

Fernanda Miler Lima Pinto
(Organizadora)

REFLEXÕES SOBRE
DIREITO E
SOCIEDADE:
fundamentos e práticas

10



AYA EDITORA
2024

Fernanda Miler Lima Pinto
(Organizadora)

**Reflexões sobre Direito e
Sociedade: fundamentos e
práticas**

Vol. 10

Ponta Grossa
2024

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Organizadora

Prof.ª Ma. Fernanda Miler Lima Pinto

Capa

AYA Editora©

Revisão

Os Autores

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora©

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria de Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

**Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros
Rodrigues**

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

**Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira
Miranda Santos**

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

© 2024 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). Este livro, incluindo todas as ilustrações, informações e opiniões nele contidas, é resultado da criação intelectual exclusiva dos autores. Os autores detêm total responsabilidade pelo conteúdo apresentado, o qual reflete única e inteiramente a sua perspectiva e interpretação pessoal. É importante salientar que o conteúdo deste livro não representa, necessariamente, a visão ou opinião da editora. A função da editora foi estritamente técnica, limitando-se ao serviço de diagramação e registro da obra, sem qualquer influência sobre o conteúdo apresentado ou opiniões expressas. Portanto, quaisquer questionamentos, interpretações ou inferências decorrentes do conteúdo deste livro, devem ser direcionados exclusivamente aos autores.

R3326 Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas [recurso eletrônico]. / Fernanda Miler Lima Pinto (organizadora). -- Ponta Grossa: Aya, 2024. 222 p.

v.10

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-449-8

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275

1. Direito. 2. Medicina - Legislação - Brasil. 3. Igualdade. 4. Discriminação de sexo. 5. Serviço social. 6. Advogados – Brasil. 7. Violência contra as mulheres - Aspectos psicológicos. 8. Mulheres - Crimes contra. 9. Higiene do trabalho - Legislação - Brasil. 10. Segurança do trabalho - Legislação - Brasil. 11. Desastres ambientais - Brasil. 12. COVID-19 (Doença) - Legislação – Brasil. 13. Prisões - Brasil. 14. Psicologia do sistema prisional. I. Pinto, Fernanda Miler Lima. II. Título

CDD: 340.07

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora LTDA

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

WhatsApp: +55 42 99906-0630

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557

Ponta Grossa - Paraná - Brasil

84.071-150

SUMÁRIO

Apresentação..... 11

01

Sistema prisional brasileiro x gerenciamento privativo. 12

João Antônio Porciúncula Fernandes Júnior

Rômulo Ximenes Mortari

Diego Estefânio da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.1

02

As limitações ao direito da liberdade de expressão no direito penal brasileiro..... 24

Daniel Frederico Fagundes de Lima Andrade

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.2

03

A atuação do psicólogo no âmbito prisional..... 32

Cleonice Zimpel

Daiana Diel Pires

Felipe Odorizzi

Janser Franciel Philippsen

Leandro Felipe Dapper Oppermann

Renato Reis

Robson Alessandro Stochero

Tiago Francisco Garcia da Silva

Henrique Rambo

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.3

04

A atuação do assistente social no âmbito prisional 40

Munir Chitolina Polla
Cristiano da Silva Uhmman
Daniela Balestreri
Dieson da Silva Silva
Djarles Medeiros Kunzler
Iury Lampert
Micheli Althaus dