dessa maneira, este mesmo autor explica que os contratos que regularizam relações de consumo sejam apropriados e sujeitem os consumidores, é indispensável que os fornecedores lhes tornam possível oportunidade de apreciarem de forma efetiva todos os direitos e deveres especialmente no que diz respeito às cláusulas limitativas de direitos em contratos de adesão.

Em se tratando de contratos de adesão de produtos e serviços pela internet, quase nunca o consumidor tem a chance de verificar em quais condições está efetuando a compra. Apesar de haver a possibilidade de conhecimento anterior da descrição e quantidade do produto, ele precisa de uma definição mais minudenciada.

Conforme, Noura(2012), na maior parte das vezes, as informações prestadas nas compras de produtos e serviços pela internet são apenas quanto a valores, e forma de pagamento, prazo de entrega, garantia e os dados do vendedor. O problema é que na maior parte das vezes a maior parte dos sites de venda, não corroboram os direitos fundamentais do consumidor, quais as categorias onde o consumidor possa estar em prejuízo e quem o consumidor pode procurar, se ocorrer do produto não chegar.

3. Conclusão

Antes de começar a esboçar as notas conclusivas, é de suma relevância asseverar que o direito do consumidor, quando se fala de proteção contratual, é importante se remeter às circunstâncias onde o risco e a lesão causado ao

consumidor não estão essencialmente conectados a um produto de fato, no entanto, sim, à relação de consumo com o fornecedor, por meio de contrato constituído por ambos, de forma a proteger ocasionalmente prejuízo ocasionado pelo serviço adquirido.

Assim, consumir é um ato presente o tempo todo na vida das pessoas, como já se disse, até porque vivemos em um país capitalista e a relação de consumo está presente de maneira contundente no dia a dia, ditando as normas de tudo que se compra, seja produto ou serviço.

Este trabalho mostrou um pouco da história do direito do consumidor, desde quando surgiu e como evoluiu até hoje. Foi possível conhecer ainda a conceituação de consumidor e fornecedor, conjecturados no art. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor e as relações jurídicas que decorrem desses elementos.

A chegada do novo século trouxe evolução e em especial a tecnológica, assim várias inovações foram surgindo e inclusive novas maneiras de consumo, por meio de sites de compras coletivas, mas era preciso conhecer soluções para problemas que estavam surgindo e um problema que apareceu com essa nova forma de compra foi na relação de consumo, com o desequilíbrio que se configurou entre o comerciante e o consumidor com a sua vulnerabilidade.

Vários problemas foram aparecendo, especialmente com a evolução deste tipo de negócio, a relação de consumo, nesse caso, não contemplava a vontade de ambas as partes. Por causa da necessidade de se acolher uma quantidade de pessoas muito grande, a bilateralidade, que anteriormente existia de maneira extensa nas relações jurídicas, acaba ficando para trás dando lugar à unilateralidade com o aparecimento do contrato de adesão, em que o fornecedor estipula as cláusulas contratuais e o consumidor apenas concorda.

Essa falta de concordância entre as partes foi que gerou problemas, assim, com o desígnio de evitar situações abusivas por parte do fornecedor e resguardar o consumidor, trazendo de volta o equilíbrio da relação jurídica, é que o Direito necessitou se fazer presente sendo de extrema relevância o seu papel na inspeção e na regulação dessas relações.

A defesa do Direito do Consumidor, com sua previsão no texto Constitucional de 1988 conjecturou que o Estado deveria promover na forma da lei, a defesa do consumidor. Sem contar com os benefícios trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor na década de 90, tendo em seu texto a clareza de que seria magistral o equilíbrio da relação jurídica entre fornecedor e cliente.

Os sites de compras coletivas trouxeram a facilidade de localizar uma variedade de produtos e serviços sem se deslocar, além da possibilidade de confrontar preços e receber em casa os produtos adquiridos, obedecendo os critérios dessa modalidade de consumo verificados nas linhas acima. Assim, foi necessário que o Código de Defesa do Consumidor se adaptasse porque não

conjeturava essas novas configurações de consumo, no caso concreto, bem como instituindo jurisprudência e legislação específica acerca do assunto.

No caso das compras coletivas de forma específica, a ação do Direito foi de suma importância em garantir a posição dos sites de Compra Coletiva, que mesmo sendo simples mediadores entre os fornecedores e consumidores, tem sim responsabilidade solidária, porque é responsável por ser uma ponte entre as duas partes da relação, assim como deve estar precavido quanto ao tipo de empresas e produtos que noticia em seu portal. Pela presunção do risco do mercado, já consagrado, não é aceitável a essas empresas intermediadoras, que tiram tanto proveito financeiro transferir todo o ônus se por acaso acontecer algum dano ao consumidor. Elas ao mesmo tempo precisam ser responsabilizadas pela informação que difundem, e, além disso, pelas empresas que fazem propaganda, isso por conta dos numerosos problemas dos sites de compra coletiva com os órgãos de defesa do consumidor. Existe uma comissão que atua de forma incansável para que não seja afetada a imagem desse tipo de negócio.

É imperioso que tenha se entendido que o Direito é imperioso para a tutela da relação jurídica de consumo instituindo regras para que se impeçam e se suavizem os estragos incididos dela por causa de, atualmente, o consumidor somente concordar com um contrato pré-estabelecido pelo fornecedor, o que termina por lhe conferir certa desvantagem. A procura precisa ser inabalável para que seja possível contrabalançar a relação entre ambas as partes e para que encontre a melhora desses serviços com menos problemas jurídicos o possível.

Referências

ALMEIDA, J. B. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva.2008

BAUMAN, Z. *Vida para Consumo: A transformação das Pessoas em Mercadorias*. (C. A. MEDEIROS, Trad.) Rio de Janeiro: Zahar. 2008

BOIAGO, José Wilson, Junior. *Contratação Eletrônica: Aspectos Jurídicos – 1º ed.*- Curitiba: Juruá, 2014

BOLZAN, Fabrício. *Direito do Consumidor Esquematizado*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2014

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo. Atlas, 2012

COELHO, Chiquetti. *Compras Com Segurança e Confiança Pela Internet*. Maringá Management: Revista de Ciências Empresariais, v. 3, n.2 - p.19-25, jul./dez. 2015

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

CONTINI, Giresse. Compras coletivas: o surgimento de um novo mercado através da inovação das vendas pela Internet, dentro do paradigma tecnológico vigente. Trabalho de Conclusão (Graduação em Ciências Econômicas) – UFRS, Porto Alegre, 2014

FREIRE, L. G. Auto-regulação da aprendizagem. Fonte: Ciências & Cognição: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/cc/v14n2/v14n2a19.pdf> 2009

JING, Xiaoqing ;XIE, Jinhong. Compras em grupo: um novo mecanismo para vender por meio de interações sociais. Management Science, 2013

LEGIS, Center. Rio é o primeiro estado a ter lei para compras coletivas. São Paulo: Jusbrasil, 2012. Disponível em: . Acesso em: 28/07/2019.

MIRANDA, D. C. O princípio da isonomia no processo civil. Fonte: Jusnavigandi: <https://jus.com.br/artigos/2014> acesso em 21/09/2019

MORAES, A. (*Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas 2003

NOGUEIRA, Rodrigo Leitão. O mercado de compras coletivas: uma descrição das suas principais características comerciais. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2012.

NOUIRA, Lucia Maurity. Condições gerais de venda para um site de comércio eletrônico. Disponível em <http://www.kioskea.net>. 2012

PAESANI, L. M. Direito e Internet: Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo : Atlas 2016

PINOCHET, L. H. *Tecnologia da Informação e Comunicação* (1ª ed.). Rio de Janeiro: Elsevier. Kindle Version. 2014

RIBEIRO, Leandro Correia. A responsabilidade civil dos sites de compras coletivas à luz do Código de Defesa do Consumidor. Jus Navigandi. Julho de 2011. Disponível em:. Acesso em: 24 de agosto de 2019

SENDIN, AEconomia de La Cultura Y La Comunicación En la Era Digital : Interação de Novos Modelos On Line. Lisboa: media XXI. Kindle Version.2011

TARTUCE, Flávio. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. 3. ed., São Paulo: Método, 2014

VALLE, *Direitos Cibernético é uma realidade?* São Paulo: Usina do Livro 2015

ZANON, João Carlos. Direito à proteção dos dados pessoais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Discriminação de gênero e mercado de trabalho: a mulher trabalhadora

Gender discrimination and the labor market: the working woman

Maria Cristina Alves Delgado de Ávila¹
Rosângela Maria Pereira²

Resumo

O presente artigo analisa se há, ainda hoje, mesmo com todas as transformações sociais, a discriminação das mulheres no mercado de trabalho, e, a partir daí identifica como o Judiciário trabalhista vem tratando o tema. Para tanto, utilizar da pesquisa bibliográfica e documental. A discussão se justifica, pois, independentemente do gênero do trabalhador, o princípio da isonomia, conjugado com a dignidade do trabalhador deve prevalecer.

Palavras-chave:

Discriminação. Gênero. Mulheres. Trabalho. Judiciário.

1. Introdução

Nas pesquisas sobre as condições de trabalho entre homens e mulheres é perceptível que ainda hoje no mundo contemporâneo se encontram diversas diferenças, ou melhor, diversas discriminações. A inferiorização da mulher em relação ao gênero masculino está presente em diferentes esferas da vida social, e, mesmo com as políticas existentes observa-se que no cenário das relações de trabalho continua latente a discriminação em relação às mulheres, pois na prática, não se observam as previsões de proteção existentes em nosso ordenamento jurídico. Neste cenário, pretende-se levantar como o tema vem sendo apresentado a sociedade e como o Judiciário efetivamente vem enfrentando essas questões quando elas se tornam uma realidade frente as condições impostas no mercado de trabalho.

Pretende-se inicialmente apresentar quais são as garantias existentes hoje para a mulher trabalhadora no cenário jurídico brasileiro, fazendo ainda uma abordagem de como o gênero feminino por sua própria condição tem, mesmo

¹ Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM. Pesquisadora do NUPED – Núcleo de pesquisa do curso de Direito. email: cristina.delgado@uol.com.br

² Doutora em Sociologia. Professora do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro - IFRJ. Pesquisadora convidada do NUPED – Núcleo de pesquisa do curso de Direito. email: rosangela.pereira@ifrj.edu.br

que constitucionalmente equiparada ao homem, benefícios pela sua condição de mãe trabalhadora. Num segundo momento pretende-se verificar como o mercado de trabalho vem respondendo ao trabalho da mulher e identificar se realmente existe discrepâncias, que acabam se caracterizando como verdadeiras discriminações ao trabalho da mulher. E, por último, destacam-se as decisões dos Tribunais com o intuito de analisar se o Judiciário Trabalhista Brasileiro vem enfrentando o tema quando ele é levado ao seu crivo, e observa-se a perspectiva da instituição no sentido de enfrentamento ou não da discriminação da mulher.

Assim, por meio de pesquisa bibliográfica e documental pretende-se analisar as discriminações com relação as mulheres no mercado de trabalho e como o Judiciário vem enfrentando o tema. O assunto embora relativamente antigo é recorrente na sociedade contemporânea, razão pela qual, o mesmo deve ser discutido, pois não é mais cabível que a discriminação por gênero ainda ocorra atualmente, principalmente tendo como princípio constitucional o da dignidade da pessoa humana, e da isonomia. Deste modo, é inaceitável o tratamento desigual ao trabalho da mulher, pelo simples fato dela se enquadrar num gênero diferente do masculino.

2. Garantias previstas na legislação acerca do trabalho da mulher

No que se refere ao trabalho, numa perspectiva histórica, das sociedades primitivas a idade média, o trabalho equivalia a um modo de sobrevivência, e não de aquisição de lucro, até porque estas sociedades não se pautavam pelos preceitos do capitalismo. As mulheres em tal período, exerciam o tradicional papel de esposas, mães e filhas, além de diversos outros papéis sociais que eram invisíveis na sociedade, assim, elas exerciam no trabalho papéis semelhantes aos dos homens, auxiliando na produção agrícola, vestuário, e até em determinados períodos participando das guerras e construções de residências (BARROS, 2016, p 705).

Em torno dos séculos X e XIV se tem como parâmetro que praticamente todas as profissões então existentes passam a se tornar acessíveis para as mulheres, - assim passa a se ter médicas, professoras etc., sendo que em tal caso recebem um salário não tão distante ao dos homens, porém ao final do século XIV se identifica que a discriminação de salário pelos sexos cresceu, restando as mulheres $\frac{3}{4}$ do salário dos homens (ROCHA, 1991, p. 8). Porém, a partir do renascimento, as mulheres passam então a sofrer intensa discriminações no trabalho, sendo destinadas a exercer suas funções exclusivamente em seus domicílios, e deixando de produzir seda, materiais preciosos e cerveja, por exemplo, pois que tal atributo passa a ser com exclusividade disponibilizado aos homens (BARROS, 2016, p. 705).

Por outro lado, a revolução industrial caracterizada pelo surgimento de profissões até então vistas como femininas, acarretam a disputa entre os sexos

nas relações de trabalho, posto que em tal período, a mão de obra feminina acabava sendo mais acessível e menos produtiva, devido as diferentes ocupações que a mulher era submetida. Assim, afirmava-se que as mulheres ganhavam menos do que os homens, em razão não só de produzirem menos, mas ainda por se considerar que aquilo que era produzido por elas, era avaliado no mercado de trabalho com um valor bem inferior. (BOSSA, 1998, p. 3). Vale acrescentar que Garcia (2018, p. 1063) afirma que: *as mulheres estavam expostas a trabalhos prejudiciais à saúde, com longas jornadas, colocando em risco a sua segurança e a sua vida, recebendo salários inferiores aos pagos aos homens*. Destaca-se que não havia qualquer regra de proteção à gestante ou durante a amamentação, e que foi em função dessas ausências que se tornou iminente a necessidade de regulamentação e de uma legislação protecionista ao trabalho da mulher a nível internacional.

A partir daí, com uma formação legislativa protecionista do trabalho da mulher, afirmava-se que essas proteções acabaram por criar uma forma de discriminação, já que as mulheres por gozarem de uma legislação mais restritiva, os empregadores preferiam não as contratar. Tal fato demonstra que a legislação criada para as proteger acaba por ser fonte de discriminação, o que faz com que a mulher seja prejudicada. Visando a combater a discriminação de gênero, passa a ter início novas legislações de promoção ao trabalho da mulher, objetivando pôr fim às desigualdades até então existentes, acabando assim com as restrições existentes ao trabalho das mulheres, já que a igualdade a prevalecer era a de direitos, inerentes à condição da pessoa humana e, assim fixando restrições apenas nas questões que merecem atenção na sociedade tais como a gestação e a maternidade (GARCIA, 2018, p. 1063-1064).

Afirma-se que a discriminação, no que se refere às relações de trabalho, em função de gênero ou sexo, passou a ser combatida por medidas jurídicas, destacando-se a promoção ao trabalho da mulher como objetivo maior a ser atendido (GARCIA, 2018, p. 1064).

Existem diversas convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que vieram com o escopo de proteção do trabalho da mulher podendo ser citado a de nº 3 – Sobre o trabalho antes e depois do parto, nº 4 – proibindo o trabalho da mulher em indústrias, nº 41 – que estabelece restrições ao trabalho noturno da mulher; nº 45 – vedando o trabalho da mulher em subterrâneos e minas; nº 89 com restrições ao trabalho noturno da mulher em indústrias. Observa-se que mais uma vez as normas protecionistas acabam por gerar efeitos que não eram desejados, já que acabam por discriminar as relações de trabalho das mulheres junto ao mercado de trabalho. E, assim, em face dessas condições se torna necessária a edição de uma convenção que inibisse tais discriminações, razão pela qual se dá ensejo a convenção nº 100 que se manifesta sobre a igualdade de remuneração entre a mão de obra masculina e a mão de obra feminina por um trabalho de igual valor. E, ainda a de nº 103 que estabelece regras de proteção à maternidade.

Pode ser citada ainda a convenção nº 111 que proíbe a discriminação em matéria de emprego e profissão, assim como a de nº 127 que estabelece limites máximos para levantamento de pesos. Já a de nº 156, visa a estabelecer a igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores de ambos os sexos. Por outro lado a convenção nº 171 prevê proteção especial ao trabalho das mulheres, mas apenas em razão da maternidade. Desse modo, a Organização das Nações Unidas tem convenções sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, essas convenções foram promulgadas pelo Brasil, o que reforça a proibição de desigualdade de remuneração entre homens e mulheres para o trabalho que seja de igual valor, reforçando assim que não se pode ter qualquer tipo de discriminação.

No Brasil as primeiras leis de proteção ao trabalho da mulher, surgem no século XX, pela influência da legislação internacional, regulamentando o trabalho da mulher nos estabelecimentos industriais e comerciais, o que ocorre através do Decreto nº 21.417- A/1932, que fora sancionado pelo Presidente Getúlio Vargas, visando ampliar os postos de trabalho e diminuindo a taxa de desemprego. A partir de 1943 a referida lei passa a ser incorporada na Consolidação das Leis do trabalho – CLT. As Constituições de 1934 a 1967 trouxeram em seu conjunto dispositivos protecionistas em relação ao trabalho da mulher, mostrando assim que na evolução legislativa sempre se teve a preocupação com o trabalho da mulher.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRFB/88) inicia por dispor em seu artigo 5º, inciso I, que homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, equiparando assim homens e mulheres. A partir daí se tem reforçado o referido dispositivo quando se estabelece no artigo 7º, várias garantias às mulheres, começando por citar o inciso XVIII, que assegura à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias, já o inciso XX vem garantindo a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e, o inciso XXX que expressamente proíbe diferença de salários de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Por fim, o artigo 10, inciso II, letra b do Ato das disposições constitucionais transitórias veda a demissão da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, salvo se for por justa causa.

Ainda com relação a proteção especial ao trabalho da mulher não se pode deixar de citar que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em seus artigos 372 a 401, vem dispondo sobre essas proteções, sendo que mesmo com alguns questionamentos se os mesmos atenderiam às previsões constitucionais, já que a CFRFB/88 é posterior a lei infraconstitucional, tem-se que a maioria dos artigos atendem a essas necessidades e garantias. Neste sentido, Leite (2018, p. 685) assevera que: *somente os arts.: 374, 375, 376, 378, 379, 380 e 387, todos da CLT, foram revogados expressamente. Os demais dispositivos consolidados concernentes à proteção específica do trabalho da*

mulher continuam vigentes, por não serem incompatíveis com a Constituição de 1988.

Recentemente foi reconhecido que o art. 384 foi recepcionado pela Constituição, através do Pleno do STF, em repercussão geral no RE 658.312, por considerar que o mesmo não afronta o princípio da isonomia previsto na CFRFB/88 vigente, vez que a própria constituição prevê tratamento desigual para as situações expressas de trabalho desigual (LEITE, 2018, p. 686).

Vale ainda ressaltar que o artigo 373 A foi introduzido objetivando estabelecer regras a proteção do mercado de trabalho da mulher. E, ainda o artigo 390 B da CLT também garantem condições a mulher no mercado de trabalho a partir do momento que garante vagas aos cursos de formação a ambos os sexos, o que é reforçado pelo contido no artigo 390 C da CLT no sentido de manter programas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional junto as empresas com mais de 100 empregados. Outro importante reforço se encontra no artigo 390 E da CLT quando permite que a *pessoa jurídica poderá associar-se a entidade de formação profissional, sociedades civis, sociedades cooperativas, órgãos e entidades públicas ou entidades sindicais, bem como firmar convênios para o desenvolvimento de ações conjuntas, visando à execução de projetos relativos ao incentivo da mulher* (GARCIA, 20018, p. 693).

Não se pode deixar de resaltar ainda a Lei nº 9.029/1995 que estabeleceu normas quanto à proibição de atestado de gravidez, esterilização e outras praticas discriminatórias, tanto para efeitos admissionais quanto para a permanência da relação jurídica de trabalho, concretizando assim a vedação a prática de ato discriminatório e limitativo para efeito de ingresso na relação de trabalho, ou ainda para sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiências, reabilitação profissional, idade dentre outras condições.

Assim, é importante ressaltar que não se pode admitir na atualidade que as normas de proteção ao trabalho da mulher, ao estabelecerem restrições, acabem por gerar discriminações nas relações de trabalho. Elas devem ser restritas a promoção do trabalho, visando por fim eliminar qualquer desigualdade. Tal é afirmado por Garcia (2018, 1069) quando se manifesta que:

As normas de proteção ao trabalho da mulher devem ficar restritas a promover o referido labor, pondo fim a qualquer desigualdade no plano social dos fatos, por meio de medidas que fomentem a contratação e melhoria das condições de trabalho, alcançando-se a igualdade material entre homens e mulheres. Nesse sentido, o fundamento da referida legislação passa a ser o princípio da igualdade material e da vedação à discriminação de gênero nas relações de trabalho.

Com isso se tem então de forma geral que a legislação hoje vigente, em sua maioria pretende apenas garantir condições de igualdade entre homens e mulheres, de forma a garantir que a igualdade material prevista na CRFB/88 seja mantida de forma justa e igualitária, ou então a garantir como bem maior a maternidade e a prole que daí advém. Diante disso pela legislação vigente a partir da CLT se tem isso desenhado como se pode depreender dos artigos que abaixo se comenta.

Percebe-se que a mulher pode trabalhar com uma duração de trabalho igual ao do homem, assim como, em relação ao período de descanso. Em termos de salário tem que alcançar o mesmo que os homens, o que é inclusive ressaltado pelo previsto no art. 377 da CLT, que também veda a redução de salários. No que se refere ao trabalho noturno a mulher pode executá-lo, hoje em qualquer local, mesmo que insalubre e/ou perigoso. É permitido também o trabalho da mulher em subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção – públicas ou privadas, assim como podem trabalhar em locais insalubre e perigosos.

Por outro lado, fica vedado o trabalho da mulher em serviços que lhe demandem o emprego de força muscular superior a 20 quilos para o trabalho contínuo ou 25 quilos para o trabalho ocasional, salvo se realizados por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão, ou quaisquer aparelhos mecânicos. A vedação só se justifica, em princípio, levando-se em conta se eles forem prejudiciais ao estado gestacional da mulher.

Quando da gravidez o art. 392 da CLT estabelece a garantia de transferência de função quando necessária em decorrência das condições de saúde da mulher, além de dispensa do horário, para realização de, no mínimo, 6 consultas médicas e demais exames complementares. Em relação à licença maternidade de 120 dias, o art. 392 A da CLT o estabelece para quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção ou criança ou adolescente, e, ainda não existe mais distinção em relação a idade da criança para fins de adoção. Caso a empresa faça parte do Programa Empresa Cidadã – lei nº 11.770/2008, admite uma prorrogação de mais 60 dias em relação à licença.

Terá ainda a mulher direito a dois intervalos de descansos especiais de meia hora cada um para amamentar seu filho, até que ele tenha 6 meses de idade, na forma prevista no art. 396 da CLT, sendo que os mesmos deverão ser acordados entre a mulher empregada e o empregador. No caso de aborto não criminoso terá direito a licença remunerada de 2 semanas, na forma do art. 395 da CLT. Ainda em relação a amamentação, os estabelecimentos que tiverem pelo menos 30 mulheres deverão ter local apropriado para guardar sob vigilância os filhos das empregadas, sendo que tal obrigatoriedade poderá ser suprida mediante creches mantidas diretamente ou mediante convênio – art. 400 da CLT.

Destaca-se, por fim, que a Lei nº 11340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, é uma lei que visa prevenir e reprimir a violência contra a mulher seja ela física, psicológica, moral, sexual ou patrimonial. E, assim no âmbito das

relações de trabalho, ela visa garantir à mulher vítima de violência, que precise se deslocar para outro local de trabalho por até 6 meses, a estabilidade do vínculo trabalhista (COSTA, 2011, p 301).

Dessa forma, salvo algumas condições especiais ligadas à condição de gestação e maternidade, a mulher tem a possibilidade e mesmo potencial igualitário para desempenhar em iguais condições o mesmo trabalho desenvolvido pelos homens.

3. O trabalho da mulher no mercado brasileiro

Conforme ressaltado, em princípio pode-se afirmar que a CRFB/88 exterminou do Direito Brasileiro qualquer prática que atente contra a discriminação da mulher no âmbito empregatício (DELGADO, 2011, p. 752), adotando em seu artigo 1º, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, tendo como um dos seus objetivos fundamentais, constantes no artigo 3º, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Dispõe também o artigo 5º da CRFB/88 o princípio constitucional da igualdade, estabelecendo no inciso I, que *Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*.

O princípio da isonomia prevê tanto a igualdade de aptidões e de possibilidades dos cidadãos, independentemente do gênero, de gozarem de tratamento isonômico, garantido por lei, e, com isso, se limita a atuação de todos: legisladores, intérpretes, autoridades públicas e particulares. Tal é confirmado por Delgado (2001, p. 122) quando ele expressa que:

O princípio da isonomia é mais amplo, mais impreciso, mais pretencioso. Ele ultrapassa, sem dúvida, a mera não-discriminação, buscando igualizar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si. Mas não é, necessariamente (embora em certas situações possa se confundir com isso), princípio de resistência básica, que queira essencialmente evitar conduta diferenciadora por fator injustamente desqualificante.

Portanto, a essa igualdade se tem atrelado o nascimento igual em dignidade, pois não se justifica que sejam dados direitos iguais a todos, para Dallari (2004, p. 50) *todos têm igual direito ao respeito das outras pessoas, e nada justifica que não tenham, desde o começo, as mesmas oportunidades*.

Partindo da discriminação em relação às mulheres trabalhadoras Hirata (2002) identifica três formas distintas, apresentando que a primeira se relaciona à remuneração, com pagamento de salários diferenciados nos países nos quais não existe uma legislação estabelecendo igualdade profissional, e, nos países em que há legislação proibindo diferenças como é o caso do Brasil, elas são

concentradas nos níveis mais baixos da hierarquia, geralmente sem possibilidades de promoção e sem assumir responsabilidades. Já a segunda forma se relaciona à discriminação em relação ao trabalho profissional das mulheres casadas, posto que por serem as mesmas responsáveis pela supervisão familiar e por serem mães indica que elas possuem uma gama de atribuições e com isso acabam não tendo condições de exercerem determinadas atividades, já que nem sempre estariam disponíveis a atendê-las. E, por fim, a terceira se relaciona ao acesso restrito das mulheres trabalhadoras aos postos administrativos, já que elas recebem a pecha de serem incapazes de assumir tais cargos, por lhes faltar condições apropriadas de tomada de decisões. Essas discriminações não esgotam o tema, mas interferem sensivelmente nas relações de trabalho como forma de discriminar a mulher, simplesmente pelas condições de gênero.

Infelizmente essa é a realidade que se concretiza quando se analisa a mulher no mercado de trabalho, pois ela sofreu e continua a sofrer discriminações em relação ao trabalho do homem, mesmo com todas as garantias que lhe são conferidas pela lei. Pela Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio – PNAD, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE 2018, se tem latente a existência de diferenças quanto ao rendimento do trabalho de mulheres e homens nos diferentes grupos ocupacionais.

A pesquisa demonstra que em 2018 ...o valor médio da hora trabalhada era de R\$ 13,0 para a mulher e de R\$14,2 para os homens. O valor do rendimento médio total era de R\$ 2.579 (homem) e R\$ 2.050 (mulher) (IBGE, 2018a). Tais dados demonstram que quando se trata do mercado de trabalho ele oferta às mulheres salários mais baixos do que os do gênero masculino.

Um dado interessante na pesquisa é que não são consideradas as horas que são dedicadas aos afazeres domésticos e cuidado de pessoas, deste modo, observa-se que as mulheres, em média, têm um percentual menor do que os homens para as atividades que são voltadas ao mercado de trabalho, correspondendo a 4,8 horas (IBGE, 2018a) o que os dados revelam é que as mulheres continuam sendo discriminadas no mercado de trabalho, pois se tem que este foi feito para os homens.

Por outro lado no que se refere a proporção de trabalhadores em ocupação por tempo parcial – até 30 horas semanais, vê-se que as mulheres têm uma ocupação de 28,2% em relação aos homens que é de 14,1%, sendo que a pesquisa ressalta que tal esta relacionado ao fato da predominância das mulheres nos cuidados de pessoas e afazeres domésticos, onde as mulheres trabalhadoras dedicam 73% mais horas em relação aos homens. Demonstra ainda a pesquisa que a desigualdade se mostrava mais evidenciada no Nordeste onde as mulheres dedicam 19,0% de suas horas semanais àquelas atividades, o que representa 80% a mais do que os homens, ressalta-se ainda, que as mulheres pretas ou pardas com 18,6 horas semanais são as que mais se dedicam aos afazeres domésticos e cuidados com as pessoas (IBGE, 2018b).

No universo educacional verifica-se uma gritante desigualdade no que se refere à cor ou raça. Contata-se que 23,5% das mulheres brancas têm ensino superior completo, em relação as mulheres pardas ou pretas, elas representam 10,4% que chegaram a concluir esse nível de ensino, demonstrando assim que as mulheres brancas tem um percentual 2,3 vezes maior (IBGE, 2018b).

Outro dado interessante da pesquisa se refere ao amadurecimento da mulher no que se refere a sua idade, ou seja, quanto à proporção de rendimento da mulher, que reduz quando ela avança na idade, em relação aos homens. Pela pesquisa os homens de 40 a 49 anos tem um rendimento superior de 59% aos que se encontram entre 25 a 29 anos de idade, já para as mulheres nas mesmas idades, o rendimento das mais velhas entre 40 a 49 anos, era de 37,0% maior que as das mais jovens entre 25 a 29 anos. Isso demonstra que as mulheres ainda são discriminadas, particularmente, no momento de mais sabedoria de suas vidas, ao contrário dos homens que são reconhecidos neste momento (IBGE, 2018b).

As pesquisas, portanto, confirmam que quer no conjunto da população e mesmo no universo do trabalho, se constata que as mulheres possuem mais escolaridade do que os homens, e que o rendimento médio das mulheres equivale a cerca de $\frac{3}{4}$ dos homens. Afirma o IBGE em pesquisa de 2016 que o *rendimento médio mensal dos homens era de R\$2.306, o das mulheres era de R\$1.764*. E, ainda, levando em consideração o rendimento por hora trabalhada, as mulheres em decorrência da segregação ocupacional, acabam sofrendo no mercado de trabalho e recebem menos do que os homens (86,7%). Essa diferença se acentua na categoria do ensino superior completo, onde o rendimento das mulheres *equivale a 63,4% do que os homens recebiam, em 2016* (IBGE, 2018b).

Em pesquisa mais recente realizada pelo IBGE, com base na PNAD Contínua, mesmo com uma pequena queda na desigualdade salarial entre 2012 e 2018, se constata que as mulheres ainda ganham, em média, 20,5% menos em relação aos homens. Os dados são do quarto trimestre de 2018, os quais consideraram apenas pessoas entre 25 e 49 anos de idade, e demonstram a real disparidade entre os rendimentos médios mensais entre homens que recebem em média R\$ 2.579,00 e as mulheres que recebem R\$ 2.050,00 o que resulta ainda em uma diferença de R\$ 529,00, e ressaltam ainda que a menor diferença encontrada foi em 2016 que se apresentou no valor de R\$ 471,10, quando então as mulheres ganham um percentual inferior de 19,2%. Acentua ainda a pesquisa que se tem dois fatores que elucidam essa diferença no rendimento medido entre os sexos, posto que as mulheres trabalham *menos horas (37h54min) que os homens (42h42min), além de receberem valores menores (R\$ 13) que seus pares masculinos (R\$ 14,20) por hora trabalhada* (IBGE, 2019a).

E ainda quando se vai efetivamente ao mercado de trabalho se vê que dos cargos gerencias tanto do poder público ou da iniciativa privada, pelos dados de 2016, os homens ocupam 60,9% desses cargos, enquanto as mulheres

ocupam apenas 39,1%, e ainda que a participação da mulher nesse contexto era mais alta nas gerações de 16 a 20anos, ou seja, nas mais jovens, variando em 43,1%, e entre as mulheres com 60 anos ou mais de idade, esse percentual chegava até 31,8%, (IBGE, 2018b), demonstrando assim que a diferença é gritante, somente pela condição de gênero, o que fere qualquer isonomia.

Embora não seja o foco essencial do trabalho, mas uma vez que também é forma de trabalho, vale aqui ressaltar como a questão do envolvimento das mulheres se encontra na vida pública do nosso país. Observa-se que embora a Lei nº 12.034/2017, tenha trago a previsão de garantia de um percentual de 30% de candidaturas de cada sexo em eleições proporcionais, se constatou na pesquisa de estatística de gênero – indicadores sociais da mulher no Brasil do IBGE 2018, a proporção que se apresenta de 10,5% é a mais baixa que se apresenta na América do Sul, sendo que a média mundial de deputadas é 23,6%. E, quando se leva isto para a esfera estadual e distrital, percebe-se que na esfera *estadual e distrital, 26,4% dos policiais civis e 9,8% dos policiais militares eram mulheres, observou-se ainda que apenas 7,9% dos municípios brasileiros contavam com delegacia especializada no atendimento à mulher em 2014* (IBGE, 2018b).

O mesmo se evidencia entre as mulheres parlamentares, pois segundo dados levantados em dezembro de 2017, o efetivo de mulheres no Congresso Nacional era de 11,3%, e, no Senado Federal era de 16,0%, enquanto na Câmara dos Deputados era de apenas 10,5%, isso sem levar em consideração que os Estados da Paraíba, Sergipe e Mato Grosso não tinham nenhuma deputada federal. A pesquisa concluiu que em 2017 *o Brasil ocupava a 152ª posição entre os 190 países que informaram à Inter-Parliamentary Union o percentual de assentos em suas câmaras baixas (câmara de deputados) ou parlamento unicameral ocupados por mulheres parlamentares em exercício.* (IBGE, 2018b).

Um dado que também chama a atenção nos dados informados pelo IBGE (2018b) é em relação ao efetivo policial, pois salientam que elas representavam 26,4% do efetivo das policiais civis, pelo levantamento que fora realizado em 2014, sendo que consideram que esse percentual é um *indicador que, além de atender à meta de integrar as mulheres à vida pública, compõe as medidas de assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar.* Acresce que:

Esse atendimento se dá no âmbito das polícias civis, subordinadas aos governos estaduais. Segundo a Pesquisa de Informações Básicas Estaduais (Estadic), em 2013, a proporção de mulheres no efetivo das polícias civis das unidades da Federação era de 26,4%.

Considerando o total efetivo das polícias civis e militares, a proporção de mulheres no país era de 13,4%; o total de mulheres no efetivo nacional das polícias

militares era de 9,8%. A unidade da Federação com a menor participação de mulheres no somatório do efetivo policial militar e policial civil era o Rio Grande do Norte, com 5,1%, e a que tinha a maior participação era o Amapá, com 23,4%. (IBGE, 2018b).

Possível é verificar pelos dados levantados que a mulher sofreu e continua a sofrer discriminações no que se refere a mercado de trabalho, pois ele ainda é considerado um ambiente propício aos homens, já que as mulheres deveriam estar em casa cuidando da prole. A mulher é sim discriminada no ambiente de trabalho, simplesmente pela condição de serem mulheres, pode ser citado como exemplo a pesquisa realizada pelo IBOPE, o qual demonstra que duas em cada dez mulheres entrevistadas em São Paulo afirmaram já ter sofrido discriminação e preconceito no ambiente de trabalho, simplesmente pelo fato de serem mulheres, sendo que a pesquisa ainda afirma que o índice aumenta para 35% para as mulheres que tem ensino superior e para 32% naqueles cuja renda familiar é acima de cinco salários mínimos. Complementa ainda que quando se levou em consideração os dados analisados por gênero em relação ao conjunto de desempregados em São Paulo em cada 10 desempregados 6 são mulheres, o que representa 58% dessa parcela da população, e que isto do ponto de vista estatístico representa um milhão de mulheres desempregadas na Cidade de São Paulo, e que a maioria se encontra desempregada a mais de um ano (Movimento EMPRESARIAL PELO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DA MULHER, 2018).

Ressalta-se que dentre o conjunto de metas que devem ser cumpridas até 2030, pelos 193 países na Organização das Nações Unidas – ONU, alcançar a igualdade de gênero e empoderamento de todas as mulheres e meninas, se apresenta como um dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS. Alcançar esse objetivo é uma das metas que formam o conjunto de metas a serem cumpridas pelos países da Organização das Nações Unidas (ONU). Apesar de ser um objetivo específico na agenda mundial, a igualdade de gênero é um tema transversal que não se restringe às mulheres (IBGE, 2019a).

Nesta pesquisa, se constatou ainda que existe uma menor disparidade entre os rendimentos das mulheres trabalhadoras que trabalham na central de atendimentos e nos serviços de limpeza de interiores de edifícios, escritórios e outros estabelecimentos, em que as mulheres recebiam 12,9% e 12,4% menos que os homens, respectivamente. O mesmo não ocorre em relação aos agricultores e trabalhadores qualificados na agricultura e dos gerentes de comércios varejistas e atacadistas em que as mulheres recebem 35,8% e 34% menos respectivamente que os homens. E, ressaltam ainda que nas profissões que se relacionam a médicos especialistas e advogados, também se verificam desigualdades vez que elas recebiam respectivamente menos 28,2% e 27,4% (IBGE, 2019b).

O acúmulo de atividades sobre a mulher impossibilita seu reconhecimento enquanto trabalhadora, uma vez que as atividades realizadas no

seio da família, ainda que remuneradas, não são reconhecidas, e não tem qualquer visibilidade, social. Para Abreu e Sorj (1993), uma vez que o trabalho a domicílio está associado ao trabalho doméstico, sua legitimidade profissional se acha comprometida, tanto no plano social como no familiar, não sendo reconhecida dentro de uma hierarquia das profissões.

Percebe-se que mesmo havendo o crescimento da força de trabalho feminina, se vislumbra que em função de determinados traços culturais e sociais elas são impedidas de uma participação mais efetiva no mercado de trabalho. Para Neves (2000) as mulheres continuam confinadas a certos tipos de funções e ocupações, trabalhando em empresas cujos produtos têm menor conteúdo tecnológico e em funções nos quais o treinamento não é considerado necessário. A incorporação da mão de obra feminina apresenta forte incidência de precarização das condições de trabalho e emprego, e, ainda é possível observar que as recentes mudanças introduzidas pela Reforma trabalhista ocorrida em 2017, serviram também para de certa forma precarizarem algumas formas de trabalho da mulher e, pelas informações que foram possíveis levantar pelas pesquisas, fica demonstrado que a discriminação é uma realidade brasileira, e não apenas uma falácia.

4. O enfrentamento pelo Judiciário das questões de discriminação

Algumas vezes nota-se que os motivos de proteção ao trabalho da mulher são conservadores e, em vez de protegê-la, acabam discriminando, como por exemplo é o texto contido na sumula 244 do TST, que em vez de proteger a mulher acaba por criar uma natural discriminação a inserção dela no mercado de trabalho. Mas mesmo que numa redação na sua essência não protecionista se tem que a demissão da empregada por estar a mesma grávida se considera como uma prática discriminatória, em que o Judiciário entende de considerar passível de condenação por danos morais. Nesse sentido inclusive é a decisão proferida pela Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, quando assim se manifestou:

I - AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DE EMPREGADA GRÁVIDA. DANO MORAL. Demonstrado o dissenso jurisprudencial, o recurso de revista merece processamento. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA. 1. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO DE EMPREGO COM A TOMADORA. SÚMULA Nº 126 DO TST. A pretensão recursal é de reexame de fatos e provas, objetivando que esta Corte faça nova incursão no conjunto-fático probatório, de sorte a reconhecer o vínculo direto de emprego entre a reclamante e a tomadora de serviços, vedado nesta

instância extraordinária em face da incidência da Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido. 2. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. CESTA BÁSICA. FGTS E MULTA DE 40%. Vinculadas as parcelas ao reconhecimento da relação de emprego diretamente com a tomadora dos serviços, inviável a admissibilidade da revista. Recurso de revista não conhecido. 3. DISPENSA DE EMPREGADA GRÁVIDA. DANO MORAL. DANO IN RE IPSA. DEVER DE INDENIZAR. A verificação do dano moral não reside na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme ao ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de se irradiar para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante. A hipótese dos autos é de dispensa de empregada grávida, o que denota o caráter discriminatório do ato patronal. O dano moral configura-se pela mudança do estado psíquico do ofendido, submetido pelo agressor a desconforto superior àqueles que lhe infligem as condições normais de sua vida. Sendo *in re ipsa*, inerente à própria ofensa, essa circunstância torna despicienda a prova do abalo sofrido pela vítima. Nesse contexto, configurada a dispensa discriminatória da empregada gestante, resta configurado o dano moral indenizável, fixado o valor em R\$ 10.000,00. Recurso de revista conhecido e provido. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma; Acórdão do processo Nº RR - 1561-76.2012.5.04.0010; 10/12/2014. TST.JUS.BR. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;turma.7:acordao;rr:2014-12-10;1561-2012-10-4-0>. Acesso: 12.10.2019.

Nesse caso o Tribunal determinou que não havia necessidade de comprovação do dano por já estar configurado quando ocorreu mudança do estado psíquico da empregada, que lhe foram acometidos pelo empregador, por considerar a mesma discriminatória. O fato do empregador ter conhecimento ou não do estado gravídico não modifica a garantia de estabilidade da empregada gestante, vez que tal lhe é garantido mesmo em tal hipótese, valendo abaixo citar a seguinte decisão:

GESTANTE. DISPENSA NO CURSO DO PERÍODO GESTACIONAL. DESCONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE GESTANTE PELO EMPREGADOR. RECONHECIMENTO DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA. O desconhecimento da condição de gestante pelo empregador (ou mesmo pela

empregada) não obsta o reconhecimento da garantia constitucional da estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea 'b', do ADCT. Inteligência da Súmula 244 do C. TST. O direito à estabilidade da gestante é objetiva e tem sua origem na concepção, ao tempo em que perdurava a relação de emprego. (TRT da 3.^a Região; PJe: 0010367-02.2016.5.03.0071 (RO); Disponibilização: 14/02/2017; Órgão Julgador: Decima Turma; Relator: Convocado Frederico Leopoldo Pereira). Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/importadas-2017/jurisprudencia-do-trt-mg-sobre-direitos-relacionados-a-maternidade-17-03-2017-05-59-acs>. Acesso: 12.10.2019.

A jurisprudência também vem sendo no sentido de garantir o salário maternidade, quando a empregada não puder gozar do mesmo por culpa do empregador, sendo que em tal caso o valor devido será convertido em salário, valendo aqui ser transcrito a jurisprudência:

SALÁRIO MATERNIDADE. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO ATRIBUÍDO AO EMPREGADOR. ART. 72, § 1º, DA LEI 8.213/91. Nos termos do § 1º do artigo 72 da Lei nº 8.213/91 o pagamento do salário maternidade constitui dever legal do empregador, com a possibilidade, contudo, da empresa pleitear o ressarcimento posterior junto à autarquia previdenciária mediante compensação contábil pertinente. Não tendo a empresa, todavia, cumprido a contento com tal obrigação, deixando a trabalhadora em grave estado de penúria financeira, sem a percepção de verba alimentar necessária à própria subsistência e à de sua família, deve a empregadora ser condenada ao pagamento de renda mensal igual à remuneração integral auferida pela empregada parturiente. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Partes: Cleidimar Crasque e Município de Cariacica, Instituto Excellence. RO 0000854-93.2017.5.17.0003. Julgado em 25/04/2019. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/importadas-2017/jurisprudencia-do-trt-mg-sobre-direitos-relacionados-a-maternidade-17-03-2017-05-59-acs>. Acesso: 12.10.2019.

E, mesmo que a ação seja interposta posteriormente ao período estável a empregada tem direito a receber de forma indenizada o referido

período, sendo a única condição que é possibilitada na lei, através da sumula 244 do TST, no sentido de converter o período de estabilidade provisória em garantia de salário, senão vejamos:

ESTABILIDADE DA GESTANTE - AÇÃO AJUIZADA APÓS O PERÍODO ESTABILITÁRIO - NÃO CONFIGURAÇÃO DE ABUSO DE DIREITO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - Nos termos da OJ 399 do c. TST: O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário. (TRT da 3.ª Região; PJe: 0011361-15.2016.5.03.0173 (RO); Disponibilização: 13/02/2017; Órgão Julgador: Sétima Turma; Relator: Convocado Cleber Lucio de Almeida) Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/importadas-2017/jurisprudencia-do-trt-mg-sobre-direitos-relacionados-a-maternidade-17-03-2017-05-59-acs>. Acesso: 12.10.2019.

Ainda por força da garantia apresentada na suma 244 do TST observa-se que mesmo quando há contratação por prazo determinado a empregada gestante não pode ter seu contrato encerrado quando do vencimento dele, se posicionando da seguinte forma:

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. Diante do entendimento plasmado no item III da Súmula 244 do C. TST, que, visando dar maior efetividade ao direito fundamental constitucionalmente assegurado à gestante e ao nascituro, estendeu a estabilidade prevista no art. 10, inciso II, alínea b do ADCT às empregadas admitidas através de contrato de trabalho por prazo determinado, restando incontroversa a existência do estado gravídico no ato de resolução do contrato de trabalho, faz jus a obreira à proteção conferida em lei. (TRT da 3.ª Região; Processo: 0002065-24.2014.5.03.0048 RO; Data de Publicação: 24/01/2017; Órgão Julgador: Decima Turma; Relator: Rosemary de O. Pires; Revisor: Paulo Mauricio R. Pires) Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/importadas-2017/jurisprudencia-do-trt-mg-sobre-direitos->

relacionados-a-maternidade-17-03-2017-05-59-acs.
Acesso: 12.10.2019.

Também quando da ocorrência do encerramento das atividades da empresa, uma vez que ela é a responsável pelo risco da atividade econômica deve ela arcar com o ônus do período faltante para quando do desligamento da mulher grávida.

GARANTIA DE EMPREGO. GESTANTE. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DA RECLAMADA. A garantia de emprego à gestante visa à proteção da maternidade e do nascituro, cujos direitos são resguardados desde a concepção (art. 2º do CC), portanto, revela interesse social que se sobrepõe ao interesse o individual da empregada. Nesse contexto, considero que o encerramento das atividades da primeira reclamada não pode importar prejuízos aos empregados, pois é o empregador que deve assumir os riscos da atividade econômica, por aplicação do princípio da alteridade (art. 2º da CLT). O maior interesse social de que se reveste a proteção da maternidade, insculpida em norma constitucional, impõe afastar a interpretação literal do art. 10, II, b, do ADCT, na hipótese dos autos. (TRT da 3.ª Região; Processo: 0001473-22.2014.5.03.0034 RO; Data de Publicação: 28/10/2016; Disponibilização: 27/10/2016, DEJT/TRT3/Cad. Jud, Página 609; Órgão Julgador: Decima Turma; Relator: Rosemary de O. Pires; Revisor: Convocado Alexandre Wagner de Moraes Albuquerque). Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/importadas-2017/jurisprudencia-do-trt-mg-sobre-direitos-relacionados-a-maternidade-17-03-2017-05-59-acs>. Acesso: 12.10.2019.

Em relação à gestação o Tribunal Superior do Trabalho – TST, através do precedente nº 6, estabeleceu a garantia de salário no período de amamentação, quando o empregador não cumprir com suas obrigações legais. E, ainda, os Tribunais vem entendendo a necessidade de instalar lugar adequado para a guarda de crianças, ou auxílio creche, e na falta de cumprimento de tais obrigações que seja a empresa por se responsabilizar pela indenização em danos morais, conforme abaixo:

PERÍODO DE AMAMENTAÇÃO - OBRIGAÇÃO DE
INSTALAÇÃO DE
LUGAR ADEQUADO PARA A GUARDA DA CRIANÇA -
AUXÍLIO-CRECHE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

VIOLAÇÃO DO INTERVALO PARA AMAMENTAÇÃO - O intervalo para amamentação é um direito fundamental de mãe e filho, ainda que previsto apenas na legislação trabalhista. A regra estabelecida na CLT é uma norma de ordem pública, isto é, independe da vontade das partes envolvidas, já que sua finalidade é proteger a saúde. Assim, a comprovada violação do intervalo constitui óbice ao exercício do direito fundamental, fato que enseja o pagamento da indenização por danos morais. (TRT da 3.^a Região; PJe: 0010193-02.2015.5.03.0047 (RO); Disponibilização: 02/10/2015, DEJT/TRT3/Cad. Jud, Página 101; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Convocada Martha Halfeld F. de Mendonca Schmidt). Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/importadas-2017/jurisprudencia-do-trt-mg-sobre-direitos-relacionados-a-maternidade-17-03-2017-05-59-acs>. Acesso: 12.10.2019.

Garante-se também a necessidade de preservar a dignidade a empregada contra violações que possam ocorrer decorrente das relações de trabalho, como se observa:

DANOS MORAIS - CONFIGURAÇÃO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - O dano moral diz respeito à violação da dignidade da pessoa humana, que envolve os valores morais que lhe são correlatos, e decorre de afronta grave ao trabalhador, causando-lhe dor, sofrimento, tristeza, sentimentos angustiantes e aflitivos, sendo certo que, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil fica obrigado à reparação aquele que, por ato ilícito, viola direito e causa dano a outrem, ainda que de cunho exclusivamente moral, garantia que se encontra inserida também no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. No caso, a empregadora não cumpriu com obrigações contratuais, quais sejam, não recolhimento do FGTS, pagamento do acerto rescisório e recolhimento de contribuições previdenciárias, fato esse que impediu a empregada de receber benefícios do INSS, inclusive o auxílio-maternidade. O dano moral advém da circunstância fática constatada no feito, porquanto manifesto o desgaste emocional e o estado de estresse experimentados pela Reclamante que, em período de licença-maternidade, submeteu-se à condição de completo desamparo financeiro, comprometendo seriamente o sustento econômico próprio e de sua família, sobretudo em se considerando o nascimento

prematureo do seu filho que, por sua vez, necessitava de cuidados especiais.(TRT da 3.^a Região; Processo: 0000633-34.2015.5.03.0080 RO; Data de Publicação: 02/05/2016; Disponibilização: 29/04/2016, DEJT/TRT3/Cad. Jud, Página 189; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Denise Alves Horta; Revisor: Paulo Chaves Correa Filho).| Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/importadas-2017/jurisprudencia-do-trt-mg-sobre-direitos-relacionados-a-maternidade-17-03-2017-05-59-acs>.Acesso:12/12/19.

Não se pode também exigir o exame de gravidez nem no início ou no fim do contrato, vez que além de proibido expressamente em lei, se tem como uma condição discriminatória a empregada, e esse é o acompanhamento que a jurisprudência vem tendo quando ao assunto:

DANO MORAL - EXIGÊNCIA DE EXAME DE GRAVIDEZ NO ATO DA DISPENSA MEDIANTE PROCEDIMENTO CONSTRANGEDOR - ABUSO DE DIREITO - REPARAÇÃO DEVIDA. O fato de o empregador exigir comprovação de ausência de gravidez no ato da dispensa não configura crime, nos termos da Lei nº 9.029/95, podendo, revelar, de acordo com o procedimento adotado, inclusive, o cuidado de evitar a nulidade da rescisão contratual, atrelada à demanda judicial visando a reintegração da empregada gestante, eis que não é raro o desconhecimento do estado gravídico pela própria obreira. No entanto, a utilização de meios constrangedores, que exponham a trabalhadora à situação vexatória, constitui abuso de direito, sendo devida a reparação civil pela ofensa à dignidade da pessoa humana. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/importadas-2017/jurisprudencia-do-trt-mg-sobre-direitos-relacionados-a-maternidade-17-03-2017-05-59-acs>.Acesso: 12.10.2019.

A Sétima turma do Tribunal da Primeira Região, estabeleceu punição para a discriminação quando a mesma ocorre pelo assédio quando se refere ao campo laboral, e assim se posiciona:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. ASSÉDIO MORAL COMPROVADO. COMPORTAMENTO MISÓGINO. AGRESSÕES VERBAIS. VIOLÊNCIA CONTRA

AS MULHERES. É dever do Estado Brasileiro efetivar adequadamente os direitos das mulheres, protegendo-as contra todos atos de discriminação, em especial contra os que ocorrem quando são coisificadas e xingadas no local de trabalho. Devem as autoridades públicas e judiciárias atuarem para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa, conforme compromisso assumido pelo país com a internacionalização da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 84.460. Comprovada a prática de ofensas reiteradas às mulheres em geral e às mulheres grávidas, em particular, correta a sentença que reconheceu a ocorrência de dano moral e estabeleceu o dever de reparação, com a condenação da reclamada ao pagamento de indenização em quantia que pode ser até considerada módica diante da gravidade da conduta e da discriminação perpetrada. Recurso patronal conhecido e desprovido.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO Sétima Turma; Ementa processo número 0010114-28.2015.5.01.0031 - DOERJ 13-03-2017; 13/03/2017. trt1.jus.br. Disponível em: https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/437753342/recurso-ordinario-ro-1011428201550100_31?ref=juris-tabs. Acesso. 12.10.2019.

Interessante ainda citar a decisão abaixo onde se tem a indenização em decorrência da discriminação de sexo e classe social, relacionada ao trabalho.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, DISCRIMINAÇÃO DE SEXO, DE CLASSE SOCIAL E CONTRA TRABALHADORAS TERCEIRIZADAS. discriminações sobrepostas. atos abusivos dirigidos às trabalhadoras terceirizadas. proibição de saída pela porta principal da tomadora de serviços. coisificação da mulher: estabelecimento de padrão de beleza condizente com o bairro do Leblon- RJ. atos que violam o direito de personalidade. danos extrapatrimoniais graves.

A indenização por dano moral foi elevada à modalidade de garantia constitucional em face da violação aos direitos fundamentais, reparando todos os agravos à pessoa humana (art. 5º, incisos IV e V CRFB), com

singular tutela aqueles que ocorrem nas relações de trabalho, mercedores de uma justiça especializada para conhecê-los e apreciá-los (artigo 114, inciso VI, CRFB).

No caso em tela, o acervo probatório não deixa dúvidas acerca do tratamento discriminatório praticado pela tomadora de serviços. A proibição de sair pela porta da frente, por não estarem à altura de suposto padrão de beleza condizente com o bairro Leblon- RJ, fere não somente as trabalhadoras terceirizadas, entre elas a reclamante, por sua condição de mulher e por sua origem social, em total afronta à ordem internacional, bem como às disposições constitucionais e legais brasileiras, mas também às mulheres em geral, coisificadas e julgadas por sua aparência e classe social.

A indenização fixada pelo Juízo a quo, consistente em R\$50.000,00, revelou-se adequada, pelo que não merece ser reduzida. Recursos conhecidos e não providos. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO 7ª Turma; Ementa processo nº 0010708-96.2015.5.01.0013 (RO); 4 de julho de 2016. trt1.jus.br (disponível em: https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=96095&p_grau_pje=2&p_seq=10708&p_vara=13&cid=4876)

Pelas decisões citadas é possível observar que o Judiciário mesmo que de uma forma mais voltada a garantia da maternidade, acaba por dar garantias a mulher no mercado de trabalho, porém, as formas de discriminações em relação ao homem e mulher no que tange ao trabalho não são abordados.

5. Conclusão

Os fundamentos da proteção ao trabalho da mulher dizem respeito à sua fragilidade física e social, razão pela qual as medidas de proteção que lhe são conferidas em relação ao trabalho, se justifica em relação ao período de gestação e após em vista do nascituro, e a algumas situações peculiares como no caso da proibição ligada a força física. As demais em tese não se justificariam por força do princípio da igualdade previsto na CRFB/88.

Porém, isso tudo se torna uma utopia quando se observa pelas estatísticas apresentadas que na realidade enfrentada no Brasil as mulheres continuam sofrendo várias discriminações no ambiente de trabalho, isso pelo simples fato de ser mulher, o que contraria qualquer regra vigente, e ainda o

princípio da dignidade da trabalhadora, já que a mesma é uma pessoa humana que merece ser respeitada em todos os momentos de sua vida e com integralidade de direitos, na forma preconizada na constituição vigente. Portanto, mesmo tendo muitos avanços na legislação, ainda sim, é frequente a discriminação e desvalorização do trabalho da mulher.

E, o mais grave é que mesmo com todas as discrepâncias apresentadas se observa que algumas nem sequer chegam ao Judiciário, e que quando levadas se observa que as decisões proferidas acabam por não garantirem a trabalhadora uma solução que possa acabar com as desigualdades existentes no mundo laboral, pois são decisões brandas em face das reais consequências que causam na prática. Para que ocorra uma mudança que possa impactar no que se refere a labor da mulher, há necessidade de toda uma mudança cultural no sentido de verem que a mulher é uma força de trabalho igual ao gênero masculino, devendo ser respeitada da mesma forma.

Referências

- ABREU, Alice de Paiva; SORJ, Bila. **Trabalho a domicílio e relações de gênero**: as costureiras externas do Rio de Janeiro. In: ABREU, Alice de Paiva; SORJ, Bila (Org.). O trabalho invisível: estudos sobre trabalhadores a domicílio no Brasil. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1993. p. 49-61.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. São Paulo. LTr. 2016.
- BOSSA, Sônia. **Direito do trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias**. São Paulo: Olliveira Mendes. 1998.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Câmara dos Deputados, 1988.
- _____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 19 de Set. 2019.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 3. São Paulo: LTr, 2001.
- HIRATA, Helena. **Nova Divisão Sexual do Trabalho?** Um olhar voltado para a empresa e para a sociedade. Boitempo, São Paulo. 2002.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGEa. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua PNAD Contínua Diferença do rendimento do trabalho de mulheres e homens nos grupos ocupacionais Pnad Contínua** - 2018. Disponível em:

https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/93fe55e0692c504efbc849b796921b18.pdf. Acesso em: 12/10/2019.

_____. IBGEb. **Estatísticas de gênero: responsabilidade por afazeres afeta inserção das mulheres no mercado de trabalho.** 2018. Disponível em:

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 12/10/2019.

_____. IBGEa. **Igualdade de gênero é uma das metas para um mundo mais sustentável até 2030.** 2019. Disponível em:

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24042-igualdade-de-genero-e-uma-das-metas-para-um-mundo-mais-sustentavel-ate-2030>. Acesso em: 12/10/2019.

_____. IBGEb. **Diferença cai em sete anos, mas mulheres ainda ganham 20,5% menos que homens.** 2019. Disponível em:

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23924-diferenca-cai-em-sete-anos-mas-mulheres-ainda-ganham-20-5-menos-que-homens>. Acesso em: 12/10/2019.

JUSBRASIL. Disponível em <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/437753342/recurso-ordinario-ro-101142820155010031?ref=juris-tabs>.

Acesso em: 12.10.2019

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho.** – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual de Direito do trabalho.** 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Movimento empresarial pelo desenvolvimento econômico da Mulher. Pesquisa revela preconceito no ambiente de trabalho em relação à mulher. 2018. Disponível em:

<http://movimentomulher360.com.br/2018/04/pesquisa-revela-preconceito-no-ambiente-de-trabalho-em-relacao-a-mulher/>. Acesso em: 12/10/2019.

NEVES, Magda de Almeida. **Reestruturação Produtiva e Relações de Gênero: Condições de Trabalho e Qualificação na Cadeia Produtiva.** III Congresso Latino Americano de Sociologia Del Trabajo. Buenos Aires, 17 a 20 de maio de 2000.

ROCHA, Sílvia Regina da. **O Trabalho da Mulher à Luz da Constituição de 1988.** 1. Rio de Janeiro. Forense. 1991.

A necessária revisão dos critérios que compõe o IPM (Índice de Participação dos Municípios) do estado do Rio de Janeiro para a recomposição dos percentuais dos municípios Sul Fluminense

The required review of the criteria of the rio de janeiro state ipm (index for participating) for the recomposition of percentuals of the south fluminense municipalities

Ariadne Yurkin Scandiuzzi¹
Yago Galdino Fernandes²

Resumo

O percentual de 25% do produto arrecadado de ICMS pelos estados devem ser repartidos entre os municípios conforme o IPM – Índice de Participação dos Municípios, composto de diversas variáveis. Na região sul fluminense este índice vem regredindo anual, acarretando em prejuízo aos municípios. Pretende esta pesquisa analisar a real e efetiva necessidade de revisão destes critérios de forma a recompor a perda de receita acarretada pela redução do IPM.

Palavras-chave:

ICMS. Partilha de Receita. Revisão do IPM.

1. Introdução

O ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias, Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, de competência estadual, é um tributo plurifásico, seletivo e incidente nas cadeias de produção e circulação de tais mercadorias e serviços, também incidente sobre energia e derivados de petróleo.

Previsto na Constituição Federal de 1988 no inciso II do artigo 155, é regulamentado pela Lei Complementar 87/96 e conforme a regra geral, é competente o Estado onde está localizado o estabelecimento de saída da mercadoria ou serviço, o denominado Estado de origem.

1 Doutoranda em Empresa e Tributação, Mestre em Direito Tributário, Advogada e Professora Universitária dos Curso de Graduação em Direito junto ao UniFoa – Centro Universitário de Volta Redonda e UGB – Centro Universitário Geraldo di Biase.

2 Discente do 6º período do curso de Direito do UniFoa - Centro Universitário de Volta Redonda.

Como será exposto a seguir, parte da receita auferida pelos Estados deve ser repartida em favor dos Municípios conforme o índice de participação, que abrange diversos critérios e valores.

Os municípios da região sul fluminense do Estado do Rio de Janeiro até o ano de 1996 possuíam participação significativa, quando com a criação da Zona de Produção Principal da Bacia Petrolífera de Campos, houve o deslocamento da maior participação para os municípios ali situados e o declínio da participação dos municípios localizados na região sul fluminense, levando a crer que o peso maior concebido as operações envolvendo petróleo e seus derivados tem prejudicado e muito os municípios não localizados naquela região.

Como as variáveis que compõe o IPM – Índice de Participação dos Municípios é estabelecido pelo Estado, acredita-se que faz-se necessária a revisão de forma a obter a devida equalização, tal como foi efetuado em outros estados, como por exemplo o Estado de São Paulo.

Propõe este artigo a análise desta possibilidade de revisão, comparando o que foi realizado no Estado de São Paulo, de forma a concluir que é possível alcançar a solução para a atual situação precária em que se encontram os índices de participação dos principais municípios da região sul fluminense.

Registra-se portanto que o objetivo não é questionar acerca do cálculo realizado pelo Estado do Rio de Janeiro, mas sim, os critérios utilizados para a definição do valor adicionado, cujo peso é o mais significativo na composição do IPM.

2. Icms e sua incidência nas operações de petróleo e seus derivados

O ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação surgiu com a Emenda 18/65 à Constituição de 1946, então denominado ICM. (CARNEIRO, 2018)

Sua origem decorre da união de 06 (seis) impostos, a saber, sobre circulação de mercadorias, sobre minerais, sobre combustíveis líquidos e gasosos, sobre energia elétrica, sobre transportes e sobre comunicações.

Sobre o fato gerador do ICMS tem-se como hipótese de incidência as operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive fornecimento de alimentos e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares; prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores; prestações onerosas de serviços de comunicação por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza; fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios; fornecimento de

mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual; entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja sua finalidade e serviço prestado no exterior, ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior.

Acerca das hipóteses de incidência do ICMS, no caso sobre operações abrangendo petróleo e seus derivados, conforme regulamentação pela Lei Complementar nº 87/1996, no inciso III, parágrafo 1º do artigo 2º, assim previu:

Art. 2º...

§1º O imposto incide também:

III – sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Conforme parágrafo único do artigo 2º da Lei Estadual nº 2.657/1996, prevê no inciso III a incidência do imposto na “entrada, no território do Estado, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrente de operações interestaduais.”

Cumpramos ressaltar que tal dispositivo prejudicou e muito os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo em favor do Estado de São Paulo quando da elaboração da Constituição de 1988 e sua aplicação, até o momento em que deu início a operação do Pré-Sal, conforme será abordado adiante.

3. IPM – Índice de Participação dos Municípios

Previamente ressalta-se que parte da receita pública auferida pelos municípios advém da participação no produto arrecadado do ICMS pelos estados, tal como ocorre com a receita proveniente do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) fomentado por repasses da União.

Cumpramos esclarecer prevê a Constituição Federal no inciso IV da Constituição Federal a repartição de receitas no percentual de 25% do produto arrecadado de ICMS pelo Estado em favor dos Municípios, tal como ocorre com a receita proveniente do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) fomentado por repasses da União:

Art. 158: Pertencem aos Municípios:

IV – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo Único: As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I – três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

Dentre as diversas classificações de transferências, trata o presente das denominadas Transferências Incondicionais Devolutivas, que distribuem os recursos para os governos em que foi realizada a arrecadação, sem a presença de condicionalidades sobre a forma de gasto. O repasse ocorre conforme o IPM – Índice de Participação do Município, tratando-se de transferência de caráter devolutivo como exposto acima, onde cada ente municipal recebe do estado montante de recursos de alguma forma vinculados ao que foi arrecadado na respectiva jurisdição, sendo no caso do ICMS, como adiante exposto, a partilha fundada no valor adicionado.

Neste caso, no percentual de 25% de repasse do ICMS aos municípios, 75% é distribuído de acordo com este Valor Adicionado Fiscal (VAF) dos municípios e indica de certo modo quanto foi arrecadado do imposto em cada município e 25% é distribuído conforme a legislação estadual.

O índice de participação supra mencionado é calculado sobre diversas variáveis, dentre eles, como ocorre no Estado do Rio de Janeiro, o percentual do valor adicionado, área territorial, população, receita própria, ajuste econômico, índice de conservação ambiental (ICMS Ecológico, entre outros), sendo certo que o um dos maiores parâmetros utilizados é o valor adicionado (75%), onde a apuração se dá pela média aritmética do valor adicionado(VA) dos dois anos anteriores ao ano da apuração.

Como já exposto, o Estado tem autonomia para estabelecer os critérios de repasse de até 25% e diante da diversidade de critérios adotados pelos vários estados, Baratto e Costamilan (2007) propõem a classificação destes em quatro grupos:

. Critérios de caráter devolutivo: a distribuição dos recursos é conforme a capacidade econômica e portanto relacionado a quanto o município arrecadaria de forma direta;

. Critérios de caráter redistributivo: a distribuição é baseada na baixa capacidade econômica;

. Critérios de caráter redistributivo/compensatório: a distribuição tem como base o ressarcimento ao município que por qualquer razão passou por impacto negativo na sua capacidade econômica ou ainda conforme a adoção de determinada prática ou comportamento;

. Critérios de caráter redistributivo/vinculado: distribuição conforme programas de cooperação intergovernamental, em especial nas áreas de educação e saúde.

Assim, compõem o Índice de Participação dos Municípios no caso do Estado do Rio de Janeiro:

Apuração do Valor Adicional conforme Lei Complementar nº 63/1990, por meio da Declan/Defis

Critérios Estaduais conforme Leis nº 2.664/1996 e 5.100/2007:

Cota Mínima – 33%

Área – 26%

População – 23%

Conservação Ambiental – 10%

Ajuste Econômico – 7%

Receita Própria – 1%

A base de cálculo do ICMS como regra geral é o montante da operação, incluindo todos os adicionais como frete e seguro e o preço de transferência, o valor adotado na venda ou transferência de bens e serviços.

Para a transferência de recursos contudo, a base de cálculo será utilizada somente quando houver incidência de imposto; já o valor da mercadoria possui outra natureza e finalidade, constituindo valor decorrente de cálculo de custo e remuneração pelo produto e por tal razão valor da mercadoria deve constar nas operações de transferência quando não tributadas.

O valor adicional reflete, ou deveria refletir, o resultado econômico do município, desde que no campo de incidência do ICMS, ou seja, da prática de pessoas jurídicas /ou físicas de operações que constituem fato gerador do tributo em tela.

Para o cálculo do ICMS a fórmula utilizada para mercadorias cujo fato gerador é a saída do estabelecimento é: “entradas menos saídas igual resultado que é acrescentado na elaboração do valor adicionado”, mas caso específico dos combustíveis é a entrada no território do estado destino, sendo a base de cálculo a nota fiscal de entrada.

Desta feita, com base no todo exposto até o presente, o valor adicionado, critério de distribuição adotado na partilha do ICMS, corresponde à diferença entre o valor das mercadorias saídas das mercadorias entradas em determinado período, utilizando-se, para sua aferição, as destinadas à comercialização/industrialização.

4. A evolução dos índices de participação dos municípios

O Estado do Rio de Janeiro utiliza como parâmetro para o cálculo do IPM o determinado pelas Leis 2.664/1996 e 5.100/2007 e não importa ao município o valor do ICMS efetivamente pago e sim o seu índice de participação sobre a totalidade do produto arrecadado e neste diapasão, relevante será o local onde está situado o estabelecimento empresarial emissor da nota fiscal, quer seja matriz, quer seja filial.

Como anteriormente mencionado em Maio de 1996 foi criada a denominada “Zona de Produção Principal da Bacia Petrolífera de Campos” abrangendo os municípios de Campos dos Goytacazes, Quissamã, Macaé, Casimiro de Abreu, Rio das Ostras e Cabo Frio, São João da Barra, Carapebus e Armação de Búzios, sendo fixado rateio do Valor Adicionado da Petrobrás S/A relativo à produção e transferência por dutos e navios, de óleo e gás da aludida bacia. Objetivou o acordo a fixação das bases para os Índices de Participação dos Municípios, então alterando-os para as seguintes proporções:

Município	Novo Percentual
Campos dos Goytacazes	30,30%
Macaé	22,00%
Cabo Frio	12,00%
Quissamã	12,20%
Casimiro de Abreu	6,75%
Rio das Ostras	6,75%

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

São João da Barra	2,75%
Carapebus	2,75%
Armação de Búzios	2,00%
São Francisco de Itabapoana	2,50%

Fonte: Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro: disponível em <http://www.fazenda.rj.gov.br>

Acredita-se que o novo rateio tenha afetado de forma indireta os demais municípios não abrangidos, ante a sua utilização na base para fixação dos Índices de Participação dos Municípios.

Conforme exposto por Condurú (2018) a descoberta do Pré-Sal foi responsável em junho de 2017 por 51% da produção de petróleo do Brasil.

Neste diapasão e conforme ora exposto, tem-se como exemplo, o Município de Volta Redonda, município que sedia a CSN – Companhia Siderúrgica Nacional, no passado então responsável por em torno de 80% (oitenta por cento) do PIB (produto interno bruto) e conseqüentemente do VA (valor adicionado), e que atualmente em razão da privatização e da prevalência do petróleo sobre o aço, o percentual é estimado em 50% (cinquenta por cento).

Acerca do todo ora exposto, verifica-se nos últimos anos o IPM com o devido declínio:

CÓD	MUNICÍPIOS	IPM 98
1	ANGRA DOS REIS	2,693
2	ARARUAMA	0,38
3	BARRA DO PIRAÍ	0,495
4	BARRA MANSA	1,277
5	BOM JARDIM	0,287

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

6	BOM JESUS DO ITABAPOANA	0,302
7	CABO FRIO	0,943
8	CACHOEIRAS DE MACACU	0,369
9	CAMBUCI	0,244
10	CAMPOS DOS GOYTACAZES	2,736
11	CANTAGALO	0,654
12	CARMO	0,337
13	CASIMIRO DE ABREU	0,421
14	CONCEIÇÃO DE MACABU	0,233
15	CORDEIRO	0,207
16	DUAS BARRAS	0,24
17	DUQUE DE CAXIAS	7,228
18	ENG. PAULO DE FRONTIN	0,212
19	ITABORAÍ	0,594
20	ITAGUAÍ	0,835
21	ITAOCARA	0,251
22	ITAPERUNA	0,606

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

23	LAJE DO MURIAÉ	0,187
24	MACAÉ	1,352
25	MAGÉ	0,553
26	MANGARATIBA	0,27
27	MARICÁ	0,304
28	MENDES	0,212
29	MIGUEL PEREIRA	0,233
30	MIRACEMA	0,229
31	NATIVIDADE	0,223
32	NILÓPOLIS	0,417
33	NITERÓI	2,184
34	NOVA FRIBURGO	1,247
35	NOVA IGUAÇU	2,178
36	PARACAMBI	0,251
37	PARAÍBA DO SUL	0,308
38	PARATI	0,288
39	PETRÓPOLIS	1,673

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

40	PIRAÍ	0,904
41	PORCIÚNCULA	0,21
42	RESENDE	1,603
43	RIO BONITO	0,327
44	RIO CLARO	0,285
45	RIO DAS FLORES	0,209
46	SANTA MARIA MADALENA	0,332
47	SANTO ANTÔNIO DE PÁDUA	0,335
48	SÃO FIDÉLIS	0,347
49	SÃO GONÇALO	2,408
50	SÃO JOÃO DA BARRA	0,361
51	SÃO JOÃO DE MERITI	1,107
52	SÃO PEDRO DA ALDEIA	0,274
53	SÃO SEBASTIÃO DO ALTO	0,242
54	SAPUCAIA	0,266
55	SAQUAREMA	0,257
56	SILVA JARDIM	0,306

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

57	SUMIDOURO	0,271
58	TERESÓPOLIS	0,65
59	TRAJANO DE MORAIS	0,288
60	TRÊS RIOS	0,464
61	VALENÇA	0,476
62	VASSOURAS	0,288
63	VOLTA REDONDA	4,376
64	RIO DE JANEIRO	40,919
65	ARRAIAL DO CABO	0,232
66	ITALVA	0,215
67	PATY DO ALFERES	0,233
68	S. JOSÉ VALE DO RIO PRETO	0,249
69	ITATIAIA	0,589
70	QUISSAMÃ	0,615
71	CARDOSO MOREIRA	0,242
72	BELFORD ROXO	1,442
73	GUAPIMIRIM	0,299

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

74	QUEIMADOS	0,728
75	QUATIS	0,196
76	VARRE-SAI	0,184
77	JAPERI	0,228
78	COM. LEVY GASPARIAN	0,211
79	RIO DAS OSTRAS	0,393
80	APERIBÉ	0,184
81	AREAL	0,234
82	S.FRANCISCO DO ITABAPOANA	0,388
83	IGUABA GRANDE	0,198
84	PINHEIRAL	0,202
85	CARAPEBUS	0,254
86	SEROPÉDICA	0,272
87	PORTO REAL	0,221
88	SÃO JOSÉ DO UBÁ	0,19
89	TANGUÁ	0,249
90	MACUCO	0,193

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

91	ARMAÇÃO DOS BÚZIOS	0,201
	TOTAL:	100

Fonte: Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro; disponível em <http://www.fazenda.rj.gov.br>

MUNICÍPIOS	IPM 2016	IPM 2017	IPM 2018	IPM 2019
ANGRA DOS REIS	3,838	3,167	5,062	4,330
APERIBÉ	0,186	0,197	0,205	0,176
ARARUAMA	0,444	0,445	0,460	0,482
AREAL	0,243	0,243	0,234	0,239
ARMAÇÃO DOS BÚZIOS	0,363	0,389	0,379	0,377
ARRAIAL DO CABO	0,296	0,279	0,245	0,243
BARRA DO PIRAÍ	0,388	0,378	0,366	0,362
BARRA MANSA	1,014	0,915	0,729	0,645
BELFORD ROXO	1,437	1,557	1,575	1,508
BOM JARDIM	0,306	0,306	0,289	0,283
BOM JESUS DO ITABAPOANA	0,299	0,300	0,292	0,290
CABO FRIO	1,336	1,456	1,351	1,300
CACHOEIRAS DE MACACU	0,480	0,482	0,455	0,467
CAMBUCI	0,228	0,229	0,233	0,237

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

CAMPOS DOS GOYTACAZES	3,360	3,566	3,399	3,317
CANTAGALO	0,431	0,423	0,389	0,359
CARAPEBUS	0,347	0,388	0,381	0,386
CARDOSO MOREIRA	0,237	0,241	0,242	0,243
CARMO	0,270	0,269	0,261	0,278
CASIMIRO DE ABREU	0,636	0,684	0,641	0,652
COMEND. LEVY GASPARIAN	0,209	0,209	0,203	0,209
CONCEIÇÃO DE MACABU	0,247	0,249	0,267	0,256
CORDEIRO	0,218	0,218	0,213	0,214
DUAS BARRAS	0,233	0,235	0,231	0,234
DUQUE DE CAXIAS	8,483	8,985	9,257	9,347
ENG. PAULO DE FRONTIN	0,229	0,231	0,228	0,228
GUAPIMIRIM	0,314	0,333	0,327	0,313
IGUABA GRANDE	0,262	0,259	0,242	0,214
ITABORAÍ	0,801	0,659	0,636	0,615
ITAGUAÍ	0,665	0,572	0,545	0,539
ITALVA	0,192	0,193	0,193	0,195
ITAOCARA	0,234	0,241	0,239	0,240
ITAPERUNA	0,565	0,548	0,544	0,565
ITATIAIA	0,798	0,953	1,009	1,121
JAPERI	0,292	0,310	0,320	0,336

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

LAJE DO MURIAÉ	0,194	0,193	0,186	0,186
MACAÉ	5,141	4,908	4,180	3,595
MACUCO	0,216	0,216	0,216	0,215
MAGÉ	0,600	0,607	0,586	0,558
MANGARATIBA	1,652	0,905	1,003	0,787
MARICÁ	0,682	1,053	1,761	3,049
MENDES	0,211	0,211	0,206	0,210
MESQUITA	0,427	0,419	0,365	0,388
MIGUEL PEREIRA	0,296	0,288	0,292	0,290
MIRACEMA	0,245	0,246	0,235	0,237
NATIVIDADE	0,219	0,221	0,213	0,215
NILÓPOLIS	0,390	0,391	0,382	0,381
NITERÓI	3,395	4,333	4,553	5,149
NOVA FRIBURGO	0,872	0,875	0,891	0,909
NOVA IGUAÇU	1,997	1,973	1,993	2,052
PARACAMBI	0,266	0,296	0,304	0,290
PARAÍBA DO SUL	0,334	0,349	0,347	0,346
PARATY	0,568	0,565	0,564	0,496
PATY DO ALFERES	0,242	0,245	0,249	0,254
PETRÓPOLIS	1,903	2,349	2,678	2,891
PINHEIRAL	0,204	0,205	0,205	0,212

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

PIRAÍ	0,818	0,776	0,754	0,798
PORCIÚNCULA	0,220	0,210	0,213	0,210
PORTO REAL	1,252	0,943	0,891	0,920
QUATIS	0,206	0,221	0,216	0,217
QUEIMADOS	0,628	0,656	0,665	0,604
QUISSAMÃ	1,060	1,082	1,022	0,980
RESENDE	2,228	1,847	1,569	1,820
RIO BONITO	0,301	0,303	0,312	0,315
RIO CLARO	0,337	0,336	0,392	0,362
RIO DAS FLORES	0,227	0,217	0,220	0,211
RIO DAS OSTRAS	0,950	0,945	0,839	0,774
RIO DE JANEIRO	28,473	27,705	26,415	25,871
SANTA MARIA MADALENA	0,337	0,334	0,323	0,324
SANTO ANTÔNIO DE PÁDUA	0,324	0,322	0,325	0,335
SÃO FIDÉLIS	0,314	0,319	0,318	0,312
S. FRANCISCO DE ITABAPOANA	0,454	0,477	0,473	0,456
SÃO GONÇALO	2,164	2,202	2,120	2,117
SÃO JOÃO DA BARRA	0,575	0,890	0,912	0,796
SÃO JOÃO DE MERITI	1,003	0,986	0,989	0,996
SÃO JOSÉ DE UBÁ	0,205	0,202	0,199	0,196

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

S. JOSÉ DO VALE DO RIO PRETO	0,229	0,229	0,247	0,243
SÃO PEDRO DA ALDEIA	0,367	0,369	0,357	0,376
SÃO SEBASTIÃO DO ALTO	0,237	0,235	0,274	0,256
SAPUCAIA	0,360	0,372	0,378	0,369
SAQUAREMA	0,312	0,313	0,327	0,336
SEROPÉDICA	0,645	0,765	0,613	0,622
SILVA JARDIM	0,381	0,371	0,382	0,362
SUMIDOURO	0,264	0,262	0,268	0,264
TANGUÁ	0,226	0,227	0,222	0,225
TERESÓPOLIS	0,743	0,766	0,771	0,765
TRAJANO DE MORAIS	0,276	0,279	0,263	0,270
TRÊS RIOS	0,651	0,673	0,652	0,647
VALENÇA	0,439	0,456	0,478	0,480
VARRE-SAI	0,179	0,180	0,178	0,180
VASSOURAS	0,290	0,301	0,308	0,302
VOLTA REDONDA	2,390	2,272	2,064	2,179
TOTAL:	100,000	100,000	100,000	100,000

Fonte: Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro: disponível em <http://www.fazenda.rj.gov.br>

A queda significativa do IPM junto aos municípios da região sul fluminense, vem trazendo impactos e como consequência prejudica o atendimento das obrigações e necessidades básicas, ante a drástica redução no seu índice e o impacto na receita pública auferida.

O procedimento de transferência da receita do ICMS pelo Estado do Rio de Janeiro aos seus municípios não acarreta na igualdade fiscal entre os entes da federação beneficiados, ou mesmo diminui a desigualdade fiscal, em especial por representar uma das principais fontes de receita para os municípios, representando em torno de 1/3 dos recursos municipais

5. A necessária equalização fiscal

Prevista da Constituição Federal nos artigos 157 e 158, a partilha das receitas tributárias tem entre outros objetivos, a busca pela equalização fiscal, sendo necessária a definição de critérios como por exemplo a capacidade de gasto per capita entre os governos, considerando ou não os diferenciais de custo e necessidades pré-existentes.

Fundamenta então o ora exposto é o Princípio da Equalização pelas Necessidades Fiscais ou Princípio do Benefício, que conforme Sérgio Prado em seu estudo “Uma Visão Geral do Sistema de Transferências”, onde as transferências devem ser realizadas de acordo com a real demanda de serviços públicos em cada região, considerando os diferenciais de custos em cada localidade.

Mas aponta que no caso do Brasil, a elevada disparidade entre estados e municípios em termos econômicos e em termos de qualidade e acesso aos serviços prestados dificulta tal mensuração, sendo razoável portanto que a partilha busque reduzir a diferença entre a capacidade de gasto per capita entre os entes da federação.

Explica que apesar de o Brasil não adotar um sistema efetivo de aplicação da equalização em suas transferências verticais, como ocorre na Alemanha, Austrália e Canadá, é possível com base nos princípios constitucionais, questionar e postular a adoção de critérios de repartição e partilha de receitas que atendam a efetiva função constitucional e permitam maior equilíbrio financeiro entre os municípios, evitando assim a chamada “guerra fiscal”.

Especificamente sobre a partilha da receita do ICMS, é considerada a receita mais significativa dos municípios tendo como base as últimas apurações realizadas pela Secretaria do Tesouro Nacional – Finanças do Brasil/Finbra para os anos de 2012 à 2016, apensados ao presente.

Conforme cálculo da Secretaria do Tesouro Nacional, o valor global da cota-parte municipal do ICMS representa mais de 25% do montante referente ao FM – Fundo de Participação Municipal.

Se a Lei Complementar Federal nº 63 de 1990 estabeleceu a garantia legal de que o Valor Adicionado corresponderá ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil.

Contudo, o conceito de valor adicionado necessita ser definido em lei complementar, como determina o art. 161, I, da Constituição, hoje definido pelo já mencionado art. 3º, § 1º, da Lei Complementar federal 63/1990 e a lei estadual deve disciplinar a forma de cálculo do valor adicionado para apuração do montante fixado.

No sistema atualmente adotado e como se percebe no ora em tela, a concentração do valor adicionado a uma determinada área geográfica, conforme observam Gedalva Baratto e Paula Maria Banderia Costamilan no estudo “Transferências Intergovernamentais na Federação Brasileira – Cota-Parte dos Municípios no ICMS – Critérios de Partilha”, acarreta em um coeficiente muito elevado para determinados municípios com população relativamente baixa gerando uma cota-parte per capita anormalmente elevada, principalmente se no VA é adotado o denominado “inverso do critério de população”, onde o município menos populoso recebe mais que o município mais populoso.

Ademais, o Estado do Rio de Janeiro divide sua área territorial em nove regiões para aplicação dos critérios, pesando e muito, a extração do petróleo.

Na busca pelo equilíbrio fiscal, é possível que o estado do Rio de Janeiro inclua mecanismos de compensação conforme a atuação dos municípios na arrecadação tributária, onde, o município que aumentar sua arrecadação tributária terá acréscimo na quota-parte do ICMS.

Assim, aumentando o percentual do critério “receita tributária própria”, seria possível a busca por maior participação da repartição de receitas ou ainda a busca pela equalização com maior ênfase no número de habitantes também seria uma alternativa.

O Estado de São Paulo por exemplo estabeleceu como critérios para a composição do IPM conforme Lei Estadual 3.201/81 e 8510/93:

- . Valor Adicionado;
- . Área Protegida do Município;
- . Área Inundada – destinada a formação de reservatório para geração de energia elétrica);
- . Área Cultivada;
- . Receita Própria;
- . População do Município

Há ainda o chamado “Componente Fixo”, proveniente da divisão igualitária pelo número de municípios do Estado de São Paulo, independentemente do tamanho, população, receita ou poder econômico.

Desta feita, demonstra-se que é possível estabelecer novos critérios ou revisar aqueles já utilizados de forma a distribuir de forma mais igualitária os recursos entre os municípios que compõem um Estado.

6. Considerações finais

Assim, se por um lado o aumento da arrecadação do Estado acarreta no aumento da quota-parte recebida pelos municípios, não somente a revisão do IPM como também a política desenvolvida pelo Estado viabilizam o incremento da arrecadação.

Os impactos da queda do IPM acarretam no campo econômico o déficit no investimento regional, no campo social o déficit na valorização das produtoras de insumos e no investimento e no campo jurídico, o congelamento das verbas.

Verifica-se o papel das transferências de recursos tributários como possível ferramenta na redução da desigualdade entre as regiões, e no presente caso, são informados por Baião (2012) dois aspectos principais que devem ser levados em consideração na equalização horizontal: a necessidade fiscal e a capacidade fiscal.

Explica que a capacidade fiscal “expressa quanto o governo subnacional consegue arrecadar para determinado nível de esforço fiscal, refletindo a base tributária de sua localidade e a renda de sua população”.

Neste sentido, um município com maior PIB e renda per capita deveria arrecadar maior recurso comparado ao município com menor PIB.

Explica ainda, que a necessidade fiscal incorpora “as diferenças entre o nível de serviços públicos necessários para cada localidade, devido a características da população ou da região”.

Nesse caso, município cuja maior parcela de sua população está em idade escolar, necessita maior aplicação de recursos no setor de educação e o sistema de equalização fiscal permitirá maior distribuição de recursos.

Conclui-se, portanto, que deve ser habitualmente analisada a diferença entre as necessidades fiscais e a capacidade de obtenção dos recursos tributários dos municípios de forma a permitir constantes equalizações fiscais e consequente reequilíbrio financeiro.

Tal situação evitaria o cenário ora apresentado, pois no caso dos municípios que estão localizados na região sul fluminense, a ausência de revisão dos pesos dos critérios aplicados ao IPM ou mesmo a criação de novos critérios, tem acarretado na regressão anual dos percentuais de participação, com graves consequências para as finanças municipais.

A atual situação, como exposto, sequer atende a função social atribuída a repartição de receitas tributárias prevista na Constituição Federal e sem

dúvidas, repita-se, é possível estabelecer novos critérios ou revisar aqueles já utilizados de forma a distribuir de forma mais igualitária os recursos entre os municípios que compõe um Estado.

Referências

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 23 ed., Saraiva: São Paulo, 2019.

BAIÃO, Alexandre Lima et al. **A Política de Distribuição do ICMS através do Critério de Educação em Minas Gerais**, XXXVI Encontro da ANAPAD - 2012, disponível em <http://www.aepet.org.br>, acesso em agosto de 2019.

BARATTO, G. e COSTAMILAN, P. **Cota-parte dos municípios no ICMS Critérios de Partilha**, Fórum Fiscal dos Estados Brasileiros. Caderno 6 – Volume 2, 2007.

CARNEIRO, Cláudio. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**, 6 ed., Saraiva: São Paulo, 2018.

CONDURU, Leonardo. **A Lei Serra do ICMS do petróleo e o reequilíbrio das contas públicas do estado do Rio de Janeiro**, Associação dos Engenheiros da Petrobrás, disponível em <http://www.aepet.org.br>, acesso em agosto de 2019.

PAULSEN, Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**, 11 ed., Saraiva: São Paulo, 2018.

PRADO, Sérgio. **Transferências Intergovernamentais na Federação Brasileira – Avaliação e Alternativas de Reforma**, Fórum Fiscal dos Estados Brasileiros, Caderno Forum Fiscal 6, disponível em <http://www.efaz.fazenda.pr.gov.br>, acesso em julho de 2019.

Youtubers infantis: trabalho artístico ou exploração contemporânea da mão de obra infantil?

Kid youtubers: artistic child labour or exploration of child labor?

Iohana Viana Araujo¹
Maria Cristina Alves Delgado de Ávila²

Resumo

Esse artigo propõe analisar e discutir o tratamento sobre as condições de trabalho, vida e infância de crianças que exercem a profissão de Youtuber. Destaca-se que não há qualquer legislação que verse sobre uma forma de trabalho tão contemporânea, razão pela qual para proteger utiliza-se por analogia o Trabalho Artístico Infantil. Porém de se questionar se a proteção dada pelo ECA e pela OIT ao trabalhado artístico infantil é suficiente para caso.

Palavras chaves:

Criança. Trabalho artístico infantil. Youtuber

1. Introdução

Atualmente, ser youtuber se tornou uma profissão. Youtubers são pessoas que tem como objeto de sua subsistência, ou seja, seu trabalho a realização de vídeos de entretenimento diversos para a plataforma de vídeos online, o Youtube. Esses vídeos são de diversos conteúdos, não tendo assim limitação daquilo que pode ser compartilhado. Estes fazem um extremo sucesso entre pessoas de todas as idades, em especial crianças. O público infantil é um grupo faminto por conteúdo, e buscando esse mercado, milhares de Youtubers fazem conteúdos para os mesmos, incluindo crianças que já são uma parcela considerável que dominam a plataforma. Elas buscam não só conteúdos apropriados para sua idade, mas também procuram alguém com o qual eles se identifiquem, e é por isso que os youtubers infantis fazem tanto sucesso.

Há um número que só aumenta de crianças adentrando o universo midiático da internet, onde inicialmente procuram um reconhecimento online, e posteriormente os rendimentos adquiridos por meio de patrocínios, anúncios e

¹Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Pesquisadora, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania. ".Email: iohanava@gmail.com

² Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM. Pesquisadora do NUPED – Núcleo de pesquisa do curso de Direito. email: cristina.delgado@uol.com.br

serviços de publicidade, que são mais do que comuns, devido ao consumidor fiel que eles têm. Desta forma, estas crianças, se tornam influenciadores de outras crianças. Porta vozes *online* que devem sempre estar compartilhando conteúdo e presentes em outras redes sociais, como uma forma de trabalho adicional no Facebook, e, principalmente, no Instagram, para continuar a fidelizar e a atender as necessidades de uma audiência que sempre busca por material novo em uma velocidade dobrada. Os jovens atualmente devem estar a todo o momento sendo estimuladas, e para manter esse público infantil, é preciso acompanhar o seu fluxo imediatista e segui-los.

Com a crescente procura por conteúdo infantil produzido por crianças, cresce também o número de youtubers dessa categoria, criando assim uma série de problemáticas. Ser youtuber é um trabalho? Bem, a partir do momento que se torna uma atividade remunerada é sim uma forma contemporânea de trabalho. Desta forma, o youtuber infantil é uma forma de trabalho infantil inédita para o nosso ordenamento? Ou se enquadra como uma forma de Trabalho Infantil Artístico ou então de exploração infantil? Esta é a questão que se pretende abordar no presente artigo. O trabalho infantil de youtubers necessita de uma regularização ou pode ser considerado como TIA (Trabalho Artístico Infantil)? e outras questões que serão levantadas voltadas a se ter uma discussão quanto ao tema e possibilitar que o assunto seja visível aos olhos da sociedade.

Pela condição de ser criança a mesma deve ser protegida em todos os aspectos não podendo ter brechas a lhe trazer situações que possam lhes prejudicar, razão pela qual. motivação desta pesquisa é estabelecer a natureza do trabalho dos youtubers mirins por meio de um olhar crítico e, desta forma, tentar demonstrar uma proteção efetiva dessa camada tão pequena da população, que hoje nos parece estar sendo exposta a diversos elementos inapropriados para sua idade. O objetivo é responder ao principal questionamento apresentado: os youtubers infantis são um Trabalho Artístico ou é uma forma de exploração contemporânea da mão de obra infantil?

Assim, para o desenvolvimento da pesquisa o método utilizado foi o dialético, por conta da contradição e do questionamento explícito, precisando assim de um olhar de terceiro, por meio de uma pesquisa bibliográfica digital, utilizando fontes de pesquisa primárias e secundárias, para assim se obter um resultado qualitativo sobre o assunto tratado e dar a resposta à pergunta feita.

A pesquisa se deu por meio de uma pesquisa puramente objetiva de conteúdos relacionados especificamente ao Trabalho Infantil Artístico e também uma análise de canais infantis famosos, que auxiliaram na compreensão do fenômeno de crianças youtubers, buscando não só seus canais no Youtube, mas também redes sociais diversas e outros meios digitais dos quais os mesmos fazem uso.

Para uma melhor compreensão deste artigo ele foi dividido em três capítulos. No primeiro iremos apresentar o que é de fato o Trabalho Infantil Artístico e seus requisitos para se enquadrar nesta categoria. No segundo, será

definido o que são os Youtubers Infantis por meio de um panorama geral que analisará seus diferentes aspectos e características. Por fim, iremos acusar ou não a correlação entre as duas práticas, comparando-as e encaixando os requisitos.

A presente se justifica já que de acordo com o princípio da proteção integral, estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, os mesmos se encontram em processo de formação, e não podem ser expostos a condições inapropriadas ou a exploração mesmo que seja por seus pais, pois o dever maior é a proteção daqueles que serão os futuros cidadãos do Brasil.

2. O trabalho infantil artístico

Sabe-se que a exploração da mão de obra infantil é um assunto antigo, vinda desde os primórdios e tendo seu ápice na Revolução Industrial, e que ainda é um notório problema mundial estando presente em grande parte do mundo de forma explícita e brutal. Entretanto, para que isso diminua devem-se procurar as formas mais sutis de exploração do trabalho infantil, justamente para que nas pequenas coisas se verifique a existência ou não do trabalho que esta sendo desenvolvido. Se há a menor possibilidade de menores estarem sendo utilizados como mão de obra, afetando seu desenvolvimento psicológico e expondo-a a algo inapropriado e nocivo, é fundamental protegê-los. De acordo com o crescimento das sociedades, as formas de exploração irão crescer também, se tornar mais criativas e diversas, devendo ser assim combatidas e os direitos assegurados.

E dentro desse contexto se deve analisar com cuidado redobrado aquele tipo de atividade/trabalho, que em princípio parece ser apenas divertido, educacional /ou lúdico, que aparentemente não se mostra passível de exploração, mas sim de uma situação que seria interessante ao crescimento de crianças e adolescentes, razão pela qual, mesmo o trabalho artístico tem que ser visto com reservas. A arte é uma parte essencial do ser humano, razão pela qual, o acesso às fontes de cultura e a liberdade artística é um direito assegurado a todos, incluindo crianças e adolescentes. A cultura é imprescindível para a formação de um ser humano, portanto se faz necessária a apresentação de conteúdos culturais para jovens, visando seu desenvolvimento. Contudo, em muitas das vezes, estes fazem parte da composição deste elemento cultura, onde então, crianças e adolescentes são inseridos em peças de teatro, filmes, telenovelas, e em diversos outros conteúdos visando o entretenimento, conteúdos estes que continuam surgindo com o advento de novas tecnologias.

Quem regula a inserção da criança e do adolescente no meio artístico é são as regras estabelecidas para o Trabalho Infantil Artístico, até porque é de conhecimento geral que menores não podem trabalhar, exceto aprendizes, tendo em vista a não maturidade dos mesmos para lidar com o ambiente de trabalho e os malefícios que advém do trabalho, razão pela qual a condição do Trabalho

Infantil Artístico é extraordinária. O mesmo, é aquele que preza pelas participações infantis com fim econômico em obras diversas, podendo ser como ator, cantor, apresentador, músico, dançarino, modelo fotográfico, de passarela, entre outros. Desta forma, se pode definir que o Trabalho Infantil Artístico é aquele que regulamenta as atividades infantis artísticas em obras artísticas em geral.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, não determina especificamente a forma de se lidar com o Trabalho Infantil Artístico, entretanto em seu artigo 149, dispõe sobre a participação da criança e do adolescente em espetáculos públicos e seus ensaios e em certames de beleza dá poderes a autoridade judiciária para decidir sob as circunstâncias do trabalho realizado por crianças, quando assim coloca:

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

a) estádio, ginásio e campo desportivo;

b) bailes ou promoções dançantes;

c) boate ou congêneres;

d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;

e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

a) espetáculos públicos e seus ensaios;

b) certames de beleza.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

a) os princípios desta Lei;

b) as peculiaridades locais;

- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§ “2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral”. (BRASIL 1990)

O referido artigo se refere a “participação” não se caracterizando assim que esse trabalho seja permanente, e sim que ele seja eventual, e sem especificar que seria uma relação de trabalho, tanto que Santos e Marques (2016, p. 75) quando falam sobre essa participação mencionam: “Em nenhuma momento trata de situações relacionadas ao trabalho, o que em absoluto se insere na competência do Juiz da infância.” Assim se reafirma a controvérsia se o trabalho de crianças e adolescentes seria viável, mesmo que seja para um trabalho artístico e lúdico.

Alguns usam os termos contidos na convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho - OIT em seu artigo 8º para reafirma o poder da autoridade competente para decidir sobre as condições do trabalho exercido por esses artistas mirins, até como forma de garantir que a criança tenha seus direitos garantidos. Assim estabelece o referido artigo:

Artigo 8º

1. A autoridade competente, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, poderá, mediante licenças concedidas em casos individuais, permitir exceções para a proibição de emprego ou trabalho provida no Artigo 2º desta Convenção, para finalidades como a participação em representações artísticas.

2. “Licenças dessa natureza limitaram o número de horas de duração do emprego ou trabalho e estabelecerão as condições em que é permitido.” (CONVENÇÃO 138 OIT, 2001).

De se ter que crianças e adolescentes são titulares do direito de proteção contra a exploração econômica, assim como contra o desempenho de

qualquer trabalho que possa trazer perigoso ou insalubridade ao menor, assim como que o mesmo possa interferir em sua educação, não podendo ser nocivo a sua saúde e ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social. (MARQUES, 2016, p. 73), razão pela qual há de se ter a previsão de uma idade mínima para o trabalho da criança e adolescente, que no caso do Brasil, é aos 16 anos, salvo na condição de aprendiz que poderá ser a partir dos 14 anos de idade.

Isso inclusive deveria ser observado em qualquer tipo de trabalho a ser desenvolvido por crianças e adolescentes inclusive quando se esta a falar do Trabalho Infantil Artístico o qual deve atender a certos requisitos específicos para serem considerados válidos, já que o interesse da criança deve estar sempre acima de tudo, visando sua ascensão como artista, sem afetar sua capacidade psicossocial, devendo ser comprovado que seu desenvolvimento não está sendo afetado. Cada trabalho deverá ser autorizado pelos representantes legais e deverá ter uma concessão do Juiz da infância e adolescência, mediante alvará judicial de autorização.

Aqui de se abrir uma discussão vez que existe doutrinariamente uma divergência quanto a tal autorização, já que por força das normas estabelecidas tanto na CRFB/88 e do ECA não se admite o trabalho do menor salvo na condição de aprendiz, fora isso as normas vigentes não estabelecem outra condição, já que o mesmo são titulares de direitos de proteção contra qualquer forma de exploração econômica ou trabalho em condições perigosas. Quanto ao tema Marques (2016, p. 73) abordam que:

As autorizações judiciais para trabalho antes da idade mínima não encontram guarida na legislação protetiva da criança e do adolescente, violando direitos fundamentais, em descompasso com toda a legislação protetiva e atuação da rede de proteção da criança e do adolescente no enfrentamento e erradicação do trabalho infantil na sociedade brasileira.

A discussão tem razão de ser já que realmente não se deve abrir precedentes quando se esta a falar do trabalho da criança e do adolescente, pois o principio da proteção integral deve ser resguardado em sua integralidade. Afirmam alguns autores que essa autorização foi criada por conta do disposto no Código de menores que dispunha que a autoridade competente poderia autorizar o trabalho ao menor de 14 anos, desde que não pudesse complementado o ensino primário e, fosse necessário seu trabalho para ajudar no sustento de sua família.

Marques (2016, p. 74) quando se manifestam sobre o assunto colocam que:

Nesse contexto, é que surgiram as autorizações para o trabalho, as quais, lamentavelmente, continuam a ser

utilizadas de forma inconstitucional, como visto voltadas a fundamentos ideológicos e incôncias legislativas de momento político e sociedade fundada em valores diversos dos eleitos como fundantes do nosso Estado Democrático de Direito.

Parece assim ocorrer um erro craso quanto ao assunto, mas que vem se perpetrando ao longo dos anos, e servindo de fundamento a que as crianças e adolescentes trabalhem antes dos 16 anos de idade, fazendo assim que não se observem os fundamentos protetivos dos mesmos.

Outros aspectos devem ser observados quando se esta a falar em trabalho artístico, pois há necessidade de ser mantido o rendimento escolar e deve ser assegurado também os momentos de lazer, alimentação e também a saúde do jovem. Os responsáveis legais também devem acompanhar os mesmos durante a prestação do serviço, zelando por sua segurança e integridade.

O mesmo deve ser observado em relação às condições de trabalho, pois as mesmas devem seguir alguns parâmetros, tais como: a jornada de trabalho e carga horária semanal deve ser compatível com o desenvolvimento escolar e psicológico, devendo ter intervalos para descanso e apropriação. O trabalho também não pode ser em locais perigosos, noturnos, insalubres, penosos, imorais e que prejudiquem as atividades escolares do menor, resguardando sempre o crescimento deste jovem.

Já a remuneração, deve ser procedida em caderneta de poupança, de percentual mínimo incidente sobre a remuneração devida e deve-se também garantir os direitos trabalhistas e previdenciários, a fim de garantir o futuro desta criança ou adolescente, por meio de seu subsídio adquirido na infância, para que assim utilize-se o trabalho do menos para e com o mesmo, devendo ele ser seu próprio beneficiário.

Com isso, se observa que o Trabalho Infantil Artístico é uma forma de trabalho para crianças e adolescentes recheado de garantias e seguranças para os mesmos, pois é necessário sempre protegê-los de forma integral, em sua educação, saúde física e mental, e desenvolvimento psicossocial, visando sempre o bem-estar desses artistas mirins, pois do contrário se estaria a lhes deixar a margem das garantias sociais, e mesmo lhes retirar a condição de cidadãos.

3. Como se caracterizar os Youtubers infantis

Youtuber é uma profissão contemporânea que adveio juntamente com as novas mídias e tecnologias do século XXI. Podem ser definidos como pessoas que gravam e publicam vídeos de sua autoria na plataforma Youtube. Os vídeos são publicados em 'canais', uma plataforma individual dos usuários, e não há

limites para os conteúdos apresentados. Contudo, os Youtubers propriamente ditos, são aqueles que fazem vídeos deles próprios para seus canais, aqueles que utilizam sua própria imagem como sua marca. Esses Youtubers são tidos como uma profissão, pois eles fazem de sua exposição uma forma de ganhar dinheiro por meio de publicidade, anúncios e parcerias em seus canais sem sair do conforto de suas próprias casas. Há também parcerias com a própria plataforma, o Youtube, para aqueles com muito público inscritos em seus canais. Desta forma, pode-se definir Youtubers como pessoas que tem como subsistência a utilização de sua imagem em uma plataforma de vídeo, mais especificamente, no Youtube.

O Youtube em si é uma plataforma de vídeo com classificação livre e gratuita, portanto é procurada a todo o momento por pessoas de todas as idades, devido a sua popularidade e caráter acessível. O público infantil é sem dúvidas um dos maiores, ou até mesmo o maior, consumidores nos dias de hoje. Isso pode ser confirmado pelo número de produtos e publicidade destinada aos jovens. O público infantil procura conteúdo, e mais especificamente os da geração alpha (nascido a partir de 2010), necessitam de produções diferenciados o tempo todo para atender suas necessidades imediatistas. Este público busca não só se entreter aos montes, mas também quer se identificar com o conteúdo que está consumindo e com quem está distribuindo este conteúdo para eles. E é aí que entram os Youtubers mirins.

Assim, juntando a facilidade de se tornar um Youtuber com um público pronto para consumir conteúdo se teve o nascimento dos Youtubers Infantis. Estes são crianças e adolescentes com seus próprios canais que fazem vídeos voltados para as pessoas de idade aproximada. Observa-se que não se diferenciam de nenhuma forma de uma versão adulta em questões de como conseguir dinheiro com sua imagem. Na realidade, os Youtubers Mirins tem ainda mais facilidade em conseguir publicidade, tendo em vista o fato de seu público alvo ser o maior consumidor da atualidade, pois sedentos de informação e numa era digital. Sendo assim, menores de idade expõem sua imagem na plataforma de vídeo conquistando assim público suficiente com seu conteúdo para adquirir patrocínios publicitários, os quais muitas vezes são bem representativos financeiramente.

E, na visão que hoje se tem na mídia não há limites de idade para Youtubers, podendo bebês ser gravados e fazer sucesso na rede, entretanto por serem vídeos falados, podendo iniciar sua carreira de celebridade mirim na internet com 03 anos, ou quando começar a falar. Quando um canal se torna um sucesso, uma criança pode facilmente crescer no meio, inclusive junto de seus inscritos (pessoas que se inscrevem no canal para acompanhar os vídeos). Portanto, a exposição na plataforma não tem idade para iniciar e nem um prazo para acabar, podendo seguir para o meio adulto quando atingir a maturidade.

Assim como sua versão adulta dos Youtuber, não há limites para os conteúdos apresentados pelas crianças, entretanto, devido às idades e ao

consumidor, os vídeos não deveriam conter teor sexual, agressivo ou inapropriado para menores, mas essa não é exatamente uma regra. Em geral os assuntos são tipicamente infantis passando por diferentes gêneros. Vídeos de dicas de beleza para garotas, dicas de brinquedos a serem comprados, vídeos humorísticos com histórias, receitas de comidas, entre outros materiais de exploração tipicamente infantil, se adequando obviamente as novas tecnologias que são inseridas na vida dessas crianças desde cedo, como por exemplo, videogames e celulares para o público infantil. Mesmo sem regras específicas para a tipificação desse conteúdo, há um consenso em se manter assuntos tipicamente infantis.

A publicidade, objeto de obtenção de lucro dos Youtubers, se firma nos conteúdos apresentados. A celebridade mirim recebe um produto de uma marca e faz um vídeo sobre esse produto em seu canal, condicionando assim seu público a comprá-lo também. Assim eles ganham muitas vezes não só pela publicidade, mas também uma porcentagem dos produtos vendidos. Contudo, há outras formas de ganhar dinheiro sendo um Youtuber.

Para se tornar uma personalidade no Youtube que efetivamente pode tirar sua renda da plataforma, deve-se também se promover em outras redes como Facebook, Twitter e Instagram, em especial este último. E esse processo não é diferente com crianças e adolescentes que desejam se tornar youtubers de sucesso. Crianças se tornam influenciadores no Instagram ao mesmo tempo em que se tornam importantes no Youtube. A promoção em diversas redes sociais é essencial para o Youtuber, tornando assim a profissão de Youtuber inerente à profissão de Influenciador Digital, que faz seu trabalho no Instagram e também ganha dinheiro por meio de publicidade na rede. Se promover em diferentes redes e conquistar cada vez mais público são a melhor forma de conquistar e consolidar assinantes.

Desta forma, os Youtubers Mirins além de conseguir contratos publicitários no Youtube, ainda conseguem também no Instagram, criando um monopólio entre o público infantil. Há também outras oportunidades de utilização de suas imagens que não seja para a publicidade, como publicação de livros sobre sua história, modelagem para revistas, comparecimento patrocinado em eventos, dublagem de longas, etc. Há também aqueles que são cantores ou atores e simultaneamente se promovem também do meio do Youtube, somando assim duas profissões, o que faz com que não falem trabalho e oportunidades para essas mini celebridades.

O conteúdo publicado por esses youtubers, assim como seus trabalhos complementares ao do canal são controlados pelos pais ou tutores, os quais, inclusive, são os responsáveis, por começarem esses canais e dão início à exposição dos jovens. Para as crianças pode até mesmo ser uma brincadeira que no fundo se torna um trabalho, porém, para os pais é uma forma de fazer sucesso por meio dos filhos, netos, sobrinhos ou tutelados. Em especial agora em que é de conhecimento geral o lugar que se pode alcançar recorrendo à profissão de

Youtuber por conta da ampla publicidade a ser adquirida, é certo que os responsáveis buscam algo para além do entretenimento pessoal dessas crianças, o que pode sem dúvida se caracterizar como uma forma de exploração do trabalho infantil.

Os Youtubers infantis são nada mais do que crianças que atuam como influenciadores no Youtube e também em outras redes sociais que utilizam sua imagem para fins publicitários, e outros decorrentes de sua condição de celebridade no meio juvenil, e com isso se tornam influenciadores de gerações.

4. Correlação entre trabalho artístico infantil e youtubers mirins

Uma vez definido o Trabalho Artístico Infantil e os Youtubers Mirins, se tem como estabelecer a conexão entre as duas atividades exercidas pelas crianças que desenvolvem essa atividade. Em um primeiro momento, pode-se até mesmo pensar que o trabalho dos Youtubers Infantis automaticamente se enquadra dentre as formas de Trabalho Artístico Infantil, que engloba atores, cantores, modelos, apresentadores, músicos e dançarinos, porém, ao se proceder a uma análise crítica há muitas diferenças entre ambos para serem ressaltadas.

Primeiramente, ambos são uma forma diferenciada de trabalho entre crianças, onde na maioria das vezes se utiliza de meios que tornem o trabalho também uma diversão e, enquanto isso a criança brinca de trabalhar, ela também ganha notoriedade e dinheiro. De se ressaltar que as categorias são incomuns entre os jovens, sendo assim tem um caráter excepcional e devem ser tratadas diferentemente das outras formas de trabalho de desenvolvida por menores, como os aprendizes autorizados por lei, por exemplo.

O Trabalho Artístico Infantil e os Youtubers Infantis também se caracterizam pela proporção de exposição que crianças e adolescentes são expostas. A TV, o cinema e o teatro são feitos para o grande público e as crianças inseridas nesse meio tornam-se rapidamente reconhecidas pelo público em geral. O mesmo ocorre na internet, de uma forma mais ampla, já que a internet é uma ferramenta livre para todos e a plataforma em que esses jovens exibem seus vídeos é uma plataforma gratuita, sendo assim, literalmente aberta onde qualquer um pode conhecer essas crianças, sendo assim elas se tornam tão notórias quanto na TV, e ainda mais rapidamente. Contudo, pela internet ser um local recheado de outros conteúdos, apenas o público alvo desses Youtubers irá conhecê-los, pelo menos em principio.

Outra grande semelhança entre as duas atividades seria o papel exercido pelos responsáveis legais dessas crianças e adolescentes. Quando se esta a falar do Trabalho Artístico Infantil, os responsáveis são uma peça importantíssima, pois eles que tem o dever de gerenciar e proteger essa criança enquanto a mesma trabalha, procurando sempre seu bem estar e desenvolvimento psíquico e social. Os responsáveis do Youtubers Infantis tem o

mesmo papel, até mesmo consideravelmente ampliado. Estes devem controlar o tempo de trabalho dessas crianças, o conteúdo que eles produzem a publicidade, os contratos publicitários, as outras redes sociais e trabalhos externos, isso tudo ainda zelando por esse jovem acima de tudo. Eles são a grande chave destas modalidades de trabalho, e, por isso devem ter muita responsabilidade no desenvolvimento da mesma.

Entretanto a maior característica entre o Trabalho Artístico Infantil e os Youtubers Infantis é o mais óbvio: ambos são exercidos por menores de idade, - crianças e adolescentes, e estes, trabalhando de qualquer forma é algo extremamente complicado, pois o trabalho, quando não feito da forma apropriada irá transformar e afetar a vida desses jovens por toda sua vida, já que pessoas em formação. Estas crianças necessitam de condições excepcionais de trabalho, onde não há qualquer risco para as mesmas. Tem-se conhecimento que o ECA tem um capítulo inteiro destinado ao trabalho da criança e adolescente, e, mesmo que não específico ao trabalho este se aplica já que a proteção da proteção integral é maior, assim para os casos de Trabalho Artístico Infantil os atores, modelos, cantores, dançarinos, músicos, acabam ficando respaldados, e mesmo que esta legislação seja burlada algumas vezes, ainda é certo que esses jovens estão protegidos dos malefícios do trabalho precoce. Contudo, como já foi dito anteriormente, os Youtubers Infantis não gozam de nenhuma proteção em nosso ordenamento. Por ser uma prática nova e o processo legislativo ser lento, esses jovens youtubers estão expostos a inadequações, tendo como único regulador seus responsáveis legais que muitas vezes não conseguem zelar por eles em todos os âmbitos, ou simplesmente não querem, colocando seus interesses financeiros acima dos interesses das crianças.

Os Youtubers Infantis também são marcados pela informalidade na hora de exercer o seu trabalho. Os vídeos podem ser feitos com a câmera do celular na casa da própria criança, o que é algo que não ocorre no Trabalho Artístico Infantil, pois o mesmo é uma forma de trabalho completamente formal que utiliza a criança para obras profissionais, sendo assim mais séria e exigindo mais da criança ou do adolescente do que vídeos para o Youtube. Apesar disto, quando o Youtuber atinge muito sucesso e se torna notório, o trabalho se transforma em algo muito mais formal, incluindo os trabalho anexos ao Youtube como de modelo e celebridade em geral.

Outra notória diferença entre o Trabalho Artístico Infantil e os Youtubers Infantis seria o público que é atingido pelo seu trabalho. No Youtube, os canais de crianças são feitos para outras crianças e seus pais. Todo o conteúdo é voltado para esses jovens, portanto tudo o que o Youtuber está dizendo também é apropriado para ele. Mesmo que possa haver adultos assistindo os canais dessas crianças, eles não são o alvo a ser atingido. Já no Trabalho Artístico Infantil o público dificilmente é infantil. Crianças são o alvo apenas quando o material é voltado especificamente para eles, contudo não é o que ocorre. Por exemplo, um grande uso do Trabalho Artístico Infantil é para a atuação, visando novelas, filmes e peças de teatro. As produções infantis são extremamente

limitadas, por isso, atores são inseridos em novelas e filmes que são assistidas por adultos, e desta forma devem ter um conteúdo mais adulto, já que as tramas são mais complexas e diferentes das vivências infantis.

Todavia, a principal diferença entre o Trabalho Artístico Infantil e os Youtubers Infantis é o caráter artístico. Atores, cantores, músicos, modelos e outros são sem dúvidas artistas, aqueles que exercem uma arte, e as crianças que realizam esta atividade são consideradas artistas precoces. Eles têm de estudar para atingir a excelência nesta arte, visando não só o entretenimento, mas também uma execução notável de sua profissão artística, enquanto que os Youtubers Infantis não têm essa veia artística, pois em geral, são crianças na frente de uma câmera falando sobre diferentes assuntos com o único objetivo de entreter aquele que esta a assistir. Principalmente entre as crianças, não é necessário ter nenhuma habilidade especial, muito menos artística para ser Youtuber, os requisitos são rasos.

Desta forma, fica claro que há muitas semelhanças, assim como há muitas diferenças entre os ofícios exercidos por crianças, deixando desta forma a dúvida que chega ao segundo momento onde se questionou se os Youtubers Infantis são ou não uma nova modalidade do Trabalho Artístico Infantil, e se entendendo por haver necessidade de que ocorra uma formalização de forma imediata desse tipo de trabalho, já que o mesmo se qualifica como uma forma de trabalho infantil que necessita de uma proteção específica e coerente com a forma pelo qual ele é desenvolvido, pois assim, se teria a real garantia da proteção integral das crianças.

5. Conclusão

Na atualidade, o trabalho é usado como uma forma de dignificar o homem, já que necessário ao seu pleno desenvolvimento. O trabalho entre crianças e adolescentes no meio artístico é visto com simpatia, por serem um meio de se aproximar e se identificar com essas crianças, além da precocidade de seus atos serem tidas como credíveis e admiráveis. Contudo, para que este trabalho seja feito de modo a não afetar essas crianças com toda essa precocidade é preciso uma legislação que respalde a infância de forma integral, nos moldes do princípio integral previsto no ECA. Essa admiração também é dada para esses Youtubers, que atingem um público bem expressivo e coleciona admiradores, mas não tem qualquer tipo de respaldo específico, que atenda a especificidade do trabalho que será por eles desenvolvidos, razão pela qual a pergunta que surge é se essa segurança para os Youtubers pode ser dada pelo Trabalho Artístico Infantil?

Assim, para responder esse questionamento, devemos analisar se os Youtubers Infantis se enquadram na definição e requisitos do Trabalho Artístico Infantil, porém, se observa que apesar de ser uma atividade econômica exercida por crianças, os Youtubers Infantis não realizam movimentação artística, e

quando o fazem é sem qualquer profissionalismo, faltando assim em sua ocupação o requisito artístico.

Por outro lado, a informalidade também é majoritária no caso dos Youtubers infantis, sendo assim não há um alvará judicial autorizando cada um de seus trabalhos, um dos requisitos no Trabalho Artístico Infantil, embora a ocorrência de discussões divergentes em relação a esta exigência, em face de condição de se observar a idade mínima para o desenvolvimento do trabalho da criança e do adolescente. De se ter ainda que as gravações são feitas, como já ressaltado, dentro da casa das próprias crianças, sem nenhum requisito formal. Informalidade esta, que é reafirmada pelo papel dos pais que são a única autoridade no meio e, em muitos casos, nem sequer tem o conhecimento necessário aos projetos que a criança esta desenvolvendo. Estes são os que controlam o conteúdo dos vídeos, rotina de gravação, produção de conteúdo para outras redes sociais, caracterizando assim que o poder familiar é o predominante.

Por serem controlados pelos pais, não há também nenhuma garantia de que os requisitos que protegem o rendimento escolar da criança, sua saúde física e psicológica, infância e outros fatores essenciais para seu desenvolvimento estão sendo atendidos. Diferentemente dos artistas infantis respaldados pelo Trabalho Artístico Infantil, que devem ser acompanhados por uma equipe multidisciplinar, e principalmente psicólogos que garantem o bem estar dessas crianças e adolescentes inseridos na indústria artística, o que representa uma diferença muito grande entre as duas atividades.

Outro fator discrepante é a jornada de trabalho, pois no Trabalho Artístico Infantil em geral é um fazer externo, tendo assim como exercer um controle da jornada de trabalho desses jovens para que não excedam o suportável para uma criança e ainda dê tempo para a criança brincar, estudar e ser verdadeiramente uma criança. Já os dos Youtubers infantis é um afazer interno, sendo assim não há como realizar uma medição do tempo que está sendo utilizado para o trabalho dessa criança, e não existe nenhum controle. Isto se agrava ainda mais quando se leva em conta os trabalhos adjacentes feitos por eles. Publicidade em outras redes, comparecimento em eventos, livros a serem publicados, trabalhos de modelo, entre outras formas de se explorar a imagem destas crianças devem ser feitas paralelamente aos vídeos do canal e a vida da criança.

Não há também nenhuma garantia de direitos trabalhistas para os Youtubers Infantis como há no Trabalho Artístico Infantil, assim como não há também uma garantia de que o dinheiro que essas crianças estão conseguindo com seu trabalho está sendo guardado para serem utilizados com as mesmas futuramente, já que a informalidade é a tônica que envolve esse trabalho, já que depende única e exclusivamente dos responsáveis legais para que estas decisões sejam tomadas.

Com base em todos esses fatos, de se concluir que os Youtubers Infantis não se enquadram no Trabalho Artístico Infantil, pois não atendem às especificidades que os norteiam, falhando, por exemplo, no principal deles: que é a arte. Devido ao seu caráter contemporâneo, a profissão de Youtuber, e em especial dos Youtubers Infantis, necessitam de uma legislação específica para atender as suas características e necessidades, sem perder de vista que são cidadãos em formação e devem ser protegidos em sua integralidade, pois é necessário se ter diante da invisibilidade social que se encontram no plano jurídico trabalhista, embora tenham uma visibilidade social nas redes de extrema notoriedade.

Esta legislação para regulamentar o Trabalho dos *Youtubers* Infantis deve se preocupar com duas coisas em especial: primeiramente é preciso se adequar as constantes mudanças no âmbito tecnológico e na internet, pois a todo o momento surgem novas formas de exposição, de publicidade e de ganhar dinheiro. É necessário englobar até mesmo as mudanças que estão por vir para proteger crianças e adolescentes em todas as circunstâncias, para assim, a lei não se tornar obsoleta e fugir a realidade social que os mesmos se encontram submetidos. Em segundo, deve-se atentar para o trabalho dos pais neste tipo de trabalho, já que confiar apenas com a responsabilidade dos pais em uma meio midiático e artístico, onde essas crianças e adolescentes tornam-se “minas de ouro” é excessivamente perigoso, pois às vezes a necessidade financeira fala mais alto do que as necessidades reais da criança. Proteger esses jovens de seus próprios responsáveis deve ser prioridade, não deixando assim todo o poder na mão dos mesmos. O controle da carreira de celebridade *online* desses jovens não pode estar nas mãos apenas de uma pessoa, devendo ainda ocorrer fiscalizações sobre as condições de trabalho, agenda e desenvolvimentos desses jovens.

A proteção dessas crianças e adolescentes, assim como a delimitação do exercício de seu trabalho é fundamental no momento em que estamos vivendo. A todo o momento surgem novos canais e mais jovens buscando o estrelato juntamente de seus pais, que incentivam e dão meios para a realização dessa atividade. Os Youtubers Infantis são um fenômeno que pode afetar negativamente toda uma geração, que sem limites para sua forma de trabalho, tem sua imagem explorada, sem a menor preocupação de sua formação como ser humano e futuro cidadão. É de responsabilidade de o Estado definir as condições de trabalho dos Youtubers infantis, e é de responsabilidade da sociedade pensar nessas celebridades mirins como crianças comuns ao consumir esse conteúdo, para que assim busquemos ainda mais zelar por atender ao princípio maior a ser observado que é o da proteção integral, de modo que seja visível essa aplicação aos olhos da sociedade.

Referências

BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 14 out. 2019.

CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade.** São Paulo (SP): LTr, 2011.

CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico: conveniência, legalidade, e limites**, v. 79, n. 1, 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/38639/014_cavalcante.pdf?sequence> . Acesso em: 14 outubro 2019.

CORRÊA, Luciana. **Geração youtube: Um mapeamento sobre o consumo e a produção de vídeos por crianças.** ESPM: São Paulo, 2015. Disponível <http://pesquisasmedialab.espm.br/criancas-etecnologia/em/> . Acesso em: 04 de jul. de 2016.

GRUSNPUN, Hain. **O trabalho das crianças e dos adolescentes.** São Paulo: Ltr, 2000.

MARQUES, Rafael Dias. **Trabalho infantil artístico: proibições, possibilidades e limites.** In: Revista do Ministério Público do Trabalho / Procuradoria Geral do Trabalho, Ano XIX, n. 38. Brasília: LTr Editora, 2016.

MARQUES, Rafael Dias. **Trabalho infantil artístico: proibições, possibilidades e limites.** Revista do Ministério Público do Trabalho / Procuradoria-Geral do Trabalho, Ano XIX, n. 38. Brasília: LTr Editora, 2009.

OLIVEIRA, Oris de. **Trabalho infantil artístico.** In: Seminário Trabalho Infantil Artístico: Violação de Direitos Humanos? Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <http://www.fnpeti.org.br/artigos/trabalho_artistico.pdf> Acesso em 14 out. 2019.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **“Convenções da OIT”**, LTr: São Paulo, 2ª. ed., 1998.

O novo CPC inaugurou um 'sistema de precedentes' no Brasil?

Did the new CPC inaugurate a "precedent system" in Brazil?

Thaís Freire de Vasconcellos¹
Allan Albuquerque Geremias²
Matheus Vidal Gomes Monteiro³

Resumo

A busca por uma uniformização da jurisprudência capaz de possibilitar a estabilidade das decisões judiciais, resultou na tentativa de instituição de um sistema de precedentes no Brasil. Diante desse cenário, a presente pesquisa desenvolveu-se no sentido de identificar as principais diferenças entre a doutrina de precedentes construída no sistema do *common law* e do regime da *civil law*, através do uso de dogmática jurídica nacional e estrangeira.

Palavras-chave:

Novo Código de Processo Civil. Precedentes. *Civil Law*. *Common Law*.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo identificar as principais diferenças existentes entre a doutrina de precedentes construída nos sistemas do *common law* e do *civil law*, a partir da análise do sistema de precedentes instituído no Brasil, por meio dos artigos 926 e 927 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Os artigos 926 e 927 do novo Código de Processo Civil (NCPC) dispõem que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. A proposta, assim, consistiria na aplicação de um sistema de precedentes obrigatórios no direito brasileiro com o objetivo de se promover a segurança jurídica e igualdade no país. Entretanto, o novo dispositivo trouxe

1 Pós-Graduanda em Direito Processual com ênfase em Direito Empresarial pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e integrante do Grupo de Estudos sobre Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP).

2 Discente do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF-ICHES) e integrante do Grupo de Estudos sobre Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP).

3 Doutor em Direito. Professor Adjunto do Departamento de Direito (VDI) da Universidade Federal Fluminense (UFF) e líder do Grupo de Estudos sobre Jurisdição, Constituição e Processo. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5258647698639534>. E-mail: matheus.vgm@outlook.com.

inúmeros questionamentos de como se dará a construção desse sistema de vinculação no Brasil, considerando as peculiaridades existentes entre os sistemas do *common law* e do *civil law*.

É certo que a discussão a respeito dos precedentes obrigatórios no Brasil era anterior à promulgação do NCPD. Isso porque a doutrina já se posicionava no sentido de adotar um sistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a combater a insegurança jurídica, buscando-se assim uniformizar a jurisprudência e possibilitar a estabilidade das decisões judiciais. No entanto, o que se verifica é que o sistema de precedentes construído, embora surja como uma promessa de solução do problema, ainda não se apresenta, de forma inequívoca, como resposta adequada.

Quanto a esse aspecto, Igor Raatz (2013, p. 218) afirma:

O cerne da questão, como será esclarecido no correr deste ensaio, diz respeito muito mais à forma como se tem construído um sistema de vinculação, que deixa de levar em conta o conteúdo das decisões (fundamentação) e fecha-se às possibilidades de discussão a respeito de temas já decididos, do que à ideia de que a incontestável importância assumida pelos precedentes inclusive nos países da *civil law*.

Para Patrícia Perrone Campos Mello (2008), Maurício Ramires (2010) e Celso de Albuquerque Silva (2011), o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema de precedente judicial, na medida em que a lei atribuiu eficácia vinculante a determinados pronunciamentos judiciais. Não obstante, Lenio Luiz Streck (2019) defende que não há uma cultura de precedentes instituída no Brasil. Na realidade, o que se teria seriam teses gerais e abstratas, que se restringem a enunciados ou enunciações que já nascem com um viés prospectivo, ou seja, constituídas para uma posterior aplicação. Assim, enquanto no *common law* a constituição de um precedente legítimo é reconhecida a partir da atividade decisória subsequente que relaciona um caso a outro, no Brasil, o precedente seria um mero conceito instituído por lei.

Sob essa ótica, Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso (2016) afirmam que a adoção de um sistema de precedentes no Brasil é pautada em três principais valores: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. Para os autores a vinculação às orientações já prolatadas pelas Cortes assegura uma maior previsibilidade do direito, o que torna possível a antecipação da solução que os tribunais darão a determinado litígio. Com isso, se reduzirá a produção de decisões conflitantes pelo Poder Judiciário e garantirá às partes igualdade de tratamento. Outrossim, com a vinculação dos juízes aos entendimentos já proferidos pelos tribunais pretende-se que o Judiciário otimizará as suas atividades, na medida em que não terá que dispor de recursos para decidir novamente questões já apreciadas.

Em rápidas linhas introdutórias acima foram demonstrados alguns posicionamentos até antagônicos entre si, e, independentemente deste panorama dogmático o que se verifica é que o Código de Processo Civil de 2015 não responde algumas questões fundamentais (e, por outro lado, não proporciona uma orientação adequada através de seus principais inovadores dispositivos normativos, por se tratarem de questões fundamentalmente dogmáticas) ao desenvolvimento do instituto, tais como: (i) o significado do termo “precedentes”?; (ii) No que exatamente as Cortes estarão vinculadas?; (iii) Se seria a tese fixada ou as razões que conduziram a determinado resultado?; (iv) A influência dos votos vencido?; dentre outros questionamentos.

Diante desse cenário, se faz necessário entender as distinções em relação à origem do sistema de precedentes importado do sistema do *common law* e o sistema aplicado ao Brasil, cujo regime jurídico é característico dos países oriundos do *civil law*, tudo para que se possa dizer (ou não) se o novo CPC inaugurou um “sistema de precedentes” no Brasil e a partir daí buscar responder (ou auxiliar o debate para a construção de respostas futuras) aos questionamentos acima formulados.

Com efeito, o presente estudo será dividido em três capítulos, por meio dos quais serão abordados (i) o sistema de precedentes no *common law*; (ii) o sistema de precedentes no *civil law*; e ao final, (iii) avaliar-se-á as principais diferenças existentes entre ambos os regimes, a fim de que se proponha possíveis pontos de aproximação.

2. O precedente no *common law*

O *common law* consiste num sistema de origem anglo-saxão, por meio do qual os juízes e tribunais se inspiram nos costumes e no direito consuetudinário para a análise e julgamento do caso concreto (DONIZETTI, 2015). Sua história inicia-se em 1066, a partir da unificação da Grã-Bretanha ocasião em que nasceu uma classe de profissionais forenses (magistrados) responsáveis pela criação e difusão do instituto do *common law* (LOSANO, 2007).

Caracterizado como um sistema jurídico de direito costumeiro⁴, regido pela jurisprudência, o seu modelo de administração busca uma justiça pacificadora (GRECO, 2015). Em vista disso, a regra de direito no *common law* não é uma regra que visa formular um padrão de conduta para o futuro, mas sim busca dar solução a um conflito presente, atual. Os juízes, portanto, atuam

4 Cabe destacar a crítica que René David (2002, p. 437-439) faz sobre a definição do regime do *common law* como sistema jurídico de direito costumeiro. Isso porque, para René David, o costume, ao contrário do que normalmente se entende, desempenha papel secundário no *common law*. O Direito inglês não seria um direito consuetudinário, mas sim um direito jurisprudencial, fundamentado na razão.

como legisladores criando regras que resolvem o litígio, mas que não são absolutas (DAVID, 2002).

Nas palavras de Juliana Marteli Fais e Leda Maria Messias da Silva (2006):

O *Common Law*, mais conhecido como direito não escrito, possui origem anglo-saxônica e tem por base os precedentes proferidos pelo Poder Judiciário, o qual considera separadamente cada caso. Em princípio o *Common Law* não é constituído por leis que envolvam vários casos, o que quer dizer que a análise do Direito é feita de forma casuística, ou seja, parte de vários casos particulares para outros particulares.

Embora su origem tenha sido na Inglaterra, atualmente é utilizado em países como a Irlanda, os Estados Unidos, o Canadá, a Austrália, a Nova Zelândia e a Índia (FAIS; SILVA, 2006). Nessa seara, preleciona Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 54) que:

O *common law* não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso.

Nesse sentido, verifica-se que o *common law* tem sua origem de direito baseada na tradição e na pronúncia de decisões pela Corte de Justiça, fundamentada no precedente judiciário. Dessa forma, a função da jurisprudência não se restringe a apenas aplicar o direito, mas também se transforma em instrumento de construção e elaboração de regras do direito (GONZALES, 2009). Na ausência de norma escrita, era dever dos dos juízes formular uma decisão para o caso concreto (NUNES, 2010).

Ensina Sérgio Gilberto Porto (2005, p. 08) que:

Neste sistema, a ideia de vinculação do julgado precedente às demandas semelhantes surgiu nos idos do século XIX, quando a Câmara dos Lordes admitiu o caráter vinculativo das suas próprias decisões nos casos *Beamish v. Beamish* em 1861, referendado no caso *London Street Tramways v. London County Council*, este último tido como o mais célebre case. Restou

decidido pelo Lord Halsbury que seria mais sensato para a sociedade que fossem estabilizados os litígios com uma solução por vezes, até mesmo, inadequada, do que eternizar as incertezas e inseguranças.

A partir disso, desenvolve-se o ideal do precedente vinculante (*stare decisis*). A regra do *stare decisis* originária dos países do *common law* impõe o mesmo julgamento para demandas iguais, concedendo força vinculante aos julgados anteriores (precedentes) (PORTES, 2012). Nas palavras de Marco Antônio da Costa Sabino (2010, p. 55), o termo *stare decisis* significa dizer “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”. Ou seja, todas as decisões das Cortes proferidas em casos pretéritos vincularão a aplicação do direito aos casos posteriores quando similares. Assim, visa-se que a decisão jurisdicional assume o papel de não somente de solucionar determinada conflito, mas também de estabelecer um precedente com força vinculante que assegure no futuro, que casos semelhantes venham a ser julgados da mesma forma (PORTO, 2005).

Para Daniel Mitidiero (2017) o precedente no direito inglês pode ser definido a partir de três expressões: (i) ilustração; (ii) persuasão; e (iii) vinculação. Na ilustração, verifica-se que o precedente era invocado pelos juízes à título exemplificativo do Direito aplicado ao caso concreto. A Corte não se imaginava vinculada juridicamente ao precedente, como ocorre atualmente. A partir da percepção que entre o *case law*, o precedente e a teoria declaratória da jurisdição há uma interconexão, o precedente assume a função persuasiva, sendo aplicados para decisões ao caso concreto sempre que não figurados injustos ou absurdos. Por fim, na busca por maior segurança jurídica aos jurisdicionados ante a inexistência de normas jurídicas previamente compreensíveis, o precedente alcança sua força vinculante.

Assim sendo, o precedente no *common law* jamais nasce precedente, tampouco será constituído em workshop ou jornadas (como no caso dos diversos enunciados que são produzidos no Brasil⁵). Ele se tornará vinculante, na medida em que tiver coerência, integridade e racionalidade suficientes para transformá-lo em elemento de discussão de teses jurídicas propostas pelas partes. Ou seja, no *common law*, o que confere status de precedente à decisão

⁵ Enunciado nº 4 da I Jornada de Direito Processual Civil: “A entrada em vigor de acordo ou tratado internacional, que estabeleça dispensa da caução prevista no art. 83, § 1º, I, do CPC, impõe a liberação da caução previamente prestada”; Enunciado nº 6 da I Jornada de Direito Processual Civil: “A fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa só é cabível nas hipóteses previstas no § 8º do art. 85 do CPC”; Enunciado nº 12 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: “A existência de cláusula compromissória não obsta a execução de título executivo extrajudicial, reservando-se à arbitragem o julgamento das matérias previstas no art. 917, incs. I e VI, do CPC/2015”. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2019).

do tribunal superior é primeiro a sua aceitação pelas partes e, depois, pelas instâncias inferiores do Judiciário (STRECK; ABOUD, 2016).

Vale lembrar que:

Embora se tenha falado anteriormente na ligação direta entre o sistema da *common law* com o sistema de precedentes, eles não se confundem. Ao se mencionar o sistema da *common law*, estar-se-á se referindo ao modelo de direito inglês, caracterizado por possuir como principal fonte os costumes, nascido como forma de oposição ao poder dos feudos pelos Reis ingleses. Já o sistema do *stare decisis* se refere ao modo de operacionalizar o sistema da *common law*, conferindo certeza a essa prática. É o denominado sistema de precedentes, que surgiu apenas no século XVI. Assim, a teoria do *stare decisis et non quieta movere*, que significa literalmente mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto, está relacionada à ideia de que os juízes estão vinculados às decisões do passado, ou seja, aos precedentes (OLIVEIRA, 2015, p. 49).

Visto isso, observa-se que o precedente judicial é estruturado a partir de alguns institutos fundamentais para o seu regular desenvolvimento, sendo eles o *obter dicta*, *ratio decidendi*, *distinguishing* e *overruling*.

Para Victor Vasconcelos Miranda (2017, p. 50) a *ratio decidendi* ou *holding* de um precedente é o fragmento vinculante da decisão com eficácia prospectiva aos futuros casos, “constituindo-se como norma jurídica que vinculará os tribunais inferiores e mesmo o próprio tribunal prolator da decisão, referindo-se especificamente, às razões de decidir ou as razões para decidir”. Já Leonardo Cortez Casol Siqueira (2019, p. 30) ensina que a *ratio decidendi* é o fundamento primordial de uma decisão. É em razão dele que se é possível encontrar o elemento que irá vincular o julgamento de casos futuros. São nesses fundamentos que efetivamente residem o precedente. Nessa linha, Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 442) conceituam a *ratio decidendi* como “os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”.

Por sua vez, o *obter dicta* se restringiria aos argumentos secundários utilizados pelo julgador para fundamentar o seu posicionamento, os quais não produzirão efeito vinculante, não obstante integrem a decisão (AL-ALAM, 2015). Preleciona Victor Vasconcelos Miranda (2017) que o *obiter dictum* é a parcela incidental da decisão que não tem aptidão de se revestir de *ratio decidendi*. Ou seja, o *obter dicta* será todo o argumento dispensável para a fundamentação da

decisão, tendo em vista que a sua função será tão somente de complementação argumentativa e ilustrativa do julgado.

Nas palavras de Leonardo Cortez Casol Siqueira (2019, p. 33) o *obter dictum* representa espécie de fundamento jurídico apresentado apenas de passagem na motivação da decisão “e que revela juízos normativos acessórios ou opiniões adicionais do magistrado ao realizar a atividade criativa na elaboração da sentença; para efeitos práticos não caracteriza o precedente”. Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015) explicam que o *obter dictum* é o argumento jurídico exposto na motivação da decisão, que se transforma em juízo normativo acessório que não tem influência relevante para a decisão. É, portanto, prescindível para a resolução da controvérsia.

Já o *distinguishing* e *overruling* são formas de se afastar a aplicação da *ratio decidendi* de um precedente quando esse não se mostra a solução mais adequado para o deslinde do conflito. Nesse sentido, o *distinguishing* ocorre quando o caso anterior e o sob em análise não se aproximam o suficiente para aplicação do precedente, seja porque os fatos em discussão não coincidem como os fatos fundamentais que serviram de base à *ratio decidendi* constante no precedente, ou seja porque existe alguma peculiaridade no caso em julgamento que afasta a aplicação do precedente. Por fim, o *overruling* é a técnica por meio da qual um precedente perde a sua força vinculante em razão da sua superação e é substituído por outra decisão. Nesses casos, o próprio tribunal que firmou o precedente pode indicar a sua superação em julgamento futuro, caracterizando o *overruling* (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Diante desse cenário, conclui-se que no *common law* o precedente surge a partir de interpretações (e decisões) judiciais realizadas em determinado caso concreto. Assim, o precedente não nasce vinculante e sua eficácia não decorre do texto normativo, mas sim da própria aceitação das partes e dos tribunais inferiores, que aplicam a *ratio decidendi* nos julgamentos posteriores de casos análogos.

3. O precedente no *civil law*

O sistema jurídico do *civil law* se origina a partir do direito romano, sendo posteriormente consagrado pela Revolução Francesa que procurava instituir um novo modelo de direito, fulcrado na separação dos poderes, aliada à proibição do juiz interpretar a lei, como elemento imprescindível à concretização da liberdade, igualdade e segurança jurídica (GALIO, 2014). Nesse sentido, segundo Andréia Costa Vieira (2007, p. 270):

[...] a expressão *civil law*, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e

sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico.

Dessa forma, a igualdade no regime jurídico do *civil law* foi pautada na estrita aplicação da lei, sendo responsável por um processo de codificação do direito (GALIO, 2014). Assim, a partir da correlação entre a lei escrita e a igualdade, passou-se a entender que quando a lei prevalece a igualdade é assegurada (WAMBIER, 2019).

Nesse sentido, registra Luiz Guilherme Marinoni (2009) que em razão do instituto do *civil law* pautado pela Revolução Francesa consagrar a lei como indispensável para a realização da liberdade e da igualdade, é que se entendeu que a certeza jurídica seria imperiosa para as decisões judiciais, na medida em que caso os juízes conseguissem prolatar decisões contrárias a lei, os ideais revolucionários seriam inalcançáveis. Assim sendo, a confiança no direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei. Nessa seara, consigna-se que “a lei por si só é suficiente e plenamente aplicável, limitando qualquer interpretação do juiz no seu processo de aplicação aos casos concretos” (RAMIRES, 2010, p. 61).

Neste sistema, portanto, a legislação constituiu-se como fonte primária do direito devendo ser observada em sua literalidade. Desse modo, o juiz precisa limitar a sua atuação, assegurando que a sua decisão se restrinja a previsão do texto de lei. Sob essa ótica, verifica-se que no sistema de precedentes do *common law* o efeito vinculante é uma construção advinda da cultura da comunidade jurídica, sem que haja a necessidade de ter uma norma positivada para o seu uso. Todavia, no *civil law* esse microsistema de precedentes vem construído por meio do texto legal.

Para Thomas da Rosa de Bustamante (2016) enquanto um juiz do *common law* cotejaria os fatos considerados materiais no caso que deu origem ao precedente e no caso ainda pendente de análise, o magistrado do *civil law* buscaria observar no precedente tão somente o pronunciamento que representaria a regra a qual deveria se vincular.

Isso porque, os países signatários da tradição do *civil law* pressupõem que as leis são os caminhos que orientam a sociedade, de forma que o papel do juiz é adstrito à aplicação dos dispositivos jurídicos, e, excepcionalmente, a readaptação das normas ao caso concreto. Com efeito, ainda que as decisões anteriores das Cortes Superiores possuam um efeito coercitivo, por questão de política judiciária, não possuem, em regra, efeito vinculante capaz de ensejar uma observância obrigatório dos tribunais inferiores (CALDAS, 2013). Para Teresa Wambier (2010), no *civil law*, o caminho para se utilizar o precedente perpassa, inicialmente, por (i) analisar o caso; (ii) examinar as semelhanças ou diferenças do caso em análise com aquele descrito na norma; (iii) delimitar o sentido da norma; e, por último, (iii) aplicar a norma (ou não) ao caso concreto.

No Brasil, a teoria dos precedentes judiciais, surge a partir da concepção de que a norma jurídica posta é indeterminada, de forma que a sua concretização é assegurada tão somente a partir da correta aplicação do direito ao caso concreto. Isso significa, visualizar o texto legislativo como elemento inicial do processo hermenêutico. A busca por garantir ao jurisdicionado maior segurança jurídica e isonomia promoveu a instituição de um “sistema de precedentes” com vistas a trazer maior estabilidade ao ordenamento jurídico e, assim, evitar os julgamentos contraditórios. Entretanto, cumpre salientar que ainda não é unânime na doutrina a instituição (ou não) de um “sistema de precedentes” no Brasil, consoante se verá melhor a seguir.

4. O novo CPC inaugurou um ‘sistema de precedentes’ no Brasil?

Com a promulgação da Lei nº 13.105/15 que instituiu o Novo Código de Processo Civil, a doutrina passou a questionar-se se o NCPC haveria finalmente instituído um “sistema de precedentes” no Brasil. Desde a instituição da súmula vinculante no país, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, parcela da doutrina passou a defender a necessidade de se construir uma teoria da aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro (STRECK; ABBUD, 2016).

Diante desse cenário, a Lei nº 13.105/15 consignou um rol de pronunciamentos judiciais vinculantes a serem observados quando do pronunciamento de uma decisão judicial. Cuida-se das disposições apresentadas nos artigos 926 e 927 do NCPC. Senão vejamos:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas

e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Ao dispor que os Tribunais deverão manter a sua jurisprudência estável, o legislador busca impor ao julgador que justifique qualquer mudança de posicionamento adequadamente. A integridade e coerência exigida “revelam-se no enfrentamento dos argumentos suscitados para a formação da tese jurídica do precedente” (DIDIER JR., 2016, p. 389). Por fim, a coerência poderá ser observada sob dois aspectos (dimensão formal e dimensão substancial). Na dimensão formal a coerência está ligada a concepção de não-contradição. Por sua vez, a dimensão substancial cuida-se da ideia de conexão positiva de sentido (DIDIER JR., 2016).

Uma das críticas ao novo regramento decorre da própria leitura dos dispositivos acima elencados, que consoante se inferem, dispõem que a jurisprudência deve-se manter estável, íntegra e coerente. A coerência é representada quando os mesmos preceitos e princípios que foram utilizados nas decisões o forem para os casos idênticos. Isso significa, assegurar não só a integridade do direito, mas também a igualdade, uma vez que diferentes casos terão igual prestação jurisdicional por parte do Poder Judiciário. Assim sendo, coerência significa igualdade na análise do caso e no seu tratamento. Por sua vez, a integridade é um princípio que exige que os juízes elaborem os seus argumentos de forma integrada ao ordenamento jurídico (STRECK, 2016).

Nessa seara, Lenio Streck e Georges Abboud (2016) sustentam que o NCCPC não institui no Brasil um sistema de precedentes, mas sim um sistema de vinculação jurisprudencial⁶. Já Lucas Burril de Macedo (2016) defende que, não obstante as disposições do NCCPC refiram-se à jurisprudência, os pronunciamentos serão porta de entrada para o *stare decisis*, o que somados ao

⁶ O vocábulo jurisprudência não é unívoco e possuiu várias conotações ao longo da história. Compreende o conjunto de decisões concordantes, proferidas pelos órgãos judiciários de modo reiterado e uniforme, o que lhes dá força persuasiva no sistema jurídico. Assim, resulta do conjunto de decisões judiciais harmônicas em relação a uma mesma questão jurídica. A jurisprudência possui diferença quantitativa em relação ao precedente. Enquanto aquela remete a uma multiplicidade de decisões relativas a vários casos concretos, o precedente é um julgado individual, que poderá ou não formar jurisprudência (CAMBI; FOGAÇA, 2016, p. 343).

princípio da segurança jurídica construirão o verdadeiro dever de observar o precedente judicial.

Além disso, Lenio Streck e Georges Abboud (2016) criticam o novo instituto sob o viés do que a doutrina processual entenderia por “sistema”. Tem-se que, o “sistema de precedentes” deveria compreender a ideia de um todo coerente e harmônico de normas (art. 927 do NCPC), o que não se vislumbra com o NCPC. Desse modo, a introdução do “sistema de precedentes” no Brasil seria decorrente do pensamento de que o *stare decisis* é a resposta ao problema de grande número de litígios do Brasil, sem se levar em consideração a complexidade inerente ao instituto e a sua aplicação (ou não).

Quanto a esse aspecto, Lorena Miranda Santos Barreiros (2017) ressalta a desmaterialização do instituto com o uso dos precedentes no país apenas pela transcrição de sua ementa, sem se preocupar em fazer a comparação necessária para que se infira do caso concreto a linha argumentativa da *ratio decidendi* do precedente utilizado. Violando-se, por conseguinte, outra das principais inovações do NCPC, o art. 489 do CPC.⁷

⁷ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - Deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Nesse contexto, Dierle Nunes e André Frederico Horta (2016) esclarecem que diferentemente do que ocorre nos países de origem *common law*, no Brasil, a utilização dos precedentes, em sua maioria, do direito jurisprudencial, decorre de um discurso de matriz neoliberal que favorece a sumarização da cognição, a padronização das decisões e uma justiça mais célere e eficiente com base em menos números. Ocorre que, essas implicações promovem um quadro equivocado de aplicação dos precedentes, na medida em que promove o tratamento igualitário a casos substancialmente distintos. Para os autores, o NCPC busca corrigir esse modelo. Valendo lembrar que:

A principal crítica que os teóricos mais atentos fazem à forma de argumentação por precedentes nos sistemas de *civil law* é a de que nesses sistemas não ocorre o método casuístico de interpretação dos precedentes do *common law*, o que gera uma desatenção às particularidades do caso e uma perigosa tendência à abstrativização exagerada, que dificulta ainda mais a importante atividade de fundamentação de analogias entre casos (BUSTAMANTE, 2016, p. 288).

Segundo Georges Abboud (2016) o precedente brasileiro diferente do precedente instituído no *common law* não detém uma aura democrática decorrente da aceitação pelas partes e pelas instâncias inferiores do judiciário, tendo em vista que os precedentes no NCPC já nascem com efeito vinculante, não obstante a qualidade e consistência da decisão. Por isso, a aplicação dos provimentos dispostos no artigo 927 do CPC não dispensam a atividade interpretativa por parte do magistrado. Pelo contrário! O julgador ao apreciar o precedente deve-se manter atinente às razões de decidir (*ratio decidendi*), cuja eficácia será vinculante e cotejar o contexto fático com o caso sob a análise, para se assegurar que o precedente se amolda ao caso pendente de julgamento.

Com efeito, o genuíno precedente do *common law* dinamiza o sistema jurídico, na medida em que ele é tanto o ponto de início do debate do caso concreto quanto o embasamento para a solução do caso concreto. Para que os provimentos vinculantes do CPC não engessem o sistema jurídico, sua interpretação e aplicação não pode ser mecânica e subjetiva, pelo contrário elas tem que levar em conta a totalidade do

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram (STRECK; ABOUD, p. 179).

Nesse contexto, é imperioso concluir que o NCCP alterou a tradição brasileira de direito jurisprudencial, na medida em que elencou no artigo 927 do CPC decisões judiciais que serão elencadas a categoria de precedentes vinculantes no Brasil, de forma que tais pronunciamentos deixaram de ser tão somente boas decisões e passaram a ter caráter imperativo (ZANETI Jr., 2016).

Não obstante as críticas apontadas, Eduardo Cambi e Matheus Vargas Fogaça (2016) elogiam a construção (ou tentativa de) instituir um sistema de precedentes no Brasil. O fortalecimento dos precedentes judiciais no país desempenhará papel importante na concretização dos valores constitucionais da segurança jurídica e da isonomia entre os jurisdicionados, uma vez que promoverão a estabilização do ordenamento jurídico.

5. Conclusão

Conclui-se, portanto, que ao se considerar as diferenças entre os institutos do *civil law* e *common law* verifica-se que não há que se falar que o NCCP iniciou um sistema de precedentes no Brasil, não obstante possa ter sido essa a ideia inicial do legislador brasileiro com o Novo Código de Processo Civil.

Ao observar o texto aprovado verifica-se que o legislador brasileiro dispôs acerca de um “sistema de precedentes” tão somente sob uma seara de respeito à eficácia vinculante de decisões judiciais por força de previsão legal. Não houve a construção histórica com base em costumes e tradições acerca da importância de se observar as decisões anteriormente proferidas pelos Tribunais em casos análogos, como se verifica no regime do *common law*, não há uma aceitação voluntária ao pronunciamento judicial anterior pela parte e tampouco dos julgadores.

Não obstante, a maior preocupação com a instituição desse “sistema” reside na vinculação de decisões judiciais ao simples fato de terem sido proferidas por determinados Tribunais e não em razão do seu conteúdo (fundamentação). Por isso, o sistema de precedentes obrigatórios teorizado pela doutrina não se revela adequado para solucionar os principais problemas da prática forense, na medida em que é instituído ao interpretar um subjetivismo na criação dos precedentes, os quais, independentemente do seu conteúdo detém força vinculante (RAATZ, 2013).

É certo que a valorização dos precedentes não se revela algo ruim ou prejudicial. Pelo contrário, o sistema de precedentes é um instrumento capaz de assegurar aos jurisdicionados maior segurança jurídica. No entanto, caberá ao julgador quando da análise do caso concreto, se certificar de observar

corretamente as peculiaridades dos casos em cotejo e correta aplicação (ou não) do precedente, com base em decisões devidamente fundamentadas.

Referências

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., F (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 399-406.

AL-ALAM, Caroline Ledesma. **A teoria de precedentes nos sistemas de *common law* e a sua inserção no direito brasileiro**. (40f) Especialização em Direito Processual Civil. Universidade Federal do Rio Grande do Sul Faculdade de Direito, 2015.

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativo do precedente judicial e o desafio do Novo CPC**. In: DIDIER JR., F (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 275-294.

CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. **Dos precedentes judiciais às súmulas vinculantes: análise da verticalização do poder e do discurso judicial padronizado**. (Dissertação) Mestrado em Direito. 203f. Universidade Federal da Bahia. 2013.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER JR., F (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 335-360.

CARDOSO, Gleisson Lucas. **Stare decisis vs o sistema de precedentes no Brasil com face ao Novo Código de Processo Civil**. Ano 2 (2016), no 3, 681-706. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0681_0706.pdf>. Acesso em: 29 set. 019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em 13.10.2019.

CREPALDI, Thiago. **Não estamos acostumados a lidar com precedentes, diz Teresa Arruda Alvim**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-01/nao-estamos-acostumados-lidar-precedentes-processualista>>. Acesso em: 05 out. 2019.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie. **Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. O NCP e os precedentes - afinal, do que estamos falando?**. In: DIDIER

JR., F (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 383-397.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10a ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo código de processo civil**. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>>. Acesso em: 28 set. 2019.

FAIS, Juliana Marteli; SILVA, Leda Maria Messias. **Common Law em relação ao direito brasileiro**. Iniciação Científica CESUMAR. Jan./Jun. 2006, Vol. 08, n.01, pp. 25-34. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/icesumar/article/view/120/58>>. Acesso em: 29 set. 2019.

GALIO, Morgano Henicka. **História e formação dos sistemas *civil law* e *common law*: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas**. 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>>. Acesso em: 29 set. 2019.

GONZALES, Douglas Carmarina. **Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da *common law* e do sistema romanístico**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 46, pp. 71-77, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/1285/1279>>. Acesso em: 29 set. 2019.

LOSANA, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. Traduzido por Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACÊDO, Lucas Buriel De. **A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil?**. In: DIDIER JR., F (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 459-489.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: **O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 58-59;

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/2016/11/02/artigo-sobre-precedentes-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 28 set. 2019.

MIRANDA, Victor Vasconcellos. **Precedentes judiciais: a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes**. (214f) Mestrado. Pontifícia Universidade

Católica de São Paulo - PUC, 2017. Disponível em:

<<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21379/2/Victor%20Vasconcelos%20Miranda.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução**. In: DIDIER JR., F (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 301-333.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Ana Carolina. **Diferenças e Semelhanças entre os Sistemas da Civil Law e da Common Law**. RDU, Porto Alegre, Volume 12, n. 64, 2015, 109-126, jul-ago 2015.

Disponível em:

<<https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/2737/1307>>. Acesso em: 29 set. 2019.

PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. pp. 183-208.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

RAATZ, Igor. **Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira**. Revista Eletrônica e Direito Processual – REDP. Volume XI. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 01 set. 2019.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes judiciais no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 81.

SABINO, Marco Antonio da Costa. **O Precedente Judicial Vinculante e sua Força no Brasil**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abril 2010.

SILVA, Celso de Albuquerque. Súmula Vinculante: **Teoria e Prática da Decisão Judicial com base em Precedentes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SIQUEIRA, Leonardo Cortez Casol. **O sistema de precedentes como método para controle do excesso de demandas**. (116 f) Mestrado. Universidade Nove de Julho. São Paulo,

2019. Disponível em:

<<http://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/2029/2/Leonardo%20Cortez%20Casol%20Siqueira.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes? Uma proposta aos ministros Schietti, Mussi e Sebastião**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schietti-mussi-sebastiao>>. Acesso em: 28 set. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. O NCPC e os precedentes - afinal, do que estamos falando?. In: DIDIER JR., F (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 175-182.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto - o sistema (sic) de precedentes no CPC?** 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 13 de out. 2019.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, pp. 53-62, out, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law**. Revista dos Tribunais, n. 893, mar-2010. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., F (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 407-423.

“Ou isto ou aquilo”: diferentes perspectivas entre a judicialização da política e o ativismo judicial

“This or that”: different perspectives between the judicialization of politics and judicial activism

Amanda Gonzaga Nascimento¹
Ana Gabriela Correia de Souza Gusmão²
Matheus Vidal Gomes Monteiro³

Resumo

O presente trabalho tem por finalidade conceituar os fenômenos da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial e, concomitantemente, realizar a necessária diferenciação entre estes, no sentido de que o aumento da atividade jurisdicional em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo não justifica e nem deve conduzir a posturas autoritárias por parte do Poder Judiciário. Assim sendo, buscar-se-á esclarecer, através da exposição de casos concretos, que a Judicialização da Política é uma consequência do próprio sistema de separação de poderes, enquanto o Ativismo Judicial viola esse sistema. Conforme será visto, a Judicialização da Política ocorre tendo em vista o extenso rol de direitos sociais consagrados na Carta Magna e o dever de aplicabilidade imediata das normas constitucionais, que resultam no aumento de demandas por justiça e na insuficiência dos demais poderes para abarcá-las. Enquanto o Ativismo Judicial refere-se a decisionismos segundo a própria vontade do judiciário que, desrespeitando a supremacia constitucional, julga conforme argumentos políticos e morais.

Palavras-chave:

Judicialização da Política. Ativismo judicial. Constitucionalismo Contemporâneo. Poder Judiciário.

1Graduação em andamento em Direito pela Universidade Federal Fluminense – campus de Volta Redonda. Membro do Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo da Universidade Federal Fluminense. E-mail: nascimento.amandag@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8477368387864047>.

2Graduação em andamento em Direito pela Universidade Federal Fluminense – campus de Volta Redonda. Membro do Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo da Universidade Federal Fluminense. E-mail: gabrielacdesg@outlook.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2091002673122528>.

3Doutor em Direito. Professor Adjunto do Departamento de Direito (VDI) da Universidade Federal Fluminense (UFF) e líder do Grupo de Estudos sobre Jurisdição, Constituição e Processo. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5258647698639534>. E-mail: matheus.vgm@outlook.com.

1. Introdução

O artigo tem como objetivo, através de uma abordagem teórica baseada em pesquisa descritiva e revisão bibliográfica, conceituar, e, concomitantemente, realizar a necessária diferenciação entre os fenômenos da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial.

Assim sendo, a fim de cumprir com o objetivo a que se propõe, o presente estudo inicia-se com breves considerações sobre o Constitucionalismo Contemporâneo, apresentado como uma superação da(s) Teoria(s) Neoconstitucionalista(s) que, apesar de se proporem pós-positivistas, ao reprimarem a técnica da ponderação e a aplicarem segundo “aportes brasileiro(s)”, acabaram por não limitar a atividade interpretativa dos juizes e, assim, dar “carta branca” para a prática de discricionariedades e decisionismos (STRECK, 2014d).

A Teoria do Constitucionalismo Contemporâneo (STRECK, 2014d), contrariamente ao Neoconstitucionalismo, propõe uma necessária redefinição principiológica e defende a interpretação jurídica em conformidade com a Constituição, de maneira a admitir somente o fenômeno da Judicialização da Política e a considerar a prática do Ativismo Judicial uma postura que rompe com o sistema de separação de poderes e afeta diretamente a democracia brasileira.

Em sequência, o trabalho se concentra na conceituação e necessária (e até onde possível) diferenciação entre os fenômenos da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial, utilizando-se, para tanto, da exposição de casos concretos.

Nesse sentido, a Judicialização da Política é tida como um fenômeno contingencial que consiste no aumento de demandas judiciais ante a insuficiência ou inércia dos demais Poderes, num dado contexto social, independente da postura do juiz e sem violação dos limites constitucionais (STRECK, 2014d).

Para melhor ilustrar, será analisado o caso da judicialização da saúde, demonstrando que o fenômeno da judicialização se caracteriza simplesmente pela submissão de demandas que versem sobre saúde, como fornecimento de medicamentos ou realização de procedimentos cirúrgicos, ao Judiciário, uma vez que o cidadão não teve sua necessidade suprida pelas políticas públicas Estatais. Na judicialização não está em voga se a decisão pelo deferimento ou indeferimento do pedido é constitucionalmente adequada, ao contrário do ativismo.

Já o Ativismo Judicial, conforme será demonstrado, é um problema essencialmente jurídico, situado no âmbito da Teoria da Interpretação e que se consubstancia em uma postura assumida pelo Poder Judiciário ao usurpar a competência dos demais poderes para decidir segundo argumentos políticos,

morais ou meramente volitivos, muitas das vezes contrários as disposições constitucionais (STRECK, 2014d).

Sobre isso, é utilizado como exemplo o caso do julgamento do *Habeas Corpus* 152.752 e das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, que tratam sobre a possibilidade de prisão penal após segunda instância - a chamada execução antecipada da pena -, como uma representação de "malabarismo de competência" por parte do Supremo para decidir conforme argumento morais contrários a princípios consagrados constitucionalmente.

Por fim, é interessante esclarecer que o presente trabalho não possui a finalidade de esgotar os debates existentes no âmbito da complexa temática apresentada, mas sim, de contribuir para a desconstrução de equívocos disseminados pelo "senso comum jurídico" com base na coerência e integridade sistemática proposta pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) e sua defesa de uma resposta constitucionalmente adequada.⁴

Assim, buscando defender uma ruptura do(s) positivismo(s) jurídico(s) com a admissão séria de um Constitucionalismo Contemporâneo⁵, para Streck (2014a, p. 19), diante da "crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência", vinculada ao modelo de interpretação liberal-individualista, tem-se como necessário um contraponto, uma certa postura crítica, que vem sendo trabalhada pelo autor através da fenomenologia hermenêutica (Heidegger), a partir do horizonte do sentido dado pela compreensão, aperfeiçoada e complementada pela hermenêutica filosófica (Gadamer), e reforçada a partir da tese interpretativa-coerentista-integrativa de Dworkin, da qual também extrai a possibilidade de respostas corretas em direito (STRECK, 2014c, p. 409).

4 A extração da tese das respostas corretas em direito é desenvolvida principalmente em Streck (2014c). Referenciada, no posfácio em Streck (2014a, p. 409).

5 Para Streck (2014a, p. 400-404), a contemporaneidade do fenômeno jurídico pode ser compreendida a partir de quatro pontos: 1) no campo jurídico, a nova posição do direito público, com a incorporação de direitos de terceira dimensão, o democrático do Estado de Direito como plus normativo-qualitativo, os compromissos compromissórios das constituições; 2) ainda no campo jurídico, aumento do grau de autonomia do Direito, especialmente frente à moral, economia e política; essa autonomia deve ser entendida a partir da força normativa dos dispositivos constitucionais, bem como dos dispositivos produzidos democraticamente; 3) no campo filosófico, temos a invasão da filosofia pela linguagem, superando-se o pensamento metafísico; 4) a partir do item anterior, a utilização da matriz heideggeriana-gadameriana defendida pelo autor não faz com que "heideggerizemos o Direito", mas sim, a partir da ruptura com a introdução do mundo prático na filosofia, a partir do giro ontológico-linguístico, rompendo-se com as posturas objetivistas e subjetivistas, e indaga: é possível ao Direito escapar das influências dessa revolução paradigmática?".

Streck (2014a, p. 19) intitula tal crítica como “Crítica Hermenêutica do Direito” (CHD)⁶, partindo do reconhecimento de que “a universalidade da compreensão é condição de possibilidade da racionalização (ou da posituação)” (STRECK, 2014a, p. 257). Essa proposta busca, inicial e resumidamente escapar “do desconstrucionismo derridiano, até porque, no plano do direito, acredito na possibilidade de instâncias de sentido (*não no sentido metafísico, é claro*)”, e superar “as insuficiências da semiótica, nas suas variadas concepções, em face de sua inserção na tradição estruturalista, o que as tornam incapazes de construir condições de possibilidade para a compreensão da dimensão da história e o problema da continuidade da tradição”, “além do fato de a semiótica procurar universalidades a partir de regras, não conseguindo, destarte, redimir a singularidade, exatamente em face de sua dimensão estruturalista que busca construir conceitualizações” (STRECK, 2014b, p. 222) .

Deve haver, pois, uma copertença (*Zusammengehören*) entre texto constitucional e texto infraconstitucional, isso porque, em todas as características existenciais da Crítica Hermenêutica, existe uma co-originariedade, a partir do fato de que um ente não se funda em outro. Não se deduz o sentido de um texto do sentido de outro texto, assim como não se deduzem coisas de outras coisas. Por isso, é necessário frisar que a Constituição não pode ser entendida como um simples topos conformador de uma atividade subsuntiva, atuando como um repertório de conceitos abstratos espécie de significante primordial-fundante à espera de uma acoplagem proveniente da infraconstitucionalidade. Isso seria resvalar em direção a metafísica, separando o ser do ente “Constituição” do ser dos entes “textos infraconstitucionais”. É preciso entender [...] que o ser é

6 Em outros trabalhos também utilizou a denominação Nova Crítica do Direito, que deve ser entendida como sinônimo de Crítica Hermenêutica do Direito, como afirma em Streck (2014a, p. 311). Nas próprias palavras do autor: “Por intermédio da Crítica Hermenêutica do Direito, fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busco, por uma análise fenomenológica, o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e que somos aquilo que nos tornamos pela tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), em que o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme ensina Heidegger, “o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado” (STRECK, 2014c, p. 224-225). Registre-se, também, que não há compatibilidade com essa perspectiva e o ativismo judicial ou a jurisprudência dos valores. Para conferir algumas observações diferenciadoras, v. Streck (2014c, p. 223 e ss).

sempre o ser de um ente, questão que advém do teorema hermenêutico denominado “diferença ontológica”. Por isso, um texto infraconstitucional necessariamente exsurdirá como (als) norma a partir do sentido da Constituição. Esse processo, entretanto, não ocorre de forma separada, por partes, mas, sim, em um círculo hermenêutico que não é um círculo vicioso, mas, sim, um círculo virtuoso, como bem diz Heidegger -, no interior do qual temos sempre um ter prévio (*Vorhabe*), um ver prévio (*Vorsicht*) e um pré-conceito (*Vorgriff*). (STRECK, 2014b, p. 748)

É possível, a partir desta proposta, “encontrar respostas corretas em direito, justamente pelo caráter antirrelativista da hermenêutica filosófica”, a qual inadmitte discricionariedades e decisionismos (STRECK, 2014a, p. 19). Assim, “o elemento interpretativo que caracteriza mais propriamente a experiência jurídica pode, e deve ser explorado fenomenologicamente”, o que nos possibilita, também, “oferecer limites ou anteparos à atividade interpretativa, na medida em que o direito não é concebido a partir de um reducionismo fático”, tratando-se, também, de “uma questão de controle democrático das decisões” (STRECK, 2014a, p. 51).

2. Observações sobre o constitucionalismo contemporâneo

O termo “Constitucionalismo Contemporâneo” começou a ser utilizado por Lenio Streck (2014d), a partir da quarta edição do seu livro “Verdade e Consenso”, para designar o atual movimento jurídico-constitucional, numa perspectiva contrária à do(s) chamado(s) neoconstitucionalismo(s) (TASSINARI, 2012, p. 38).

Inicialmente, o termo neoconstitucionalismo remete a diversas significações, se manifestando alguns pela existência de vários neoconstitucionalismos, cada qual com distinta proposta ou mesmo nomenclatura (MONTEIRO, 2019). Segundo Streck (2014d, p. 28-29), “*new constitutionalism*” é o termo usado na ciência política norte-americana para os processos de redemocratização dos países de modernidade tardia, nos quais se incluem o Brasil. Já autores espanhóis e italianos chamam de neoconstitucionalismo as produções teóricas sobre o direito desenvolvidas após o segundo pós-guerra que remetem à revisão das ideias sobre interpretação, fundamentação e aplicação do direito concebidas no constitucionalismo e positivismo dominante até então (CARBONELL, 2009; GUASTINI, 2001; POZZOLO, 2009).

Dessa forma, não há como negar que o termo neoconstitucionalismo foi importante, uma vez que inseriu no contexto brasileiro, de modernidade tardia e democracia precoce, o conceito de constitucionalismo compromissório.

Entretanto, tem-se que ele precisa ser superado, pois possui como principal característica a discricionariedade judicial, que conduz à uma supremacia jurisdicional ao invés de consagrar a supremacia constitucional pretendida (TASSINARI, 2012).

As teorias neoconstitucionalistas, portanto, apesar de proporem o novo, nada mais fazem do que “afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, da jurisprudência dos valores”, apostando no protagonismo judicial sem a definição de limites de atuação, de modo que ripristinam o positivismo sem superá-lo (STRECKd, 2014, p. 29).

Por essa razão, a adoção do termo Constitucionalismo Contemporâneo como proposta por Streck (2014d) é preferível, uma vez que não deixa margens para os equívocos do neoconstitucionalismo e se pauta numa teoria que realmente enfrenta o positivismo, especialmente, no que se refere à discricionariedade (MONTEIRO, 2019).

Assim sendo, o Constitucionalismo Contemporâneo ao propor justamente o contrário da metodologia neoconstitucionalista, como ensina Streck (2014d), representa um grande avanço para a Teoria do Direito, propondo a força normativa da Constituição, a redefinição principiológica (princípios são normativos e devem manter a integralidade sistêmica) e a interpretação jurídica conforme a Constituição (estabelecendo limites às discricionariedades e ao ativismo judicial). Em outras palavras, esse Constitucionalismo deverá resultar em um ordenamento jurídico completamente impregnado pelas normas constitucionais, que possui uma Constituição rígida, com garantia jurisdicional preservada e força normativa vinculante, de maneira que a interpretação jurídica e as relações políticas deverão respeitar seus ditames, levando em conta o fato de que suas normas terão aplicação direta. (GUASTINE, 2001).

Além disso, tal Constitucionalismo é, verdadeiramente, pós-positivista, pois objetiva a superação de todos os positivismos (exegético e normativista), contrariamente ao neoconstitucionalismo, que, apesar de também pautar-se como teoria pós-positivista, mantém práticas como a ponderação, que apenas serve de base para discricionariedades desenfreadas e ativismos que se sobrepõem à nossa Constituição, sendo, logo, um retorno ao positivismo normativista (STRECK, 2014d; 2017).

Não obstante a isto, segue-se que a ponderação proposta pelo neoconstitucionalismo é feita com base em espécie de sopesamento principiológico, ou seja, através do confronto de princípios escolhidos pelo juiz conforme a sua consciência, sem a observância de regras mínimas que permeiem ou justifiquem a sua escolha. Desse modo, essa ponderação, apesar de o pretender, está longe de corresponder a proposta da teoria da argumentação de Robert Alexy, aproximando-se mais da antiga Jurisprudência dos Interesses de Philipp Heck (STRECK, 2017).

Com o prejuízo dos reducionismos, eis na ponderação – ou na deturpação da ponderação – o ponto nevrálgico do neoconstitucionalismo, que sustenta a sua equidistância do Constitucionalismo Contemporâneo e significa uma “carta branca” a prática do ativismo judicial, uma vez que não pauta padrões mínimos de controle para o órgão que possui o dever de “conhecer o Direito”, o denominado “guardião da Constituição” (STRECK, 2014d; 2017).

O Constitucionalismo Contemporâneo, portanto, ao não deixar espaço para a prática da ponderação, não admite o ativismo judicial, mas sim, apenas o fenômeno da judicialização da política, que ocorre, de maneira excepcional, na insuficiência dos demais poderes. Tal fenômeno surge como uma consequência do sistema “*Checks and Balances*”, um dos principais elementos da teoria da separação de poderes que o regime democrático brasileiro adota em sua Constituição Federal.

A tese desse Constitucionalismo aumenta o grau de autonomia do Direito e acompanha o giro ontológico-linguístico proposto pela filosofia, no sentido de uma Teoria Hermenêutica que considera como direito fundamental a decisão jurídica em conformidade com a Constituição, que tem como missão fortalecer materialmente os limites entre direito, política e moral (STRECK, 2014d; 2017).

3. Ativismo judicial e judicialização da política: conceituações pertinentes

Apesar de tanto a Judicialização da Política quanto o Ativismo Judicial terem um ponto de partida em comum, qual seja, o aumento da atividade judicial suscitado a partir da promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, segue-se que uma coisa não deve conduzir a outra, sob pena de enfraquecimento do sistema democrático de direito existente no Brasil.

A princípio, judicialização, composto pela junção do verbo “judicializar” com o sufixo nominalizador “ção”, designa o resultado da submissão de demandas à apreciação judicial. Trata-se de um fenômeno inexorável e contingencial, pois decorre de condições sócio-políticas, bem como consiste na convocação do Judiciário na deficiência dos demais poderes. Dentre os fatores políticos e sociais determinantes estão o aumento da litigiosidade; a compreensão do surgimento da noção de sociedade de massa; a crise da democracia e, conseqüentemente, da representatividade política; e democratização do acesso à justiça, que facilitou a tutela jurisdicional para a concretização de direitos (TASSINARI, 2013).

Especificamente no caso da judicialização das políticas públicas, trata-se do fenômeno decorrente do aumento de demandas no Judiciário que deveriam ser tratadas pelo Executivo, especificamente com a criação e efetividade de políticas públicas. Nesse sentido Caldeira (2013, p. 199) esclarece que é “o fenômeno de carrear decisões atinentes a políticas públicas de grande

repercussão para a esfera jurídica” em decorrência da garantia constitucional de acesso à justiça contida no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Além disso, a dimensão do fenômeno, seu aumento ou diminuição, não depende do desejo do órgão julgador, pois decorre de fatores alheios à jurisdição. Nesse sentido Tassinari (2013, p. 456):

É possível perceber, portanto, que a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa).

Quanto ao Ativismo Judicial este não pode ser definido como “um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e seu alcance” ou, ainda, como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”, conforme requer Luís Roberto Barroso (TASSINARI, 2013). Isto porque tais definições, ao se mostrarem muito mais próximas do conceito de Judicialização da Política, pressupõem que o Ativismo Judicial é um fenômeno necessário para a concretização de direitos previstos constitucionalmente, conduzindo, portanto, a um grave equívoco (TASSINARI, 2013).

Constitui-se, assim, uma ameaça ao Estado Democrático de Direito considerar o Ativismo Judicial como uma decorrência natural do aumento da judicialização, tendo em vista que ele rompe com o sistema de separação de poderes e representa uma sobreposição das disposições constantes na Constituição Brasileira. Sobre isso, conforme ensina Streck, não podem existir bons e maus ativismos em terras de *civil law*, de maneira que considerar o fenômeno como uma característica da própria jurisdição é uma tendência norte-americana errônea (STRECK, 2013).

No Brasil, passou-se a falar em Ativismo, sobretudo, a partir da instituição do nosso modelo de controle de constitucionalidade através da Emenda Constitucional nº 16/65, que prevê a possibilidade de revisão judicial dos atos dos demais Poderes. Além disso, outro fator importante foi a ampliação do papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal.

Uma necessária e correta definição de Ativismo Judicial é aquela estabelecida pelo Grupo de Pesquisa “Novas Perspectivas na Jurisdição Constitucional”, que o coloca como um “processo político-institucional” pelo qual se assume “um modelo de jurisdição constitucional com forte apelo de supremacia”. Nessa perspectiva, seria uma das características principais do

fenômeno a realização de estratégias de reivindicação de competências que sobrepedem ou contrariam aquelas dispostas no texto legal (TASSINARI, 2013).

No mesmo sentido está a definição de Streck, ao dispor que:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...])." (STRECK, 2011, p. 589 apud TASSINARI, 2013, p. 536)

Posto isto, o Ativismo pode, então, ser definido como uma conduta adota pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições, consubstanciada num ato de vontade que foge aos ditames legais. Um juiz é ativista quando usurpa ou ultrapassa as suas competências dispostas constitucionalmente para decidir segundo argumentos de política, moral, ou segundo a sua própria vontade/consciência (STRECK, 2017).

Ademais, tais defesas de mérito do ativismo, na maioria das vezes, são contrárias as disposições constitucionais, sendo que não faz o menor sentido, principalmente no que tange aos argumentos de política, que o juiz contrarie o diploma supremo do nosso ordenamento jurídico, que já é, por si só, verdadeira Carta Política consagradora de direitos.

O autor Luís Fernando de França Romão (2017, p. 111-112), segundo avaliações feitas pelos professores americanos Frank B. Cross e Stefanie A. Lindquist sobre o Ativismo Judicial, desenvolve o seguinte:

[...] seis categorias de análises de decisões ativistas: 1) o grau das políticas adotadas através de processos democráticos; 2) o grau em que as decisões judiciais anteriores, doutrinas ou interpretações são alteradas; 3) o grau em que as disposições constitucionais são interpretadas contrariamente à sua literalidade ou intenção original; 4) o grau em que decisões judiciais fazem política substantiva ao invés de preservarem os processos democráticos; 5) o grau em que o Judiciário elimina os critérios dos outros atores governamentais e faz política; 6) o grau em que decisões judiciais impedem uma reflexão séria sobre problemas governamentais por outros atores políticos."

Dessa forma, se considerarmos o fato de que uma das principais causas do Ativismo Judicial no Brasil é a suposta inércia do Poder Legislativo quanto a edição de leis e promoção de políticas públicas, é possível observar que as decisões ativistas do nosso país cumprem com, no mínimo, três das características supramencionadas, pois: fazem política substantiva, eliminam os critérios dos outros Poderes ao fazer política e impedem que haja uma reflexão sobre as causas da inércia do Poder Legislativo.

4. Impactos práticos

Um exemplo recorrente de judicialização é o de judicialização da saúde, haja vista o grande número de demandas por fornecimento de medicamentos, realização de procedimentos cirúrgicos, entre outras. No que tange ao direito à saúde, além da garantia constitucional do direito social à saúde, há previsão expressa do modo de concretizá-lo: através de políticas públicas pautadas na universalidade e igualdade do acesso às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, conforme art. 196 da CF/88. Ademais o art. 2º da Lei nº 8.080 que cria o Sistema Único de Saúde (SUS) reitera o compromisso estatal de modo afirmando que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

A judicialização da saúde ocorre quando o cidadão não tem suas necessidades em saúde atendida pelas ações do Executivo e amparado pelo texto constitucional busca solução no judiciário. Como visto, a judicialização é um fato, é a constatação de que essas demandas foram levadas ao judiciário buscando a concretização do direito. Porém, para que uma decisão judicial diante da judicialização não seja ativista é primordial observarmos uma teoria da decisão que não dê margem à discricionariedades. Daí o complemento do raciocínio a partir da Crítica Hermenêutica do Direito (indicada anteriormente), combinada com um Constitucionalismo Contemporâneo verdadeiramente pós-positivista.

Explico, embora sejam fenômenos distintos, é possível ocorrerem ocasiões em que judicialização e ativismo sejam verificados no mesmo caso. Não deveria, pois, como expomos o ativismo é prejudicial à democracia. Mas, se um juiz quando na apreciação de uma demanda que verse sobre direito à saúde não observar limites constitucionais e decidir contra a coerência e integridade do sistema jurídico estaremos diante de uma decisão ativista, ou seja, após judicialização da demanda a decisão judicial pode ser ativista ou não ativista, ser constitucionalmente adequada ou não.

Portanto, não é por constatar que diante da inércia do Executivo uma demanda de saúde chegou ao Judiciário, havendo assim judicialização, que estará eliminada a possibilidade de haver uma atuação ativista naquele caso. Para averiguar se além da judicialização, houve ativismo é preciso analisar a decisão judicial, sua fundamentação. Streck (2018) sugere três perguntas para

verificar se houve ativismo: se o que se pleiteia é um direito ou dever fundamental exigível subjetivamente, se qualquer cidadão na mesma situação poderia exercer tal direito e se é possível transferir recursos de quem não optou por isso para fazer a felicidade de quem está demandando sem ferir a isonomia e a igualdade. Caso a resposta a qualquer dessas perguntas seja “não”, uma decisão que defira o pedido será ativista (STRECK, 2018c).

Desse modo, a transformação da judicialização num ativismo judicial ocorre pela ausência de um controle hermenêutico das decisões judiciais. Para obter a resposta constitucionalmente adequada, que mantenha a coerência e integridade do sistema jurídico é necessário respeito ao “direito fundamental do cidadão de receber a mesma resposta jurisdicional do Estado-juiz concedida a outros, na mesma situação, em que outros tenham demandado anteriormente o Judiciário” (STRECK, 2014d; CALDEIRA, 2013).

Para demonstrar a judicialização podemos citar alguns casos que tramitam no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como o APL 0057071-55.2014.8.19.0004 (TJRJ, 2019a) no qual a parte autora pleiteava do município o fornecimento de medicamento específico para tratamento de sua patologia, doença renal crônica em estágio avançado, uma vez que a mesma não respondia aos medicamentos convencionais fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, o AI 0001787-98.2019.8.19.0000 (TJRJ, 2019b) onde a autora que com baixo nível de plaquetas, havendo risco de hemorragia e morte necessitava receber medicamento não previsto nos protocolos do Ministério da Saúde para aumento do número de plaquetas, ou ainda o AI 0028244-70.2019.8.19.0000 (TJRJ, 2019c) em que a autora buscava a realização de procedimento cirúrgico com indicação de urgência na coluna lombar após cinco anos aguardando que o procedimento fosse agendado pela rede pública de saúde, havendo grave risco de perda dos movimentos e possibilidade dano irreparável ou de difícil reparação.

Os três casos citados são exemplos de judicialização, pois uma vez que as partes autoras não tiveram suas necessidades para promoção ou manutenção da saúde atendidas por políticas públicas, levaram suas demandas ao Judiciário.

Reiteramos, por fim, que a judicialização se caracteriza simplesmente submissão de demandas que versem sobre saúde, como fornecimento de medicamentos ou realização de procedimentos cirúrgicos, ao Judiciário, ante a inércia ou inefetividade das políticas do Executivo. Na judicialização não está em voga o mérito ou a fundamentação da decisão judicial, se a decisão pelo deferimento ou indeferimento do pedido é constitucionalmente adequada, análise que será essencial para definir se houve ativismo.

Para melhor ilustrar a questão do Ativismo Judicial na prática, faz-se mister ressaltar como exemplo clássico o polêmico julgamento sobre a possibilidade de prisão penal após segunda instância – a chamada execução antecipada da pena -, que foi objeto do julgamento do *Habeas Corpus* 152.752 e

das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, recentemente retiradas de pauta pelo Supremo Tribunal Federal. Isto porquê houve o famoso “malabarismo de competência” típico das posturas ativistas, uma vez que o Supremo negou-se a analisar primeiramente as referidas ações – que possuíam caráter geral e, portanto, se aplicavam a todos os presos de maneira indistinta – para julgar o HC 152.752, que versava sobre a mesma matéria e tratava sobre apenas um caso específico, desrespeitando, assim, regra de ordem procedimental no sentido de que a análise de processo em controle concentrado de constitucionalidade sempre deve preceder o julgamento de processos de índole subjetiva que a Corte seja chamada a analisar (YAROCHEWSKY, 2018).

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade citadas foram propostas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados (OAB), que postulam pela declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, conforme redação dada pela Lei nº 12.403/2011, que concretiza ditames constitucionais ao estabelecer que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Não obstante a inversão da ordem de julgamento segundo o que Ministro Marco Aurélio de Mello denominou de “estratégia” da Suprema Corte, o julgamento do HC 152.752 ainda foi no sentido de autorizar a prisão logo após a segunda instância, em contrariedade não só ao aludido art.283, do CPP, mas também a própria Constituição Federal, que garante em seu art.5º, incisos LVII e LXI, respectivamente, que “ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (YAROCHEWSKY, 2018).

Nesse sentido, apesar de o próprio texto constitucional e, mesmo o diploma penal, defenderem a impossibilidade da execução antecipada da pena fora das hipóteses de prisão cautelar, segue-se que o STF insistiu – e ainda insiste - em posicionar-se contrariamente ao diploma supremo, em nome de argumentos, tais como: i) ser a presunção de inocência constitucional apenas relativa; ii) ocorrer o trânsito em julgado da facticidade logo após a segunda instância; e iii) ter a Suprema Corte o dever de “atender ao clamor das ruas” (STRECK, 2018a).

Ou seja, o Supremo, para fundamentar a sua decisão nesse caso, relativizou um princípio garantista disposto constitucionalmente, esqueceu-se da

já superada discussão de que todo direito consubstancia um fato e de que não existe consideração de fato e direito como duas coisas estanques e, o mais grave de tudo, julgou o caso conforme uma “tese moral”, e não, jurídica, como deve ser. Posto isto, resta evidente que no mencionado caso o Supremo se utilizou do argumento moral de combate à impunidade, sob a justificativa de satisfazer a vontade de uma “suposta maioria” e em contrariedade a sua função constitucional de instância contramajoritária (STRECK, 2018a).

Por fim, conforme a análise dos casos supramencionados sobre Judicialização da Política e Ativismo Judicial, é possível perceber que tais fenômenos possuem distintas conotações, de maneira que, na prática, considerando as causas e consequências de cada um, não há espaço para a confusão de conceitos.

5. Conclusão

O presente trabalho buscou conceituar os fenômenos da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial e, concomitantemente, traçar a necessária diferenciação entre estes, no sentido de que os equívocos conceituais acarretam na confusão entre os fenômenos e acabam por conduzir a errônea naturalização das posturas ativistas como uma característica própria da jurisdição brasileira.

Assim, a partir dos aportes do Constitucionalismo Contemporâneo e da Crítica Hermenêutica do Direito, buscou-se demonstrar as consequências da adoção de uma Constituição Dirigente e a importância da superação do denominado Neoconstitucionalismo, uma vez que este, ao deixar espaço para a prática de discricionariedades e decisionismos por parte do judiciário, traz como principal característica o Ativismo Judicial.

Por todo o exposto, espera-se que a discussão desenvolvida tenha situado o leitor para o fato de que a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial não são fenômenos “da mesma família”, pois, enquanto o primeiro possui um aspecto sociológico e é de caráter contingencial, o segundo é um problema essencialmente jurídico e está ligado a posturas interpretativas do Judiciário, rompendo com o sistema de separação de poderes brasileiro e causando um enfraquecimento de ordem democrática.

Referências

CALDEIRA, Ana Paula Canoza. **O direito à saúde e sua "curiosa" efetividade em Terrae Brasilis: do desafio da realização da boa governança excessiva judicialização**. Tese (Dissertação). Unisinos. Programa de Pós Graduação em Direito. Sao Leopoldo, RS, 2013.

GUASTINI, Riccardo. **La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Estudios de teoría constitucional**. México D.F.: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. **Neoconstitucionalismo(s) e constitucionalismo contemporâneo**. Revista Consultor Jurídico. Publicado em 8 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-08/diario-classe-neoconstitucionalismos-constitucionalismo-contemporaneo>>. Acesso em: 22 ago. 2019

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Universidad Nacional Autónoma de México - Editorial Trotta, 2009, p.187-210.

ROMÃO, Luis Fernando de França. **A politização do poder judiciário e as causas do ativismo judicial**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

STRECK, Lenio Luiz, **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2014a.

_____, **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. RT, 2014b.

_____, **Verdade e Consenso**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014c.

_____, **O que é isto: o Constitucionalismo Contemporâneo?**. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional. v. 1. 02. 2014d.

_____, **Verdade e Consenso**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____, **Decisão de segundo grau esgota questão de fato? Será que no Botão é assim?**. Revista Consultor Jurídico. Publicado em 22 de março de 2018. 2018a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/senso-incomum-segundo-grau-esgota-questao-fato-butao-assim>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

_____, **E se a opinião pública fosse contra a prisão após segunda instância?** Revista Consultor Jurídico. Publicado em 8 de março de 2018. 2018b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/senso-incomum-opiniao-publica-fosse-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

_____, **Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão.**

Revista Consultor Jurídico. Publicado em 27 de outubro de 2018c. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-27/observatorio-constitucional-homeschooling-tres-perguntas-fundamentais-teoria-decisao?imprimir=1>>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____, **O ativismo judicial existe ou é a imaginação de alguns?** Revista Consultor

Jurídico. Publicado em 13 de junho de 2013. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em: 5 set. 2019.

TASSINARI, CLARISSA. **Jurisdição E Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário.**

Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle. 2012.

TJRJ. **Apelação Cível nº 0057071-55.2014.8.19.0004.** Vigésima Terceira Câmara Cível.

Relatora: Des. Sonia de Fatima Dias. Data de Julgamento: 26/06/2019. JusBrasil, 2019a. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729471010/apelacao-apl-570715520148190004/inteiro-teor-729471020?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 set. 2019.

TJRJ. **Agravo de Instrumento nº 0001787-98.2019.8.19.0000.** Décima Segunda Câmara

Cível. Relator: Des. Cherunin Schawartz. Data de Julgamento: 11/06/2019. JusBrasil, 2019b. Disponível em: <tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/737759885/agravo-de-instrumento-ai-17879820198190000/inteiro-teor-737759900?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 set. 2019.

TJRJ. **Agravo de Instrumento nº 0028244-70.2019.8.19.0000.** Vigésima Terceira Câmara

Cível. Relatora: Des. Sonia de Fatima Dias. Data de julgamento: 17/07/2019. TJRJ, 2019c. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/734296205/agravo-de-instrumento-ai282447020198190000/inteiro-teor-734296224?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 set. 2019.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Precisamos voltar a falar do julgamento das ADCS 43,**

44 e 54*. Empório do Direito. Publicado em 29 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/precisamos-voltar-a-falar-do-julgamento-das-adcs-43-44-e-54>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

A Defensoria Pública da União (DPU) e o acesso à justiça: uma breve análise dos programas e das ações da DPU na mesorregião Sul Fluminense

The Defensoria Pública da União (DPU) and access to justice: a brief analysis of DPU programs and actions in mesoregion Sul Fluminense

Gabriela Rangel Bondezan¹
Matheus Vidal Gomes Monteiro²

Resumo

Propõe-se a observar a influência das ondas renovatórias do acesso à justiça, estudadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando a importante atuação da Defensoria Pública da União (DPU) como garantidora desse direito na Mesorregião Sul Fluminense. Com metodologia histórico-dedutiva, será analisada as ações e programas exercidos pelo órgão a fim de assistir judicialmente a população hipossuficiente.

Palavras-chave:

Acesso à Justiça; Mesorregião Sul Fluminense; Defensoria Pública da União; Ações; Programas; Assistência Judiciária; Hipossuficiente.

1. Introdução

A composição de uma sociedade igualitária prevista pela nossa Constituição Cidadã possui diversos empates práticos. Nesse panorama, o exercício da cidadania efetivado pelo acesso à justiça consiste num dos principais. Essa acessibilidade judicial, notada internacionalmente pela obra *Acesso à Justiça* de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, inicialmente publicada no ano de 1978, transcende o ajuizamento de uma ação. O conhecimento pelos indivíduos hipossuficientes de seu direito de ação, assim como a disposição de

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) em Volta Redonda-RJ. Artigo elaborado como fruto do desenvolvimento de Projeto de Pesquisa financiado pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica fomentado pela UFF, vigência 2019/2020. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/8446385357863763>. E-mail: gabrielabondezan@id.uff.br.

² Doutor em Direito. Professor Adjunto do Departamento de Direito (VDI) da Universidade Federal Fluminense (UFF) e líder do Grupo de Estudos sobre Jurisdição, Constituição e Processo. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5258647698639534>. E-mail: matheus.vgm@outlook.com.

meios efetivos para que possa exercê-lo equitativamente aos que pagam pela defesa postulatória, promove o desenvolvimento da cidadania e da garantia à plena satisfação dos direitos fundamentais do cidadão.

Assim, a assistência jurídica prestada aos que não podem arcar com as custas processuais impõe uma nova visão de Justiça. E é nesse panorama que, apesar de tantos anos já passados desde este estudo clássico elaborado, que se desenvolve o presente trabalho. Busca, portanto, analisar no presente, a partir de um recorte espacial delimitado, e unindo inicialmente técnicas de pesquisa bibliográfica às pesquisas documentais, com o complemento de um método histórico-dedutivo e exploratório, um dos obstáculos práticos ao desenvolvimento da assistência judiciária gratuita.

Denominada pelos autores Cappelletti e Garth (1988) como a primeira onda renovatória do acesso à justiça, o aparato estatal, ao garantir a isenção econômica do processo, dispõe sobre uma nova realidade do Poder Judiciário, referida pela obra em voga. Realidade esta pautada nos direitos fundamentais, pela oportunidade de representação qualitativa em juízo e pela busca da propagação do conhecimento sobre essa acessibilidade. Deste modo, a atuação de órgãos governamentais para o acesso à justiça é de suma importância a fim de suprir o déficit de representação postulatória em juízo na sociedade.

Nesse ínterim, a Defensoria Pública da União (DPU) contribui para o desenvolvimento da cidadania dos vulneráveis por meio da assistência jurídica, inclusive por ações e programas itinerantes.

Este trabalho, a partir da metodologia descrita acima, aprofundada, neste momento, com a especificação do recorte espacial na Mesorregião Sul Fluminense, visa analisar precipuamente como a DPU localizada no Município de Volta Redonda contribui para a assistência jurídica gratuita, incluindo diversos municípios vizinhos. Portanto, o levantamento de dados pelos documentos oficiais, disponibilizados pela DPU, como também o paralelo com a obra *Acesso à Justiça* permite observar como a primeira onda influenciou no ordenamento jurídico brasileiro e quais os impactos para essa progressão dos direitos básicos acerca do efetivo acesso à justiça.

2. Mauro Cappelletti e Bryant Garth: de obstáculos às ondas de acesso à justiça

Em um estudo pioneiro sobre a efetivação dos direitos (SADEK, 2014), Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na obra já citada, enfatizaram a necessidade de classificar concretamente o acesso à justiça como o direito humano mais básico não só proclamado, mas com previsão garantista no sistema jurídico moderno e igualitário regido pelo Direito (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Diferentemente da concepção dos séculos XVIII e XIX, em que o direito natural era visto como anterior ao Estado e, por isso, não estaria sob tutela deste, o Estado Social instaurou um conceito coletivo aos direitos humanos, mitigando a visão

individualista típica dos séculos antecedentes. O acesso à justiça possui, então, como uma de suas finalidades primordiais a possibilidade de reivindicação de direitos e a resolução dos litígios sob a guarda estatal (CAPPELLETI; GARTH, 1988).

No entanto, o reconhecimento dos direitos e deveres sociais não afastou as problemáticas para sua efetiva concretização. Tanto o processo quanto o juiz devem aplicar as técnicas processuais nas questões sociais e induzir a solução de conflitos alternativas ao judiciário para que a justiça efetiva possa englobar a todos e, principalmente, aos hipossuficientes (CAPPELLETI; GARTH, 1988). Sendo assim, os autores expõem uma nova abordagem do acesso à justiça efetivo e as visões individualistas tradicionais do Sistema Judiciário. Logo, defendem que esse acesso é o ponto de partida da moderna processualística (CAPPELLETI; GARTH, 1988) e identificam barreiras e soluções, as ditas ondas de acesso à justiça, para que os indivíduos e, essencialmente, os menos favorecidos, tenham o exercício de seus direitos assegurados (SADEK, 2014).

2.1. Os obstáculos encontrados

A concepção do efetivo acesso à justiça pode ser interpretada, de modo absoluto e utópico, pela igualdade de armas (também intitulada paridade de armas, sob uma perspectiva do processo civil) no processo judicial. Isto significa que somente será julgado, perante o juízo, o mérito da demanda em análise, independentemente das diferenças entre as partes antagônicas (CAPPELLETI; GARTH, 1988). Diante dessa utopia jurídica, Cappelletti e Garth analisaram, em sua obra, as barreiras para a concretização do direito de acesso à justiça, entre elas: as custas judiciais (a); a possibilidade das partes (b), considerando-se as vantagens e desvantagens estratégicas, e os problemas especiais dos interesses difusos (CAPPELLETI; GARTH, 1988).

O primeiro obstáculo (a) em questão aborda as dificuldades decorrentes da hipossuficiência para o exercício dos direitos (SADEK, 2014). Ou seja, os altos custos para a resolução formal dos conflitos são configurados como uma barreira para o acesso à justiça. Desde a contratação de advogados, com seus respectivos honorários advocatícios, até o ônus da sucumbência pago pela parte vencida, fica demonstrada a onerosidade do sistema judiciário para uma ou ambas as partes do processo (CAPPELLETI; GARTH, 1988). Soma-se a isso a questão das pequenas causas que, muitas vezes, seus custos superam os benefícios da demanda, ocasionando uma desmotivação pela procura efetiva dos direitos reparatórios nas pequenas lesões (MENDES; SILVA, 2015). O mesmo ocorre com o tempo do processo: a espera de anos por uma decisão judicial, considerando os índices da inflação, aumenta os custos do processo e comina ao abandono da causa pela parte economicamente mais fragilizada ou, até mesmo, forçando-a a anuir com valores inferiores ao que teria direito a receber somente para buscar o encerramento do processo num tempo que lhe é tido como razoável (CAPPELLETI; GARTH, 1988).

Os autores defendem também (b) que as diferenças financeiras entre as partes trazem vantagens para o economicamente favorecido, como o poder de financiar seu litígio e suportar a morosidade judicial (CAPPELLETI; GARTH, 1988). A falta de conhecimento sobre a existência de direito exigível também constitui uma barreira importante para a acessibilidade, assim como a complexidade, formalidade e intimidação trazidas pelos tribunais, advogados e juizes (CAPPELLETI; GARTH, 1988). Outra questão envolvendo as partes é a distinção entre os litigantes habituais e os eventuais, feita pelo professor Marc Galanter (CAPPELLETI; GARTH, 1988). Pois, os litigantes ditos habituais possuem uma frequência maior no sistema judicial, normalmente associados de advogados especializados com estudos estratégicos e acordos preliminares conforme cada caso. Já os litigantes eventuais têm dificuldade até de reconhecer a existência de seu direito, de ajuizar uma ação, contando com um advogado superficial para litigar em qualquer demanda (GALANTER, 1974 apud MENDES; SILVA, 2015).

Em última análise, os interesses difusos (c) trazem sérias complicações para o acesso à justiça na sociedade moderna. O direito ao meio ambiente é um exemplo de interesse difuso trazido pelos autores, consistindo a problemática em ora nenhum cidadão ter a legitimidade para exercer tal direito coletivo, ora o valor da demanda é insuficiente para ajuizar uma ação (CAPPELLETI; GARTH, 1988). Deste modo, portanto, observaram que os obstáculos ao acesso à justiça estão inter-relacionados já que o custo está intimamente ligado à propositura ou não de uma ação judicial, assim como a capacidade jurídica na lide processual atribui vantagens e desvantagens para as partes, priorizando aquelas que podem pagar para se manter na lide (CAPPELLETI; GARTH, 1988).

2.2. Ondas propostas

Em decorrência dos obstáculos identificados, a temática sobre o efetivo acesso à justiça foi amplamente discutida e três possíveis soluções foram apresentadas para essa questão. São as ditas ondas renovatórias do acesso à justiça. A primeira delas é a assistência judiciária, seguida da representação jurídica dos interesses difusos e, por último, a onda chamada de “enfoque de acesso à justiça” (CAPPELLETI; GARTH, 1988).

A assistência judiciária é a primeira onda de acesso à justiça definida por Cappelletti e Garth. O objetivo dessa onda não se esgota em garantir o direito ao cidadão hipossuficiente, mas estende-se para seus meios de execução, podendo ser exemplificado pelo Sistema *Judicare*, pelos advogados remunerados pelos cofres públicos e pelos modelos combinados (CAPPELLETI; GARTH, 1988). O Sistema *Judicare* estabelece o critério normativo como determinante para que a assistência judiciária seja um direito do indivíduo, exercido pelo intermédio de um advogado financiado pelo Estado. No entanto, apesar de os litigantes de baixa renda estarem representativamente equiparados aos demais, o *Judicare* não cessa a ignorância acerca do conhecimento das

causas e da incipiente busca pelo amparo profissional (CAPPELLETI; GARTH, 1988).

Diferentemente do Sistema *Judicare*, outro modelo é o da assistência judiciária por advogados pagos pelos cofres públicos. Isto é, cria-se nas comunidades pobres, escritórios pequenos a fim de facilitar o contato entre o litigante e seu representante postulatório, como também a tentativa de dirimir as barreiras de classe por meio da especialização dos defensores na atuação pelos hipossuficientes (CAPPELLETI; GARTH, 1988). Deste modelo, existe o lado positivo, tal qual a possibilidade de acesso efetivo à justiça representada pelo advogado e a categoria de profissionais para um fim único, e o lado negativo sobre a negligência dos interesses individuais, como o reconhecimento da incapacidade dos possíveis litigantes de perseguirem seus próprios interesses (CAPPELLETI; GARTH, 1988).

Por sua vez, os modelos combinados oferecem a faculdade de auxílio por um advogado público, financiado pelo Estado, ou por advogados particulares. Reconhecendo, assim, as limitações tanto do Sistema *Judicare* quanto dos advogados remunerados pelos cofres públicos, tornando-se complementares no estímulo do acesso à justiça (CAPPELLETI; GARTH, 1988). Havia o entendimento, pois, de que o conhecimento de uma demanda juridicamente exigível, seu ajuizamento e disposição para litigar judicialmente era o suficiente para a acessibilidade judicial (SADEK, 2014). Em contrapartida, Cappelletti e Garth (1988) dispõem sobre a insuficiência da prevalência somente da assistência judiciária na reforma de acesso à justiça, trazendo a sistemática da representação de interesses difusos.

A segunda onda renovatória, denominada de representação dos interesses difusos, fez emergir uma reflexão acerca do processo civil e da função do Judiciário em relação à sociedade (CAPPELLETI; GARTH, 1988). O abandono da visão exclusivamente dual do processo, ou seja, do entendimento da lide restrita entre duas partes, provocou a mudança a respeito de conceitos processuais, como a citação e o direito de ser ouvido. Outrossim, os direitos difusos se apresentam para atuar em benefício da sociedade, não obrigando os indivíduos a serem chamados individualmente ao processo, nem que todos sejam ouvidos em juízo (CAPPELLETI; GARTH, 1988). Desde modo, a segunda onda possuiu como temática principal os direitos supraindividuais (SADEK, 2014), especialmente nas áreas do Direito Ambiental e do Direito do Consumidor (MENDES; SILVA, 2015).

Por fim, a terceira onda renovatória foi denominada de “novo enfoque de acesso à justiça”, sem que abandonasse as demais ondas (CAPPELLETI; GARTH, 1988). Essa denominação expressa a finalidade dessa reforma, ora pela modificação de mecanismos e procedimentos para solucionar uma demanda, ora pela prevenção das disputas (CAPPELLETI; GARTH, 1988). Fez-se necessária a criação de novos tribunais, mudança nos métodos procedimentais para evitar ou facilitar a solução de conflitos de interesses existentes na sociedade

(CAPPELLETI; GARTH, 1988). Assim, essa onda trouxe mudanças substanciais no processo civil, prevendo a utilização de mecanismos extrajudiciais e, até mesmo, utilização de pessoas leigas para auxiliar na composição entre os litigantes (MENDES; SILVA, 2015). Pode-se citar, portanto, meios alternativos ao Poder Judiciário como forma de solução de conflitos, como o juízo arbitral, a conciliação e por incentivos econômicos decorrentes da ausência dos métodos extrajudiciais em questão (CAPPELLETI; GARTH, 1988).

2.3. Considerações sobre a gratuidade de justiça

A primeira onda renovatória do acesso à justiça demonstrou a necessidade de se oferecer serviços jurídicos para os hipossuficientes a fim de que seja garantido esse direito básico (CAPPELLETI; GARTH, 1988). A gratuidade de justiça no Brasil emergiu somente com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em julho de 1934, com a criação de órgãos especiais para assegurar a isenção de taxas, emolumentos e outras custas judiciais, conforme o disposto no art. 133, item 32 da referida Constituição (MORAES, 2009), e, em seguida, com a Lei n° 1.060/1950, na qual houve também a isenção de taxas, despesas e custas processuais aos que necessitassem, mediante mera declaração feita pelo interessado, de acordo, principalmente, com seus artigos 2° ao 5°, 9°, 10 e 13. Atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe sobre a concessão da gratuidade de justiça para os que comprovarem a situação de hipossuficiência de recursos (MENDES; SILVA, 2015), como se pode notar nos artigos 227, VI, e 5°, LXXIV.

A Constituição de 1988 dispõe sobre a assistência jurídica, situação esta substancialmente diversa da assistência judiciária. A assistência jurídica transcende o Poder Judiciário, acompanha o Direito onde ele estiver e não se exaure nas partes, estendendo-se para toda a coletividade (MORAES, 2009). Por outro lado, a assistência judiciária está limitada ao auxílio financeiro em juízo. Deste modo, a assistência jurídica inclui consultas jurídicas, assim como prestações de informações acerca dos direitos do beneficiário, sendo, pois, um arcabouço de atos jurídicos não exauridos pela simples defesa em juízo do assistido (PASSOS, 2019).

Somado ao *status* de garantia constitucional, o acesso à justiça por todos, indistintamente, é uma prerrogativa dos Direitos Humanos, sendo defendido pela Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, em seu art. 8° (HASSE, 2013). Ademais, o novo Código de Processo Civil, Lei n° 13.105/2015, inovou na temática de gratuidade judiciária nos artigos 98 a 102. Tal previsão normativa é uma forma de garantir o direito fundamental de acesso à justiça aos cidadãos, essencialmente aos cidadãos de baixa renda (JÚNIOR, 2016). No entanto, apenas o direito à gratuidade de justiça não é o suficiente, tornando fundamental que o Estado Democrático de Direito promova a inclusão jurídica dos hipossuficientes por meio da Defensoria Pública, imposta pela Emenda Constitucional n° 80, de 2014 (BURGER; KETTERMANN; LIMA, 2015).

3. A Defensoria Pública da União (DPU)

De modo diverso ao estudado por Cappelletti e Garth nas ondas renovatórias de acesso à justiça, nos anos oitenta, o Brasil não tinha como escopo a crise do Estado de bem-estar social como ocorria nos países centrais europeus. A realidade desse momento era a necessidade emergente de expansão dos direitos sociais basilares para a população marginalizada social, econômica e judicialmente (JUNQUEIRA, 1996). Essa impossibilidade de acesso ao Poder Judiciário abala o processo de construção da democracia e os valores republicanos (SADEK, 2014). Logo, a fim de suprir esses déficits, a Defensoria Pública, de um modo geral, se mostra como instituição essencial ao complexo judiciário nacional ao garantir os princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana, a ampla defesa e o contraditório aos assistidos (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2018a).

3.1. Contextualização histórico-normativa

O advento formal da Defensoria Pública da União (DPU) ocorreu com a Constituição Federal de 1988 e somente recebeu regulamentação com a Lei Complementar nº 80 em 1994. Em agosto de 2013, por meio da Emenda Constitucional nº 74, foi dada à DPU a iniciativa de proposta orçamentária, assim como as autonomias administrativa e funcional. Já em junho de 2014, com a Emenda Constitucional nº 80, essa autonomia foi reforçada e instituiu-se um prazo para a expansão dos serviços prestados pela Defensoria Pública ao interior dos Estados (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2018a). O efetivo reconhecimento normativo dos direitos, garantias e mecanismos constitucionais foram de suma importância para a democratização do acesso à justiça (SADEK, 2014).

O artigo 134 da Constituição Federal, bem como o art. 1º da Lei Complementar nº 80/1994, determinam que:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Essa instrumentalização da Defensoria Pública advém da necessidade de efetivar os direitos dos cidadãos (BURGER; KETTERMANN; LIMA, 2015). Dentre seus objetivos, a DPU oferece prestação de serviço de assistência judicial

integral e gratuita em casos envolvendo ações contra entidades públicas federais, atuando em áreas diversas como previdenciário, cível e criminal. Além disso, a instituição exerce função extrajudicial para a resolução de conflitos, com fim de reduzir as demandas no Poder Judiciário, e presta assistência jurídica consultiva e preventiva a fim de minimizar os conflitos interpessoais (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2018a).

3.2. Contextualização tempo-regional

2.1.4 Defensoria Pública da União no âmbito da Mesorregião Sul Fluminense

Com o objetivo de intensificar a assistência judicial integral e gratuita, a interiorização da DPU é um dos grandes desafios do acesso à justiça no âmbito do Poder Judiciário Federal. Diante disso, a DPU abriu em 2011 vinte e três novas unidades no país e, dentre elas, a unidade sediada em Volta Redonda, no Estado do Rio de Janeiro (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2010). Instalada no final de 2010, a instituição iniciou os atendimentos no início de 2011 (FOCO REGIONAL, 2019) e, desde sua instalação até dezembro de 2018, a DPU atendeu 58.197 pessoas, conforme demonstra as tabelas disponíveis no site oficial da instituição (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2019). Logo, a disposição do auxílio judiciário à população da Mesorregião Sul Fluminense é incipiente e ainda enfrenta muitos desafios.

Esse recorte espacial específico é composto pela Região do Médio Paraíba e pela Região da Costa Verde. A cidade de Volta Redonda, assim como Barra do Piraí, Barra Mansa, Itatiaia, Pinheiral, Piraí, Porto Real, Quatis, Resende, Rio Claro, Rio das Flores e Valença pertencem àquela (SEBRAE, 2015), já Angra dos Reis, Mangaratiba e Paraty, a esta (SEBRAE, 2016). Assim sendo, a Mesorregião Sul Fluminense possui um total aproximado de 1.150.000 (um milhão cento e cinquenta mil) habitantes, distribuídos em um pouco mais de 8.000 km² (oito mil quilômetros quadrados) (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018a; 2018b). Registre-se, também, que num contingente de duas regiões para a assistência por somente três defensores (EXTRA, 2019) dificulta a efetividade do acesso ao Poder Judiciário, como também a solução extrajudicial de conflitos dos cidadãos hipossuficientes.

4. Projetos da Defensoria Pública da União no Órgão de atuação em Volta Redonda

O compromisso com a interiorização dos serviços de assistência jurídica prestados pela DPU resulta em ações itinerantes em localidades distantes das sedes dessas instituições. Deste modo, o Defensor Público Federal e sua estrutura de apoio se deslocam para as cidades interioranas para efetivação do acesso à justiça dos cidadãos por meio de uma assistência jurídica integral e gratuita. Cumulados os quantitativos de 2014 e 2015, a DPU atendeu

3.903 pessoas e, em 2016, o total foi de 7.709 pessoas atendidas. O crescente número de ações e atendimentos, por conseguinte, expressa a importância e a necessidade de atuação do órgão público (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2018a).

Na Mesorregião Sul Fluminense, a ação itinerante denominada “A Defensoria vai aonde o povo pobre está”, coordenada pelo Defensor Público Federal Cláudio Luiz dos Santos, advém do Núcleo da DPU em Volta Redonda (RJ) e está em atividade desde 2016. Seu enfoque é a educação sobre direitos humanos e acesso à justiça dos habitantes economicamente vulneráveis, assim como a melhor compreensão dos problemas locais à luz, preferencialmente, da via extrajudicial (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2018b). Inseridos nesse programa regional, diversos grupos de trabalho, regulamentados pela Portaria nº 200, de março de 2018, desempenham papéis fundamentais para a assistência de grupos sociais específicos, visando o desenvolvimento da cidadania e da justiça (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2018a) em cidades como Valença, Rio Claro, Quatis, Mangaratiba, Paraty, Angra dos Reis, Barra Mansa e Resende (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2018b).

Os grupos de trabalho (GTs) englobados por esse projeto institucional são, entre outros, dos de Catadores e Catadoras de material reciclável, Comunidades Tradicionais, Comunidades Indígenas e pessoas em situação de rua (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2018b) fomentados pela criação de um canal efetivo de comunicação entre as lideranças das comunidades e a DPU. Tal comunicação direta é chamada de “ponte de acesso à justiça” e tem como objetivo transformar a inércia da instituição em uma busca ativa pelos problemas enfrentados pelos denominados “grupos vulneráveis”, permitindo atendimento excepcional até mesmo junto a outros órgãos como o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). A característica itinerante do projeto abrange também benefícios econômicos pois, a abrangência dos serviços prestados aos assistidos só seria possível mediante a instalação de ao menos três novas unidades da DPU, com custo médio de manutenção anual estimado em R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) (INSTITUTO INNOVARE, 2018).

Em 2016, a DPU de Volta Redonda atuou no distrito de Bulhões, em Resende, na inspeção das condições dos trabalhadores no Lixão de Resende. (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2016). O catador de materiais recicláveis e reutilizáveis, carentes de garantias trabalhistas e de salubridade no ambiente de trabalho, é assistido em defesa da sua inclusão social e emancipação econômica (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2018a). Para essa inspeção, o Defensor Público Federal, Cláudio Luiz dos Santos, se reuniu com o representante do Movimento Nacional de Catadores, Euvaldo Luiz Santana, e constataram ausência de transporte, falta de compromisso municipal referente aos direitos trabalhistas e estrutura insalubre no aterro sanitário (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2016).

Em 2017, as ações contemplaram outros grupos sociais. Em maio desse ano, a DPU realizou atendimento à comunidade Caiçara Paraty-Mirim, no Município de Paraty (RJ) para tratar de questões referentes à regularização fundiária das terras locais e problemas envolvendo o fornecimento de energia elétrica aos moradores (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2017a). Já em junho, do mesmo ano, em Valença, a DPU realizou a ação itinerante no Quilombo de São José da Serra. A assistência a essa comunidade se deu a partir da discussão sobre a temática da agricultura no quilombo e a discussão sobre intervenção ambiental na área pelo Instituto Estadual do Ambiente. Por fim, além de orientações jurídicas variadas, a DPU realizou Assistências Jurídicas e auxílio em declarações para os membros pleitearem os benefícios da aposentadoria rural (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2017b).

Portanto, tais ações são exemplos da atuação efetiva da DPU para a disseminação de ensino sobre direitos fundamentais e o acesso à justiça para a população marginalizada.

5. Considerações finais

As reflexões trazidas pelas ondas renovatórias de acesso à justiça tiveram seus frutos no ordenamento jurídico brasileiro. A assistência jurídica gratuita está disposta na Constituição Federal de 1988, na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica e no Código de Processo Civil, reformulado em 2015.

O suporte para garantir o efetivo acesso à justiça transpassa o auxílio somente durante o processo judicial e implementa o suporte aos cidadãos em todas as fases, sejam elas processuais ou, até mesmo, extrajudiciais, e a propagação do conhecimento sobre seus direitos e suas demandas juridicamente exigíveis. A Defensoria surge, pois, como instrumento para viabilizar a ampliação e efetivação dessa garantia constitucional.

A abrangência da Defensoria Pública da União (DPU), na Mesorregião Sul Fluminense, corresponde a 15 (quinze) municípios, totalizando cerca de 1.150.000 (um milhão cento e cinquenta mil habitantes). A existência de somente uma sede, situada em Volta Redonda, é um óbice para o exercício dos direitos dos cidadãos e, pensando nisso, a DPU inovou com os programas itinerantes. O atendimento realizado fora do espaço físico do órgão aproxima as pessoas do conhecimento de suas demandas jurídicas e possibilita a participação e inclusão de grupos considerados vulneráveis como os de catadores de materiais recicláveis, quilombos e comunidades tradicionais.

O programa “A Defensoria Vai Aonde o Povo Pobre Está” repercute, assim, nesse sentido. A prestação de assistência jurídica, por meio de três defensores, aparenta-se quantitativamente precária em relação à demanda exigida por essa população. Anteriormente, muitos conflitos envolvendo cidadãos hipossuficientes nem chegavam a ser propostos perante o Poder

Judiciário, e, através da atuação da DPU de Volta Redonda, esse cenário tem se alterado e o acesso à justiça vem instalando nas regiões mais distantes.

Nesse sentido, pode-se concluir que esses programas itinerantes possibilitam a disseminação de informações sobre direitos fundamentais, assim como o auxílio jurídico aos assistidos em situações vulneráveis, garantindo, desta forma, o exercício da cidadania e o acesso à justiça. Embora incipiente e ainda deficiente sob alguns aspectos, a atuação da DPU na Mesorregião Sul Fluminense é o início dos reflexos práticos que Cappelletti e Garth demonstraram. O acesso à justiça, conforme os referidos autores, não é uma reforma imediata. A paulatina mudança da visão social, do processo e até dos juizes (e sujeitos processuais como um todo) promove o crescimento e a força de se garantir o efetivo acesso à justiça a todos, indiscriminadamente.

Referências

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. **Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências**. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Portaria GABDPGF DPGU Nº 200, de 12 de março de 2018. **Regulamenta a atividade dos Grupos de Trabalho na Defensoria Pública da União e revoga as Portaria nº 501, de 1 de outubro de 2015, e nº 82, de 03 de fevereiro de 2018, por meio das quais regulamentou as atividades dos Grupos de Trabalho vinculados à Defensoria Pública da União, destinados à atenção especial a pessoas em situação de vulnerabilidade**. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/images/stories/Infoleg/2018/03/13/PORTARIA_200.pdf>. Acesso em: 18 set. 2019

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 74, de 6 de agosto de 2013. **Altera o art. 134 da Constituição Federal**. Brasília, 2013. Disponível em: <

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc74.htm. Acesso em: 07 out 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Brasília, 2014.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm>. Acesso em: 07 out 2019.

BURGER, Adriana F.; KETTERMANN, Patrícia; LIMA, Sérgio S. P. (Org.). **Defensoria Pública: O reconhecimento constitucional de uma metagarantia.** Brasília: Associação Nacional dos Defensores Públicos. 2015. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/AF_E-book_Metagarantia.pdf>. Acesso em: 07 out 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

Convenção Americana de Direitos Humanos. 21 novembro 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 18 set. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da Defensoria Pública da União.** Assessoria de Planejamento, Estratégia e Modernização. – 3ª edição – Brasília: DPU, 2018a. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Panorama_Atuaacao_mapa_DPU.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Atuação da DPU em Volta Redonda (RJ) alcança toda a região sul-fluminense.** 2018b. Disponível em: <<https://www.dpu.def.br/noticias-rio-de-janeiro-slideshow/42080-atuacao-da-dpu-em-volta-redonda-rj-alcanca-toda-a-regiao-sul-fluminense>>. Acesso em: 18 set. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **DPU em Volta Redonda realiza ação itinerante em comunidade caiçara de Paraty.** 2017a. Disponível em: <<https://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/458934408/dpu-em-volta-redonda-realiza-acao-itinerante-em-comunidade-caicara-de-paraty>>. Acesso em: 19 set. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **DPU em Volta Redonda visita Lixão de Resende e cooperativas de catadores.** 2016. Disponível em: <<https://dpu.def.br/noticias-rio-de-janeiro-slideshow/32551-dpu-em-volta-redonda-visita-lixao-de-resende-e-cooperativas-de-catadores>>. Acesso em: 18 set. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Entrevista: DPGF fala sobre o processo de interiorização.** 2010. Disponível em:

<<https://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/2521210/entrevista-dpgf-fala-sobre-o-processo-de-interiorizacao>>. Acesso em: 18 set. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Quilombo de São José da Serra recebe itinerante da DPU de Volta Redonda**. 2017b. Disponível em: <<https://dpu.def.br/noticias-rio-de-janeiro-slideshow/37783-quilombo-de-sao-jose-da-serra-recebe-itinerante-da-dpu-de-volta-redonda>>. Acesso em: 19 set. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Atendimento da DPU**. 2019. Disponível em: <<https://www.dpu.def.br/transparencia/atendimento-da-dpu>>. Acesso em: 18 set. 2019.

EXTRA. **Três unidades da Defensoria Pública da União no Rio podem fechar com a devolução de servidores**. 2019. Disponível em: <<https://extra.globo.com/emprego/servidor-publico/tres-unidades-da-defensoria-publica-da-uniao-no-rio-podem-fechar-com-devolucao-de-servidores-23797484.html>>. Acesso em: 18 set. 2019.

FOCO REGIONAL. **Defensoria Pública de VR corre risco de fechar**. 2019. Disponível em: <<http://focoregional.com.br/Noticia/defensoria-publica-da-uniao-de-vr-corre-risco>>. Acesso em: 18 set. 2019.

GALANTER, Marc. **“Why the ‘Haves’ Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change.”** *Law & Society Review*, vol. 9, no. 1, 1974, pp. 95–160. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3053023>. Acesso em: 11 out. 2019.

HASSE, Djonatan. **Garantia constitucional do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional**. 2013. Disponível em: <<https://djonatanh01.jusbrasil.com.br/artigos/111943370/garantia-constitucional-do-acesso-a-justica-e-a-efetividade-da-tutela-jurisdicional>>. Acesso em: 18 set. 2019.

INSTITUTO INNOVARE. **A Defensoria Vai Aonde o Povo Pobre Está**. 2018. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/praticas/9703>>. Acesso em: 18 set. 2019.

JÚNIOR, Francisco Romero. **O Direito Fundamental de Acesso à Justiça e Gratuidade Judiciária sob a Ótica do Novo Código de Processo Civil**. 2016. Disponível em: <<https://romeroadvogado.jusbrasil.com.br/artigos/349136822/o-direito-fundamental-de-acesso-a-justica-e-gratuidade-judiciaria-sob-a-otica-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 18 set. 2019.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo**. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 389-402, dez. 1996. ISSN 2178-1494. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

MENDES, Aluisio Gonçalves De Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Acesso à Justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil**,

após 40 anos. Revista Quaestio Iuris. Rio de Janeiro. vol. 08, nº. 03, Rio de Janeiro, 2015. pp. 1827-1858 DOI: 10.12957/rqi.2015.18818. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19385/14138>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

MORAES, Ana Carvalho Ferreira Bueno de, **A Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça.** Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8670>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

PASSOS, Danielle de Paula Maciel dos. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita: evolução histórica, distinções e beneficiários.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 out 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33012/assistencia-juridica-assistencia-judiciaria-e-justica-gratuita-evolucao-historica-distincoes-e-beneficiarios>>. Acesso em: 07 out 2019.

SADEK, M. T. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos.** Revista USP, n. 101, p. 55-66, 30 maio 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814/90736>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

SEBRAE. **Painel Regional: Costa Verde.** Observatório Seabrae – RJ: Os pequenos negócios em foco. Rio de Janeiro: 2016. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/rj/institucional/observatorio-paineis-regionais,02a15c50047f3510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 18 set. 2019.

SEBRAE. **Painel Regional: Médio Paraíba.** Observatório Seabrae – RJ: Os pequenos negócios em foco. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/rj/institucional/observatorio-paineis-regionais,02a15c50047f3510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 18 set. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Estudos Socioeconômicos: Municípios do Estado do Rio de Janeiro – Angra dos Reis.** 2018a. Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/web/guest/estudos-socioeconomicos1?p_auth=hlZ5slcd&p_p_id=estudosocioeconomicomunicipios_WAR_tcerjestudosocioeconomicomunicipiosportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=2&_estudosocioeconomicomunicipios_WAR_tcerjestudosocioeconomicomunicipiosportlet_doSearch=doSearch&_estudosocioeconomicomunicipios_WAR_tcerjestudosocioeconomicomunicipiosportlet_javax.portlet.action=doSearch>. Acesso em: 18 set. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Estudos Socioeconômicos: Municípios do Estado do Rio de Janeiro – Volta Redonda.** 2018b. Disponível em: <

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

socioeconomicos1?p_auth=hlZ5slcd&p_p_id=estudosocioeconomicomunicipios_WAR_tcerjstudiosocioeconomicomunicipiosportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=2&_estudosocioeconomicomunicipios_WAR_tcerjstudiosocioeconomicomunicipiosportlet_doSearch=doSearch&_estudosocioeconomicomunicipios_WAR_tcerjstudiosocioeconomicomunicipiosportlet_javax.portlet.action=doSearch>. Acesso em: 18 set. 2019.

Compliance e sua aplicação às médias, pequenas e microempresas

Compliance and its application to the medium-sized, small and micro-enterprises

Ariadne Yurkin Scandiuzzi¹

Lucas Gamaliel Fernandes Machado²

Resumo

O presente artigo científico tem a prerrogativa de indagar a aplicação do programa de *compliance* junto às médias, pequenas e microempresas, observando o seu conceito e legislação pertinente. Trata-se de uma análise crítica do programa de *compliance* com fulcro na anticorrupção e sua timidez, e ou mesmo sua omissão junto àqueles que exercem atividade de empresa de forma diminuta, atentando-se ao seu custo e performance ante o cenário nacional.

Palavras-chave:

Compliance. Governança Corporativa. Direito Empresarial. Anticorrupção.

1. Introdução

O presente artigo científico visa contemplar e discorrer sobre as dificuldades do instituto do *compliance* e sua aplicação às médias, pequenas e microempresas, eis que hodiernamente o sistema econômico, social e principalmente corporativo estão em evolução, visto que nos primórdios dos tempos, as fases das corporações de ofício e as fases da teoria dos atos de comércio, cuja aplicação era restrita à aqueles que praticavam os atos estabelecidos em lei como do comércio e mediante registro no órgão competente, deram resultado à teoria da empresa, com aplicação mais ampla e estabelecendo como requisitos para a caracterização da atividade empresarial os denominados elementos da empresa.

No âmbito empresarial especificamente com relação aos elementos supra mencionados, a filosofia do negócio e administração já não considera somente o *animus lucrandi*, vantagens e operações comerciais, que embora sejam de suma importância, contudo, sem a consciência da função social da

1 Doutoranda em Empresa e Tributação, Mestre em Direito Tributário, Advogada e Professora Universitária dos Curso de Graduação em Direito junto ao UniFoa e UGB.

2 Discente do 10º período do curso de Direito do Centro Universitário Geraldo di Biase, Campis Volta Redonda – RJ

empresa, não conseguem expandir seus efeitos virtuosos à sociedade e contribuir para o progresso nacional

Nesta toada, destacar a importância de o que é o *compliance* e como ele é relevante para a conceituação da ética, responsabilidade social empresarial e anticorrupção é fundamental.

Torna-se, portanto, impossível discernir sua competência e destarte, incidência sobre os que exercem atividade de empresa de forma diminuta, sem antes trazer à luz a sua gênese dentro do ordenamento jurídico brasileiro, fonte e assim, sua relação com variadas áreas, salientando o direito empresarial.

Assim sendo, a corrupção, naturalmente antagônica à ética, faz-se presente nas relações humanas desde sempre, conceituada por grandes escritores e filósofos – citam-se Maquiavel, Montesquieu, Hobbes, entre outros – a qual é consolidada por práticas que revertem os bons costumes e princípios norteadores do Estado e das leis.

Não obstante o progresso econômico e social, cujo Bresser-Pereira (2014) explica serem fundados na perspectiva do bem-estar, liberdade individual, segurança, justiça social, proteção do ambiente, avanço científico e material, não somente atinge a órbita interna mas, tanto quanto em âmbito internacional, alcançando a cooperação de diversos Estados soberanos para a anticorrupção que tem ganhado notoriedade no território nacional em casos considerados pela população brasileira como um marco cultural, exemplificando a atual Lava Jato, explicam Xavier *et al.* (2017) e internacional como no caso Siemens AG.

Neste sentido, o *compliance* aplicado à governança corporativa tem sido utilizado como medida anticorrupção às sociedades empresárias, objetivando a ética e a responsabilidade social empresarial.

Através da história a ética – definida como ciência que estuda a conduta do homem e a moral, a sua qualificação na perspectiva do bem e do mal – sempre esteve presente a fim de discernir o que era correto ou não, se norteando através de princípios e comportamentos humanos e demais preceitos sociais existentes. Nos períodos socráticos, compreender os sistemas sociais eticamente estabelecidos contribuía consequentemente para o progresso científico, afirma Antonik (2016).

Este processo de progressão foi se aperfeiçoando ao longo dos anos, e de certa forma se relacionando com o direito empresarial, que consoante a doutrina pertinente, esclarece existir o direito empresarial após a eclosão da teoria da atividade de empresa – Francisco Penante Júnior e Felipe Laurindo (2016) explicam ser tal teoria idealizada na condição da prática de empresa, isto é, consoante art. 966 do Diploma Civil (Lei nº 10.406/02) e destarte, não ser subjugada ao comerciante ou de atos presentes em uma lista. Neste quesito, há que se falar na moral – complexo de regramentos que orientam cada indivíduo a reconhecer o que é certo ou errado, bom ou ruim – baseada em costumes e culturas de determinado povo ou nação.

Agir de forma ética deve ser coletivo, atingindo horizontal e verticalmente. É imprescindível que para o alcance dos ideais administrativos e corporativos em uma sociedade, haja de forma explícita a sua obediência não somente à normas jurídicas, mas à regulamentos internos e externo (ANTONIK, 2016).

É mister, todavia, afirmar de forma complementar, segundo Luís Roberto Antonik (2016) cumprir normas e regulamentos não diploma uma entidade como ética, pois tal função é o *compliance*.

Surgiu em razão de reivindicações da sociedade moderna, amparada em progressividade econômica e social, acarretando em uma nova perspectiva concernente à administração de empresas, relacionamentos governamentais e contratuais e suas relações com a governança corporativa, expandindo o que é ser ético e moralmente honesto nos negócios e gerência empresarial, posto que se faz necessário a partida de um encadeamento enraizado a beneficiar a comunidade.

Dada a importância do programa, vê-se que a sua aplicação é fundamental, todavia, enquanto que atualmente a maioria das grandes corporações e sociedades estão aderindo ou já são adeptas ao programa de integridade, permanecem excluídas do senso grande parte, se não quase todas as médias, pequenas e microempresas, dada a razão do custo do *compliance*, e, por conseguinte, ocasionando a dificuldade de sua implementação, devendo-se buscar roteiros paralelos e incentivos do poder público na direção de tornar o *compliance* expansivo.

Averiguar-se-á ao longo deste artigo a importância do *compliance* para o coletivo, apresentando sua estrutura e relação com o direito societário, especialmente as médias, pequenas e microempresas, trazendo a dinâmica da governança corporativa e observando a função do programa de integridade, especialmente quanto à responder sobre as dificuldades da aplicação do programa e como tal realização seria tipificada e regularmente exercida, eis que o próprio *compliance* demanda atuação mas que, de maneira antagônica apresenta dificuldades.

2. O *compliance* e sua incidência na ética empresarial

De início, o *Compliance* tem seu conceito bem definido: “estar de acordo” ou “cumprir conforme”, no caso, a Lei, daí abrange-se preceitos constitucionais e normas infraconstitucionais, tais como leis ordinárias, atos normativos, decretos legislativos, portarias, além de códigos de éticas e regulamentos internos das próprias sociedades empresárias, indica Bertocelli (2018).

Tendo sua gênese através do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) lei federal do Estados Unidos, onde o Departamento de Justiça Americano, em 1977,

logo criou o termo “*to comply*”, que, outrossim, originou o *compliance*, cujo significado literalmente é agir de acordo, cumprir, realizar algo imposto, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal, explica Vanessa Alessi Manzi (2008).

Explicam Almeida *et al.* (2017) que com o advento do *Foreign Corrupt Practices Act*, os Estados Unidos deixaram de ser o primeiro país a legislar e a se comprometer ao combate à corrupção internacional, tendo em seguida o Reino Unido, em 2010, promulgado o *UK Bribery Act*, entretanto, o *compliance* ainda não era deveras expressivo.

A intensa necessidade de fazer com que as sociedades empresárias, em aspecto ético e socioeconômico, adotassem programas de *compliance*, fez com que os Estados convencionassem tratados em face da corrupção, do financiamento do terrorismo e lavagem de capitais, sejam elas na esfera privada ou pública.

Em sua obra de Direito Internacional Público, Valério de Oliveira Mazzuoli (2018) salienta que as convenções e tratados têm a prerrogativa de garantir a paz, segurança e a evolução entre os povos, razão esta que o *compliance* deixou de ser um simples programa – ações conexas para um fim comum exercidos por pessoas físicas ou jurídicas em conformidade com as leis – aplicado às sociedades para ser um tema global no combate à corrupção, uma vez que tal abordagem não abarca somente a economia, senão toda a estrutura e administração pública dos Estados.

Destarte, a pressão de organismos internacionais para que os Estados adotassem medidas contra a corrupção resultou em diversos tratados como a Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA, 1996), a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE, 1997), Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU, 2003), e tantos outros, com fulcro na consciência coletiva e no sentimento de justiça, concluindo **que a** explicação última da obrigatoriedade de todo o direito está em que o homem, quer tomado individualmente quer associado com outros num Estado, é forçado a admitir, como ser racional, que é a ordem, e não o caos, o princípio que governa o mundo em que tem de viver. Eis aqui, então, o fundamento último e mais verdadeiro a justificar a obrigatoriedade (MAZZUOLI, 2018).

No Brasil, o *compliance* tomou forma através da promulgação da Lei nº 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção, ou ainda, Lei do *Compliance*, tendo sofrido algumas alterações (Controladoria Geral da União em sua Portaria de nº 2.279/15, que, não obstante haja a criação de códigos de ética por parte da diretoria, demanda-se seu total comprometimento, haja vista art. 42 do Decreto Lei nº 8.420/15 (BRASIL, 2015)).

O Projeto de Lei nº 6.826/2010 se transformou em uma realidade jurídica em 2013, trazendo a responsabilidade civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos em face da Administração Pública, seja nacional ou estrangeira, bem como conferiu ao Estado mecanismos administrativos para responsabilizar, educar e obter o ressarcimento ao erário – faz-se direta menção aos pilares do *compliance* – em face de atos de corrupção e fraudes praticadas por pessoas jurídicas e seus agentes, sobretudo nas licitações públicas e na execução dos contratos administrativos, conforme Rodrigo de Pinho Bertoccelli (2019).

Ademais, Bertoccelli expõe que, à medida que o ordenamento jurídico brasileiro tentasse prosperar contra a cultura indecorosa e corrupta generalizada da “imagem do brasileiro” tida pelos próprios nacionais, qualificado pela lábia e falta de civismo do “jeitinho brasileiro”, por anos a luta interna contra a ética empresarial – sublinhe-se sua proximidade com a Administração, não restou frutífera em seu amplo sentido. Passou o *compliance* a fazer parte do chamado “sistema legal de defesa da moralidade” composto pela Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950), pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), pelo Decreto que dispõe sobre a responsabilidade de Prefeitos e Vereadores (Decreto-lei nº 201/1967), pela Lei de combate à improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992); pela parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 89 e seguintes da Lei nº 8.666/1993); pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011); pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) e pelo Código Penal em seu Título XI quando se refere aos crimes praticados contra a Administração Pública (BERTOCCELLI *et al.*, 2019)

Seguindo tal premissa, tornou-se impossível realizar a atividade corporativa e empresária de forma optativa, espontânea. O *compliance*, como se observa, se tornou um filtro no qual as sociedades precisam discernir bem como realizar os seus negócios, seus relacionamentos com demais empresas e a Administração Pública, gerenciar seus atos internos e, sobretudo, baseando-se nos pilares do *compliance* e na governança corporativa.

3. Governança corporativa e *compliance* como função social da empresa

Preambularmente, antes que se adentre no âmago do tema ora discutido – a aplicação do *compliance* às médias, pequenas e microempresas – faz-se necessário ressaltar o funcionamento do referido programa junto à governança corporativa, e sua influência quanto como função social da empresa.

Marlon Tomazette (2018) ressalta como sendo a função social da empresa o empresário utilizar de sua economicidade, organização e produção dos bens ou prestação de serviços com a finalidade de se atingir o lucro de forma sustentável, uma consequência em razão de suas atividades em prol do bem

comum, exemplifica-se a arrecadação de impostos pelo Estado, geração de empregos, fluxo econômico, etc.

Isto posto, o *animus lucrandi* deve ser atingido de forma consequencial, afinal, buscar insaciavelmente a supremacia dos ativos da empresa pode ser perigoso. A atividade de empresa deve ser regida de maneira ética e responsável, se não, ocasionará impactos em demasiadas esferas sociais e econômicas.

A governança corporativa é a responsável pelo intenso trabalho, no qual, como conector entre a atividade de empresa relevante à sua função social e ao progresso financeiro sustentável. Por intermédio de diretores, administradores, gestores, acionistas, contadores e diversos profissionais é que a governança corporativa se relaciona com o modo como as companhias são geridas e como as decisões de gestão são tomadas.

Independentemente de seu amplo conceito, não se pode olvidar que *compliance* e governança corporativa estão juntas, contudo não se confundem. Enquanto o *compliance* exprime o absolutismo dos valores e princípios éticos, da norma jurídica e regulamentos internos da sociedade, governança corporativa – salienta Luiz Eduardo Almeida (2019), faz a gerência e controle dos atos de empresa como pessoa jurídica abordando temas multidisciplinares, como a dita ética empresarial, liderança, direito, psicologia social, finanças e economia, contabilidade, e tantos outros.

Averigua-se, portanto, que, por mais que o *compliance* esteja inserido à governança corporativa, acaba por modelar a performance deste. Cabe àquele que exerce a atividade empresária, investir em sua atividade unindo o *compliance*, daí tornar-se-á uma empresa cidadã, enxergando o seu papel na sociedade em uma perspectiva de promover o benefício social sem perder p objetivo da atividade empresária (ALMEIDA, 2016).

A iniciativa, atualmente obrigatória e não somente devido à lei, mas que, devido a constância do assunto na mídia, casos de corrupção levarem diretores, executivos e outros profissionais para a prisão, debates ostensivos objetivando a mitigação dos esquemas de corrupção, tornando a prática criminosa como algo severamente custoso ao indivíduo e a companhia é o fundamento de que a ética empresarial em sua essência vai aos poucos se transformando em algo espontâneo, tornando o corporativismo mais interessante quando o aviamento da empresa faz parte do capital e como a má reputação da empresa pode ser fatal para os seus negócios.

O exercício gerencial supradito é surpreendido quando explica que praticar a ética social empresarial é difícil e custoso, entretanto, não o praticar é mais caro ainda, pois o maior bem imaterial da empresa está em jogo: sua imagem e reputação (ANTONIK, 2016).

O *compliance* atinge todos os envolvidos na atividade de empresa, desde aqueles que exercem cargos de funcionários à diretoria, e que a inclusão da ética, *compliance* e responsabilidade social como tônicas gerenciais é um

processo mais difícil ainda e requer maturidade empresarial e solidez de propósitos, segundo Antonik (2016). Tais provimentos inseridos à atividade mercantil traz solidez aos contratos e à sua gestão, além da positividade da legislação e sua interpretação, considerando a honra e os bons costumes, sendo ilógico as empresas e sociedades reputar-se à não observação de outrem ante sua imagem e conceito.

A simples conotação do *compliance* é irrefragável quanto a “uma companhia que investe no cuidado com os contratos diminui riscos e aumenta controles” (Antonik, 2016, p. 97). É mister dizer que a performance do *compliance* é fundamentada em pequenos componentes na qual apresentam prerrogativas para seu devido funcionamento, chamados de “pilares” do *compliance*.

Os pilares – componentes norteadores que auxiliam os *Compliance Officer's* na implementação, aplicação, auditoria do programa e sua constante ativação – estão inseridos dentro do *compliance* e conduzem o programa a funcionar. Segundo o *Legal Ethics Compliance*, em 2016, classificou os pilares a ser as estruturas múltiplas compostas de pessoas, processos, sistemas eletrônicos, ações, documentos e ideias (Xavier et al., 2017). Estes, assim, estruturariam aquilo que conhecemos como *compliance*, um sistema complexo e organizado.

Esses componentes, insta informar, são definidos em uma tríade idealizada em: detectar – corrigir – prevenir. Dentre estes, passam a interagir os pilares entre si, dividindo-se em: suportes de alta direção, avaliação de riscos, códigos de condutas e políticas de *compliance*, controles internos, treinamentos e comunicação, canais de denúncias (*whistleblowers/hotlines*), investigações internas, diligências adequadas (*due diligence*), além e auditorias e monitoramento, dissertam Xavier et al. (2017)

4. O custo do non-compliance

Sendo incontestável a afirmação de que o programa de *compliance* é uma decisão de gestão, que influencia inclusive em fatores tangíveis e intangíveis à sociedade empresária (por exemplo, a imagem e o aviamento do estabelecimento empresarial) e, realiza a função social da empresa, Almeida (2019) acrescenta a agregação de valor e geração de resultados positivos aos associados, sócios ou acionistas (*shareholders*) e partes interessadas na atividade (*stakeholders*), a sua não adoção gera problemas.

Noutro giro, não basta a que a empresa apenas satisfaça a sociedade de que está cumprindo o disposto pela lei e seus regulamentos internos, instalando programas de integridade para que não lhe imputam faltas e lhe digam que está presumidamente apta e a favor da anticorrupção mas deve ainda instalar de forma efetiva e eficaz de modo que os preceitos do programa sejam realmente absorvidos por todos que estejam relacionados a sociedade empresária que o implementou, acarretando na mudança de decisões e atitudes.

Ora, é cediço que, no que tange ao programa de *compliance*, se aquele que pratica atividade de empresa não está adepto ao instituto, presume-se este inapto ao exercício de empresa em uma coletividade que objetiva comportamentos éticos e responsáveis pelos indivíduos.

Ademais, os ditos "*shams programs*", denominados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2016) como sendo programas de integridade – e não *compliance* – não efetivos (por serem mal elaborados) e em grande parte falsos, adotados à revelia pelas empresas justamente para pagarem-se de anticorruptas, éticas e responsáveis socialmente e protegerem-se de sanções civis, penais e administrativas, são um grande perigo para os empresários.

Sendo, portanto, inconfundíveis com o *compliance*, haja vista que os *shams programs* não se importam com a governança corporativa, tampouco com a cultura organizacional, sendo impossível ser estabelecido, incorporado e aplicado às sociedades.

É diante desta realidade que os pilares que compõem o programa de *compliance* o diferencia de um comum programa de integridade, fundamentados na tríade supradita e transformando a atividade de empresa sustentável.

Consoante o fato de que programas de integridade analisam apenas que a atividade empresária e os atos do empresário estejam em consonância com a legislação vigente não são suficientes na atualidade, lance que o programa de *compliance* faz além, visto que o *compliance* integra um sistema complexo e organizado de procedimentos de controle de riscos e preservação de valor intangíveis que deve ser coerente com a estrutura societária, o compromisso efetivo da sua liderança e a estratégia da empresa, como elemento cuja adoção resulta na criação de um ambiente de segurança jurídica e confiança indispensável para a boa tomada de decisão (BERTOCCELLI *et al.*, 2019).

Ao decorrer dos anos, grandes multinacionais se mancharam com escândalos de corrupção e lavagem de capitais, igualmente com o financiamento do terrorismo, o que lhes fez pagarem exorbitantes multas e seus administradores e diretores responderem objetivamente pelos danos causados – faz-se aqui uma mera observação antes mencionada, nos dias atuais independe de elemento subjetivo, bastando que o ato ilegítimo seja praticado, como levantado por Marcos Nóbrega e Leonardo Barros C. de Araújo (2019).

Destarte, o épico caso Siemens AG, que pagou uma das maiores multas da história, o equivalente a US\$ 800 milhões, perdendo inclusive para a JBS cujo valor chegou a R\$ 10,1 bilhões (a maior da história) citam Nóbrega e Araújo (2019), e não foi um mal incentivo o suficiente, pois logo outras nove sociedade, nacionais e multinacionais (à título exemplificativo: Parmalat, Sadia-Perdigão, Odebrecht) entre os anos de 2009 até a atualidade e, envolvendo diversos países pagariam o mesmo preço, a falta de produtividade, incentivos fiscais, queda na

valorização das ações, queda de investimentos e de investidores (stakeholders), insustentabilidade, crise reputacional, perda dos ativos, e tantos outros.

Ainda no caso em tela, saliente-se que em decorrência de acordo assinado com o Banco Mundial, a Siemens lançou em 2009 o *Siemens Integrity Initiative*. Trata-se de um programa mundial que disponibilizará, ao longo de 15 anos, a quantia de U\$ 100 milhões para apoiar projetos de organizações que objetivem combater a corrupção através de ações coletivas, educação e treinamento. Instituições independentes, de qualquer parte do mundo, tiveram a oportunidade de apresentar seus projetos. A Siemens, em conjunto com o Banco Mundial, escolheu alguns projetos que receberão recursos do *Siemens Integrity Initiative* para serem implementados. O principal objetivo do *Siemens Integrity Initiative* é criar condições favoráveis, para todos os players do mercado lutarem contra as fraudes e os atos de corrupção, através de ações coletivas, educação e treinamento. (Siemens, 2009) (FONSECA, 2015).

A Petrobrás fora outro marco no Brasil, que com os efeitos lesivos da corrupção, chegou a encolher economicamente 85%, culminando em ações valoradas em R\$ 5,00, valendo em 2016 apenas R\$73,7 bilhões que, antigamente, preciso 2008, valia R\$ 510,3 bilhões.

Analisa-se que, não obstante tenham as sociedades que arcar com todo o dano praticado, devem tomar uma decisão de gestão, investir na tríade que de fato lhe trará com o tempo sucesso.

5. Compliance e sua aplicação às médias, pequenas e microempresas

As análises já realizadas chegam ao tema central que cerne o presente artigo e, tratar acerca deste jaez societário é por demais importante, tida pela doutrina empresarial majoritária como sendo fundamental à economia do Brasil, compondo grandes números de médias, pequenas e microempresas. (TOMAZZETE, 2018).

É mister dissertar que neste tipo empresarial, podem as médias, EPP (empresas de pequeno porte) e ME (microempresas) serem constituídas por empresários individuais, sociedades empresárias e sociedades simples e EIRELI, tanto por pessoa física quanto jurídica, logo que não há vedação expressa no ordenamento jurídico, excedendo-se quanto ao regime da Lei Complementar 123/2006.

A LC supramencionada faz menção ao regime, constituição das EPP e ME. e, por conseguinte, por tratar-se de realização da atividade empresária de forma menor, é por obviedade que a lei lhe concedera benefícios próprios *ad hoc* facilitar seu desenvolvimento.

Os incentivos dados pelo ordenamento jurídico são deveras interessantes se comparado ao programa de *compliance*. A Constituição

Federal, em seu art. 179 instituiu que os entes federativos, quais sejam eles, a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios deveriam desburocratizar as EPP e as ME em seus tratamentos tributários, administrativos, previdenciários e creditícios.

Tais provimentos ordenados no intuito de que movimentassem a economia, afinal, explica Tomazzete (2018) que para proteger tais empresários é mister que se compatibilizem as exigências da atividade empresarial com o volume de recursos movimentado por estes, isto é, não se pode exigir dos pequenos e médios empresários o mesmo que se exige de uma grande companhia.

Filosofia esta que coadjuva perfeitamente com o que o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (2017) detalha em suas cartilhas, eis que cada empresa deve criar um programa de integridade que atenda às suas necessidades e aos seus riscos, assim como esteja dentro de seu orçamento. Um programa de integridade deve sempre atender às necessidades específicas da empresa. E por que isso é importante? As empresas estão sujeitas a riscos diferentes. A quantidade de funcionários, a área de atuação, os parceiros de negócios, a região em que a empresa está localizada, a participação em licitações, o número de contratos celebrados com a administração pública, entre outros; tudo isso contribui para que cada empresa tenha riscos próprios, que são só dela (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, 2017).

Em que pese o dito programa ter reconhecimento em empresas de pequeno porte, frisa-se que tal movimento é ainda muito desestimulado. Em 2017, o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, disponibilizou em seu *site* uma cartilha para os pequenos empreendedores a fim de os instruir em meio à atividade empresarial de forma ética e íntegra, orientando-se assim sobre a importância de um programa de integridade, haja vista que, segundo a própria entidade, os pequenos negócios representam 25% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro e geram mais de 70% das vagas formais de emprego (pesquisa realizada em 2013).

É com certo esforço que o programa de *compliance* vem tomando forma frente a este tipo societário. Analisando o caso do Siemens AG, cujo por tomada de gestão decidiu investir US\$100 milhões para a instalação, incorporação e aplicação do *compliance* junto à sociedade, é fato que o aludido programa demanda altos valores para a sua manutenção.

Obviamente, quando da sociedade Siemens AG em comparação com as médias, pequenas e microempresas, torna-se injusto, pois conclui-se que são milhares de funcionários (e suas ações trabalhistas), grande escalão de diretoria e administração, filiais e sucursais, grandes polos industriais, contratação de profissionais para o programa de *compliance* (desde advogados e *Compliance Officers*, treinadores/*coaches*, auditores, inspetores, etc.).

É desta forma que, vê-se que o programa de *compliance* não é somente uma criação de códigos de ética e regulamentos internos, senão intensa auditoria interna e externa, treinamento de funcionários, abertura de canais de denúncias, a intervenção da Controladoria Geral da União e Tribunal de Contas da União (por intermédio do *accountability*), agentes em gestão de riscos, etc.

Insta salientar que todas as ações concernentes ao *compliance* são imprescindíveis para a real aplicação do programa, ficando à mercê de possíveis multas e sanções administrativas e civis por não cumprir com a real pretensão do *compliance*.

Outrossim, é pontual a pesquisa realizada pela Deloitte em que, de 124 organizações de 27 setores que atuam no Brasil, 67% investem apenas R\$1M por ano em *compliance* e 60% têm um profissional dedicado à área. (Antonik, 2016).

Consoante art. 3º da Lei Complementar 123/06, são consideradas ME aquelas cuja receita bruta anual seja igual ou inferior a R\$360.000,00 e, EPP cujo faturamento seja superior a R\$360.000,00 e igual ou inferior a R\$4.800.000,00, explica Tomazzete (2018). Indaga-se, então, como realizar-se-ia a adoção do programa de *compliance* para tais empresas.

Vê-se que há um grande custo para tal investimento, mas que ao findar, conclui-se que em grande parte do problema é cultural.

A plataforma “CompliancePME” enfatiza tal feito, quando em seus vídeos em redes sociais permitem explicar o tema no intuito de popularizá-lo, e acrescentam a ideia de que as médias, pequenas e microempresas conseguem vantagem sobre as megacorporações, uma vez que o empreendedor sênior está sempre junto de sua equipe (e por obséquio), transcendendo seus valores, cultura e princípios sobre a organização, e assim possibilitando ver mais de perto as operações realizadas pela equipe de gestão e administração.

Cartilhas e e-books pelo Instituto Brasileiro de *Compliance*, CADE e SEBRAE (chamadas também como *guidelines*) também mostram seus feitos quando o assunto é popularizar o programa de *compliance* às médias, pequenas e microempresas, pois, estas desejam se tornar grandes um dia, fazendo-se necessária a intervenção do *compliance* nas suas relações empresariais (ANTONIK, 2016).

Ademais as discussões em prol das boas práticas de modo geral desconsideram pequenas e médias empresas da economia capitalista, bem como as organizações de terceiro setor (BRANDÃO; RODRIGUES, 2010).

Por não serem o centro da atenção, logo que o princípio constitucional da livre-iniciativa permeia toda regularização e natureza das médias, pequenas e microempresas, a desburocratização talvez tenha incentivado a linha de pensamento ora descrita, sendo complementada de que vale destacar que as pequenas empresas, especialmente as não profissionalizadas e familiares, que

geralmente possuem menor número de controles antifraude, sofreram perdas maiores do que as grandes (ANTONIK, 2016).

Almeida ilustra que o incentivo à anticorrupção deve ser incentivado de modo ostensivo pelo setor público, que inclusive, por meio da CGU e suas cartilhas têm optado pela terceirização do *compliance*, e sua efetiva validação, completamente influenciada pelo “pratique ou explique” (*comply or explain*) derivado também de terras anglicanas, cujo na Bretanha aplicava-se às companhias menores, contudo não vingou por não ser dotada de coercibilidade e obrigatoriedade.

Por razões de custos, poucos incentivos fiscais, insuficientes políticas públicas e redução de tributação são alguns impedimentos que travam a aplicação do *compliance* às PMEs. A Lei 123/2006 que criou o Simples Nacional ainda é por demais ineficaz, inobstante tal regime tributário fazer cair por terra burocracias e facilitar os empresários optantes, não atinge as expectativas, eis que ao critério do Simples estão enquadrados empresários menos produtivos e com mais empregados (GUIMARÃES; PAIXÃO; CARVALHO, 2018).

Em outras palavras, o regime do Simples Nacional só se torna vantajoso quando a atividade empresária é menos produtiva e por tal razão o empresário optante do Simples é assegurado com menor tributação. Ora, se o regime do Simples facilita e minora o encargo do empresário, não há dúvidas de que é plausível uma possível intervenção do Estado quanto a viabilizar o programa de *compliance* para as PMEs.

Outra legislação precisa é a 11.196/05, que estabelece o REPES, outro regime tributário para aqueles que exercem atividades de desenvolvimento de software ou de prestação de serviços de tecnologia da informação. Mas, infelizmente em seu artigo 10º é vedado a opção do aludido regime por aquele já beneficiado pelo Simples. Ademais, o REPES somente é aproveitado às médias e grandes empresas, e conforme declaram Gomes, Alves e Fernandes (2013, p. 25), o governo federal estuda o regime para pequenas e microempresas. Frise-se que existem fatores, contudo mal utilizados.

As políticas públicas para incentivo das MPME encontram-se dentro dessa atividade administrativa de fomento da administração pública, delegando ao Estado a função de realização de investimentos sociais focados em estratégias de desenvolvimento, por meio de infraestrutura, financiamento, crédito, capacitação e formação, tecnologias, educação (CAVALCANTI; MARTINELLI, 2019).

A iniciativa por parte do SEBRAE em auxiliar as PMEs faz surgir a ideia das dificuldades de muitas destas e essa questão inibe o crescimento das MPME, pois os mesmos não conseguem ter acesso ao crédito no limite de suas necessidades e, quando conseguem, transferem boa parte de seus ganhos obtidos para sanar suas dívidas. Em momentos de alta instabilidade econômica, o corte dos créditos e a elevação de juros são praticados e as micro e pequenas

empresas ficam à mercê de mecanismos de apoio para enfrentar as flutuações do mercado, contribuindo ainda mais para a mortalidade dos pequenos empreendimentos (SEBRAE, 2005a).

O apoio à gestão se apresenta devido ao fato de que grande parte das MPME serem de origem familiar, com falta de pessoal qualificado e planejamento de curto prazo. As dificuldades inerentes à gestão estão muito presentes, o que requer políticas de auxílio para alavancar sua performance frente ao mercado cada vez mais competitivo (CAVALCANTI; MARTINELLI, 2019).

Côncio da dificuldade de se estabelecer o programa de *compliance*, as PMEs devem se render à governança corporativa, que se define como o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre Proprietários, Conselho de Administração, Diretoria, e Órgãos de Controle. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso ao capital e contribuindo para a sua longevidade (FILHO, A.; FILHO, G, 2015, p. 67 apud INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2015).

Ainda, a governança corporativa, o esqueleto de todo o sistema, é a medida possível mais eficaz – e porque não dizer a mais barata – a oportunizar os pequenos, médios e microempresários à um resultado mais condizente ao seu tamanho.

Conclui-se que, a situação enfrentada pelo médio, pequeno e microempresário, de certo modo vergastável ante a dificuldade de aplicação do *compliance* devido ao custo é um problema. Felizmente o *compliance* é possível para tais tipos societários, devendo seus titulares se empenharem a fazer uma análise de risco, criar códigos de conduta e um conselho de administração, mesmo que simples, contudo, capazes de gerar e externar efeitos, acarretando mudanças na cultura organizacional da empresa, em outras palavras, a governança corporativa em ativa abraçando o *compliance* pode preencher a lacuna que tanto se problematiza. A contratação de um especialista (preferencialmente em Direito, Economia, Contabilidade, Administração de Empresas ou *Compliance* – sendo mister expressar a proliferação no Brasil de cursos *lato sensu* e MBA's em *Compliance* e suas mais diversas searas, seja, contratual, trabalhista, tributário, educacional, criminal, etc.) pode ser bastante eficaz a impulsionar o que se espera da real aplicação da Lei Anticorrupção, impondo de sobremaneira que as PME's deverão agir conforme o mercado.

Logicamente, poderá variar entre as médias e pequenas e microempresas. Médias empresas poderão contratar mais profissionais, ao contrário das pequenas e microempresas, onde poderão somente ter disponibilidade orçamentária para um. Especialistas em conjunto com a administração podem trilhar um novo rumo à um *compliance* acessível,

oportunizando o poder público em promover meios de incentivos que vão além dos processos licitatórios (LC nº 123/06, art. 42 a 49 c/c art. 170 da CRFB/88).

6. Considerações finais

Assim, indica-se sucintamente, conforme abordado, que o *compliance* é imprescindível para a gerência ética de uma atividade empresária, sendo inclusive, incidente na função social da empresa, dada a sua complexidade de seu mecanismo e demais instrumentos à ele atrelados, e que a sua não adoção pode ser fatal para a atividade de empresa e para aqueles que a exercem. Não suficiente, as médias, pequenas e microempresas, valorosas para a economia brasileira, não estão imunes, devendo buscar a aplicação do *compliance* devido à obrigatoriedade da Lei, demonstrando que, por mais que exerçam atividade empresária de maneira pequena, podem firmar o *compliance*.

Não cabe ao presente artigo exaurir o tema, tampouco investir repostas que solucionem os problemas de um instituto incipiente no Brasil que, procura de forma incansável levar a atividade de empresa a um nível que instigue a eticidade e moralidade, e ser um meio para uma finalidade cujo qual é o desenvolvimento econômico sustentável da sociedade brasileira que atualmente sofre demasiadamente com a corrupção.

Problema este, que é a falta da aplicabilidade do *compliance* junto ao médio, pequeno e microempresário. Torna-se a falar que, embora os estudos e pesquisas realizados, profissionais militantes que incentivam o programa de integridade, são para o gênero societário discutido, com medíocre expressividade (BERTOCCELLI *et al.*, 2019). O *compliance* – novamente, diga-se, atrelado à governança corporativa – para a média, pequena e microempresa é fantasioso.

Foram tantos os motivos que trazem ao presente desfecho o fato de que a governança corporativa e sua prática podem levar ao tipo societário a perspectiva de uma boa gestão ética e responsavelmente social. A governança corporativa é tão real quanto o *compliance*, e o seu exercício é importante para a concretização daquele.

No mundo corporativo, como contempla-se, é tida como um “mundo selvagem” e as ações daqueles que exercem a atividade de empresa devem ser pautadas em decisões de gestões bem pensadas e calculadas. Ora, não será somente o empresário que sofrerá as reações de suas ações, que podem ser niveladas e sobretudo fatais para o seu ativo e para as responsabilidades de seus gestores, como já visto.

A sociedade é, acima de tudo, receptora direta das ações dos empresários, e fatores de grande relevância estão sendo hodiernamente levantados para que não haja precariedade no sistema econômico e financeiro que alcança a órbita internacional.

A premissa de o *compliance* ser obrigatório é intrigante, uma vez que agir com ética deve ser o dever de todos, mas, sabe-se que o homem é, *per si*, corruptível.

Por fim, o *compliance* é um membro fundamental no corpo da governança corporativa, e vendo a importância de tal instituto e a lacuna no qual o direito empresarial aponta, conclui-se que o *compliance* é uma ferramenta base para uma sociedade que quer se consagrar em princípios e carregar uma cultura ética que atinge todos os blocos, setores, pessoas e sistemas, devendo à todos, não somente dos empresários, se encarregar de transcender tal cultura já iniciada pelo *compliance* através da governança corporativa.

Cabe, à governança corporativa dar o pontapé inicial para o real cumprimento da ordem legislativa de aplicação do *compliance* também para o pequeno, médio e microempresário. Independentemente das dificuldades apresentadas, há meios possíveis para a adoção do programa que, outrossim, deva corresponder ao tamanho e ramo das atividades, número de empregados, administradores, sócios, e gerência empresarial.

Derradeiramente, traz-se à luz os ofícios de profissionais qualificados para o exercício de *Compliance Officer's*, devendo ter condutas próximas ao empresário e na atuação da atividade empresária, devendo desempenhar funções consoantes, analogicamente, àqueles que têm qualificações para serem titulados Administradores Judiciais. Desempenhar funções contábeis, administrativas e advocatícias são passos por demais largos aos micros, pequenos e médios empresários, contratando serviços de especialistas em dirimir problemas quanto à corrupção e à aplicação do *compliance* com fulcro em assuntos extrajudiciais e preventivos.

Referências

ALMEIDA, Luiz Eduardo de. **Compliance e Programas de Integridade**. Disponível em: <<https://www.epd.edu.br/artigos/2016/10/compliance-e-programas-de-integridade>> Acesso em: 18 abr. 2019.

ALVES, Mário Aquino; FERNANDES, Renê José Rodrigues; GOMES, Marcus Vinícius Peinado (Orgs.). Políticas Públicas de Fomento ao Empreendedorismo e às Micro e Pequenas Empresas. São Paulo: Programa Gestão Pública e Cidadania FGV-EAESP, 2013. Disponível em: <https://ceapg.fgv.br/sites/ceapg.fgv.br/files/u26/politicas_publicas_de_fomento_ao_empreendedorismo_e_as_micro_e_pequenas_empresas_alta.pdf> Acesso em: 20 abr. 2019.

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, Ética, Responsabilidade Social e Empresarial: uma visão prática**. Rio de Janeiro: Editora Alta Book, 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. **Guia Programas de Compliance:** orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial. Janeiro 2016. Disponível em: <www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes_institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf/view>. Acesso em 28 ago. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento, Progresso, e Crescimento Econômico.** São Paulo: Lua Nova, nº 93. p.33-60, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/03.pdf>> Acesso em 21 abr. 2019.

CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa (Orgs.). **Manual de Compliance.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CARVALHO, Kátia C. Medeiros de; GUIMARÃES, Andréa Bastos da S.; PAIXÃO, Luiz Andrés Ribeiro. **Micro, Pequenas e Médias Empresas:** conceitos e estatísticas. Radar, n. 55, p. 21-26, fev., 2018. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8274/1/Radar_n55_micro_pequenas.pdf> Acesso em: 20 abr. 2019.

CAVALCANTI, Melissa Franchini; MARTINELLI, Dante Pinheiro. **As Políticas Públicas de Apoio às Micro, Pequenas e Médias Empresas (MPME):** o caso de um município no interior de São Paulo. [s/d]. Disponível em: <http://issbrasil.usp.br/artigos/gso_8.pdf> Acesso em: 20 abr. 2019.

COMPLIANCEPME. 5. **Compliance para pequenas empresas** – CompliancePME. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=CLoY-fld9eY>> Acesso em 04 mar. 2019.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas. Brasília: CGU, set., 2015, 28 p. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>> Acesso em: 19 de abr. 2019.

DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf> Acesso em: 19 abr. 2019.

FILHO, Adalberto Simão; FILHO, Gamaliel Faleiros Cardoso. **A nova empresarialidade como meio de contribuição para a cidadania e de inclusão social e o papel da governança corporativa.** Aracaju: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. 24 ed. 2015.

FONSECA, Nadine Corrêa Machado. **Turnaround de Empresas com Problemas de Compliance: o caso Siemens**. Dissertação (Mestrado em Administração) – Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Código da Melhores Práticas de Governança Corporativa. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015, 108 p. Disponível em: <<https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>> Acesso em 19 abr. 2019.

LEGAL ETHICS COMPLIANCE. **Compliance Para Pequenos Negócios**. 2016. Disponível em: <<http://www.lecnews.com.br/blog/compliance-para-pequenos-negocios/>>. Acesso em 07 nov. 2018.

LORENTE, Vitória Marques. **Corrupção no Brasil e Estratégias de Combate**. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP. Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 203-257, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/11/corruptao-no-brasil-artigo.pdf>> Acesso em 20 abr. 2019.

MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas**. São Paulo: Saint Paul. 2008.

PENANTE JÚNIOR, Francisco José de Vasconcelos; LAURINDO, Felipe. **Prática Empresarial**. 1ª ed. Recife: Armador, 2016.

SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Integridade para Pequenos Negócios**. Brasília, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

XAVIER, Deiverson Felipe de Souza. et al. **Compliance Uma Ferramenta Estratégica Para A Segurança das Informações Nas Organizações**. São Paulo, 2017.

Força probatória do *print screen*

Probative force of the print screen

Dara Gabryelle de Souza Vargas¹

Julia Rodrigues Lopes²

Matheus Vidal Gomes Monteiro³

Resumo

Diante do avanço tecnológico e de seu impacto nas relações jurídicas, foi tempestiva a tipificação da prova eletrônica pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015, reforçando sua admissibilidade. Contudo, através do presente estudo pode-se observar que o TJRJ vem firmando entendimento, desde a publicação do Novo CPC, no sentido de que o *Print Screen* por si só não goza de considerável valor probatório, seja devido à facilidade de adulteração de seu conteúdo, seja devido à sua produção de maneira unilateral. Com isso, por meio de análise jurisprudencial, normativa e dogmática, foi realizada pesquisa acerca deste tipo de prova, expondo suas características, pontos positivos e negativos e propostas alternativas ao seu uso. A partir de tais resultados, a ata notarial tem se mostrado como interessante solução frente aos obstáculos encontrados, eis que a partir dela, a captura de tela, antes vista como prova unilateral de baixa confiabilidade, passa a ter status de documento público. De todo modo, essa possível solução não afasta a possibilidade de impugnação da prova pela parte contrária, conduzindo-nos ao uso de outro instrumento probatório, a prova pericial.

Palavras-chave:

Prova digital. *Print Screen*. Ata Notarial.

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF- ICHS) e integrante do Grupo de Estudos sobre Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP). Currículo Lattes disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/4619704626471991>>. E-mail: dara.gabryelle@hotmail.com

² Discente do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF- ICHS) e integrante do Grupo de Estudos sobre Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP). Currículo Lattes disponível em: <https://www.cnpq.br/cvllattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=0DCA1677FC5D0C2F5C7D8152925C2299>. E-mail: julopes@id.uff.br

³ Doutor em Direito. Professor Adjunto do Departamento de Direito (VDI) da Universidade Federal Fluminense (UFF) e líder do Grupo de Estudos sobre Jurisdição, Constituição e Processo. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5258647698639534>. E-mail: matheus.vgm@outlook.com.

1. Considerações iniciais

O *Print Screen* é um dos instrumentos tecnológicos mais utilizados atualmente para a preservação e registro de um fato. Sua presença tem sido notória também nos processos judiciais, onde são trazidos com a pretensão de serem reconhecidos como prova. Tendo em vista tal situação, a presente pesquisa teve por objetivo principal analisar os pressupostos necessários para a sua admissibilidade no processo, sua eficiência perante os juízes, bem como as possíveis implicações de sua utilização, derivadas de sua fragilidade como instrumento probatório.

Para assim proceder, desenvolveu-se a presente pesquisa inicialmente a partir da metodologia da pesquisa bibliográfica, complementando seu objetivo com pesquisa jurisprudencial a partir dos seguintes recortes: temporal, entre os anos de 2016 e 2019 (até o mês de setembro, quando se deu a conclusão da presente pesquisa); espacial e por órgão do Poder Judiciário, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), e com a utilização de termos específicos para a pesquisa jurisprudencial⁴, utilizados diretamente no endereço eletrônico para pesquisa jurisprudencial no site oficial do TJRJ.⁵

2. Documento eletrônico no direito probatório

A captura de tela é uma espécie de prova eletrônica, e para que se compreenda a prova digital como subcategoria da prova documental, faz-se necessário uma breve abordagem acerca do direito probatório, conhecendo primeiramente o que se entende por prova, a sua finalidade no processo judicial, bem como algumas considerações acerca dos direitos fundamentais processuais que circundam o tema.

A priori, é preciso esclarecer as várias acepções do vocábulo ‘prova’. Os doutrinadores Braga, Didier Jr. e Oliveira (2018, p. 48) nos apresentam três sentidos que podem ser atribuídos a essa expressão: a) prova como ato de provar, ou seja, fornecer a demonstração do que fora alegado; b) prova como meio probatório, a exemplo da prova documental, testemunhal, entre outras; c) prova como resultado dos atos praticados visando o convencimento do juiz, como ocorre quando se diz que determinado fato foi “provado em juízo”.

Quanto à finalidade da prova, normalmente aponta-se (BRAGA; DIDIER JR; OLIVEIRA, 2018, p. 60) para a existência de três teorias indicativas do objetivo da prova. A primeira enxerga a prova como meio de conhecer a verdade, já a segunda entende ser seu objetivo estabelecer os fatos postos de modo formal

4 Os termos utilizados no campo ‘Pesquisa Livre’, foram: “Print Screen” e “Captura de tela”.

5 O link acessado foi: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>.

no processo, por fim, a última designa à prova o fim de auxiliar o magistrado na tomada de sua decisão interferindo no seu convencimento.

Cumpra chamar a atenção para a primeira teoria, pois, como se pôde notar, ingenuamente costuma-se relacionar a produção de provas e a busca pela verdade “real”. No entanto, essa mostra-se ao ser humano impossível de ser atingida, nas palavras de Braga, Didier Jr. e Oliveira (2018, p. 57):

Não se pode dizer de um fato, que ele é verdadeiro ou falso; a rigor, o fato ou existiu ou não. O que se pode adjetivar de verdadeiro ou falso é o que se diz sobre esse fato, a proposição que se faz sobre ele. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser: existiu, ou não. A verdade, por seu turno está no campo axiológico, da valoração: as afirmações é que podem ser verdadeiras ou falsas. No processo, discutem-se as afirmações que são feitas acerca dos fatos- ou seja, as valorações, as impressões que as pessoas têm deles.

Sobre o chamado mito da “verdade real” (SCHMITZ, 2015, p. 253-260; CONTE, 2016; STREK, 2012), normalmente tem-se por referenciado a afirmações de que o processo tem que refletir a “verdade real”. Não raro, esse mito conduz a uma busca vinculada à ideia de respeito às normas constitucionais, como se superássemos uma perspectiva excessivamente formalista que impediria ao magistrado julgar para além do que esteja comprovado nos autos (SCHMITZ, 2015, p. 253). Daí a contraposição da “verdade real” à “verdade formal”. Em complemento, temos com Schmitz (2015, p. 254) que a ideia da “verdade real” produz uma “artificialização da compreensão”, entendendo-se, a partir de tal ideia, o direito processual em torno da teoria da correspondência, admitindo a possibilidade de captura de algo como verdadeiro em essência. Admitindo-se a superação da relação S-O e a linguagem como condição de possibilidade, é imprescindível a lição de que “não existem mais objetos puros à espera de serem acessados pelo Sujeito” (SCHMITZ, 2015, p. 255):

Se os fatos (irrepetíveis) de um caso são acessados pelo intérprete processual apenas indiretamente, através da documentação dos autos, e já que é imprescindível o ato de interpretar essas provas, a reconstrução de uma verdade universal passa a ser uma ideia virtual, fictícia, inatingível. A ideia de “verdade” como um objeto fixo, atingível pelo conhecimento humano, precisa ser superada muito embora certa parcela da doutrina seja veemente em afirmar o contrário. As provas devem ser encaradas como meios através dos quais cada parte atestará sua versão de determinados fatos, a fim de reforçar os argumentos jurídicos das questões levadas a julgamento. [...] Fatos ocorridos e relatados em um

processo somente farão sentido para o expectador a partir de um acordo linguístico, ou seja, de uma linguagem socialmente compartilhada. O expectador, mesmo que mentalmente, só poderá aceitar o sentido do fato testemunhado se admitir que os limites do pensamento são os limites da sua linguagem. Dessa maneira, quando acessamos os fatos, não podemos (nem mesmo que queiramos) deixar de interpretá-los, e os fatos, eles mesmos, terão chegado ao processo por meio da interpretação necessária à sua documentação. (SCHMITZ, 2015, p. 255)

Por isso, temos que entender que quando falamos de “prova” estamos nos referindo às “condições de possibilidade de dar sentido a um determinado fenômeno” (FLACH, 2016, p. 108). Assim,

Esse relativismo *démodé*, bem como essa profissão de fé em um caráter unitário da verdade, não atinge o ponto de estofa da questão que, no contexto atual, se situa no campo da linguagem. Como afirma Lorenz Puntel, um dos grandes filósofos contemporâneos, verdade quer dizer a revelação da coisa mesma (*Sache selbst*) que se articula na dimensão de uma pretensão de validade justificável discursivamente. Isto só para iniciar a discussão, é claro. (FLACH, 2016, p. 109)

No que tange à fundamentação, é possível entendermos que a utilização da “verdade real” proporciona ao magistrado entender-se como “presidente da instrução”, utilizando-a como um *álibi* teórico justificador da busca de elementos para sua convicção, ou de argumentos sem conteúdo de caráter performático (STRECK, 2012, p. 365). Nesse panorama, “Decisões de caráter “cognitivista”, de ofício ou que, serodidamente, ainda buscam a “verdade real” pretendem-se “imunes” ao controle intersubjetivo e, por tais razões, são incompatíveis com o paradigma do Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2014, p. 612-613). E, no mesmo sentido, podemos reconhecer que há “um fechar de olhos para a também inegável constatação de que, quando o juiz vai, ele mesmo, em busca de uma verdade extraprocessual, o relativismo e a vontade do intérprete são inescapáveis. As partes passam a depender daquilo que o julgador achar que é mais plausível ter, ou não, ocorrido, e aí a construção do conjunto fático depende cada vez menos da instrução probatória em si.” (SCHMITZ, 2015, p. 257).

Por fim, sob outro aspecto é possível considerarmos que “o tribunal coloca-se numa posição de superioridade em relação a quem defenda o apego à ‘mera verdade formal’. O argumento esteticamente sedutor, baseado no apelo à ‘justiça’ da decisão”. (SCHMITZ, 2015, p. 259).

Por isso, acompanhando um combate à “verdade real”, o que interessa ao intérprete dos fatos não é uma “imaginária verdade dos ‘fatos’”, mas sim, a busca pelo significado que tais fatos possam assumir, temporal e circunstancialmente analisados. É nesse sentido que precisamos reconhecer que não raro as provas constantes dos autos não demonstram o que “realmente aconteceu”, e o núcleo desta situação diz respeito à “impossibilidade de se tentar identificar quando essa não-correspondência terá ocorrido” (SCHMITZ, 2015, p. 257).

Toda reconstrução perfeita da verdade é, portanto, mera tentativa, e por isso mesmo deve ser abandonada. Essa constatação tem relação muito íntima com os outros tópicos tratados neste estudo, já que a ideia de verdade, por ser inatingível acabará sempre sendo reduzida àquela “verdade” imaginada pelo próprio intérprete. Novamente, recaímos no problema da discricionariedade e do subjetivismo. Para tentar evitar esse tipo de risco, cada prova que pode influenciar (mesmo que negativamente) na maneira como a decisão é tomada precisa constar da fundamentação. A rejeição de uma determinada prova, portanto, precisa ser expressa, e contrastada com o acolhimento das demais. (SCHMITZ, 2015, p. 258)

Nesse sentido, deve-se admitir que o conceito de “verdade” dentro do processo judicial constitui-se dialeticamente entre as partes, interessados e o juiz (SCHMITZ, 2015, p. 258). Por consequência disso, as decisões dos magistrados devem ser norteadas e fundamentadas pelas provas constantes nos autos. Mesmo quando tratar-se de provas inaptas para o convencimento, por não possuírem força probatória, deverá o magistrado justificar a sua não utilização. A valoração de cada prova será feita pelo juiz em cada caso concreto, não possuindo as espécies de provas valores e pesos a priori distintos.

Em comentários à terceira teoria, observa-se que embora a prova auxilie o magistrado na tomada de sua decisão, pelo Princípio da Comunhão das Provas, não é o juiz o único destinatário das provas. Por força desse princípio, a prova, uma vez produzida, passa a pertencer ao processo, não possuindo ela identidade subjetiva, e não sendo, portanto, relevante o responsável por requerer ou determinar sua produção. Extraí-se daí a ideia de que “o destinatário das provas não é o juiz, mas sim o processo” (SCHMITZ, 2015, p. 251). Tal ponto vai de encontro com o que defendido normalmente pela jurisprudência nacional: o juiz consiste no destinatário final da prova, cabendo a ele, a definição quanto à necessidade de sua produção, acompanhando a necessidade para a formação

de seu convencimento.⁶ Entretanto, pode-se indagar: qual a diferença quanto às duas perspectivas?

A diferença, portanto, de indicar quem é o destinatário da prova, está basicamente na formação do *convencimento* judicial e nas hipóteses de deferimento: indeferimento de determinadas provas. O que precisa ser concluído e que não pode caber ao juiz singular a tarefa de escolher quais fatos são ou não relevantes, dado que não é sua vontade o fato determinante para o conteúdo da decisão judicial que sobrevirá. Os fatos e acontecimentos provados serão reduzidos a texto e incluídos nos autos, e devem poder ser (re)interpretados não somente pelo julgador, mas por qualquer interessado. Por conseguinte, decisão que sobrevier em relação a essas provas deve *prestar contas* de por que cada fato foi considerado da maneira como o foi, e por que outros fatos não foram considerados para a construção da solução. (SCHMITZ, 2015, p. 252)

É importante ressaltar ainda o caráter fundamental do direito à prova, consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, sendo também decorrência do princípio do contraditório. O direito fundamental à prova é de complexidade tal, que se estende, abrangendo os direitos: “a) de requerer a produção da prova; b) de produzi-la; c) de participar de sua produção (art. 474, CPC); d) de manifestar-se sobre ela (art. 477, §1º e art. 364, CPC); e) bem como o de que sejam apreciadas pelo poder judiciário as provas produzidas” (BRAGA; DIDIER JR; OLIVEIRA, 2018, p. 51).

As considerações supramencionadas se aplicam a todas as espécies probatórias. O Código de Processo Civil aponta seguintes prova em espécies: prova documental; exibição de documento ou coisa; prova testemunhal; depoimento pessoal; confissão; inspeção judicial; e a prova pericial. Essas são as chamadas provas típicas, por estarem expressamente previstas e disciplinadas quanto ao seu modo de produção e utilização. No entanto, não se trata de um rol taxativo, visto que, são admitidos quaisquer meios, desde que lícitos moralmente legítimos, para fazer prova das afirmações de fato (art. 369, CPC). Tais provas por não estarem tipificadas, exigem do juiz, de modo ainda mais diligente, a observação dos princípios do Contraditório, da Proporcionalidade e da Razoabilidade durante a sua produção.

6 Inúmeros julgados podem ser citados, tais como: STJ-AgRg no AREsp 437121/PR (2014), STJ-AgRg no Ag 1.114.441/SP (2010).

3. Documento eletrônico

Provas digitais são documentos eletrônicos (LESSA, 2010), e desse modo, serão aqui tratadas como provas documentais. Observando-se, contudo, a possibilidade de produção de prova digital por meio da ata notarial, que oferece muito mais segurança por atribuir *status* de documento público àquela (BRAGA; DIDIER JR; OLIVERA, 2018, p. 244), bem como a possível incidência da prova pericial quando suscitada para averiguar a veracidade de eventual prova impugnada.

Um texto digital, uma planilha eletrônica, áudio e gravações, vídeo, imagens, depoimento testemunhal online, entre outros, são exemplos de documentos digitais, que se caracterizam como provas eletrônicas, subcategoria da prova documental (LESSA, 2010).

Para que se compreenda o documento eletrônico, faz-se necessário, a priori, definir o que seja documento, que é gênero do qual documento eletrônico é espécie. Carnelutti define documento como *coisa* que tenha capacidade de representar um fato, isso é, meio de representação real, ou objetiva (CARNELUTTI, 2005, p.190). No entanto, tal definição não abarca o documento digital, visto que “coisa” pressupõe um suporte físico, real e tangível no qual os fatos possam se representar. Nesse sentido, é pertinente o esclarecimento feito por Marcacini:

Um conceito atual de documento, para abranger também o documento eletrônico, deve privilegiar o pensamento ou fato que se quer perpetuar e não a coisa em que estes se materializam. Isto porque o documento eletrônico é totalmente dissociado do meio em que foi originalmente armazenado. Um texto, gravado inicialmente no disco rígido do computador do seu criador, não está preso a ele. Assumindo a forma de uma sequência de bits, o documento eletrônico não é outra coisa que não a sequência mesma, independentemente do meio onde foi gravado. (MARCACINI, 1999)

Assim, buscando-se uma definição de documento que atenda aos clamores da modernidade, Braga, Didier Jr. e Oliveira retiram da definição de documento o termo ‘coisa’, para designá-lo simplesmente como “registro de um fato” (BRAGA; DIDIER JR; OLIVEIRA, 2018, p. 207). Através, então, dessa atualização, por meio da qual as novas tecnologias foram enquadradas, parte-se para definição do documento eletrônico propriamente dito. Novamente, Marcacini apresenta grande contribuição à questão ao definir documento eletrônico como “uma sequência de bits que traduzida por meio determinado programa de computador, seja representativa de um fato” (MARCACINI, 1999).

Muito embora o termo 'documento' seja, em regra, associado a textos ou sinais escritos, deve-se esclarecer que tanto os documentos físicos quanto os eletrônicos, nem sempre apresentam essa característica.

Se, por meio eletrônico, o fato tenha sido registrado sob outra forma que não o de texto escrito, como em imagens digitalizadas, vídeos, sons ou qualquer outro meio idôneo e capaz de registrá-lo, não deixará, em virtude disso, de ser documento eletrônico. Em síntese, documento eletrônico é tudo que, armazenado em arquivo digital, seja apto a retratar um fato pertinente ao processo.

Nesse sentido, o *Print Screen* se caracteriza como documento eletrônico, por ser ele a captura, em forma de imagem, do conteúdo presente em tela de aparelho tecnológico (PAULA, 2016, p.15).

No rol das provas típicas, o *Print* está classificado como prova documental, visto que tratar-se de documento eletrônico. Tal classificação faz-se importante, tendo em vista, que admissibilidade do *Print Screen* no processo depende tanto de sua submissão às regras gerais impostas a todas as espécies probatórias, como também as regras específicas impostas a prova documental como espécie probatória singular.

4. Pressupostos de validade do *print screen* como prova processual

4.1. Licitude

A licitude da prova é tema pertinente à Teoria Geral da Prova, de modo que as disposições do Código de Processo Civil se aplicam a todas as espécies probatórias, tornando-as aptas a se inserirem ao processo e a produzir efeitos. Somente pode-se falar em admissão da captura de tela aos autos, como todo o documento a que se pretenda atribuir status da prova no processo, após ter sua licitude reconhecida. Torna-se, então, necessário o conhecimento breve do que seja a essa inicial licitude da prova e as perspectivas teóricas que disputam espaço nesse espinhoso debate de natureza processual.

Via de regra, a doutrina tradicional diferencia prova ilícita de prova ilegítima. A prova ilícita é aquela que viola norma de direito material, sendo capaz de gerar vasta responsabilização em virtude do direito material violado. Já a prova ilegítima, é aquela que viola norma de direito processual, e estão relacionadas com a admissibilidade dos meios de prova (NEVES, 2016). Como explica Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 1.251):

A ilegitimidade, assim, diz respeito ao modo pelo qual a prova foi obtida, em situação na qual o meio de prova em si é jurídico e permitido pela lei, mas a forma de produção da prova é viciada, como a colheita de prova

testemunhal mediante a ameaça de morte ou qualquer outra espécie de coação, bem como a assinatura de contrato sob tortura. A ilicitude se daria quando o próprio meio de produção da prova é injurídico ou imoral, como as gravações clandestinas de conversas telefônicas ou filmagens também clandestinas sem a devida autorização judicial.

Tal distinção mostra-se meramente acadêmica, tendo em vista que a consequência para ambas as categorias de provas apontadas é a mesma, qual seja, a rejeição. Ambas as provas são ilegais e não poderão ser admitidas no processo, conforme previsão constitucional de caráter fundamental descrita no art. 5.º, LVI da Constituição Federal de 1988: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O CPC, em consonância à Constituição, dispõe, em seu art. 369, que as partes têm o direito de empregar “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos” para provar os fatos nos quais se funda seu direito.

No entanto, a clareza do texto constitucional não impediu o surgimento de diferentes interpretações sobre ele, que se consolidaram em três correntes: (i) restritiva, (ii) liberal e (iii) intermediária (NEVES, 2016, p. 1252).

A primeira corrente, qual seja, a restritiva, veda a utilização de provas ilegais em qualquer hipótese, tendo em vista que o texto constitucional não faz qualquer ressalva que permita valorar provas ilícitas em casos concretos. A taxatividade do dispositivo estaria, portanto, impondo o sacrifício da busca pela verdade real para proteger direitos fundamentais. A referida teoria rejeita também a chamada prova ilícita por derivação, que são aquelas que embora não possuam qualquer vício e ilicitude, foram produzidas a partir de outra prova obtida ilicitamente, conforme a teoria da árvore envenenada, *fruits of the poisonous tree* (NEVES, 2016, p.1252).

Contrariando frontalmente a primeira corrente, se coloca a corrente liberal ou permissiva, defendendo que embora a parte que produziu a prova deva ser devidamente responsabilizada, mas isso não há de afetar o caráter e qualidade da prova produzida, pois a busca pela verdade dos fatos e o convencimento do magistrado devem ser prioridade no processo (NEVES, 2016, p.1253-1254).

Por sua vez, a teoria intermediária se posiciona negando a absolutez do princípio constitucional da vedação a prova ilícita, defendendo a ponderação e a proporcionalidade, tornando possível a utilização da prova ilícita, sem prejuízo aos efeitos civis penais e administrativos decorrentes da ilicitude do ato. Essa corrente é a que encontra mais adeptos no cenário doutrinário brasileiro (NEVES, 2016, p.1254).

Esse entendimento trazido pela teoria intermediária, embora retirado do projeto originário do NCP⁷, Foi amplamente debatido pelos processualistas, originando assim o Enunciado 301 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), pelo qual, “aplicam-se ao processo civil, por analogia, as exceções previstas nos §§ 1.º e 2.º do art. 157 do Código de Processo Penal, afastando a ilicitude da prova”. Assim, admitir-se-ia, provas derivadas de outras ilícitas, quando não estivesse evidenciado o nexo de causalidade entre essas, ou se as derivadas pudessem ter sido obtidas por uma fonte que não a ilícita.

4.2. Tempestividade

Cumpra agora reconhecer as disposições legais sobre os pressupostos de aceitação das provas documentais em específico. Analisemos, pois, a admissibilidade da prova documental que será, por conseguinte, a mesma do *Print Screen*.

De acordo com o Código de Processo Civil o momento de produção da prova documental é o mesmo que de sua proposição. A prova documental é produzida pelo autor no momento da instrução da petição inicial, e, do mesmo modo, pelo réu na instrução de sua contestação, eis que “incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações” (CPC, art. 434).

O dispositivo supracitado possui caráter preclusivo, de modo que não juntando as partes ao processo os documentos no momento oportuno estabelecido pelo CPC, não poderão mais serem produzidas provas documentais. Ressalvam-se, no entanto, as exceções apresentadas pelo Art. 435 do Código de Processo Civil, cujo teor possibilita a juntada de documentos que: (i) visem provar fatos supervenientes; (ii) contraponham prova documental produzida pela outra parte; (iii) documentos forem produzidos, ou que se puderam conhecer após as primeiras manifestações processuais das partes. Nesse último caso, deverá ser justificado e comprovado o motivo pelo qual o documento não foi juntado anteriormente e o juiz há de apreciá-lo.

O intuito da disposição contida no parágrafo único do artigo 435 do CPC é, segundo Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p.1309), inviabilizar a juntada extemporânea de documentos com a finalidade de valer-se dela como um “trunfo”, ou uma “carta na manga”, por isso deve a parte justificar as razões pelas quais não houve a juntada nos termos do caput do art. 434 do CPC.

⁷ A Teoria Proporcionalista, amplamente majoritária, teve seu entendimento consagrado pelo art. 257, parágrafo único, do Projeto originário do Novo CPC, ao prever que a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e direitos fundamentais envolvidos (NEVES, 2016, p. 1.255).

4.3. Validade e valoração da captura de tela

Como visto, a admissibilidade da prova documental depende de sua produção nos termos impostos pelo ordenamento jurídico e de sua juntada tempestivamente aos autos processuais, sob pena de preclusão (NEVES, 2016, p.1307-1308). Assim, sendo o *Print Screen* prova documental, será válida a utilização do se sua produção for legal e tempestiva.

A questão acerca da validade do *Print Screen* já está, portanto, elucidada: ele será válido e apto a integrar os autos processuais, sempre que atender aos pressupostos supramencionados. Porém, a grande controvérsia presente nos julgamentos e nos tribunais, diz respeito à valoração desse meio probatório; isso é, sua idoneidade para influir no convencimento do juiz, que é certamente uma das principais finalidades da prova.

O advogado, no exercício de suas funções, busca selecionar as provas que entende mais aptas a embasar os fatos alegados, tendo em vista seu objetivo principal: persuadir o juiz e obter decisão que lhe seja favorável. Portanto, partindo-se da importância da prova na formação do convencimento do magistrado, cumpre verificar através do estudo jurisprudencial, a força probatória que possui o *Print Screen*, em quais aspectos ele tem se mostrado frágil, ou mesmo como pode aumentar sua segurança e por consequência autoridade probante.

5. Força probatória do print screen

O destaque do *Print Screen*, dentre as demais provas digitais, se dá, sobretudo, pela facilidade de sua produção, tendo em vista que através de poucos toques no dispositivo eletrônico o *Print* é produzido, não sendo exigido grandes conhecimentos técnicos para tal. Além disso, por meio dele é possível capturar de maneira instantânea o que a outra parte poderia facilmente retirar do ar, apagar ou editar sem deixar vestígios.

Apesar de a doutrina e a legislação não tenham firmado um conceito exato do que seria o *Print Screen*, ele pode ser definido como sendo, basicamente, a captura de tela de um dispositivo eletrônico, podendo ser equiparada, inclusive, à fotografia, tendo em vista sua capacidade de registro de um fato (PAULA, 2016, p.15). É prova digital justamente porque sua produção se dá por meio de dispositivo eletrônico.

No entanto, diferentemente da fotografia, que é documento em sentido estrito, já que, via de regra, não é feita com o objetivo de ser utilizada como prova no futuro, mas sim registrar um momento, o *Print*, é classificado como *instrumento*, pois é feito “com a finalidade específica de produzir prova futura do ocorrido” (BRAGA; DIDIER JR; OLIVEIRA, 2018, p. 221).

Embora a questão da admissibilidade da captura de tela não seja objeto de preocupação das partes, é preciso pontuar que o direito probatório não se

cinge à questão da admissibilidade. Ora, todo aquele que produz uma prova, o faz com uma finalidade, e a principal delas é a formação do convencimento do magistrado. A admissibilidade do *Print Screen* é tão somente um importante requisito para que esse fim seja alcançado.

Costuma-se apontar que procedimento probatório é dividido em quatro fases, (i) a proposição, por meio da qual a parte formulante requer a utilização de um meio de prova, desse modo, no caso da captura de tela a parte irá requerer o uso de prova documental; (ii) a admissão, por meio da qual o magistrado irá decidir sobre a necessidade, utilidade e cabimento da prova, ou seja, é a fase em que o magistrado decide se a prova será analisada; (iii) a produção, por meio da qual será feita a juntada do *Print Screen* aos autos; e, por fim, (iv) a valoração, ou seja, onde se decide a capacidade de a prova influir no convencimento do juiz (DIDIER JR., 2018, p. 92). O grande problema do uso do *Print Screen* reside na quarta fase, nesse sentido o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE TARIFA DE ÁGUA E ESGOTO. SENTENÇA QUE DECLAROU A PRESCRIÇÃO DECENAL DOS VALORES COBRADOS PELA CONCESSIONÁRIA. APELO PUGNANDO O RECONHECIMENTO DE CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO, EM RAZÃO DE PEDIDO DE PARCELAMENTO DO DÉBITO. TODAVIA, NÃO HÁ PROVA NOS AUTOS DE ACERTO BILATERAL ENTRE AS PARTES NESSE SENTIDO. FOTO DA TELA DE COMPUTADOR, PRINT SCREEN, QUE NÃO POSSUI FORÇA PROBATÓRIA, MORMENTE VINDO AOS AUTOS SOMENTE COM A APELAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO. RÉU QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE SEU ÔNUS, NA FORMA DO ART. 373, II DO CPC/15. ADEMAIS, DEVE-SE OBSERVAR O CARÁTER VINCULANTE DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 1117903/RS. PRESCRIÇÃO DA COBRANÇA DAS TARIFAS PELO SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO QUE OBEDECE A REGRA GERAL DO ARTIGO 205 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, SENDO, PORTANTO, DECENAL. PRECEDENTES STJ E TJRJ. SENTENÇA MANTIDA. (Grifo nosso). (TJRJ, 2019)

Verifica-se, portanto, certa resistência do Tribunal em atribuir valor probatório ao *Print Screen*, de modo que, pelo que se observa, essa modalidade de prova, embora admitida, não tenha aptidão para influenciar na formação do convencimento do magistrado.

5.1. Óbices ao uso do *Print Screen* como prova

Em verdade, o grande problema do documento eletrônico e, por consequência, do *Print Screen*, é a verificação de veracidade de seu conteúdo. Essa parece ser, inclusive, uma das grandes críticas da jurisprudência à essa modalidade de prova, pois, dentre as 23 decisões analisadas, proferidas entre 2016 e 2019 do TJRJ, todas questionaram a veracidade do *Print*, embora sob perspectivas diversas. A primeira delas é a facilidade de adulteração, com o avanço da tecnologia, tornou-se extremamente simples editar uma captura de tela. Não raro, o produtor do *Print*, que é parte interessada no resultado do processo, faz cortes para que apareça aquilo que é mais favorável a tutela que almeja. Nesse sentido, é de suma importância salientar que em uma visão contemporânea, a prova não tem por objetivo somente a formação do convencimento do juiz, mas também visa “permitir que as próprias partes se convençam (i) de que efetivamente são titulares das situações jurídicas que, em princípio, pensam ter e (ii) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fatos subjacentes e tais situações jurídicas” (BRAGA; DIDIER JR; OLIVEIRA, 2018, p. 61).

Desse modo, uma prova editada não teria idoneidade em convencer não só o juiz, mas também a parte adversária, do que se propõe a provar.

Além do corte, que é perceptível à olhos leigos, há também a possibilidade de edição do conteúdo, isto é, a adulteração completa do conteúdo do *Print Screen*. Isso pode ser feito através de aplicativos e programas de uso simples, que sequer exigem conhecimento técnico avançado para seu uso.

Por óbvio, as partes possuem interesse no processo e juntarão aos autos tudo aquilo que as deixem mais próximas de obterem uma tutela jurisdicional favorável a seus interesses. A ânsia por ver sua pretensão atendida, no entanto, não justifica uma atuação desleal e o desrespeito ao princípio da boa-fé, consagrado no art. 5º do CPC de 2015, que dita que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

De todo modo, considerando que o magistrado dificilmente gozará de conhecimento técnico necessário para identificar qualquer adulteração, a mera possibilidade de sua ocorrência já causa grande óbice à força probatória da captura de tela, eis que o convencimento do magistrado não pode se basear em prova tão incerta.

O segundo óbice observado através das decisões do TJRJ, é a juntada da captura de tela aos autos de maneira simplista, sem qualquer explicação de seu conteúdo, a título de exemplo, temos uma decisão em que uma empresa de telefonia juntou aos autos *Print* de seu sistema operacional para demonstrar a inviabilidade técnica de implantar o serviço oferecido ao cliente na região de seu domicílio, no caso em tela o Tribunal indicou que “nada poderia entender” da captura de tela acostada aos autos (TJRJ, 2016a).

A falta de informações na juntada do *Print Screen* foi suscitada também em uma lide em que um motorista de UBER almejava o restabelecimento de sua conta no aplicativo, para isso juntou *Print Screen* da tela de seu celular onde o aplicativo indicava seu afastamento. Para o Tribunal, o *Print* não foi suficiente para comprovar a probabilidade de direito do motorista, eis que “não foram indicados quais os requisitos para que sejam prestados serviços usando a plataforma” (TJRJ, 2018).

Desse modo, a solução desse óbice é simples e óbvia, qual seja, os patronos, ao juntarem a captura de tela aos autos devem se certificar que o juiz, bem como a parte adversária, consiga entender como e por que ela comprova o fato alegado por quem a produziu. Ora, não há como o magistrado formar seu convencimento baseado em algo que sequer compreende.

O terceiro, e mais problemático, é o fato de ser prova produzida unilateralmente. Como bem se sabe, o direito fundamental à prova envolve não somente o direito de produzi-la e de vê-la examinada pelo órgão julgador, mas também o direito de participar da produção da prova e de manifestar-se sobre ela.

Como bem pontua Fredie Didier Jr., Braga e Oliveira (2018, p. 52), “o direito à participação na produção da prova é garantia básica inerente ao contraditório”. É sabido que o *Print Screen* é produzido em poucos toques no dispositivo da parte interessada, não há, portanto, qualquer participação da parte contrária. O óbice é apontado na maioria das decisões do TJRJ, dentre elas:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA E INTERNET POR AUSÊNCIA DE VIABILIDADE TÉCNICA. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE A DEMANDA, POR ENTENDER NÃO TER FEITO O AUTOR PROVA DE FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO. IRRESIGNAÇÃO DO DEMANDANTE. REFORMA QUE SE IMPÕE. Evidentes violações a regras consumeristas. Parte autora que afirmou em sede de exordial, e corroborou em seu recurso de apelação, ter sido vítima de serviço defeituoso prestado pela ré, uma vez que de um dia para o outro, teve os serviços de telefonia e internet suspensos, embora em dia com suas faturas de consumo, trazendo aos autos as contas pagas até o mês de abril de 2013, não tendo a ré contrariado a alegação autoral de assiduidade com seus pagamentos. Da mesma forma, afirmou ter tentado solucionar a questão administrativamente, fornecendo números de protocolo, datas e nomes dos atendentes, não logrando sucesso na resolução do problema. Parte ré que, em sua contestação, não nega a ocorrência dos fatos, admitindo que os problemas narrados pelo autor se

deram em virtude da falta de viabilidade técnica para prestação do serviço de Velox, embora permanecesse efetuando a cobrança daqueles serviços. Concessionária que, visando contradizer os fatos narrados pelo autor, apresenta capturas de tela do seu sistema, onde ali aponta o suposto funcionamento regular do serviço prestado. Prova equivocadamente acolhida pelo magistrado de piso, uma vez que não é admitida pelo ordenamento processual vigente, por se tratar de prova unilateral. Precedentes. Dano moral que restou evidente, tendo em vista que o autor teve que se socorrer da prestação jurisdicional para ver solucionada questão que seria simples para a empresa, experimentando a sensação de impotência e revolta diante da postura abusiva e desrespeitosa da ré. Violação do dever de informar. Consumidor que realizou negócio jurídico para prestação de serviço em local que agora, em sede judicial, a parte ré alega não ter viabilidade técnica, tendo permanecido emitindo faturas de consumo referente a serviço não prestado. Valor reparatório que fixo em 3.000,00 (três mil reais), atendendo o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, e em observância aos precedentes jurisprudenciais desta Corte, corrigido a partir da data da publicação deste acórdão e com juros a contar da data da citação. Obrigação de fazer consistente em restabelecer a demandada a prestação do serviço de telefonia e internet, sob pena de multa diária de R\$ 300,00 (trezentos reais), limitados ao patamar máximo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Restituição, em dobro, dos valores comprovadamente pagos pelo autor referente ao serviço não prestado, uma vez que a conduta da ré/apelada se enquadra perfeitamente no disposto no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, ante a ausência de erro justificável. Valor que deverá ser corrigido monetariamente a contar de cada desembolso e acrescidos de juros de mora a partir da citação. Fica a apelada condenada às custas e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. PROVIMENTO DO RECURSO DO AUTOR. (Grifo nosso). (TJRJ, 2016b)

Em defesa ao uso dessa modalidade de prova, se faz necessário tecer algumas considerações acerca da produção do *Print* e sua relação com o contraditório. O exercício desse direito não se esgota na produção da prova, mas é também exercido através da manifestação a respeito da prova. Conforme o art. 428, I do CPC de 2015, a fé do documento particular cessa quando for impugnada

sua autenticidade e enquanto não se comprovar sua veracidade, desse modo é perfeitamente possível que a parte contrária, acreditando que houve alguma adulteração e que a captura de tela não corresponda à verdade, impugne o documento para que lhe cesse a fé.

Além disso, a produção unilateral do *Print* é própria de sua natureza, não reconhecer força probatória a ele em razão disso torna ineficaz a intenção do legislador em tipificar os documentos digitais. Ora, se a parte contrária não concorda com o conteúdo do *Print*, ela poderá impugná-lo e exercer o contraditório, se não o faz, torna-se fato incontroverso.

De todo modo, devemos nos lembrar que a razão de se recorrer à essa modalidade de prova é, sobretudo, capturar uma situação que poderia ser editada ou apagada pela parte contrária. Pode-se dizer, portanto, que o *Print* é mais do que o registro de um fato, mas também a proteção deste.

Assim, em virtude da fragilidade constatada, a jurisprudência e a doutrina têm apontado uma saída à essa questão: a ata notarial.

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. SERVIÇO DE INTERNET MÓVEL. CONTROVÉRSIA DEVOLVIDA À SEGUNDA INSTÂNCIA SOBRE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROVA INSUFICIENTE DE QUE O SERVIÇO ERA CONSTANTEMENTE PRECÁRIO, BEM COMO NÃO CONSEGUIU O AUTOR ESPECIFICAR O PERÍODO DE SUSPENSÃO, DE MODO QUE RESTA DÚVIDA SE O DECURSO SEM O SERVIÇO PODE SER ATRIBUÍDO À MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS OU CARACTERIZAR BREVE INTERRUPÇÃO. AUTOR QUE TROUXE CAPTURAS DE TELA (PRINTSCREEN) DE SEU SISTEMA INFORMACIONAL, PROVA ESTA QUE NÃO TEM VALIDADE, POR SUA OBTENÇÃO DE FORMA UNILATERAL, PODENDO TÊ-LA CONFERIDO MAIOR ROBUSTEZ REALIZANDO ATA NOTARIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 330 DO TJRJ. SENTENÇA QUE SE MANTÉM. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Grifo nosso). (TJRJ, 2016c)

A ata notarial confere “maior robustez” ao *Print Screen* porque atribui a ele *status* de documento público, aumentando, desse modo, sua idoneidade em influir no convencimento do magistrado. Não obstante à isso, essa modalidade de prova não pode ser considerada panaceia aos óbices ao uso do *Print*, tendo em vista as problemáticas que lhe são próprias e que serão apresentadas adiante.

5.2. Ata Notarial como reforço à captura de tela

A ata notarial, anteriormente tida como espécie de prova atípica, foi devidamente prevista e regulamentada pelo Novo Código de Processo Civil, tendo sido, portanto, afastada sua atipicidade.

Partindo da premissa de que, em síntese, o grande óbice à utilização da captura de tela como prova no processo é a dificuldade em verificar a veracidade de seu conteúdo, a ata notarial mostra-se interessante solução à problemática.

Em resumo, a ata notarial consiste na documentação de um fato, através da sua narração pelo tabelião sobre aquilo de que veio a ter ciência ou que presenciou, atribuindo-lhe fé pública. Assim, poderá o magistrado presumir os fatos ali narrados como verídicos. Nesse sentido: o art. 384 do CPC: “A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.”

Assim, por meio da ata notarial o *Print Screen* ganha *status* de documento público. A distinção tem efeitos práticos, eis que enquanto a fé do documento particular cessa com a mera impugnação de sua autenticidade (CPC, 2015, art. 428), para que cesse a fé do documento público se faz necessário a declaração judicial de sua falsidade (CPC, 2015, art. 427).

Ocorre que a ata notarial é prova de natureza híbrida, eis que apesar de sua forma documental “seu conteúdo é de prova testemunhal, já que o teor da ata será justamente as impressões do tabelião a respeito dos fatos que presenciou” (NEVES, 2016, p.1267). A natureza testemunhal da ata notarial causa-lhe grande fragilidade, tendo em vista o fato de estar sujeita a imprecisões, “seja pela falibilidade da memória humana, seja porque, talvez até sem malícia, pode a testemunha deturpar os fatos com o fito de favorecer a parte” (WAMBIER, 2007, p. 449 apud CHEBATTI e RAVAGNANI, 2016, p. 743).

Além das imprecisões sujeitas à toda prova testemunhal, deve-se destacar que, assim como o juiz, raramente o tabelião terá conhecimento técnico capaz de possibilitar a identificação de adulterações na captura de tela. Ideal seria que a ata fosse produzida não a partir das informações contidas no *Print*, mas sim das que estão disponíveis no próprio dispositivo e na rede de *internet*, no entanto, sabe-se que a outra parte poderia, de maneira imperceptível, editar ou retirar o conteúdo, impossibilitando a realização da ata.

De todo modo, a ata notarial goza de presunção relativa (*iuris tantum*), sendo admissível prova em contrário e, nesse caso, sendo constatada judicialmente a falsidade do documento, seja devido à falsidade do *Print*, seja devido sua adulteração, o instrumento perderá sua força probatória. O próprio cartório poderá ser responsabilizado civilmente, cabendo-lhe o pagamento das perdas e danos, caso haja dolo ou culpa do tabelião no exercício dessa atividade.

Em termos práticos, além da falibilidade decorrente da natureza de prova testemunhal, outra problemática trazida pela ata é o encarecimento do

processo. A título de exemplo, no ano de 2019, segundo a Portaria da Corregedoria Geral da Justiça (CGJ) nº 2358/2018, que instituiu a tabela de emolumentos do Rio de Janeiro, a primeira folha de uma ata notarial, sem conteúdo econômico, custaria R\$172,83, sendo cobrado um adicional de R\$25,86 à cada página excedente. Em caso de ata com valor econômico os valores variaram entre R\$105,43 à R\$1.387,91.

Não obstante a isso, o uso da ata notarial se mostra vantajoso à parte que deseja utilizar o *Print* como prova. Isso porque, para desconstituir a força probatória da ata notarial, será necessário que a parte contrária argua a falsidade da mesma.

O objeto da arguição de falsidade é a análise judicial sobre a autenticidade ou falsidade do documento, cuja conclusão é prejudicial à solução do mérito da causa. É indispensável, todavia, que o documento impugnado seja relevante para o deslinde da demanda principal, bem como que a incerteza envolvida em sua autenticidade seja igualmente ponderável, sob pena de ofensa à economia processual. (MARINHO e ROMÃO, 2016, p. 715)

Assim, o ônus da prova será distribuído de acordo com o art. 429 do CPC de 2015, cabendo à parte que arguir a falsidade documental, ou seu preenchimento abusivo, o dever de comprovar tal alegação (CPC, art. 429, I). O ônus somente seria transferido à parte que produziu a prova no caso em que o que está sendo impugnado é a autenticidade do documento (inciso II do dispositivo supracitado).

O Código de Processo Civil estabeleceu um procedimento para a resolução da arguição de falsidade, a priori, a parte que arguiu a falsidade deverá expor a motivação de sua pretensão, bem como os meios que pretende utilizar para provar sua alegação (art. 431, CPC). A parte contrária poderá ser ouvida em 15 dias e, caso não concorde em retirar a prova dos autos, será realizado exame pericial.

Nesse sentido, o art. 95 do CPC dispõe que a remuneração do perito será adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes. Assim, considerando que o ônus da prova pertence àquele que arguiu o incidente de falsidade documental, deverá ser ele o responsável pelo pagamento dos honorários periciais.

6. A prova pericial

A prova pericial é espécie probatória utilizada quando os fatos envolvidos na causa exigirem um conhecimento técnico específico. Sabendo que o magistrado não possui aptidão suficiente para averiguar todos os fatos trazidos a juízo, introduz-se a figura do perito. Esse é um auxiliar do juiz, especialista num dado campo do saber, que emitirá seu parecer técnico através do laudo pericial. Esse por sua vez poderá ser discutido pelas partes e por seus respectivos assistentes técnicos.

O artigo 464, §1º do CPC, afirma que será dispensada a prova pericial sempre que o fato não depender de conhecimento técnico especial, assim, a *contrario sensu* pode-se dizer que essa se faz necessária quando a comprovação dos fatos trazidos a juízo dependerem de conhecimento técnico. Esse é precisamente o caso do *Print Screen*, cuja veracidade só pode ser atestada por profissional especializado. A prova pericial é, portanto, o meio mais seguro para garantir a força probatória da captura de tela.

Há de se levar em consideração que a produção da prova pericial é a mais dispendiosa economicamente, além de ser a mais demorada e complexa de todo o sistema probatório (NEVES, 2016, p. 1.328). Esse não deve ser, no entanto, argumento contra a utilização do *Print Screen* como prova, tendo em vista que cabe à parte que impugnar sua autenticidade e requerer a perícia, o ônus de arcar com os custos dessa, conforme dispõe o art. 95 do CPC. Pode também o juiz determinar que essa deposite em juízo o valor referente à remuneração do perito, em consonância com a regra da responsabilidade das partes pela antecipação do pagamento referente às despesas com diligências e atos que venham a requerer no processo, ressalvado as hipóteses de gratuidade de justiça, conforme o art. 82 do CPC.

7. Considerações finais

Diante do exposto, embora o *Print Screen* seja prova válida e admitida no processo, a jurisprudência, acompanhando os recortes acima indicados, aponta ser essa uma prova demasiadamente frágil, pouco influenciando no convencimento do magistrado, isso se dá em virtude da facilidade de alteração, de sua juntada de modo defeituoso, suprimindo-se informações de caráter essencial, bem como de sua produção unilateral, o que, em tese, violaria o princípio do contraditório. Nesse sentido, uma possível solução a ser adotada é a utilização da ata notarial que atribui fé pública a esse documento, visando resguardar a autenticidade e veracidade do conteúdo. Se, contudo, a fidedignidade da captura de tela for ainda impugnada, a parte que o fez poderá requerer a perícia, arcando ela com as custas de sua produção.

Apesar das considerações tecidas ao seu respeito, o *Print* se mostra de extrema importância no moderno direito processual, por ser sua produção acessível e, frequentemente, o único e melhor meio de prova que a parte possui

para demonstrar seu direito. Advoga-se, portanto, pela sua utilização, conhecendo-se, no entanto, os riscos que a ela são inerentes.

Referências

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER, Jr. Fredie; OLIVEIRA, Rafael Santos Alexandria de. **Curso De Direito Processual Civil Vol. 2**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CHEBATT, Thiago Fernandes; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. **Considerações sobre a prova testemunhal no Novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER JR., F. (Coord.). Novo CPC Doutrina selecionada, v. 3: Provas. Salvador, Juspodivm, 2016.

CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição**. Gramma, 2016.

FLACH, Daisson. **Motivação dos juízos fático-probatórios no novo CPC brasileiro**. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. Direito probatório. 5. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 879-906.

LESSA, Minussi Breno. **A invalidade das provas digitais no processo judiciário**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14555/a-invalidade-das-provas-digitais-no-processo-judiciario>>. Acesso em: 08 out. 2019.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa **O documento eletrônico como meio de prova**. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>>. Acesso em: 18 set. 2019.

MARINHO, Rodrigo Saraiva Marinho; ROMÃO, Pablo Freire Romão. **A Arguição de Falsidade Documental no Código de Processo Civil de 2015**. In: DIDIER JR., F. (Coord.). Novo CPC Doutrina selecionada, v. 3: Provas. Salvador, Juspodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil, Vol. Único**. Salvador: Juspodivm, 2016.

PAULA, Julieth Corrêa. **Passagens e Materialidades do Fotográfico nas Imagens de Print Screen**. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5457/Julieth%20Corr%c3%aa%20Paula_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 out. 2019

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

RIO DE JANEIRO. Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Tabelas de Emolumentos Extrajudiciais. **PORTARIA CGJ Nº 2358/2018**. Disponível em: <<http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1415195/custas-extrajudiciais-2019.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2019.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. RT, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - A verdade real? - uma crítica ao sincretismo filosófico de terrae brasilis**. Revista dos Tribunais. v. 101. 921. p. 359-392, 2012.

_____, **Verdade e Consenso**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TJRJ. **APELAÇÃO: 0023537-96.2014.8.19.0206**. Relator: Antonio Carlos dos Santos Bitencourt. DJ: 13/04/2016. TJRJ, 2016a. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000481BC9591D07332AC4BF5C613E4EC16F1C504645D181E&USER=>>>. Acesso em: 24 set. 2019.

TJRJ. **APELAÇÃO: 0021950-76.2013.8.19.0205**. Relator: Antonio Carlos dos Santos Bitencourt. DJ: 01/06/2016. TJRJ, 2016b. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00047A6AC217CC305F642A87E75689DF4646C505125C4D40>>. Acesso em 25 set. 2019.

TJRJ. **APELAÇÃO: 0018193-10.2015.8.19.0042**. Relator: LUIZ ROBERTO AYOUB. DJ: 31/03/2016. TJRJ, 2016c. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004EDDB71A4D03E9E95C7B4F49D9B7F0955C5045E504403>>. Acesso em 26 set. 2019

TJRJ. **AGRAVO DE INSTRUMENTO: 0025646-80.2018.8.19.0000**. Relatora: Ana Maria Pereira de Oliveira. DJ: 30/05/2018. TJRJ, 2018. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049CDC864F27CDBE8EA0CCB05F58247D48C50823311A5C>>. Acesso em: 26 set. 2019.

TJRJ. **APELAÇÃO: 0013935-57.2018.8.19.0007**. Relatora: Inês da Trindade Chaves de Melo. DJ: 22/05/2019. TJRJ, 2019. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3879901&PageSeq=0>>. Acesso em: 29 set. 2019.

O uso do 'sistema de precedentes' e o direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais: a necessidade de compatibilização

The use of the 'precedent system' and the fundamental right to judicial decision: the necessity of compatibility

Inara Moisés do Carmo¹
Letícia da Silva Diório²
Matheus Vidal Gomes Monteiro³

Resumo

Acompanhando a previsão de direito fundamental disposto em nossa Constituição Federal de 1988, art. 93, inciso IX, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 elevou a fundamentação a requisito de legitimidade das decisões judiciais, a partir de seu art. 489. Esse mesmo diploma legal, a partir das luzes lançadas para a razoável duração do processo (especialmente desde a EC. 45/2004), recebe notoriedade diante de suas propostas sobre os instrumentos de vinculação decisória, frente aos alarmantes indicadores quantitativos do Poder Judiciário. Tais instrumentos, apontados como a solução para a insegurança jurídica e efetivação da razoável duração do processo, não podem ter o condão de afastar o direito à fundamentação. Daí a necessidade de se compatibilizar as propostas do CPC com as garantias constitucionais e infraconstitucionais destinadas a evitar arbitrariedades judiciais, proporcionando a adequada demonstração da *ratio decidendi* e o cumprimento do dever de coerência, integridade e estabilidade das decisões judiciais. É nesse panorama que se insere a pesquisa, aprofundando-se sobre a proposta do 'sistema de precedentes' do art. 927 e ss. do CPC, com o foco na inafastabilidade das previsões do art. 489 do CPC.

Palavras-chave:

Fundamentação; precedentes; decisão judicial.

1 Discente o Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF-ICHS) e integrante do Grupo de Estudos sobre Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP).

2 Discente o Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF-ICHS) e integrante do Grupo de Estudos sobre Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP).

3 Doutor em Direito. Professor Adjunto do Departamento de Direito (VCI) da Universidade Federal Fluminense (UFF) e líder do GEJCP. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5258647698639534>. E-mail: matheus.vgm@outlook.com.

1. Introdução

O Estado Democrático de Direito, como a própria nomenclatura induz, pressupõe a participação popular no exercício do poder, bem como a submissão ao direito. Essa imposição se estende aos agentes do Estado, que no exercício de suas funções, devem necessariamente acatar ao conjunto de dispositivos normativos previamente estabelecidos.

Tais dispositivos compõem o ordenamento jurídico brasileiro e possuem natureza constitucional ou infraconstitucional. Normalmente, intitulam-se regras jurídicas, ao lado dos princípios jurídicos, formando nosso ordenamento (DWORKIN, 1999). As regras e princípios constitucionais representam o parâmetro para elaboração e adequação de todas as leis (*lato sensu*), e, os direitos fundamentais são a principal ferramenta do Poder Judiciário para atuar na resolução de conflitos e para coibir possíveis ilegalidades cometidas pelo próprio Estado.

Mas, se há um poder que controla os demais e que é legitimado constitucionalmente para fazê-lo, conseqüentemente existem limitações para o exercício do mesmo, caso contrário, se tornaria absoluto. Inúmeras dessas limitações estão presentes na nossa própria Constituição. Importa-nos, neste momento, a obrigatoriedade de o magistrado fundamentar as suas decisões, presente no art. 93, inciso IX da Constituição Federal Brasileira, bem como no art. 489 do Código de Processo Civil brasileiro.

O ato de fundamentar, a grosso modo, está relacionado com a exposição de motivos que o magistrado considerou relevantes para proferir sua decisão, seja ela uma decisão interlocutória, acórdão ou sentença. A fundamentação atua na preservação do Estado de Direito, na medida em que preconiza a imparcialidade do juiz, efetiva o direito ao recurso, estimula a participação das partes na construção da decisão, e sobretudo, concretiza a legalidade da atuação do magistrado, visto que a sociedade consegue verificar como está sendo conduzida a administração da justiça (CONTE, 2016). Felipe Arady Miranda (2014, p. 8), por exemplo, conduz o leitor a imaginar como a prestação jurisdicional seria ante a ausência de tal garantia:

[...] o poder que proporciona o equilíbrio do Estado tem de ser transparente e, por isso, justificativo. O equilíbrio seria quebrado caso o juiz pudesse dizer o direito do caso concreto sem demonstrar a aplicação efetiva do melhor direito; se pudesse retirar do mundo jurídico um ato do Legislativo ou Executivo sem demonstrar que este ato viola a Constituição; que pudesse restringir um direito fundamental do cidadão sem demonstrar que a restrição se justifica diante de um confronto em que sopesava a proporcionalidade e a razoabilidade do caso concreto; que pudesse interferir na esfera de liberdade e do patrimônio do indivíduo sem justificar a interferência.

Isso enraizaria o jargão de que “a parte foi vencida, mas não convencida”. Este Estado não seria democrático, muito menos de Direito.

Ante a imprescindibilidade do direito fundamental à fundamentação, é necessário vislumbrar como é feita a compatibilização deste com outras garantias, principalmente aquelas que preconizam a eficiência da prestação jurisdicional, tais como a razoável duração do processo, incluída pela EC nº 45 de 2004 e o princípio da segurança jurídica (CONTE, 2016; MONTEIRO, 2017).

Pois, com a ampliação do acesso da população ao sistema judiciário, fortemente impulsionado pela previsão de direitos fundamentais na Constituição Federativa da República de 1988 (CFRB), houve um aumento no número de demandas a serem julgadas, o que, em determinado aspecto, sobrecarrega o Poder Judiciário e o imobiliza, bem como tende a comprometer a aplicação das garantias fundamentais processuais. Daí que de um lado, temos a necessidade de garantir um processo justo, coordenado por um juiz imparcial e que observe a tais garantias e de outro, é latente a exigência de celeridade.

Desde 2009 são realizados encontros anuais do Poder Judiciário, sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que visam definir “Metas de Produção”. Nesses encontros, o que se discute são basicamente técnicas de administração a partir dos obstáculos administrativos, legais e processuais que obstam a concretização da duração razoável do processo. Todavia, é necessário possuir cautela durante a criação anual dessas metas, sob pena de, ao tentar imprimir velocidade à prestação jurisdicional, suprimir outros direitos constitucionais fundamentais. Confira:

Decidir se alguém deve ser submetido ao cárcere exige muito cuidado e ponderação, que só podem ser alcançados com tempo para a adequada análise do caso. É necessário tempo para as audiências de conciliação entre cônjuges que se separam ou entre patrões e empregados. Ninguém que vai ao Judiciário gostaria de participar de uma audiência de cinco minutos, espremida no meio de outras dezenas porque há um prazo fixado de cima para baixo para que o juiz cumpra cegamente. O mesmo se diga para decisões sobre meio ambiente, direitos do consumidor etc. Todos estes processos exigem tomar em consideração os diversos lados da questão, ponderar sobre a melhor resposta possível à luz da Constituição, o que não é possível se o juiz tem sob a sua guarda milhares de processos para processar e julgar. (BOLLMANN, 2013, p. 04)

A estandardização do Direito, como Streck (2016a) denomina, fez crescer assustadoramente o número de causas repetitivas que adentram o judiciário, nestas ações as partes e patronos representam o fator variável, mas a lide é sempre a mesma. E é nesse contexto que são inseridos instrumentos que visam acelerar a prestação jurisdicional, como as súmulas vinculantes, sentenças-padrão, uniformização de jurisprudência e por aí vai.

O objeto do presente estudo é a “novidade” implantada em 2015 pelo Código de Processo Civil, o “Sistema de Precedentes”. Ele pode ser interpretado como um dos instrumentos de vinculação decisória que se propõe a resolver os dilemas relacionados a duração razoável do processo e a insegurança jurídica. Ademais, trata-se de uma importação do *common law*, tradição pautada na observância do direito consuetudinário.

A pertinência em estudar o referido instituto verifica-se a partir da aplicabilidade muitas vezes errônea por parte dos magistrados, bem como por causar opiniões divergentes entre os mais renomados processualistas brasileiros (a ponto de alguns nem acreditarem na implantação do sistema, ante a comparação com sua aplicação no *common law*) e principalmente, no perigo que pode representar ao direito fundamental a fundamentação das decisões judiciais. A metodologia aplicada é majoritariamente bibliográfica e, na medida em que se justificar plausível sua aparição, também jurisprudencial.

2. O sistema de precedentes

O suposto Sistema de Precedentes incorporado pelo Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu um paradigma obrigatório que vincula a decisão do magistrado a outras decisões proferidas por Tribunais Superiores a casos análogos. Seu objetivo principal é que as decisões que versem sobre os mesmos temas e que possuam circunstâncias similares não destoem umas das outras, mantendo uma coerência e integridade entre si.

No CPC/73, já revogado, havia a previsão do incidente de uniformização de jurisprudência nos artigos 476 a 479, cujo objetivo era o de evitar que num mesmo momento histórico, sem grandes variações das condições culturais, políticas, sociais e econômicas, o mesmo dispositivo fosse diferentemente interpretado, de maneira a se aplicar a casos semelhantes teses jurídicas divergentes ou opostas (NUNES, 2016).

A diferença é que a partir de 2015, o Código de Processo Civil contempla também os precedentes vinculantes, que ao contrário dos persuasivos, não apenas orientam o juiz dentro de sua discricionariedade, mas vinculam suas decisões tanto quanto a lei e representam sobretudo, uma maneira de controlar a legitimidade de sua interpretação de forma democrática (DIDIER JR et al, 2015).

Tradicionalmente, o Brasil segue o sistema do *civil law*, que prestigia a preponderância da lei, em detrimento de outras fontes do direito. Contudo,

verifica-se atualmente uma recíproca aproximação entre esta e a tradição do *common law*, majoritariamente pautada nos costumes e na jurisprudência. Isso se justifica principalmente pela necessidade de conquistar a imprescindível segurança jurídica. Não raro, aqueles que apoiam a referida aproximação, com a incorporação do Sistema de Precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, defendem a seguinte perspectiva:

No plano jurisprudencial, estamos diante de uma loteria, ou seja, a sorte dos jurisdicionados está relacionada com o juiz ou tribunal que irá julgar o caso, pois diante de uma mesma regra jurídica ou princípio existem diversas interpretações diferentes. (RAMOS, 2013, p. 04)

Para tanto, o CPC previu que:

Art. 489. §1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:⁴

VI. deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento

Em contrapartida ao dispositivo citado, caso o intérprete deixe de aplicar precedente ou súmula, deve o mesmo, através do *distinguishing*, demonstrar as distinções fáticas que justificam a sua não aplicação ou a superação⁵ do precedente invocado (DIDIER JR et al, 2015, p. 341).

É importante ressaltar também que o referido dispositivo só é aplicável aos precedentes vinculantes. E a partir dele, não se está mais a falar de uma discricionariedade do juiz, mas de uma imposição proposta pelo poder legislativo

4 Complementando: “As hipóteses descritas nos incisos do art. 489, § 1º, do CPC, são exemplificativas, na medida em que elas visam a concretizar um direito fundamental – o direito à motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). O rol não poderia, por isso, ser considerado taxativo. Isso significa que há outras situações em que a decisão, a despeito de conter motivação, considera-se não-fundamentada” (DIDIER JR et al, 2015, p. 327-328).

5 Como nos ensina Didier, há duas formas de superação de um precedente: “*overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante que é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. (...) Há *overriding* quando o tribunal limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial” (DIDIER JR et al, 2015, p. 340).

ao judiciário (STRECK, 2014, 2016b). Contrariar tal regramento seria atentar contra o Estado Democrático de Direito.

Via de regra, por força do art. 489, §1º, VI, casos semelhantes darão ensejo a consequências semelhantes. Entretanto, caso reste configurada alguma atipicidade do caso concreto, o juiz deverá elucidá-la a fim de justificar o porquê da não utilização do precedente vinculante. A finalidade é produzir uma decisão com o maior grau de objetividade possível, limitando o convencimento motivado dos juízes, que agora devem seguir os precedentes não apenas como recomendação, mas sobretudo em respeito ao que foi produzido anteriormente. Ademais, são considerados precedentes obrigatórios:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (CPC, 2015)

3. A criação do precedente à luz do sistema previsto no cpc

Um precedente genuíno, para o *common law*, é aquele que nasce de uma decisão emanada para resolver determinada disputa do caso concreto. E, portanto, ele sempre vem acompanhado da contextualização e justificação casuística. Apenas depois de ser reiteradamente utilizado para resolver casos posteriores, poderá ganhar o *status* de precedente (ABBOUD, STRECK, 2014).

Um dado preocupante, nesse ponto, é que de fato, os instrumentos de “uniformização de jurisprudência” mais recentes subvertem o conceito do que seja “precedente”, ignorando que a sua formação é mais cultural e pragmática do que impositiva. (SCHMITZ, 2013, p. 321)

O problema é quando já no processo de elaboração da ementa, o magistrado, consciente de que a sua decisão poderá vir a ser utilizada diante de casos futuros, elabora uma resposta que abranja em si mesma outras hipóteses de aplicação. Isto negligencia o raciocínio jurídico, pois um discurso já fabricado estaria substituindo a fundamentação da decisão, que em tese, haveria de ser criada pelo magistrado. Cabe ao juiz posterior, aquele que está julgando no presente, a decisão de adotar o precedente ou não. Não deve se constituir uma imposição do juízo anterior, como no caso da Súmula (PORTO, [2006?]).

É justamente nesse ponto que se extrai a primeira grande crítica deste trabalho. O CPC previu um rol de decisões aptas a criar um precedente, como se pudesse realizar uma análise anterior da importância que determinado ato judicial terá no plano jurídico. E como se viu no capítulo anterior, pouco importa a qualidade, consistência e integridade da decisão em se tratando de precedentes vinculantes. Mostra-se intolerável às diversas teorias do direito e também ao *checks and balances* que uma mera decisão possa conter em si a força de uma lei para solver diversos outros casos. Intolerável o é porque a norma decisória nunca pode ser criada em abstrato, devendo observar as especificidades do caso concreto (STRECK, 2014).

4. Interpretação não é mero silogismo

A fim de nortear a segunda crítica, é imprescindível abandonar a noção equivocada de que o ato de julgar é mera subsunção dos fatos à lei. A referida concepção é antiga e oriunda do período positivista. Trata-se, pois, de um raciocínio lógico-matemático que há muito não combina com o arcabouço processual norteador por garantias. O direito contemporâneo reflete uma prática interpretativa, de cunho hermenêutico (STRECK, 2014).

No processo interpretativo do direito, o caso é a mola que move o intérprete e dá a direção. Sobre essa base [fática], dirige-se ao direito para interrogá-lo e receber uma resposta. Do caso, o intérprete procede à procura das regras e ao caso retorna, em um procedimento circular (assim chamado 'círculo interpretativo') de recondução bipolar que encontra sua paz no momento em que se compõem de modo satisfatório as exigências do caso e as pretensões das regras jurídicas. (SCHMITZ, 2013, p. 218)

E assim como a lei, os precedentes não podem, através de mero silogismo, solucionar o caso concreto. Ambos dão ensejo a uma gama de sentidos atribuíveis e que podem render aplicações diversas. Eles sempre carecem de interpretação e compreensão, e exatamente por isso, não deve haver diferença ontológica entre eles (STRECK, 2014). Assim, o perigo que reside na adoção de um precedente pela simples transcrição de sua ementa é o de a

decisão se tornar uma mera busca de um julgado conveniente à vontade de quem julga. No plano fático, funciona como se o juiz tivesse a seu dispor vários repertórios eletrônicos de jurisprudência e pudesse escolher aqueles que confirmam sua tese e negar os que infirmam (STRECK, 2016a).

A fim de inibir tal situação, o próprio CPC previu um dispositivo para tornar nulas as “falsas fundamentações”:

Art. 489. §1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

IV - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

É importante compreender tal dispositivo pois ele representa uma limitação ao próprio Sistema de Precedentes implantado pelo CPC. A busca por celeridade não deve ocorrer a qualquer custo, principalmente porque está-se tratando de um direito fundamental que pode ser lesionado - o direito à fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF).

Se interpretado concomitantemente ao art. 93, IX da CFRB, depreende-se que a decisão que se limitar a invocar precedente, seja ele vinculante ou não, será nula. Vale dizer, o que existe é uma fundamentação artificial, aparentemente padronizada e apta a justificar qualquer ato decisório. Estaria, pois, o julgador deixando de cumprir com seu dever funcional, uma vez que cabe a ele exclusivamente interpretar a situação jurídica, tendo por base os fatos da causa para posteriormente decidir.⁶

Por fim, Streck (2014), ao diferenciar hermeneuticamente os conceitos de texto e norma, chegou às seguintes conclusões: a aplicação de uma norma ao caso não pode ser resumida a interpretação de um texto; e a norma é norma para o caso presente, perante os futuros, será somente texto.⁷

6 Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 326), por exemplo, entendem que ausência de fundamentação implica invalidade da decisão, e, ao reconhecer que a “inutilidade ou deficiência da fundamentação equivale à ausência de fundamentação”, relacionam tal afirmação à previsão normativa indicada, entendendo-a como exemplificadora de “situações em que a decisão, porque deficientemente justificada, considera-se não-fundamentada”. Portanto, para os autores, as hipóteses do §1º do art. 489 não “causam” a inexistência da decisão judicial, mas sua nulidade.

⁷ Daí a observação de Streck e Delfino (2016, p. 891-892): “O que deve ser dito é que o legislador fez uma homenagem ao caso concreto. Mesmo que haja vinculação por intermédio de provimentos vinculantes, sempre restará o caso concreto e suas especificidades. Logo, se um acórdão for utilizado para dizer que, neste caso, o juiz deve

5. Riscos oriundos da concentração de poder nas instâncias superiores

Streck (2016a, 2019) atenta-se também para as consequências a longo prazo da implantação de um Sistema de Precedentes “à brasileira”. Ele teme pelo deslocamento de toda a atribuição de sentido às leis para os Tribunais Superiores, pela simplificação do direito ao estudo de teses, desconsiderando todo o estudo hermenêutico já produzido; e o retorno ao positivismo (às avessas), agora das teses.

As instâncias superiores gozam da autoridade conferida pela experiência de seus integrantes e supostamente, o notório saber jurídico. Organizam-se em órgãos colegiados a fim de estarem aptos a rever as decisões monocráticas proferidas em sede de primeiro grau.

Imagine que um sentido já foi outorgado a uma norma em sede recursal, num órgão colegiado. Num segundo momento, poderia (ou não) ocorrer a criação do precedente, através da aplicação da “norma” criada, agora em instância inferior. Como a norma já foi delimitada pelas Cortes de Vértice, o juiz não mais a interpretará, apenas a aplica, ou não. Logo, o juiz somente engendrará esforços para interpretar uma norma quando a Corte Suprema ainda não o tenha feito, caso contrário, estará de todo modo encarregado de buscar apenas os restos de sentido (ABBOUD, STRECK, 2014; RODAS, 2015).

Afinal, de onde emana a autoridade do precedente? Por que somente os “Tribunais Superiores” criam precedentes? E os juízes e Tribunais do baixo escalão não teriam a mesma responsabilidade política de manter a coerência e a integridade do Direito? (RODAS, 2015, p. 14)

É inegável que, como majoritariamente vem sendo aplicado, não é o conteúdo do precedente que norteia sua aplicação, mas a figura de autoridade que o criou previamente. Trata-se da redução de toda a complexidade do direito a um Sistema de Precedentes supostamente claros e precisos que possuem o condão de tornar desnecessária qualquer atividade interpretativa posterior.

aplicar o direito do mesmo modo que determinado Tribunal, então o juiz deverá fazer a comparação entre o caso invocado e o caso que tem a sua frente para o julgamento. No caso de uma súmula, deve ser buscado o DNA dos casos que conformaram a formatação do respectivo enunciado. Se for invocado um precedente, é necessário examinar de que modo ele vincula e quais os modos de distingui-lo de outro caso. Veja-se, novamente, o problema da adoção de um instituto – o precedente – sem o devido acautelamento em face das especificidades de um complexo sistema jurídico como é o brasileiro, o dispositivo é bem-vindo porque evita a citação descontextualizada de casos julgados por outros tribunais, assim como evita que súmulas sejam juntadas e invocadas sem o cuidado com o seu DNA.”

Nesse ponto, cabe relembrar que todo juiz, de qualquer grau, é um garante de direitos fundamentais.

6. O problema da fundamentação propriamente dito

Tecidas algumas considerações críticas acerca dos riscos que envolvem a incorreta criação e aplicação dos precedentes, faz-se necessário diferenciar a fundamentação válida de suas simulações. Em que pese os magistrados brasileiros estarem adaptados a fazerem uma breve remissão ao texto normativo em que se baseiam para decidir, fundamentar é diferente de explicar. Aplicar a norma que lhe pareceu adequada sem justificar sua escolha não explicita o motivo da decisão. Incumbe ao juiz as seguintes tarefas: elencar o porquê acolheu as razões do vencedor, bem como afirmar os motivos que o levaram a rejeitar a interpretação da parte sucumbente.

Assim, também parece ser necessário relembrarmos o que é perceptível ao operador do Direito: a fundamentação da decisão judicial possui maior relevância aos olhos do vencido, e não do vencedor (SCHMITZ, 2015, p. 245; DIDIER JR et al, 2015, p. 336). E, principalmente a partir dessa ótica, não pode haver dúvidas de que fundamentar uma decisão judicial “envolve explicar o porquê, e o porquê não”, abrangendo não apenas a exaltação dos motivos do vencedor, mas também a demonstração da impropriedade ou a insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito utilizados pelo vencido (SCHMITZ, 2015, p. 246; STRECK, DELFINO, 2016, p. 886-888; CÂMARA, 2018, p. 286).⁸

Depreende-se, nesse panorama, que a fundamentação nem precisaria estar disposta no texto constitucional, pois advém do princípio do contraditório, compreendido justamente como o direito de obter respostas a todas as questões elencadas no processo. Ele é assegurado tanto a parte vencida quanto a vencedora.

Com o advento da Lei nº 11.419/2006, bem como a mudança nas relações pessoais e profissionais através da internet, é incomum imaginar o Direito sem relação com o meio virtual. Tal aspecto possibilitou a implementação de atos processuais de forma eletrônica, observando principalmente os princípios do acesso à justiça e da celeridade processual, facilitando cada vez mais a proximidade populacional com o arcabouço jurídico. Acerca do tema, reputam-se às palavras de Maurício Ramires (2009, p. 14):

Tornou-se muito mais fácil encontrar respostas para dilemas jurídicos através de consultas a mecanismos

⁸ Assim também como previsto pelo Enunciado 523 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “O juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações deduzidas pelas partes capazes, em tese, de infirmar a decisão, não sendo suficiente apresentar apenas os fundamentos que a sustentam.”

eletrônicos de buscas de julgados na internet, bastando para isso digitar algumas palavras chaves e clicar um botão.

Se antes para ter acesso a uma decisão de um caso concreto era necessário realizar uma busca dentre vários processos físicos, estudando os aspectos que poderiam ensejar uma fundamentação análoga a ser utilizada no caso concreto, hoje basta que o julgador aponte as palavras chaves de um tema, para realizar a busca de uma “jurisprudência” adequada. A decisão é construída de forma ágil e sem atenção às especificidades de cada caso, mas ainda assim o magistrado crê estar descobrindo ou replicando um “precedente”.

Embora se tenha a ideia de que a utilização de “precedentes” vislumbra a proteção da isonomia jurisdicional, a destreza do julgador poderá ocasionar situações questionáveis, nas quais a hermenêutica acaba por ser desdenhada e os casos concretos podem ser decididos com base em ementas facilmente encontradas através da busca de palavras chaves, com mera redução à termo de um caso pretérito, conciliando para o caso presente dentro de suas possibilidades.

A facilidade de acesso aos julgados pretéritos e o resumo das suas ementas, pode inviabilizar o raciocínio jurídico, vez que os pontos precípuos da decisão já estão previamente conhecidos pelo julgador – que extrai de um caso concreto pontos chaves capazes de solucionar casos futuros, ainda que ao compará-los, as semelhanças sejam mínimas – ocasionando a mera aparência de fundamentação, respaldada por parcelas de discricionariedade e subterfúgios argumentativos velados por convicções pessoais, mediante decisão já conhecida. Em episódio mencionado por Lenio Streck podemos ver um claro exemplo do perigo de encobrir o caso presente em um enunciado vago do caso precedente:

Uma juíza brasileira, ao analisar situação em que dois indivíduos foram presos em flagrante ao invadirem a casa de uma pessoa manifestamente pobre e tentarem furtar objetos com valor estimado em R\$ 100, 00 (mais um aspirador de pó) rejeita a denúncia oferecida pelo Ministério Público, sob o fundamento de que o fato seria insignificante. Ela fundamenta sua decisão com base na ementa de um julgado de um Tribunal de Justiça. O caso que deu origem ao precedente dizia respeito a uma subtração praticada por empregada doméstica na residência de classe média onde trabalhava e a *res furtiva* se limitava a uma oração de Santo Expedito e dois porta-retratos. (STRECK, 2006, p. 170-174 apud ROSA, 2016, p. 85)

Não é necessário um esforço mental muito grande para aduzir que o caso originário do precedente em nada se assemelha ao segundo. Sendo assim, há indícios de que a decisão já se encontrava delineada previamente pela magistrada, e o que ela precisava era de algum argumento para confirmar sua tese, qual seja, a de que sobre pequenos furtos recai o princípio da bagatela.

Pode-se dizer, portanto, que a prática constante de reproduzir casos previamente conhecidos, adaptando a um caso futuro, afasta a possibilidade de argumentação e interpretação das decisões judiciais, resultando na propagação de ementas escassas da necessária demonstração de sua relação com o conteúdo fático do caso em análise. O aspecto jurídico fica reduzido a busca incessante por palavras chaves comuns que podem ser retirados do que foi decidido antes, encaixando na decisão de um caso concreto atual, isto é, não se verifica as questões do direito e, sim, qual conteúdo ementário será possível de encaixe.

Conforme já mencionado, a cultura de “precedentes”, cujo objetivo principal para sua introdução no Brasil é a uniformização de entendimentos a fim de priorizar certa celeridade nas demandas, diante de sua aplicação questionável, se torna em uma cultura de ementas padrões, adaptáveis de acordo com suas palavras chaves mais relevantes.

Inúmeros recursos em sede de instâncias superiores possuem decisões em que consta a seguinte frase: “A decisão agravada está correta e alinhada aos precedentes firmados por esta Corte.”⁹ (STRECK, 2016b). Nesses casos, não há que se falar em falsa fundamentação, pois nem isso existe (STRECK, 2016b). A limitação da argumentação a uma frase representa, sob o ponto de vista constitucional e legalista, grave violação aos ditames do art. 93, IX da CRFB bem como do art. 489 do CPC, que considera nulas as decisões eivadas do vício da fundamentação aparente, dentre as quais, se encontra justamente aquela que se limita a invocar precedente.

7. Considerações finais

O desdém conferido à fundamentação das decisões judiciais por parte de todo o Sistema Judiciário notadamente acarreta um aumento considerável no número de casos resolvidos e processos julgados. Em contrapartida, segurança jurídica e pacificação social se tornam meros discursos teóricos.

A aplicação mecanizada de teses para casos que guardam algum resquício de similitude representa flagrante violação à CRFB, além de colocar em risco todas as garantias inerentes à marcha processual. No dia a dia do foro, o art. 93, IX é totalmente ignorado, a fim de que se possa exterminar o acervo de processos e conferir ao Sistema Judiciário brasileiro o título de célere.

⁹ Referência à decisão do Min. Barroso no julgamento do RE 992.299 (STRECK, 2016b).

A questão que normalmente tem se demonstrado caso é uma despreocupação com as garantias processuais, com o desenvolvimento de uma relação jurídica processual constitucional. A celeridade e a eficiência são buscadas a qualquer custo, ainda que sejam impliquem na inobservância das garantias constitucionais. Tais garantias, previstas de maneira incisiva no texto da CRFB, restam prejudicadas, arrastando em prejuízo também o implemento de uma Democracia efetiva e real.

Se os Tribunais continuarem a se restringir ao mundo das teses, o indivíduo perderá totalmente seu poder de influir na decisão, visto que ela sempre partirá de uma hierarquização meramente jurisdicional que inviabiliza a aplicação do devido processo legal. Talvez este seja o principal reflexo de incorporar uma teoria que nada se adequa as peculiaridades do Sistema Judiciário brasileiro. Os mecanismos oferecidos pelo *common law* só são de grande valia se adaptados à realidade local.

Não há que se falar em processo constitucionalmente adequado quando a fundamentação não aponta para a observância de todas as garantias mínimas que o compõem, que dirá então no caso de sequer existir fundamentação. Nesse ponto, há uma primazia do dever de fundamentação perante os demais, pois a própria fundamentação denuncia toda aplicação errônea de precedentes, bem como o desrespeito às garantias processuais (MONTEIRO, 2017).

Em que pese as críticas expostas acima, a existência de alguns parâmetros decisórios construídos em sede de tribunais superiores é uma prática saudável e necessária. Entretanto, a supervalorização dessas teses acarreta sua má utilização. Uma ementa não é nada mais que um instrumento criado para proporcionar a catalogação da decisão em repertórios jurisprudenciais, isto é, trata-se de uma facilidade para obter acesso à informação contida em uma decisão, e apenas isto.

Quando resta previsto e pacificado que alguns provimentos judiciais são ao mesmo tempo ponto de partida e de chegada e devem ser observados pelo magistrado ao solver disputas judiciais, há, segundo Streck (2014; 2016a; 2016b), um processo de afastamento da centralidade legislativa do ato decisório. Consequentemente, isso implica num decréscimo de apreço pela legislação e, principalmente, pela Constituição Federal.

No decorrer do presente artigo, pôde ser observado como a própria CFRB é colocada à margem das decisões para dar espaço aos provimentos judiciais proferidos no âmbito do próprio Poder Judiciário. A grande questão é que o CPC aposta um tanto demais nas instâncias superiores do judiciário brasileiro, como se eles sempre decidissem bem. Entretanto, lhes foi conferido tal poder sem que tenham adquirido legitimidade para obtê-lo, afinal, não existe no Brasil uma jurisprudência íntegra e coerente. Sendo assim, há um deslocamento do objeto-problema, que ocorre na medida em que, para resolver um problema qualitativo, cria-se um instrumento de limitação interpretativa

direcionado às instâncias inferiores. Citando novamente Streck (2014), é notável o risco de ser estabelecida dentro dos próximos anos uma “Juristocracia”.

Referências

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BOLLMANN, Vilian **CNJ deve rever definições de metas para o Judiciário**. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-29/vilian-bollmann-cnj-rever-definicoes-metas-judiciario>>. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil**: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição. Gramma, 2016.

DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

MIRANDA, Felipe Arandy. **A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do estado constitucional**. Brasília: IDP, 2014.

MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. **Hermenêutica e Argumentação: da construção à explicitação da resposta correta.** Rio de Janeiro, 2017, 1.278 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2017.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Precedentes judiciais vinculante no Novo Código de Processo Civil.** Revista dos Tribunais. 2016. RT VOL.970 (AGOSTO 2016). Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RTrib_n.970.05.PDF>. Acesso em: 07 out. 2019.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. [2006?]. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>. Acesso em: 07 out 2019.

RAMIRES, Maurício. **A invocação de precedente jurisprudencial como fundamentação de decisão judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas de *civil* e *common law* no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica.** São Leopoldo, 2009, 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) Universidade Vale do Rio dos Sinos, 2009.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. **Teoria dos Precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual.** Jus Navigandi. Teresina, ano 18, 31 de maio de 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em 07 de outubro de 2019.

RODAS, Sérgio. **Juiz só deve seguir jurisprudência pacificada de tribunais superiores, diz Fux.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-17/fux-juiz-seguir-jurisprudencia-cortes-superiores>>. Acesso em: 07 out. 2019.

ROSA, Fernanda Néri. **Precedentes judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de fundamentação descontextualizado.** Uberlândia, 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Uberlândia, 2016.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Compreendendo os "precedentes" no brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões.** Revista de Processo. Vol. 226. p. 349. Dez/2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Win/Downloads/Compreendendo_os_precedentes_no_brasil_F.pdf>. Acesso em: 07 out. 2019.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio Luiz, **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2014.

_____, **Anexo: complemento da quatrologia sobre “precedentes no brasil”**. Coluna Senso Incomum – Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 2016a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/anexo-senso-incomum.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2019.

_____, **Precedentes? Decisão de 4 linhas do STF contém três violações ao CPC**. Coluna Senso Incomum – Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 2016b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-10/senso-incomum-precedentes-decisao-linhas-stf-contem-tres-violacoes-cpc>. Acesso em: 07 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio et al. Capítulo XIII - **DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA**, Seção II - Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

O Ministério Público da Colômbia, Equador, Paraguai e Peru

Cora H. M. da S. Hagino¹

Jullia A. F. T. Ferreira²

Juliana de C. dos Santos³

Resumo

O objeto de estudo desta pesquisa é o Ministério Público da América do Sul, em especial nos seguintes países: Paraguai, Peru, Colômbia e Equador. Utilizamos o método comparado e a análise documental das Constituições sul americanas e as leis orgânicas do Ministério Público. O objetivo do trabalho é observar entre os Ministérios Públicos sul americanos qual seria o mais independente de outros poderes (Judiciário, Executivo e Legislativo), além de comparar suas atribuições e modo de funcionamento. Como resultado, podemos apontar que o Ministério Público do Paraguai é o mais dependente entre os órgãos estudados, por estar situado dentro do Judiciário e sofrer ingerências do Executivo. Por outro lado, a instituição mais independente entre as analisadas é o Ministério Público do Equador, porque sua recente Constituição o colocou totalmente independente dos outros poderes do Estado e ainda possui autonomia econômica, financeira e administrativa. Esta análise contribui para se repensar o papel do Ministério Público brasileiro e seu grau de independência.

Palavras-chave:

Ministério Público. Independência. Autonomia.

1. Introdução

O presente artigo busca discorrer a respeito da estrutura organizacional interna do Ministério Público, ponderando sua autonomia, e a atuação funcional do *Parquet* de diferentes países sul-americanos, sendo estes, respectivamente: Colômbia, Equador Paraguai e Peru. Esta se dará através de uma análise de perspectiva comparada, propondo-se a apresentar sua funcionalidade, discorrendo suas similaridades e divergências no âmbito ministerial. Destarte, o enfoque da demanda se concentrará na independência do órgão do Ministério Público e suas variáveis, bem como a autonomia dos promotores.

1 Docente do Curso de Direito do Unifoa.

2 Discente do Curso de Direito do Unifoa.

3 Discente do Curso de Direito do Unifoa.

Ao final, depois de percorrido isoladamente a atuação de cada Ministério Público, será realizada uma avaliação conclusiva cujo objetivo se concentrará nas relações de independência dos *Parquets* estudados, de modo que seus pressupostos se dividiram em dois aspectos, dos quais: o que denota maior independência ministerial e o de menor independência ministerial frente aos demais países, considerando suas garantias constitucionais.

Metodologicamente, para elaborar o estudo utilizamos o método comparado e a análise documental das Constituições sul americanas e suas respectivas leis orgânicas.

2. O Parquet Colombiano

É fato que o *Parquet* colombiano tem atribuições similares ao do Brasil. No entanto, quando comparado ao Ministério Público brasileiro tais atribuições se dividem em dois órgãos na Colômbia. De um lado, o Ministério Público que tem como competência resguardar o interesse público, fiscalizar os funcionários públicos e atuar na proteção dos direitos humanos. E do outro, a *Fiscalía General de la Nación* que tem como objetivo de trabalho a área penal, recebendo a função de atuar na área criminal e administrativa da justiça, investigando os delitos e acusando os supostos infratores da lei diante dos tribunais e juízes federais. A *fiscalía* age seja por ofício ou por provocação.

O Ministério Público recebe autonomia orçamental na forma descrita pelo Estatuto Orgânico do Orçamento Nacional e a Constituição. Todavia, como dito anteriormente, existe a *Fiscalía General de Lá Nación*. E esse órgão é vinculado ao Poder Judiciário o que restringe a sua autonomia. Mesmo assim, a Constituição garante sua independência administrativa e orçamentária, que também explicita que a *Fiscalía* está inclusa entre os órgãos de administração da Justiça.

Na Colômbia, no que tange à área Criminal, é adotado o sistema processual penal de forte teor acusatório, desde 2002, que veio para substituir o procedimento anteriormente usado, o misto. Já a presidência das investigações fica a cargo dos fiscais (termo usado para quem se equipara aos promotores brasileiros). Enquanto o *Fiscal General de Lá Nación* (espécie de procurador geral da república) fica encarregado de comandar a polícia judiciária e assim dirigir as investigações (FURTADO, 2014).

Além dessas atribuições, o Ministério Público colombiano é responsável por vigiar o funcionamento da administração pública com o objetivo de resguardar o interesse dos cidadãos e de proteger os direitos humanos. Outro ponto que merece destaque é o fato da Defensoria Pública ser atrelada ao Ministério Pública na Colômbia.

Já a respeito do ingresso no *Parquet* da Colômbia, é feito através de concursos públicos de mérito para que seja garantido o que está expresso na

Constituição que garante a igualdade para o ingresso de funcionários neste órgão. E sobre o mandato dos que se assemelham ao Procurador geral brasileiro; como na Colômbia tem duas entidades que formam o que entendemos como Ministério Público, há também dois representantes que ocupam o cargo por quatro anos o *Procurador General de lá Nación* que fica à frente do Ministério Público e o *Fiscal General de lá Nación* que chefia a *Fiscalía General de lá Nación* e tem sua recondução vedada após o término estabelecido constitucionalmente.

3. Ministério Público do Equador

O Ministério Público do Equador denomina-se *Fiscalía General Del Estado* e é como afirma a Constituição, uma instituição una, indivisível e independente em relação ao Poder Judiciário. A Constituição afirma que esse órgão de controle não deve estar inserido em nenhum dos poderes, sejam eles o Legislativo, o Judiciário ou o Executivo. Estando então ao lado de órgãos como a Controladoria-Geral do Estado, a Comissão de Controle Cívico da Corrupção e também junto da Procuradoria-Geral do Estado.

Sob a perspectiva da autonomia fica explicitado no artigo 194 da Constituição do Equador de 2008 que sob o comando do Fiscal General (Procurador-geral) o *Parquet* do Equador tem autonomia econômica, financeira e administrativa, pois o Ministério Público elabora, ele mesmo sua proposta orçamentária e a encaminha ao Ministério da Economia e Finanças.

A característica que diferencia o Ministério Público equatoriano do brasileiro assim como dos outros países que são estudados nesse compêndio, é o fato de atribuir exclusivamente atuação no âmbito penal. Logo, a atribuição deste será apenas na área criminal, não tendo assim previsão de representação em feitos de natureza civil, trabalhista, nem mesmo eleitoral (ALMEIDA, 2014). Sendo assim, dentro da sua área de ação, é papel do Ministério Público dirigir as investigações criminais; acusar os infratores penais perante os juízes e tribunais; fiscalizar o sistema penitenciário; velar pela proteção de vítimas e testemunhas; etc. Fica a cargo também deste *Parquet* junto às outras entidades, que também tenham esse dever, a luta efetiva contra a corrupção no Equador.

No Equador, o ingresso nos cargos da *Fiscalía General Del Estado* ocorre por meio de concurso público. Os cargos que se assemelham aos promotores brasileiros lá são chamados de fiscal-distrital, ou seja, haverá um em cada distrito equatoriano que além do concurso prestam provas de título. Além destes, também existem os agentes fiscais que atuam na primeira instância e devem reunir as mesmas exigências de um juiz criminal. Já quanto à punição, os fiscais-distritais podem ser destituídos pelo fiscal geral e o caminho legal para que isso ocorra exige que a ampla defesa seja assegurada, tal punição pode acontecer caso ocorra algum erro grave. E quanto ao mandato do fiscal-geral, tem o tempo de seis anos com recondução vedada.

4. O Ministério Público do Paraguai

Diferentemente do Brasil que adota como forma de Estado o modelo federativo, o Paraguai é um Estado unitário, com ausência de unidades federativas. Em razão deste fato, enquanto no Brasil coexistem o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos das unidades federativas, no Paraguai há apenas um Ministério Público, este possuindo competências cível, trabalhista, criminal e todas as demais concentradas em apenas uma demanda ministerial.

A Lei Orgânica do Ministério Público paraguaio prevê a independência da instituição no cumprimento de suas funções mediante os órgãos jurisdicionais, apesar do MP Paraguai estar inserido dentro do Poder Judiciário. Há uma organização hierárquica, uma vez que, embora o Ministério Público paraguaio seja um órgão autônomo, se trata do Conselho da Magistratura a responsabilidade de realizar o exame de admissão na carreira, enquanto no Brasil este se dá pelo próprio Ministério Público. Para o ingresso na carreira ministerial são formadas listas tríplexes dos aprovados pelo Conselho da Magistratura e encaminhadas para a Corte Suprema de Justiça, que nomeia apenas um agente fiscal por lista apresentada.

No que concerne a nomenclatura, para determinar os cargos dentro do *Parquet* paraguaio, recebe o título de *Fiscal General del Estado* o Procurador Geral da República, podendo este ser nomeado ou removido pelo Presidente da República, conforme artigo 245 da *Constitución* de 1992. Para os promotores, é atribuído o título de *Fiscales*.

No Ministério Público do Paraguai não existe, necessariamente uma carreira, já que não há obrigatoriedade de sequência legal entre os cargos de agente fiscal e fiscal adjunto, devendo, em grande parte à ausência de vitaliciedade na carreira. Passados os cinco anos de mandato, o promotor deverá se submeter a um novo exame e, por meio de lista tríplex, ser nomeado para exercer suas funções.

É previsto que aqueles que forem confirmados por mais dois períodos consecutivos seguintes à sua nomeação adquirem a vitaliciedade até a aposentadoria compulsória (DONINI, 2014). Quanto ao agente fiscal, este só poderá ser removido de sua lotação com seu prévio consentimento, logo sendo designado a ela, ainda que não lhe caiba à escolha.

No que concerne à coerção dos cargos, o Tribunal de Disciplina é um setor dentro do Ministério Público com funções de julgar órgãos e servidores do próprio Ministério Público, após investigação do Inspetor-Geral. Este tribunal tem poder de expulsão no caso de relatores e assistentes fiscais, e poder de advertência e suspensão, quanto aos órgãos do Ministério Público.

5. O Ministério Público Peruano

Antes de abordar sobre as características do Ministério Público peruano, devemos compreender que o Peru passou por um processo de ter, em sua estrutura política demasiadas Constituições. Não obstante, sua atual Constituição estabelece que a República do Peru seja democrática, social, independente e soberana. Seu governo é unitário, representativo e organizado segundo o princípio da separação de poderes.

No que tange ao Ministério Público, a atual Constituição seguiu as diretrizes estabelecidas pela Constituição de 1979, destacando que suas principais alterações dizem respeito à forma de eleição do *Fiscal de la Nación* e a duração de seu mandato, bem como seu afastamento da função de defensor do povo, haja vista a O *Parquet* peruano é um órgão independente dos demais poderes do Estado e encontra-se hierarquicamente organizado. No âmbito do Executivo, sua autonomia externa decorre de não mais representar os interesses do mesmo, bem como não depender do Ministério da Justiça. No âmbito Financeiro o *Fiscal de la Nación* é o titular da proposta orçamentária, sendo este escolhido pelo Junta de Procuradores Supremos e cabendo ao Supremo Tribunal decidir sobre a cassação do mesmo, que ocupará o cargo no período de três anos sendo prorrogável para reeleição, apenas para dois anos adicionais. No âmbito Funcional, estabelece que seus membros possuam os direitos e prerrogativas dos juízes (LIMA, 2014).

O ingresso no Ministério Público ocorre por meio de aprovação em concurso público e avaliação pessoal, que tem sua seleção e nomeação dos membros do Ministério Público feita pelo Conselho Nacional da Magistratura. Quanto a punição, a *Fiscalía Suprema de Control Interno* é o órgão disciplinar do Ministério Público, podendo punir os procuradores e servidores (por meio de admoestações, multas, suspensões e destituições), com exceção dos *Fiscales Supremos*.

Tendo em vista que a República do Peru possui um governo unitário, há apenas um único Ministério Público, tendo sua estrutura orgânica mais complexa.

6. Conclusão

O presente artigo buscou expor uma perspectiva comparada dos *Parquets* sul-americanos visando apresentar suas similaridades e peculiaridades. Tendo em vista, o enfoque na autonomia dos Ministérios Públicos dos países supracitados bem como a influência ministerial perante os direitos difusos e sua atuação na área criminal.

Há de se fazer necessário uma ressalva à autonomia orçamentária e administrativa do Ministério Público frente aos demais órgãos públicos e como isso influência diretamente nas demais características expostas neste compêndio. Além do mais, a previsão constitucional tem papel de suma

importância para garantia do pleno funcionamento e estabilidade dos *parquets* latino-americanos.

No que concerne às relações de dependência, concluímos que o Ministério Público do Equador toma a posição de maior independência frente aos demais órgãos aqui estudados, o que evidencia grande influência pelo fato de sua Constituição ser a mais contemporânea e em razão da carta magna ter o colocado de modo totalmente independente dos outros poderes do Estado (isto é, Legislativo, Executivo e Judiciário) e ainda possuir autonomia econômica, financeira e administrativa.

Não obstante, encontramos no Ministério Público do Paraguai como o de maior dependência entre os órgãos estudados, isto se dá em virtude de estar situado dentro do âmbito Judiciário e sofrer ingerências do Executivo.

Referências

ALMEIDA, Roberto. Ministério Público: O Modelo Equatoriano. In: CALABRICH, Bruno. **Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías Del Pueblo: volume 1 Ministérios Públicos sul-americanos**. Brasília: ESMPU, 2014. p. 131-159.

COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia**. 2019. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>
Acesso em: 15/07/2019.

_____. **Procuraduría Colombiana**. 2019. Disponível em:
<https://www.procuraduria.gov.co/portal/> . Acesso em: 15/07/2019.

DONINI, Ricardo. Ministérios Públicos Brasileiro e Paraguai: Estudo Comparativo. In: CALABRICH, Bruno. **Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías Del Pueblo: volume 1 Ministérios Públicos sul-americanos**. Brasília: ESMPU, 2014. p. 161-184.

EQUADOR. **Constitución Del Ecuador**. 2019.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEquador.pdf> Acesso em: 17/07/2019.

FURTADO, Carolina. Notas sobre a Fiscalía General de La Nación da Colômbia. In: CALABRICH, Bruno. **Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías Del Pueblo: volume 1 Ministérios Públicos sul-americanos**. Brasília: ESMPU, 2014. p. 101-129.

LIMA, Márcio. Ministério Público da República do Peru: atribuições, principais características, estrutura organizacional e sugestão de Cooperação Jurídica Internacional. In: CALABRICH, Bruno. **Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías Del**

Pueblo: volume 1 Ministérios Públicos sul-americanos. Brasília: ESMPU, 2014. p. 185-252.

PARAGUAI. **Constitución de la República de Paraguay.** 2019. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf Acesso em: 06/06/2019.

PERU. **Constitucion politica del peru de 1993.** 2019. Disponível em: https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993.pdf Acesso em: 26/07/2019.

Uma análise da lei de falência: a influência dos bancos na recuperação judicial do empresário rural

An analysis of the bankruptcy law: the influence of banks on the rural business judicial recover

Ariadne Yurkin Scanduzzi¹

Yago Galdino Fernandes²

Resumo

Desde denominada “Crise de Crédito” cujo marco deu-se em 2008/2009, diversas sociedades, inclusive do setor rural ingressaram em juízo com procedimento de Recuperação Judicial. Desde então, verifica-se o progressivo aumento do número destes pedidos. Contudo, uma das consequências para o seu sucesso é a falta de crédito, sendo necessário definir e reestabelecer o papel das instituições financeiras na recuperação judicial dos empresários rurais.

Palavras-chave:

Empresário rural. Recuperação judicial. Instituições financeiras. Riscos e (in)seguranças jurídicas.

1. Introdução

O empresário rural é uma modalidade na qual configura uma espécie diferenciada de empresário, este previsto no artigo 966 do código civil de 2002 e definido como aquela pessoa física ou jurídica que exerce profissionalmente atividade econômica, de forma habitual, profissional, organizada e com fim de lucro, para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Com relação ao empresário rural, esta modalidade especial de empresário está prevista nos artigos 971 e 984 e em razão das suas características, em especial a hipossuficiência inerente à própria atividade, possui tratamento diferenciado.

Assim, acerca daquela pessoa física cuja atividade caracterizada como rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de

1 Doutoranda em Empresa e Tributação, Mestre em Direito Tributário, Advogada e Professora Universitária dos Curso de Graduação em Direito junto ao UniFoa – Centro Universitário de Volta Redonda e UGB – Centro Universitário Geraldo de Biase.

2 Discente do 6º período do curso de Direito do UniFoa - Centro Universitário de Volta Redonda.

tratam o artigo 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

Isso ocorre, pois, a natureza jurídica do registro do empresário rural é facultativa, tratando-se de mera formalidade e cabendo ao empresário rural então o ônus da prova para obter sua equiparação ao empresário regularmente inscrito, mediante a comprovação da presença dos elementos da atividade empresa.

E neste sentido, é possível visualizar o primeiro obstáculo a recuperação do empresário rural, pois conforme prevê o artigo 48 da Lei nº 11.101/2005, a denominada Lei de Falência, para pleitear a recuperação judicial o devedor necessita comprovar o exercício regular da atividade empresarial pelo período de 02 anos, devendo portanto apresentar seus atos constitutivos arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis/Junta Comercial há no mínimo 02 anos.

Para superar tal obstáculo e somente com o objetivo de atender a exigência, cabe ao empresário rural comprovar sua atividade rural no período e solicitar a equiparação ao empresário regular.

Cumprе ressaltar que junto a Comissão de Agricultura do Senado Federal tramita o PLS 624/2015 tendo como objeto a equiparação dos produtores rurais (empresários rurais) aos empresários e sociedades empresárias, em especial na utilização dos mesmos mecanismos relacionados tanto a falência como a recuperação judicial.

Neste diapasão tem como objeto o presente artigo, pois ainda que a lei de falência venha a ser alterada facilitando a obtenção pelos empresários rurais da recuperação judicial, é necessário também assegurar a sua viabilidade, que necessariamente abarca a questão da disponibilidade do crédito a ser concedido pelas instituições financeiras na constância da execução do plano de recuperação.

2. .Do registro do empresário rural

Conforme anteriormente exposto, é imprescindível que se faça uma análise acerca da natureza jurídica do registro conforme a jurisprudência e neste sentido:

[...] O TJ-SP atribuiu natureza constitutiva ao registro na Junta Comercial, pelo que a opção de não se inscrever deveria ser interpretada como a intenção de não se equiparar ao regime empresarial e que, por isso, posterior registro não poderia ter efeito retroativo a fim de alcançar os negócios celebrados anteriormente.

Contudo, esse é o entendimento minoritário, já que em mais de 90% dos julgados analisados o TJ-SP atribuiu natureza declaratória ao registro na Junta Comercial. Como consequência desse entendimento, para a concessão da recuperação judicial, bastaria que seja comprovado o desenvolvimento da atividade por mais de dois anos e o registro em data anterior ao pedido (não necessariamente há pelo menos dois anos). (Consultor Jurídico/2019).

Há de se falar também do enunciado 202 da III Jornada de Direito Civil no qual diferenciou o regime jurídico a que se sujeitam os produtores rurais, utilizando o registro como critério de distinção, como utiliza Thiago Soares Gerbasi, em: "A controversa recuperação judicial do produtor rural" (2019), onde afirma que "o registro do empresário ou sociedade rural na Junta Comercial é facultativo e de natureza constitutiva, sujeitando-o ao regime jurídico empresarial. É inaplicável esse regime ao empresário ou sociedade rural que não exercer tal opção".

Os doutrinadores Cassio Cavalli e Luiz Roberto Ayoub (2019) são assertivos no sentido de que "o registro do produtor rural possui natureza constitutiva, conforme assentou o Enunciado 202 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil."

Para Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2019), "o enquadramento da atividade rural fica condicionada a escolha do empresário, podendo ele optar pelo regime do Direito Civil (empresário civil ou sociedade civil não empresária) ou do Direito Comercial, adotando uma das formas próprias (NCC, arts. 971 e 984)".

E leciona ainda que:

Em pesquisa realizada na jurisprudência do STJ, TJ/SP, TJ/MT, TJ/RS e TJ/MS 3, dos 41 casos julgados, em apenas 9 (21,95%) a recuperação judicial da PJ PRODUTOR foi mantida. No STJ, dos 11 casos julgados apenas 2 (18,18%) tiveram a recuperação judicial mantida. Na estatística atual, a negativa à recuperação judicial também compõe a maioria dos julgados no TJ/SP (64,3%), no TJ/MT (83,33%), no TJ/RS (100%) e no TJ/MS (100%). Ou seja, a maior parte da jurisprudência se posiciona contra a recuperação judicial do empresário rural. (GERBASI, Thiago Soares/2018).

Além disso, o TJSP tem reconhecido que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Impugnação de crédito. Recuperação judicial de empresários rurais. Acolhimento parcial da impugnação na primeira instância apenas para, mantida implicitamente a concursabilidade do crédito, reclassificá-lo como de natureza real. Agravo da credora impugnante. Recuperação judicial. Controvérsia acerca do preenchimento ou não dos requisitos para o deferimento da recuperação judicial. Questão que se encontra sub judice em primeira instância, nos autos da própria recuperação, em decorrência do quanto decidido nos agravos de instrumento nº 2024666-41.2017.8.26.0000 e 2054226-28.2017.8.26.0000. Ademais, a r. decisão agravada não versou sobre o processamento da recuperação judicial. Ausência de dialeticidade. Agravo não conhecido neste ponto. Crédito. Alegação de que o crédito teria sido concedido antes do registro dos empresários na Junta Comercial, quando eles se identificaram como pessoas físicas. Para ser considerada empresária, como regra geral, basta que a pessoa (física ou jurídica) exerça, profissionalmente, ou com habitualidade, atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Inteligência do art. 966 do CC. Questão diversa é a regularidade da atividade desse empresário, para a qual se exige prévia inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 967 do CC). Patrimônios da pessoa física e do empresário individual que, realmente, não se distinguem. Regimes jurídicos, entretanto, que se diferenciam. Crédito constituído e vencido antes do registro na Junta Comercial, quando a atividade econômica rural era regular, mas não estava, ainda, sob o regime jurídico empresarial por equiparação. Art. 971 do CC que faculta a inscrição do exercente de atividade econômica rural perante o Registro Público de Empresas Mercantis, reconhecendo a regularidade da atividade econômica rural (profissional e organizada) mesmo sem registro, mas possibilita que opte por se sujeitar ao regime jurídico empresarial por equiparação, a partir do registro na Junta Comercial. Registro empresarial, neste caso específico da atividade rural, que é, portanto, um direito potestativo. Produtor rural que opta por não se inscrever, presume-se, está optando por algum benefício que aufere com o não registro e, conseqüentemente, com a condição de não empresário,

da mesma forma aquele que opta por se inscrever. Opção de se inscrever que não pode ter efeitos retroativos para prejudicar credores que concederam o crédito na vigência do regime não empresarial. Recuperação judicial que muitas vezes impõe severos gravames aos credores. Quem contrata com um não empresário espera, legitimamente, não estar sujeito ao regime empresarial e, por consequência, não se sujeitar à recuperação judicial. Estivessem os agravados desde antes já inscritos na Junta Comercial, a agravante poderia, pelo menos em tese, ter analisado outra forma, na sua esfera de subjetividade, a conveniência ou não da concessão do crédito, ou alterado, eventualmente, as condições, quanto, por exemplo, a garantias e taxas, de acordo com o que se espera do regime jurídico empresarial. Inclusão do referido crédito na recuperação judicial que caracterizaria um terceiro regime (*lex tertia*), imprevisto para os credores. Interpretação do art. 49 da Lei nº 11.101/05 à luz das peculiaridades do tratamento especial conferido pela lei ao empresário rural. Crédito constituído sob o regime não empresarial que não se submete à recuperação judicial, vantagem exclusiva daqueles que aderem ao regime jurídico empresarial (art. 1º da Lei nº 11.101/05). Inadmissibilidade do empresário se valer, cumulativamente, do que há de melhor no regime jurídico não empresarial, anterior ao registro, e no atual regime jurídico empresarial por equiparação. Credora agravante que votou contra o plano. Extensão da recuperação aos agentes econômicos em geral, e não apenas a empresários (ainda que por equiparação), que é de *lege ferenda*, nada podendo se antecipar a esse respeito. Agravo não conhecido em parte e, na parte conhecida, provido.

A ementa supracitada aborda julgado acerca da reconsideração da natureza jurídica do devedor como requisito para recuperação, trazendo provimento a este. Contudo, cabe analisar nesse momento oportuno, os mecanismos de Recuperação Judicial e Falência e essas modalidades estão regulamentadas por norma especial, a 11.101/05.

Nesse interim, dê-se partida ao conceito tradicional e conservador de Falência conforme leciona Spencer Vampré: “A falência é uma execução coletiva dos bens do devedor comerciante, à qual concorrem todos os credores para o fim de arrecadar o patrimônio disponível, verificar os créditos, liquidar o ativo resolver o passivo, em rateio, observadas as preferências legais”.

Falência atualmente e conforme o Direito Empresarial é por Gladston Mamede (2019), um procedimento cujo intuito é declarar a insolvência empresarial, seja empresário ou sociedade empresária, e solucioná-la, liquidando o patrimônio ativo e saldando, dentro dos limites daquele, o patrimônio passivo do falido.

Sob a ótica deste conceito, tem que ser avaliado pelo magistrado a possibilidade, bem como a viabilidade, que tem o devedor de se reerguer e sobretudo, sobreviver em meio a crise financeira.

Contudo, se percebido que há possibilidade de a empresa ou empresário se reerguer, o pedido de falência poderá ser convalidado em recuperação judicial, em atendimento aos princípios legais, bem como o da preservação da empresa.

No tocante, ainda, sobre a configuração da falência, deve ser analisada a sua estrutura, qual seja, composta por 3 fases processuais, o pedido de falência, se instaurado, poderá trazer grandes consequências ao empresário, como por exemplo, a perda da capacidade de auto-gestão da atividade empresária falida, que outrora recebe a nomenclatura "massa falida" junto ao nome empresarial, além do sócio gerente ou administrador, ser afastado das suas atividades até segunda ordem. É nomeado, tanto no processo de falência quanto no processo de recuperação judicial, um administrador judicial, que na lei anterior recebia o título de síndico. Este ficará responsável pela gestão da empresa bem como questões particulares e, se comprovada alguma irregularidade, bem como fraude contra credores, este sofrerá as consequências normativas, além de ser substituído.

Não requer características para se tornar administrador judicial, a legislação prevê apenas a preferência, que a pessoa a ocupar o cargo seja formado em: i. administração; ii. Ciências contábeis; iii. Direito e, iv. Economia.

Em se tratando de processo de recuperação, é necessário que se apreenda que existe três espécies: a judicial, especial e a extrajudicial. Como o próprio nome diz, a recuperação judicial é um processo que segue o procedimento comum orientado pela norma 11.101/05 e visa reerguer aquela atividade empresarial e no caso das micros e pequenas empresa, tem-se a recuperação especial. Contudo, quando se fala em recuperação extrajudicial, revela-se a primeira burocratização encontrada pelo empresário rural: a não obrigatoriedade do registro na junta comercial.

Ora, se o próprio código civil regulamenta acerca da faculdade, como fará o empresário rural, que possui hipossuficiência técnica para provar que exercia tal atividade laboral e, pior ainda, como sua atividade principal.

No campo do direito se encontram diversas crises e conflitos legais, seja por lacuna na lei ou, ainda, por conflito existente de normas. Tem-se ciência de que na falta de lei que regulamente aquela matéria, a depender do caso, se aplicará outro código de maneira subsidiária, mas, em conflito de normas, o que fazer, quando o código civil prevê a faculdade da inscrição, bem como o registro

na junta e a lei especial de recuperação e falência trás, como requisito, a matrícula na junta?

Em razão dessa problemática, pensou-se em abordar de forma sucinta a burocracia que o empresário rural encontra para requerer sua recuperação, e não somente isso; no decorrer do artigo se trará outra questão de suma importância: como as instituições financeiras agem perante tal problema.

3. Recuperação do empresário rural

No tocante a este capítulo, cabe ressaltar que a lei 11.101/05 traz a possibilidade de o empresário, em virtude da morosidade da máquina judiciária, buscar outro meio de solução para sua crise financeira. Contudo, existem alguns requisitos legais para que a recuperação seja regular. Esses requisitos são encontrados no artigo 48 da respectiva lei, como por exemplo:

A) Prazo mínimo: o instituto traz em seu texto legal que é necessário para requerer a recuperação, no mínimo dois anos de atividades de maneira regular;

B) Estado de insolvência: o inciso segundo remete que o devedor não pode ser falido, e, ainda que tenha sido, que: “estejam declaradas extintas, por sentença, transitada em julgado”;

C) Outro ponto importante é que não se pode, dentro do prazo de 5 (cinco) anos, ter “obtido concessão judicial”, como ressalvado na letra da lei; além disso, no inciso seguinte, o legislador diz que o requerente não pode ter “há menos de 8 anos, obtido concessão de recuperação, com base no plano especial que trata a lei;

D) E por último, o requerente não pode ter sido condenado ou ter sócio administrador ou gerente condenado por qualquer dos crimes descritos na lei 11.101/05.

Preenchido os requisitos, os quais são cumulativos, o devedor deverá propor uma reunião com seus credores propondo um plano de recuperação, que deverá ser aceito por estes últimos.

Custa salientar que, no que discerne ao inciso I, é preciso ter cuidado ao interpretar, visto o inciso possui uma condição ao exercício das atividades: a regularização.

Essa forma regular da qual trás o inciso se dá por meio do registro na junta comercial. Para o empresário comum, o registro é mera condição de regularização, mas para o empresário rural a legislação adota a faculdade de inscrição frente a junta.

Pela faculdade dada ao empresário rural, este por muita das vezes hipossuficiente, desconhece o tramite legal, e principalmente do benefício que

lhe é atribuído, e desta forma ainda que quisesse a equiparação dos efeitos, não o faria, por conta da formalidade que se instaura no âmbito legal. A formalidade para equiparação quanto aos efeitos é um processo complexo e que muitas pessoas podem preferir por não o fazer.

Nesse ínterim, a lógica que se tem percebido frente o aumento do agronegócio no Brasil é que o futuro se dará através da exportação da pecuária, e isso se comprova através dos dados, como se pode notar através desse recorte literário:

Em 2017, o PIB Brasileiro (IBGE) cresceu 1%, enquanto o PIB-volume do Agronegócio, calculado pelo Cepea/CNA, aumentou 7,2% – impulsionado pela produção recorde “dentro da porteira”, pela importante recuperação agroindustrial e pelo consequente “transbordamento” desses crescimentos sobre o setor de serviços. Especificamente sobre a agropecuária (segmento primário do agronegócio), dados da Conab indicam que, entre as safras 1990/1991 e 2016/2017, a produção brasileira de grãos aumentou 310%, com expressiva elevação média anual de 5,37%, atingindo recorde histórico de 237,7 milhões de toneladas na última safra. [...] Pela ótica da produção, a análise destes dados para os últimos 22 anos (de 1996 a 2017) mostra que o PIB-volume do agronegócio cresceu 49,4% (1,84% a.a.). (GILIO, LEANDRO; RENNÓ, NICOLE/2018).

Leandro Gilio e Nicole Rennó em “O crescimento do agronegócio realmente tem se refletido em maior renda para agentes do setor?”, realça dados quantitativos impressionantes; veja, a produção de grãos aumentou cerca de 310%, o que enche os olhos dos produtores agrícolas e de outros empresários que buscam o sucesso profissional por meio da exportação.

Diversos veículos de mídia tem abordado o teor do agronegócio em sua expansão no território brasileiro, trazendo uma alternativa ao individuo desempregado para constituir seu meio de renda. Valorização dos insumos agrícolas, crescimento do agronegócio, exportação de grandes safras, dentre outros chamativos, fazem com que a procura pelo setor cresça cada vez mais, e dessa forma, a economia nacional tende a crescer proporcionalmente.

O judiciário vem sendo cobrado por mais condições de trabalho, flexibilização do trabalho bem como sua jornada, e o clamor pela desburocratização do instrumento da recuperação ao empresário rural não é diferente.

Visto para alguns como uma solução, diversos autores movimentam a ideia de que, a economia brasileira aumentará consideravelmente quando houver duas novas propostas ao registro do empresário rural: i. a desburocratização,

bem como a flexibilização das juntas em relação ao registro, e ii. A quebra da formalidade para a informação do instituto e como ele funciona.

Solucionando estas duas vertentes, acredita-se que tal, ampliará as condições financeiras e profissionais, aumentando o capital de giro em cada região.

O que movimenta a economia brasileira, segundo Wagner de Cerqueira e Francisco, são: “minério de ferro, aço, soja e derivados, automóveis, cana-de-açúcar, aviões, carne bovina, café e carne de frango”. Completa: “as importações somam US\$ 173,2 bilhões, o saldo da balança comercial (diferença entre exportação e importação) foi de US\$ 24,7 bilhões, ou seja, o país exportou mais que importou”. Esses dados foram fornecidos pelo endereço eletrônico brasil escola/2014.

Outro ponto importante é sobre as cobranças das dívidas em nome do empresário rural em que, isento do registro, outros credores não poderiam se assegurar do instituto para satisfação do crédito.

Contudo, Diego Fernandes Estevez e Celiana Diehl Ruas, fomentam uma discussão importante em “Recuperação Judicial do Empresário rural:

A possibilidade de recuperação judicial tem sido admitida pela jurisprudência, a exemplo do recente julgado proferido pelo TJ/SP no AI nº 2251128-51.2017.8.26.0000, no qual o Tribunal deferiu o processamento de recuperação judicial proposta em nome de mais de 13 microempreendedores, reconhecendo a legitimidade dos produtores rurais e apontou que “não é necessária a inscrição na Junta Comercial há pelo menos 2 anos para que o empresário rural possa requerer a recuperação judicial, pois pode fazer prova do exercício da atividade rural por outro meio, que não a inscrição de seus atos constitutivos na Junta Comercial”.

Esse recorte trata da possibilidade das provas alternativas da regularidade senão pela inscrição na Junta Comercial e do entendimento do STJ no cenário atual.

Ademais, o STJ realizou no último dia 26 de setembro, o simpósio “o agronegócio na interpretação do STJ, que tinha como objetivo refletir sobre: “questões de política externa, legislação ambiental e trabalhista, acesso a terra, direito empresarial e recuperação judicial”:

Recuperação judicial no campo – Presidido pela ministra do STJ Nancy Andrighi, o último painel traçou um mosaico das possibilidades e limitações da

recuperação judicial das empresas agrícolas, tendo como palestrante, além do ministro Moura Ribeiro, o presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coêlho. Para o jurista, dois princípios asseguram que é adequada a existência da recuperação judicial para os produtores rurais. O primeiro estaria contido na disposição do Art. 970 do Código Civil, que determina tratamento favorecido ao empresário rural. O segundo estaria na compreensão de que a recuperação judicial não deve ser encarada como um campo adversarial entre credores e devedores, mas um momento de cooperação em que deve prevalecer a “ética da solidariedade”. Coube ao professor Antônio Augusto de Souza Coelho, mestre em Direito Civil e Agrário pela Faculdade de Direito da USP, falar sobre as modalidades de financiamento agrícola. Explicou que há três modalidades de financiamento privado: compra de insumos para pagamento a prazo safra, venda antecipada de produção e as operações de troca com os fornecedores. “Basicamente, o agricultor se financia no fornecedor, porque há montante na cadeia de produção controlada por monopólios e oligopólios de fornecedores e distribuidores”, disse o palestrante, informando que esta situação gera grande dependência dos produtores em relação às grandes tradings internacionais. Para ele, a melhoria na oferta de crédito público poderia melhorar esta situação, o que reduziria consideravelmente a quantidade de empresas agrícolas que precisa recorrer à recuperação judicial.

Pelo exposto, pode-se perceber que a discussão se encontra bastante rasa, não se fala em crédito pré-registro muito menos sobre a necessidade do registro, trazendo discussões ínfimas ao setor agrário.

4. A participação das instituições financeiras

Uma alternativa ao judiciário é o socorro às instituições financeiras, que por sua vez, possuem atualmente um índice de 4,73% de juros ao mês (CEF/2019). Quando se analisa em uma dívida de R\$30.000,00 (trinta mil reais), o valor do empréstimo pode ultrapassar o dobro somado as taxas e encargos bancários, conforme consulta à parcela mensal do endereço de URL do serasa consumidor:

Imagem 1: Simulação de empréstimo bancário.



(Fonte: <https://www.serasaconsumidor.com.br/ensina/seu-credito/quais-as-taxas-de-emprestimo/>)

O resultado pode chegar em R\$60.560,64 (sessenta mil e quinhentos e sessenta reais e sessenta e quatro centavos). Sob esta ótica, deve-se questionar como se recupera um empresário, em meio ao cenário brasileiro, quando no momento de crise, busca uma falsa ideia de tentativa de sobressair ao caos instalado.

A participação das instituições financeiras não se encerra somente na recuperação extrajudicial e sim em todo o período de atividade do empresário, cabendo destacar que a participação na recuperação judicial do produtor rural permanece ativa em todos os momentos.

A situação privilegiada das instituições financeiras em obter lucros também quando da tentativa de recuperação de uma atividade empresarial pode sim representar afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Cumprе ressaltar que se a recuperação não lograr êxito, a única alternativa é a convalidação em falência.

Toda essa discussão vem no sentido de apontar os riscos da recuperação e ainda informar ao leitor que busca pela discussão, da importância da atividade rural e como isso deve ser preservado, tendo em vista que a única saída nesse momento para o devedor insolvente é a falência, e por consequente, todos os reflexos dela decorrentes, que não atingem somente o empresário rural e sua família como também outros empresários rurais que podem e devem estar relacionados a atividade, transformando-se em uma reação em cadeia.

Essa situação acarretará assim, de forma gradativa a desvalorização dos insumos produzidos e importados, trazendo um déficit na economia brasileira.

5. Considerações finais

Tendo em vista o exposto, tem-se que o atual sistema jurídico e econômico do Brasil se encontram defasados no que discerne ao setor rural, tão somente pelo fato de não terem visibilidade frente à outras fontes de renda e composição do PIB.

O produtor rural sofre com as negligências do jurídico e, até mesmo, do âmbito administrativo, como as prefeituras, que deixam de prestar o papel de apoio e invés disso, o tratam com desleixo e esmero.

No atual cenário pode-se notar o acréscimo do percentual no PIB e os recordes expostos ao longo deste artigo.

O produtor rural vem se tornando protagonista da economia por contribuir para a exportação e mesmo assim, suas necessidades não sempre vêm sendo supridas pelo atual sistema jurídico e legislativo, em especial no que se refere a possibilidade de manutenção de sua atividade ou recuperação quando é confrontado com uma crise econômico-financeira.

Ressaltou-se durante todo o presente a necessidade da desburocratização bem como a flexibilização do dialético técnico-jurídico, além de informações práticas do dispositivo legal para que o devedor rural possa satisfazer suas obrigações, não somente de natureza alimentar, mas também a satisfação do crédito em razão de terceiros; vivendo no mínimo da condição humana, o produtor rural não possui recursos para satisfazer os créditos, devido aos impostos que são altos.

Além do respectivo, também é possível destacar os altos juros e encargos praticados pelas instituições financeiras na atual conjuntura, tendo em vista que deveria ser analisado alíquota especial para que empresários em situações de risco possam viver sem o peso do malgrado do legislador em consonância ao favorecimento de outras classes sociais em detrimentos daqueles.

Referências

AYOUB, Luiz Roberto. CAVALLI, Cassio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. ed. Forense. Rio de Janeiro, p. 32/33 Acessado em: 11/10/2019.

GERBASI, Thiago Soares. Disponível em:

[https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI273657,31047-](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI273657,31047-A+controversa+recuperacao+judicial+do+produtor+rural/)

[A+controversa+recuperacao+judicial+do+produtor+rural/](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI273657,31047-A+controversa+recuperacao+judicial+do+produtor+rural/)> Acessado em: 11/10/2019.

GILIO, Leandro e RENNÓ, Nicole Disponível em:

<https://www.cepea.esalq.usp.br/br/opiniao-cepea/o-crescimento-do-agronegocio-realmente-tem-se-refletido-em-maior-renda-para-agentes-do-setor.aspx>> Acessado em: 10/10/2019.

MAMEDE. Gladston. **Manual de Direito Empresarial**, 13 ed. Gen: Rio de Janeiro, 2019.

PRADO, Ronaldo. Disponível em: <https://jus.com.br/pareceres/53267/recuperacao-extrajudicial#targetText=O%20devedor%20poder%C3%A1%20propor%20e,dos%20crimes%20capitulados%20nesta%20lei./>> Acessado em: 11/10/2019.

Revista consultor jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/direito-agronegocio-recuperacao-judicial-empresario-rural-jurisprudencia-tj-sp/>> Acessado em: 11/10/2019 .

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1, 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 208.

O Ministério Público do Cone Sul (Argentina, Chile E Uruguai)

HAGINO, C.¹
ALMEIDA, A. D.²
PINTO, F. L.³

Resumo

O Ministério Público é uma instituição de importância na organização das repúblicas modernas por propor a ação penal. No entanto, suas funções podem ultrapassar esta premissa de acordo com sua estrutura em cada país. O objetivo deste trabalho é analisar o Ministério Público dos países do Cone Sul: Argentina, Chile e Uruguai em uma perspectiva comparada. Na metodologia, utilizamos o método comparado e a análise documental das Constituições e das leis sobre o Ministério Público. Os países escolhidos para a pesquisa possuem em comum a localização geográfica (Sul da América do Sul) e o fato de ambos terem vivenciado ditaduras. Neste contexto, buscamos mapear um comparativo da organização e independência do Ministério Público destes países frente ao Brasil, cabendo ressaltar as particularidades de atuação e hierarquia organizacional em cada um. Como resultado, podemos apontar que entre todos os países estudados o Ministério Público do Chile é o mais independente, tanto em termos institucionais como na perspectiva de seus promotores.

Palavras-chave:

Estado. Ministério Público. Independência.

1. Introdução

O Ministério Público é uma instituição de grande importância na organização dos Estados modernos por propor a ação penal. No entanto, suas funções podem ultrapassar esta premissa de acordo com sua estrutura em cada país.

O objetivo deste trabalho é analisar o Ministério Público dos países do Cone Sul: Argentina, Chile e Uruguai, visando a elucidar questões acerca do funcionamento administrativo, técnico e financeiro do Ministério Público da

1 Docente do UniFOA, Centro Universitário de Volta Redonda, Volta Redonda,RJ. corahisae@hotmail.com

2 Discente do UniFOA, Centro Universitário de Volta Redonda, Volta Redonda,RJ.

3 Discente do UniFOA, Centro Universitário de Volta Redonda, Volta Redonda,RJ.

Argentina, Chile e Uruguai apresentando de maneira comparativa suas características e peculiaridades inerentes a seu funcionamento na atual conjuntura.

O objetivo da pesquisa é observar entre os Ministérios Públicos do cone sul e qual seria o mais independente de outros poderes (Judiciário, Executivo e Legislativo), além de comparar suas atribuições e modo de funcionamento.

Na metodologia, utilizamos o método comparado e a análise documental das Constituições e das leis sobre o Ministério Público. Os países escolhidos para a pesquisa possuem em comum a localização geográfica (Sul da América do Sul) e o fato de ambos terem vivenciado ditaduras.

2. O Ministério Público da Argentina

O Ministério Público argentino teve surgido no ano de 1853, porém, foi aderido pela Constituição Federal de 1994 onde está localizado no art.120, em uma seção própria intitulada: Do ministério Público. Em 1998, foi criada a lei orgânica nº 24.946/98, doutrinariamente o MP Argentino tornou-se o “poder do controle e de defesa da legalidade.

A Argentina é uma república composta por 23 províncias e a capital Bueno Aires, embora exista uma constituição nacional e a legislação penal do país seja uma só para todo o país, cada unidade federativa do país tem seu próprio sistema judicial, o seu Poder Judiciário e o seus próprio Ministério Público, simplificando: os crimes são os mesmo em qualquer uma das províncias, porém, os modelos de investigação, julgamento e organização judiciária divergem nas províncias (ARAS, 2014).

O Ministério Público Argentino tem áreas diferentes de atuação, cabendo funções diversas para essas áreas, a demonstração mais clara disto é a divisão do MP Argentino em dois órgãos: Ministério Público Fiscal e *Ministério Público de la Defensa*, sendo que o *Ministério Público de la Defensa* tem atuação similar a Defensoria Pública da União tem aqui em território brasileiro.

O Ministério Público Fiscal, corresponde ao MP brasileiro e muito similar com o do restante dos países latino americanos, é dirigido pelo procurador geral da nação que tem a função de administrar o funcionamento do Ministério Público e representa-lo perante à suprema corte suprema do país. O procurador-geral é livremente nomeado pelo presidente da República com mandato vitalício, um dos poucos quesitos que diferencia o MP Argentino do restante dos países, sendo que seu nome deve ser aprovado pelo Senado, após sabatina, exatamente por dois terços dos membros presentes na sessão deliberativa. Apesar do papel de representar o Ministério Público perante a Suprema Corte, podendo delegar esta função para outros representantes do MP, O Procurador Geral tem como destaque o seu papel administrativo de coordenar, estabelecer as diretrizes de política criminal e de persecução penal para o restante dos membros da

instituição, ou seja, o PGR tem papel fundamentalmente administrativo cabendo lhe nortear a atuação do MP sob égide de seu “mandato” (ARAS, 2014).

Para o ingresso da carreira no Ministério Público Argentino deve-se participar de um concurso de provas, títulos e antecedentes, a partir deste processo se forma uma lista triplíce e desta lista ocorrem as indicações através do Presidente da República. Diferentemente do Brasil, os membros do MPF da Argentina não percorrem uma carreira por graus e instâncias seguindo o critério de antiguidade, sendo que são prestados concursos específicos para determinados cargos da estrutural ministerial.

Sobre a exoneração de membros, há processos específicos para o procurador-geral e os outros membros do Ministério Público. O procurador-geral pode sofrer *impeachment* na forma dos arts.53 e 59e 59 da Constituição da Argentina, ou seja, por mau desempenho, delito no exercício de suas funções ou por crimes comuns, cabendo ao Senado o acolhimento e julgamento do *impeachment*. Já os membros restantes do MP podem ser exonerados em caso de mau desempenho, negligência grave e a prática de crimes dolosos, sendo julgados disciplinarmente pelo tribunal correccional (ARAS, 2014).

Cumprir informar que os membros do Ministério Público não poderão exercer a profissão de advogado ou a representação de terceiros em processo, exceto em seus próprios assuntos ou nos de seus cônjuges, ascendentes ou descendentes, ou quando o fizerem em cumprimento de um dever legal. Atingem as incompatibilidades estabelecidas pelas leis relativas aos juizes da Nação. Aqueles que são parentes dentro do quarto grau de consanguinidade ou segundo grau de afinidade dos juizes perante os quais devem desempenhar seu ministério não podem exercer as funções inerentes ao Ministério Público (ARAS, 2014).

3. O Ministério Público do Chile

O atual Ministério Público do Chile foi criado com o advento da Constituição de 1997, tendo sua previsão sob o artigo 83, no Capítulo VII. Antes da recepção no texto constitucional, o Chile não contava com um Ministério Público desde 1927. Nota-se que ele é classificado por ser autônomo substancialmente perante aos outros poderes da república, no âmbito funcional e administrativo (ARRUDA, 2015).

O cargo máximo na chamada *Fiscalia Nacional* é o de Fiscal Nacional. A nomeação do Fiscal Nacional é através do Presidente da República que se dá por meio de lista quintupla feita pela Corte Suprema, tendo que obter a chancela de dois terços do Senado para efetivação do cargo. Sendo seu mandato de oito anos, vedada a recondução. Para concorrer a vaga da função é necessário que o pleiteante seja cidadão chileno, maior de 40(quarenta) anos e que tenha obtido a licença para advogar há pelo menos 10 anos. Demonstrando a não obrigatoriedade de o PGR ser pertencente a carreira ministerial (DUCE, 2011). A sua destituição poderá ocorrer mediante comprovada incapacidade, mau

comportamento ou manifesta negligência no exercício pleno de suas funções, por intermédio da maioria absoluta da Corte Suprema, Câmara dos Deputados ou Presidente da República, assegurado o exercício do direito de defesa.

Seus promotores são denominados como *fiscales*. Numa escalada crescente observam-se os cargos inerentes à Fiscalia Nacional: Fiscais adjuntos, fiscais regionais e Fiscal Nacional. O ingresso no Ministério Público é feito por meio de concurso público (provas escritas, orais e análise dos títulos, considerando-se a experiência acadêmica e profissional). Após a prova é criada uma lista tríplex pela corte de apelação, cujos nomes são escolhidos pelo Fiscal Nacional, para designação dos Fiscais Regionais, cujos requisitos para preenchimento deste cargo configura-se no artigo 31 da LOCMP. Já na escolha do fiscal adjunto os nomes são separados pelos Fiscais Regionais e encaminhados para vênua do Fiscal Nacional. A punição e demissão desses cargos ocorrerão mediante interpretação da lei que prevê a perda do cargo por avaliação insuficiente de desempenho do promotor, podendo embasar-se em simples decisão administrativa fundada na avaliação de desempenho, sem necessidade de ação judicial. (Arruda,2015)

Tem como papel a exclusividade na direção de investigação em matéria penal de ação pública e a proteção de vítimas e testemunhas (Art. 83 da Constituição e Art.1º da LOCMP). Sendo sua atuação muito vasta no sentido de garantir o princípio da legalidade, estabelecido pelo CPP como regra geral. Como também o Princípio da Oportunidade, como a suspensão condicional do procedimento (art. 237 do CPP), o arquivo temporário do caso (art. 167 CPP) e a oportunidade no sentido estrito (art.170 CPP).

Por conseguinte, o Chile possui um Ministério Público atípico em comparação com os demais da América Latina, que estão estritamente veiculados ao comando do Poder Executivo e Judiciário. Sendo a sua autonomia funcional e hierárquica marca principal de sua fonte de atuação. Além de se tratar de um personagem protagonista fortemente integrado na condução da ação penal no Chile.

4. O Ministério Público do Uruguai

O Ministério Público do Uruguai chamado de Ministério Público e Fiscal foi recepcionado pela Lei Orgânica do Ministério Público. Porém, na atual conjuntura, é regulamentado pelo decreto lei nº 15.648/84. Esta modificação representou uma forte transformação no âmbito funcional e administrativo para este órgão, uma vez que legitimou sua dependência funcional ao Poder Executivo, mais especificadamente, ao Ministério da Educação e Cultura (MEC) (FREITAS, 2014). Restando somente, uma capacidade de atuação técnica independente, como prevê o artigo 2 da LOMP. Apesar de conter algumas menções rasas no texto na Carta Magna Uruguia de 1967, como o artigo 168, III, que trata da nomeação do Fiscal de Corte, não se pode afirmar sua previsão

constitucional. É um corpo dividido em 19 departamentos de natureza administrativa, como consequência desta estruturação estatal, no Uruguai, a um único ministério público.

A terminologia aplicada para designar os membros do Ministério Público do Uruguai é *fiscales*. O cargo máximo na carreira é de *Fiscal de Corte y Procurador General de La Nación*. A indicação do Fiscal de Corte se dá por ato do Presidente da República, podendo o indicado ser advogado ou juiz, não restringindo à escolha a somente aqueles que já pertençam a carreira no Ministério Público. O mesmo, também deverá ser submetido à aprovação de três quintos do Senado. Seu mandato possui duração de 10(dez) anos, sem recondução. Sua destituição poderá ocorrer em casos de negligência e será proposta pelo Presidente da República que irá submeter ao Senado a aprovação da decisão.

A maioria dos membros que compõe o organograma funcional do Ministério Público são nomeados por ato da presidência da república com vênua de 3/5 do Senado. Há casos em que o Fiscal de Corte poderá nomear outros fiscais. Existe previsão, também, de um período probatório denominado de *interinato*, que dura um período de dois anos, para os cargos de ingresso na carreira de fiscal, sendo que, durante este período, por proposta fundamentada do procurador-geral o Poder Executivo poderá revogar a designação, informando ao Poder Legislativo. Após este prazo de dois anos, o membro adquirirá efetividade. Compete ao PGR com fulcro no artigo V da Lei Orgânica do Ministério Público, a capacidade de não só promover, mas também designar e remover os integrantes da carreira. O fiscal de corte y procurador general de la Nación possui função, além da correccional, de “vigilância y superintendência directiva”, bem como função “instructiva” dos integrantes do Ministério Público. Ou seja, o procurador-geral pune e remove. (Arruda, 2015)

A competência de atuação deste Ministério parte primordialmente da defesa da sociedade e direitos difusos; defesa e representação do Estado nos termos legais; assessoramento ao Poder Executivo e assessoramento à justiça quando requisitado.

É evidente, portanto, que, o Ministério Público do Uruguai não possui capacidade autônoma no que tange à sua administração e funcionalidade, sendo sua dependência clara ao Poder Executivo. Ademais todos os segmentos da carreira são exclusivamente por nomeação do Presidente da República. Sua postura é de resguardar os direitos difusos e representação do Estado.

5. Conclusão

Conclui-se que nos países trabalhados acima, Argentina, Chile e Uruguai, possuem diferenças nas organizações de seus respectivos Ministérios Públicos. Tais diferenças como a forma de ingresso do PGR, a forma de ingresso e promoção das carreiras dos membros ministeriais e a influência dos outros

poderes da república sobre o MP, atua de forma incisiva na classificação de autônomo do Ministério Público nos países trabalhos.

O Ministério Público do Uruguai dentre os analisados é o único que está diretamente ligado ao Poder Executivo, sendo subordinado especificadamente no âmbito administrativo e financeiro ao Ministério da Educação da Cultura (MEC), logo possuindo pouca autonomia administrativa e funcional.

O Ministério Público Argentino apresenta uma organização peculiar, tendo em vista que em alguns estados o Ministério Público se encontra localizado no Poder Executivo e em outros no Poder Judiciário. A forma de escolha do PGR se mostra incomum diante dos outros países da América do Sul, uma vez que cabe ao Presidente nomear livremente o Procurador Geral, diferentemente da maioria dos países em que o presidente nomeia um dos nomes indicados em lista tríplices ou quádruplas. Este fato é muito importante, tendo em vista que o papel do Procurador Geral Argentino é comandar as diretrizes de atuação o MP argentino de forma vitalícia, sendo o único país em que o cargo de PGR não cumpre o mandato com prazo de tempo determinado, obtendo assim mais uma característica que mina de certa forma a autonomia funcional do MP.

Nesta pesquisa, nota-se que o Ministério Público chileno demonstra ser o mais independente do Cone Sul frente ao Ministério Público dos outros países: Argentina e Uruguai. Esta maior independência do Ministério Público chileno se deve a sua plena autonomia administrativa e funcional, além da vasta atuação na seara criminal, assegurada por lei, tendo como uma das principais funções, além da função tradicional, a proteção a testemunhas.

Referências

ARGENTINA. **Constitucion de lanacion Argentina**. 1994

ARGENTINA. **Decreto lei nº 24.946/98**. 1998

ARAS, Vladimir. 2014. **Ministério Público na Argentina e Brasil: apontamentos para uma aproximação regional**. In B. Calabrich (org.) *Modelos de Ministério Públicos e Defensorias del Pueblo*. Vol1. Ministerios Públicos Sul-Americanos. Brasília: ESMPU, pp.17-61.

ARRUDA, Samuel. jul/dez 2015. **Características e atribuições do Ministério Público Chileno. Breve estudo analítico e comparativo com o Ministerio Público brasileiro**. Boletim Científico ESMPU, 14, n. 45, pp.175-208.

CHILE. **Constitucion Política de la república de Chile**. 1980

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL

CHILE. **Decreto lei nº 15.365/82**. 1982

CHILE. **Decreto lei nº15.648/84**. 1984

DUCE, Maurice. 2011. **Ministério Público no Chile: modelo institucional e funções**. Revista CNMP, n 1, pp.128-165.

FREITAS, E. 2014. Ministério Público do Uruguai. **Trabalho convergente entre experiências diversas e prospecção para cooperação jurídica internacional eficaz**. In B. Calabrich (org.) *Modelos de Ministério Públicos e Defensorias del Pueblo*. Vol1. Ministerios Públicos Sul-Americanos. Brasília: ESMPU, pp.253-326.

KERCHE, Fabio. 2005. **“Agências responsáveis pela ação penal: um estudo comparativo”**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.54, pp.127-152.

MARCHISIO, A. 2011. **O Ministério Público Federal na República Argentina: estrutura, princípios e funções**. Revista CNMP, n 1, pp.166-190.

URUGUAI. **Constitución de la República Oriental delUruguay**. 1997

URUGUAI. **Decreto lei nº 15.648/84**. 1984

URUGUAI. **Decreto lei nº 15.365/82**. 1982

A seleção do léxico nos discursos de posse dos presidentes do stf e a credibilidade enunciativa: construindo *ethos* e estilo

Claudia Maria Gil Silva¹

Resumo:

Estudar o discurso é a possibilidade de observar o comportamento da palavra na sua missão de construir sentidos, de significar. Pela palavra, revelam-se destinos e homens que assumem uma identidade única, inconfundível, porque capazes de realizarem uma determinada seleção e organização lexical que importa para (se)dizerem e (se)inserir em num mundo em que pousam ideologias, histórias, relações, intenções. No discurso é autorizado o assentamento de outros sujeitos que imiscuem suas vozes a fim de garantirem a credibilidade do enunciador, do enunciado e da imagem que vai sendo construída discursivamente. Homem/palavra/discurso tornam-se, em decorrência, um elemento solo que inicia um diálogo no processo enunciativo de construção de mundos. No estudo dos discursos de posse dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal percebemos que uma das faces do Poder Judiciário se coloca à mostra. A utilização de um vocabulário bastante específico do domínio discursivo jurídico, os jogos de palavras, as construções metafóricas, por exemplo, são elaborados e selecionados tão adequadamente que sedimentam a competência argumentativa, constroem uma imagem desejada do sujeito e passam a constituir um determinado estilo de dizer(se).

Palavras-chave:

Léxico. Discurso. *Ethos*. Estilo

1. Introdução

“No princípio era o Verbo, e o Verbo estava junto de Deus e o Verbo era Deus.”
(Evangelho segundo S.João – 1,1)

“*Deus disse...*” e tudo foi feito. Deus cria a luz e a opõe às trevas; e separa as águas pelo que chamou de Céus; e junta as águas que ficaram sob os Céus em um só lugar e cria, de uma só vez, o mar e a Terra, à qual atribuiu

¹ Doutora em Língua Portuguesa pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. Professora e pesquisadora do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.

imediate fertilidade; e sol e lua e estrelas desenham os dias, as noites, os anos, o tempo; e põe vidas sob mar e sob os céus; e faz nascer sobre a Terra as mais diferentes espécies de animais; e para reinar sobre tudo o que há entre o céu e a Terra, à sua semelhança, Deus faz o homem e a mulher. Tempo, espaço e personagens, eis o resultado da palavra de Deus, templo da história da humanidade. Eis a visão mítica da palavra.

A palavra foi cunhada, a princípio, para estar na boca dos homens, mas estes não satisfeitos em tê-la apenas som, pousam-na nos primeiros pergaminhos e se extasiam ao ver imagem e sentidos concretizados e de forma eterna. Passa, então, o seu estudo a ser alvo dos desejos do homem que logo quis conhecer e decifrar as (im)possibilidades de significados de que ela seria capaz. Ao tornar-se aprendiz, descobre seu poder imanente de criar e transformar. Apropria-se dela na intenção de dar origem a novos mundos e gerar novos sentidos de modo a suscitar o prosseguimento do ciclo da vida, que, inevitavelmente, submeteria a humanidade a mudanças, colocando-a à frente de escolhas e a margens de caminhos distintos. Exerce, pois, a palavra, papel fundamental no destino dos homens.

“...todos escreveram sob a inspiração do Espírito Santo, é Deus mesmo que deve ser tido como o autor primário de toda a Bíblia.: eis o primeiro “sinal” da imortalidade da palavra. É ela que anima o homem a revelar-se ao mergulhar profunda e impiedosamente na alma de cada ser. O mesmo “*verbo*” do princípio dos tempos evoca hoje, também, todo o universo da criação verbal, cingindo a História da diversidade de que é feita a humanidade, da diversidade que inscreve e constitui as características de cada texto.

Toda estratégia retórica e argumentativa repousa no poder mágico da palavra, permitindo-nos criar o mundo e não apenas refleti-lo. Pela palavra, portanto, nasceram, misturaram-se, transformaram-se, espalharam-se e perpetuaram-se nossas histórias que, traduzindo o sentimento humano, concederam aos homens o poder de caracterizarem-se a si mesmos ao fazerem uso de seu acervo lexical, não permitindo, porém, a perenidade dos fatos, mas a imortalidade desses fatos, de modo a alimentar a humanidade pelo que registram. Ao retratar as questões sociais atuais de cada época, a palavra atravessa o tempo, transformando-o e transformando-se, ajustando-se às necessidades de mudanças exigidas pelas conexões internas e externas que nela se realizam e que influenciam sua seleção na escrituração de outros textos.

Enquanto sacralizada, a palavra “pertencia” a um mundo onde não se permitia o diálogo, onde aqueles a quem ela se destinava não eram reconhecidos como coautores de significados, como aqueles que a ela também ofereciam suas impressões, porque imersa numa cúpula restrita a muito poucos. Somente no momento em que abandona o lugar do sagrado e se permite ir além da relação que mantém exclusivamente com a voz que lhe confere autoridade e que a torna infalível, incontestável, irrevogável (Bakhtin, 2000, p. 372), a palavra rompe a fronteira do silêncio, do não diálogo e, dessacralizada, toma a voz do outro e se

introduz no discurso, suavizando-o, permitindo a réplica, a retificação, porque não mais inerte nem estéril, mas dialógica, objeto de estudo e pensamento manifestado do outro, com sentido por ele elaborado.

Temos, portanto, a palavra como a arena onde os valores sociais contraditórios se enfrentam e confrontam, onde se dá a constituição do texto, que dotado de intencionalidade e executor, torna-se enunciado (Bakhtin, 2000, p. 330), impossibilitando o desmembramento do binômio palavra e ação: “Deus disse...” e tudo foi feito, portanto, capaz de transformar o comportamento humano e os ideais de cada ser em algo novo, mas não totalmente, já que recuperado de algum lugar da História. Ela alicerça as relações sociais, construindo e “desconstruindo” significados, seja em sua forma oral ou em seu código escrito, definindo o ser humano como pessoa entre pessoas, como aquele que pode ser reconhecido e compreendido por tudo o que produz.

Ao expressar as relações existentes nas interações que se estabelecem no *modus agendi* de um determinado grupo, dentro de um contexto social e em um determinado tempo, a palavra mantém, desconstrói, reconstrói a história de cada povo, pautando-se nas necessidades de cada grupo, em seu tempo. Nasce, assim, o texto, que pertence, nesse momento e simultaneamente, ao sujeito que o escreve e a quem o recebe, porque é capaz de lhe conferir novos sentidos.

A diversidade de gêneros textuais que a palavra pode compor nos permite, por conseguinte, a observação, reflexão e compreensão da língua, seu funcionamento, sua história e mudanças, suas convenções e gramática, pois que nos fornecem instrumentos que nos asseguram maior competência linguística e bom desempenho social, que nos levam a nos perceber como agentes e pacientes da linguagem humana e ao outro como integrante efetivo e indispensável desse mesmo processo, uma vez que só assim é possível perceber-nos. Ao explorar, portanto, a palavra em sua plenitude, extraindo toda a potencialidade que ela pode nos dar, construímos um sujeito que se edifica em sua identidade discursiva, a qual só existe por conta da identidade social que o define.

Ao homem cabe a responsabilidade de destrancar em cada produção textual uma porta que permita que a memória cultural de cada um – que se compõe de citações e lembranças – se torne um bem coletivo, não individual, um entrecruzamento de textos, um compartilhar de saberes e, para tanto, caberá também ao homem a revalorização da palavra e a recuperação, numa intenção consciente, de tudo o que nela há de cortante, incisivo, penetrante, deflagrador, de modo que ela seja o alicerce na relação que se constrói entre homem / mundo / língua / sociedade, aproximando-o do outro, porque o aproxima do texto: autoria e coautoria se dão nesse momento.

É pela palavra, coletiva e anônima, que o homem busca as relações entre mundos e tempos, de modo que se torne eterno quando labuta na sua produção discursiva, embora sabendo não poder ser exclusivo, original, o primeiro, o único, já que no tempo vagueia a autoria das coisas, dos mitos, dos mundos, de tudo o

que foi criado: “Se é encontrada alguma coisa da qual se diz: “Veja: isto é novo”, ela já existia nos tempos passados.” (Eclesiastes, cap. 1, vers.10) .

Depreende-se, portanto, que o discurso é o fio que conduz o entrecruzamento da palavra, num movimento contínuo, intermitente, visando à construção de um universo em que as relações sociais se estabeleçam, em que a autoria se renda à voz do outro, imiscuindo-se nela, porque carregada de ideologias e intencionalidades capazes de provocar sua própria transformação.

2. Tomar a palavra: uma questão de direito

Enunciada, a palavra situa o homem no tempo e espaço, ratificando-o como um ser histórico, receptor de heranças culturais, religiosas e intelectuais, que permitem que ele se ponha no mundo e tenha passado, presente e futuro como lugares sempre acessíveis. É, pois, pela palavra que o homem se torna um sujeito desse mundo, conquanto que expressa as relações existentes que se estabelecem nas interações humanas, o *modus agendi* de um determinado grupo, dentro de um contexto social, em um determinado tempo.

Sujeito e discurso são, portanto, partes indissociáveis de um mesmo processo de construção de mundo. Um mundo impregnado de expectativas, intenções e verdades interiores dos sujeitos que o (re)produzem, porque é nesse espaço que ele se apropria da palavra e constrói sua identidade. É nesse mesmo mundo que seus sentimentos e saberes tomam forma, sua alma e razão ganham voz, estabelecendo-se o diálogo. Nasce a consciência de si mesmo, ao mesmo tempo em que nasce, também, a consciência do outro, do “não-eu”: “A consciência de si mesmo só é possível se experimentada por contraste.” (Benveniste, 2005, p. 286).

Diferenças e semelhanças aproximam os sujeitos da enunciação. Semelhanças e diferenças realizam a enunciação, respondendo por ela. Semelhanças várias, no que diz respeito ao compartilhamento de motivações, finalidades e intenções como seres humanos dentro de uma relação, apesar disso, são as diferenças que garantem o reconhecimento do sujeito e da sua identidade, no que tange ao desempenho dos papéis que lhes são individuais, solos, assimétricos no processo de interação discursiva. Por essas diferenças os sujeitos se legitimam mutuamente, portanto.

Postula Charaudeau (2006, p. 339-354) que esses mesmos sujeitos constroem estratégias discursivas capazes de criar máscaras de identidades psicológicas, cujo objetivo é adequar o sujeito à situação de comunicação, ou seja, reconhecer-se como o EU, reconhecer o outro como o TU, diferente do EU, ser reconhecido pelo TU como o EU e seu lugar de direito onde se encontram EU mais TU na enunciação. Por conseguinte, estará o sujeito desempenhando sempre uma identidade social e uma outra, determinada por lei, à qual se submeterá de modo que possa assumir certa autoridade, num âmbito social.

Pela combinação dessas diferenças, rigorosamente monitoradas pelos sujeitos da enunciação, é que se dará a construção do “poder de influência”.

“A identidade social tem como particularidade a necessidade de ser reconhecida pelos outros. Ela é o que confere ao sujeito o seu “direito à palavra”, o que funda sua legitimidade.”(idem, p.339-354). Entendemos, portanto, que somente após conquistar o reconhecimento da identidade social, estará o sujeito autorizado a agir, a tomar a palavra, uma vez que a condição que assume dentro de uma esfera comunicacional terá sido legitimada, reconhecida por outros sujeitos, “em nome de um valor aceito por todos”. Não se dará, no entanto, ao bel prazer dos coenunciadores esse reconhecimento:

“...a legitimidade depende de normas institucionais, que regem cada domínio da prática social e que atribuem funções, lugares e papéis aos que são investidos através de tais normas. Por exemplo, no domínio *jurídico*, que é regido por uma lógica da lei e da sanção, os atores são legitimados pela obtenção de um diploma e o status institucional é adquirido através de um sistema de ingresso por concurso, aliado a um sistema de nomeação pelos pares ou pelos superiores hierárquicos.” (ibidem, p.339-354)

Criam-se, portanto, normas para proteger as instituições. Mesmo assim, há a legitimidade que é conferida a um membro de uma comunidade institucional pelos seus pares, dado o reconhecimento que um de seus membros alcança devido à sua performance individual de “saber-fazer”, a qual lhe confere a “legitimidade da palavra”, posto que esse mesmo membro reflete a identidade dessa comunidade, ou seja, cada um de seus membros se reconhece nesse autor e por isso lhe conferem o poder de tomar a palavra como seu representante institucional, num dado momento e em certo espaço enunciativo.

3. A ação (política) da palavra

Para Charaudeau (2006, p.16), quando a palavra é inscrita em uma prática social e circula em um determinado espaço público, revelando as relações de poder instauradas nesse espaço, é eminentemente política, posto que repleta de valores que autorizam a ação (política) que, por sua vez, apresenta-se organizada e imbuída de certa finalidade (o bem comum).

Sob essa perspectiva, postulamos que na troca linguageira entre parceiros de um mesmo grupo social, a assimetria de papéis torna-se evidente para ambos, pois que regulada pelo princípio de alteridade, ou seja, a tomada de consciência do outro e do papel que assume na enunciação é indispensável para que se tome consciência de si mesmo e de sua posição nessa interação.

Estabelece-se, dessa forma, a relação de poder, o direito à palavra tomada e a legitimidade dos sujeitos que permeiam todo ato de linguagem.

Muitas vezes o homem é levado à tomada de decisões que podem se dar de forma coletiva ou individual, no entanto, em qualquer dos casos, haverá sempre um representante responsável por essa decisão. Será pelo ato de linguagem que os indivíduos envolvidos se manifestarão e às suas vontades, gerando a necessidade de organização de seus atos e a escolha de um fim comum. Esse movimento gera o que Charaudeau (idem, p. 17) chamará de “ação política” e afirma ser a presença da linguagem indissociável desse ato, uma vez que ele se dá num espaço de discussão, a que também chama de instâncias. A cada ação política, uma instância também política, na qual essa ação se realiza, portanto.

Charaudeau, porém, propõe nova reflexão: mesmo que a escolha dos representantes do poder se dê em uma instância que ele denomina “instância cidadã”, o poder que é assumido por esses representantes quando eleitos se modifica na sua ação política, visto que estarão inseridos na instância política, cujo caráter decisório impõe ações para a realização do “possível”, uma vez que se pressupõe que nela as regras de funcionamento dos negócios de Estado sejam conhecidas, não lhes sendo permitido, pois, ignorarem as condições de realização política; já a instância cidadã, justamente por desconhecer essas mesmas regras, conduz a instância política, ou seja, a instância em que se dá a escolha para a realização do “desejável”.

Assegura, portanto, a instância cidadã, a legitimidade do poder político, o qual pauta suas ações pelo que lhe foi assegurado pela instância cidadã. Dessa forma, explica-se a constante insatisfação que se manifesta com relação às leis sancionadas por esse poder, visto que o “possível” e o “desejável” não se correspondem, necessariamente.

Segundo Weber (*apud* Charaudeau, 2006, p.19), esse exercício do poder político que se respalda no consentimento da instância cidadã, justificaria a violência que se exige para que os “homens dominados se submetam a autoridade”, que ele chama de “dominação legítima”. Opondo-se a essa teoria, Arendt (idem Charaudeau, p. 20) confirma o poder político como o poder dos cidadãos, visto que justifica a realização das comunidades e a finalidade para a qual são criadas.

Ainda em relação às instâncias política e cidadã, vale citar Habermas (ibidem Charaudeau, p. 22), que apresenta a tese de que há dois processos opostos que permeiam a instância política: a produção comunicativa, que usa argumentos da razão e da paixão, cuja busca consiste em persuadir, tendo em vista a adesão cidadã; e a constituição da legitimização desse poder pelo sistema político que, necessariamente, liga-se ao poder administrativo estabelecendo uma ação reflexiva, o que significa pautar as ações sob as regras da ação política, cujas organização e finalidade são sempre exigidas.

Resgatam-se, portanto, os valores nesses espaços de discussão. Resgatam-se, necessariamente, as regras fundamentais para o estabelecimento das comunidades e de sua manutenção. Resgata-se o *modus agendi* que estabelece, em tese, a igualdade entre os cidadãos – premissa fundamental para o atingimento do ideal coletivo, em que a “ação política seria uma ação concertada e seu responsável se confundiria com essa mesma coletividade” (Charaudeau, 2006, p. 20)

O caráter coletivo dos valores responsabiliza-se pela criação das entidades abstratas, mas capazes de garantir os direitos e deveres dos indivíduos: Estado, República, Nação. São essas mesmas entidades capazes, portanto, de “desapropriar os indivíduos” (Ricoeur, *apud* Charaudeau, 2006, p.20), ou seja, tornam-se maiores que as vontades próprias e individuais, visto que representam valores coletivos. Não há autor, há uma autoria coletiva, dado que despossada de valores individuais não permite, em princípio, reconhecê-los separadamente.

Dessa forma, concluímos que toda comunidade deverá cuidar para que o estabelecido em sua constituição seja cumprido de forma permanente, gerando mecanismos que visem a reconhecer, para tanto, os acordos, o consenso, as não unanimidades, haja vista ser toda e qualquer sociedade “um conjunto fragmentado de comunidades de opiniões diversas, que a ação política deverá levar em conta na tentativa de gerenciar os conflitos resultantes desse confronto.” (Charaudeau, 2006, p. 21). Percebemos, portanto, haver no poder político o manifesto da vontade de poderes vários – comunicativo e administrativo, por exemplo – mas que, necessariamente e em tese, devem respeitar-se de modo que as comunidades se fortaleçam e sobrevivam.

Os valores são manifestados e construídos, portanto, em espaços onde se dá um jogo entre dois protagonistas da palavra: a discussão e a persuasão. Palavra e ação ocupam-nos, pois, simultaneamente. Palavras definem os valores, os ideais que geram a ação política. Palavras organizam e coordenam normas cuja promulgação caracteriza uma ação política, dada em uma instância também política. Logo, da linguagem se serve o embate discursivo, que põe em xeque a legitimidade que poderá ser construída quando se revelam os pontos de vista que permeiam esse jogo. Da ação se vale a persuasão, ou seja, o poder de fazer com que o outro realize o que dele se deseja, de modo que o espaço onde se fundem as instâncias política e cidadã seja também o palco onde se dá o exercício de uma “*autoridade* mediante uma dominação feita de regulamentação e sanção.” (Charaudeau, 2006, p.23).

Espaço / sociedade / palavra constituem um trinômio insolúvel para a manifestação das vontades, apesar de considerar-se haver diferenças, às vezes fronteiriças, entre os espaços em que se dá a manifestação da palavra, visto que esta coexiste à constituição daqueles, manifestando tanto as marcas do aspecto verbal, de suas particularidades fônicas, morfológicas, semânticas e sintáticas, de cujo estudo se preocupa a *Estilística do Enunciado*, quanto as marcas da

relação entre os seus protagonistas – locutor, receptor e referente –, estudadas pela *Estilística da Enunciação* (Todorov, in Martins, 2000, p. 189).

Os discursos de posse dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal guardam essas marcas de modo a nos permitir o estudo de suas especificidades, como por exemplo, a seleção e organização lexical, conduzindo-nos à tese de que esse estudo nos revela um “estilo” particular, ainda que essas marcas também nos permitam apontar os domínios discursivos jurídico e político pelos quais esses discursos transitam.

4. A palavra põe em ato a língua e a enriquece. (Melo, 1981, p. 132)

Toda estratégia retórica e argumentativa repousa no poder da palavra. Segundo Melo (idem, p. 138), todo idioma possui duas classes de palavras: as *gramaticais* e as *lexicográficas*. Nestas últimas, o que pertence, efetivamente, à língua são as terminações e as flexões. E entre estas mesmas palavras lexicográficas há o que se define por *vocabulário fundamental* que seriam nomes de parentesco, das principais instituições sociais, nomes referentes à religião e ao culto, nome de números, das partes do corpo, entre outros nomes e por *vocabulário cultural* que refletiria as condições de vida, as influências externas, os elementos históricos e formadores, o tipo de vida, o meio social e suas peculiaridades etc. Considerar-se-ia, pois o *vocabulário cultural* o “elemento de estilo, exatamente porque, de um lado, ele representa escolha no material linguístico preexistente, escolha não raro entre sinônimos; doutro lado, é um reflexo das condições sociais históricas e atuais das diversas comunidades.”

Da escolha adequada das palavras depende a eficiência da comunicação, a “associação de ideias que pesam no seu efeito e no da frase em que se encontra” essa seleção. (Câmara Júnior, 1986, p. 140 – 141). A escolha entre sinônimos nos permite: reconhecer o enriquecimento da linguagem e um recurso de estilo; derramar matizes vários sobre um determinado fato, tecendo sobre ele novos pontos de vista

5. Fragmentos do discurso de agradecimento do Presidente, Ministro Ribeiro Da Costa, em 1963

Inclino-me, Senhores Ministros, em profundo reconhecimento, à vossa escolha, que é uma determinação e um mandamento.

A seleção dos vocábulos “*determinação*” e “*mandamento*” os coloca em posição de fortalecimento, mas também de confrontamento. O primeiro ratifica o que já é de conhecimento público, ou seja, o dever de se fazer cumprir uma decisão judicial, mas à seleção “*mandamento*” associa-se nova informação, pois persuade o coenunciador a buscar uma imagem sagrada, inscrita há

milhares de anos e combiná-la às determinações do Poder Judiciário, elevando-as ao nível divino dos “mandamentos” ditados a Moisés, por Deus.

Em nenhuma hipótese, deixamos de reconhecer os poderes legais de decidir e mandar cumprir, por exemplo, de que são investidos os magistrados no exercício de suas funções. No entanto, nenhuma escolha discursiva é realizada ao acaso, a intencionalidade se presentifica em toda a organização, seleção e combinação que se realizam no discurso. Temos, portanto, que é possível o estabelecimento de uma relação subjetiva na análise do léxico, posto que este, nessas ocasiões, é sempre cuidadosamente selecionado.

Também o próprio discurso, em seu prosseguimento, fortalece a análise realizada, pois o fragmento “*torno-me servo dos servos da Justiça, assim como se alça o Sumo Pontífice à condição de servo dos servos de Deus.*” estabelece a comparação a que nos referimos, podendo, inclusive, conduzir o coenunciador a inferir sobre a semelhança sugerida entre os Poderes Judiciário e Divino.

(...)

Bem vedes quanto me sinto não apenas prevenido, mas, sobretudo, temeroso de surpreendentes expectativas.

(...)

Assemelha-se esta Casa da Justiça ao grande rio pelo dorso de cujas águas flutuam os destroços e as impurezas desprendidas pelas erosões de suas margens ou arremetidas das terras distantes.

(...)

Seu discurso prenuncia as decepções vindouras, pois véspera de “64” e numa metáfora pouco comedida, compara os Poderes que entornam o STF e que naquele momento já demonstram suas intenções antidemocráticas ao lixo que se agrega às margens de um grande rio – o próprio STF.

“Proclamamos bem alto que a Justiça, nas Democracias, é significativamente o esteio e a salvaguarda da liberdade que tem os seus algozes de que a Justiça na sua mais alta categoria, representada por este Egrégio Tribunal, a cada obstáculo que se lhe pretenda opor, redobrará, coesa e uma, sua vigilância indestrutível para preservar, com a liberdade, o processo evolutivo de nossa supremacia material e moral, aperfeiçoando e fortalecendo a admirável unidade deste País, desta Nação soberana.

Nenhuma emergência, crise mais alta que se levante, ameaças mais graves que se nos antepõem, diretas ou subterrâneas, nada nos há de entibiar o ânimo de praticar a Justiça, sã, isenta e indiscriminada.

Para lhe servir os altos designios, a postos, aqui permanecemos. E havemos de fazê-lo destemerosamente, lembrando à Nação que ora nos ouve, as palavras do Senhor Ministro Victor Nunes, expressas em memorável sessão do Supremo Tribunal Federal...”

Sua voz se enche de coragem, “proclama” para quem quiser ouvir a disposição do STF em redobrar a vigilância no tange à preservação das

liberdades que garantem a soberania da Nação. Nada há que possa inibir ou intimidar o STF quanto ao cumprimento de seu dever e *destemerosamente* é a seleção apropriada para confirmar tal disposição. A voz do Ministro Victor Nunes é trazida para ratificar a voz corajosa do enunciador, cujo enfrentamento às forças que já se manifestam como uma ameaça à democracia é iminente.

Um *ethos* de coragem se manifesta no discurso de Ribeiro da Costa, conferindo ao enunciador a credibilidade de que precisa para poder estar no lugar discursivo em que se encontra. Um discurso que ao retratar um momento tenso da História Política do Brasil, mostra, também, uma face da História do Poder Judiciário.

6. Fragmento do discurso de posse do Presidente, Ministro Antônio Neder, em 1979

“(...)

Como deve cumprir a sua missão o Presidente do Supremo Tribunal? Esforçando-se por conciliar qualidades contraditórias, isto é: temperar velhice com o entusiasmo da mocidade; cumprir seus deveres de jurista com a alma de poeta; defrontar sem desespero, a dura realidade; deve ser dinâmico sem ser agitado; reunir a humildade e a firmeza de caráter; enfim, trabalhar com inteligência e o coração para que sua obra seja perfeita.

(...)”

Presentes, nesse fragmento, todos os “ingredientes” que o enunciador considera necessários para que a “receita” dê certo. Não há qualquer indício de dúvida a respeito das atitudes que deva ter um Ministro na função de Presidente do STF, pois à pergunta que enuncia, ele mesmo responde, sem titubear. Tal atitude, ao mesmo tempo que demonstra o conhecimento do enunciador sobre o perfil que o Presidente do STF deva ter, também o qualifica para o cargo a que foi alçado por seus pares. As escolhas lexicais de todo o fragmento ratificam nossa análise, novamente, temos presentes as condições para que se constitua o *ethos* de “credibilidade”.

7. Fragmento do discurso de posse do Presidente, Ministro Cordeiro Guerra, em 1983

“(...)

O Supremo Tribunal Federal é soberano no aplicar a Constituição e as leis.

O seu Presidente o representa, não o dirige. Traduz um pensamento, não o cria nem o impõe. Composto de varões ilustres, provados em longa vida pública, não tem aspirações próprias. Inspiram-no o bem comum e o ideal da legalidade e justiça.

(...)”

Grava o enunciador, nesse fragmento, as competências do Presidente do STF assim como as características que devem permear o seu caráter. Estamos, outra vez, diante de uma “fórmula” que indica as atitudes que devem ter os Presidentes dessa Corte (representar o STF e não dirigi-lo), como também as qualidades inerentes de um cidadão (*varões ilustres*) para a assunção desse Poder.

O Ministro Cordeiro Guerra, assume, implicitamente, todas as qualidades que descreve e compromete-se a desempenhar a função agindo de acordo com o que “receita”, pois que nesse momento toma posse da Presidência dessa Casa. O *ethos* de “credibilidade” se constrói discursivamente, pois o texto produzido lhe confere a competência para assumir a função que lhes destinaram os Ministros da Corte que a partir daquela data presidirá.

8. Fragmento do discurso de posse do Presidente, Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, em 2001

“(...)

A nova organização mundial das relações humanas exige do Poder Judiciário brasileiro o redimensionamento de seu próprio papel, compreendendo-se e, mais do que isso, comprometendo-se definitivamente como responsável por prestação jurisdicional mais ampla e eficiente, mais afinada com uma realidade afeita a vertiginosas, surpreendentes e constantes mudanças. Já muito distante está a época em que incumbia precipuamente ao Judiciário dirimir conflitos de interesses individuais, em relações típicas de direito civil. Num primeiro instante de transformações econômicas radicais, a sociedade brasileira, mormente a comunidade jurídica, reivindicou e conseguiu consolidar e efetivamente fazer valer os direitos sociais. Enorme foi, então, o avanço promovido pela criação da Justiça do Trabalho, da qual sou egresso e de onde provém toda a minha formação humanística e profissional. A repercussão desse fato foi sentida em todas as camadas da população, principalmente nas mais desprotegidas. Uma nova organização social foi aos poucos se delineando, até se impor, definitivamente.

(...)”

É possível perceber que há um afastamento inicial que faz parecer que o Ministro não pertence à Instituição pela qual fala, pois a enxerga com o mesmo olhar de quem está fora dela, aquiescendo, inclusive, ao que propõe e pensa a sociedade brasileira sobre as competências do STF. A criação de uma Justiça do Trabalho, da qual é egresso, torna-se prova incontestada e fortalecedora de um argumento, cuja razão reside na efetivação dos direitos sociais.

O fragmento escolhido segue aos vocativos, abrindo o discurso do empossado. Não há agradecimentos iniciais, como de costume. Há uma forte tese sobre a modernidade e ajustamento das atribuições do STF. Essa racionalidade discursiva inicia a criação da imagem de um homem

extremamente sério, cuja razão se sobrepõe, inclusive, àquele momento de posse, em que, via de regra, a emoção se faz companheira.

Dessa forma, uma imagem é construída no discurso por meio da demonstração de um conhecimento profundo, de “um domínio particular no qual exerce sua atividade” (*op. cit.*, p. 125), denotando sua competência para a função que assume, revelando o *ethos* de “credibilidade”, indissociável do caráter de um membro daquela Corte.

Uma atitude de *engajamento*, conduz o sujeito a uma tomada de posição, abandonando a neutralidade quando seleciona argumentos e palavras para compor suas asserções. Muitas vezes, essa tomada de posição se percebe pela modalização avaliativa por que seu discurso é tomado.

O *engajamento* tem como finalidade a construção da imagem do enunciador como um “ser de convicção”. A verdade se confunde com a força com que as asserções são enunciadas, com a convicção de que o sujeito está tomado ao proferir seu discurso, ou parte dele e, por isso, acredita-se que essa força influencie o interlocutor.

Seleção e organização lexical constituem escolhas individuais no uso da língua, assim, tornam-se os discursos de Posse dos Presidentes do STF um lugar onde sujeitos manipulam a palavra para emitir sua voz e autorizarem vozes outras, de modo a alcançarem os objetivos da enunciação.

Inevitável, portanto, o estudo do comportamento da palavra, tendo em foco o enunciador e o lugar que ocupa no mundo em que constrói seu discurso quando toma a palavra que lhe é de direito. Verificam-se nessa instância discursiva as relações de poder e as ações que decorrem dessas relações. Inevitável, ainda, deixar de perceber que o ato de tomar a palavra implica perceber a inserção do outro no momento em que seu costuramento discursivo ocorre, presentificando, dessa forma, o princípio da alteridade.

A eficiência argumentativa muitas vezes se deve à seleção lexical, assim como a sua fragilidade. Um enunciado em que o vocabulário, os jogos de palavras, as construções metafóricas são elaborados ou selecionados inadequadamente pode comprometer a competência argumentativa e construir uma imagem não desejada do sujeito.

Perguntamo-nos se a escolha lexical apresentaria diferenças muito grandes entre os discursos mais antigos e os mais modernos e observamos que não, entretanto, empossado em 2001 e um homem da atualidade, o Ministro Marco Aurélio Mello discursa de forma erudita, pomposa e demorada, inadequada ao que hoje defende a magistratura com relação à linguagem usada no mundo jurídico.

A seleção vocabular é mesmo uma questão de estilo.

Referências

ABREU, Antônio Suárez. **A arte de argumentar: gerenciando razão e emoção**. Cotia: Ateliê Editorial, 2002.

ADAM, J.-M. **Linguistique Textuelle. Des genres de discours aux textes**. Paris: Nathan, 1999.

AMOSSY, Ruth (org.) **Imagens de si no Discurso: a construção do ethos**. São Paulo: Contexto, 2005. _____. "As modalidades argumentativas do discurso." In: Gláucia Muniz Proença Lara, Ida Lúcia Machado, Wander Emediato (organizadores). *Análises do discurso hoje*, volume 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. – (Lucerna; 2).

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. **O Estado e o Poder Judiciário no Brasil**. 2ª edição revista. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

ARISTÓTELES. **A arte retórica**. Trad. Godofredo Telles Júnior. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint S.A., s.d.

AZEREDO, José Carlos (Coord.). **Escrevendo pela nova ortografia**. Rio de Janeiro: Instituto Antônio Houaiss/Publifolha, 2008.

_____. **Gramática Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Publifolha, 2008.

BAKHTIN, Mikhail Mikhailovitch. **Estética da criação verbal**. [tradução feita a partir do francês por Maria Ermantina Galvão; revisão da tradução Marina Appenzeller]. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BECHARA, Evanildo. **Moderna Gramática Portuguesa**. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007.

_____. **O que muda com o novo acordo ortográfico**. Rio de Janeiro, 2008.

BONFIM, João Bosco Bezerra. **Palavra de presidente – Discursos de posse de Deodoro a Lula**. Brasília: LGE Editora, 2004.

BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à análise do discurso**. – 8ª edição – Campinas, SP: Editora da INICAMP, 2002.

_____. **Subjetividade, argumentação, polifonia. A propaganda da Petrobrás**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP: Imprensa Oficial do Estado, 1998 – (Prismas).

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes**. – 31ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2003. – (Coleção Saraiva de legislação).

CÂMARA JÚNIOR, Joaquim Mattoso. **Manual de expressão oral e escrita**. Petrópolis: Vozes: 1986.

..... **Contribuição À Estilística Portuguesa**. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1978.

..... **Problemas de Lingüística Descritiva**. 17ª ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

CHARAUDEAU, Patrick & MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. Coordenação da tradução Fabiana Komesu. 2. ed. – São Paulo: Contexto, 2006.

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso Político. (Le discours politique: les masques du pouvoir)*. Trad. De Fabiana Komesu e Dílson Ferreira da Cruz. São Paulo: Contexto, 2006.

_____. **Identité sociale et identité discursive, Le fondement de La compétence communicationalle**. In: Gragoatá, Niterói, nº 21, p. 339-354, 2º sem. 2006.

_____. **Linguagem e discurso: modos de organização**. [Coordenação da equipe de tradução Angela M. S. Corrêa & Ida Lúcia Machado]. – 1ª Ed., 1ª reimpressão – São Paulo: Contexto, 2009.

CITELLI, Adilson. **Linguagem e Persuasão**. São Paulo: Ática. 2005.

_____. **O texto Argumentativo**. São Paulo: Editora Scipione Ltda., 1994.

_____. **Palavras, meios de comunicação e educação**. São Paulo: Cortez, 2006.

COUTO, Ronaldo Costa. **História Indiscreta da Ditadura e da Abertura**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

DASCAL, Marcelo. **“O ethos na argumentação: uma abordagem pragma-retórica.”** In: **Ruth Amossy (org.). Imagens de si no discurso: a construção do ethos**. São Paulo: Contexto, 2005.

FÁVERO, Leonor Lopes e KOCH, Ingedore Villaça. **Lingüística Textual: Introdução**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Coesão e Coerência Textuais**. 7ª Ed. São Paulo: Ática, 1999.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **Posses Presidenciais, Brasília 1962-2004**; Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário de Língua Portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2004.

FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. **Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira**. In: Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 1, nº 5, Setembro de 1999.

FIORIN, José Luiz. **Elementos da análise do discurso**. São Paulo: Contexto, 1999.

_____. **Astúcias da Enunciação – As categorias de pessoa, espaço e tempo**. 2ª Edição – São Paulo: Editora Ática, 1999.

_____. **Linguagem e Ideologia**. – 8. Ed. (rev. e atualizada). São Paulo: Ática, 2007.

_____. **Em busca do sentido: estudos discursivos**. São Paulo: Contexto, 2008.

GARCIA, Othon Moacyr. **Comunicação em prosa moderna**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. **A ditadura derrotada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

HALLIDAY, Tereza Lúcia. **“Atos retóricos: discurso e circunstâncias”**. In: HALLIDAY, Tereza Lúcia (org.). **Atos retóricos: mensagens estratégicas de políticos e igrejas**. São Paulo: Summus, 1988.

_____. **O que é retórica**. São Paulo: Brasiliense, 1990, 1ª reimpr. da 1ª ed.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001 – 1ª Edição.

JUNIOR, Alcides Telles. **Discurso, linguagem e justiça**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986. ISBN 85-203-0511-3

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Argumentação e Linguagem**. – 5ª Ed. – São Paulo: Cortez, 1999.

_____. **A inter-ação pela linguagem**. 5. ed. – São Paulo: Contexto, 2000.

LEVY, Maria Stella Ferreira. **“Duas sentenças judiciais sob a ótica da linguagem.”** In: PAULINO, Daniel ET AL.; Maria Stella Ferreira Levy (org.) **Linguagem e suas aplicações no Direito**. São Paulo: Paulistana Editora, 2006.

MAINGUENEAU, Dominique. **Análises de textos de comunicação**. Trad. Cecília P. de Souza-e-Silva, Décio Rocha. São Paulo: Cortez: 2001.

_____. **Cenas da Enunciação**. Organização: POSSENTI, Sírio e SOUZA-E SILVA, Maria Cecília Perez de. São Paulo: Parábola Editorial, 2008.

_____. “ **Ethos, cenografia, incorporação**”. Ruth Amossy (org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. São Paulo: Contexto, 2005.

MARTINS, Nilce Sant’Anna. **Introdução à Estilística: a expressividade na língua portuguesa**. São Paulo: T. A. Queiroz, 2000.

MELO, Gladstone Chaves de. **A língua do Brasil**. 4. Ed. Melhorada e aum. – Rio de Janeiro: Padrão, 1981.

MONTEIRO, José Lemos. **A Estilística**. Série Fundamentos. São Paulo: Ática, 1991.

MOTTA, Ana Raquel, SALGADO, Luciana (orgs.). **Ethos discursivo**. São Paulo: Contexto, 2008.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência, II – República**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000b.

OLIVEIRA, Ieda de. **O contrato de comunicação da literatura infantil e juvenil**. Rio de Janeiro: Lucerna, 2003.

OLIVEIRA, Juarez de. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

OSAKABE, Haqira. **Argumentação e Discurso Político**. 1ª Edição. São Paulo: Kairós Livraria e Editora LTDA, 1979.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Trad. Eduardo Brandão. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SILVEIRA, Sousa da. **Fonética Sintática**. Coleção estante da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Serv. de publicações, 1971.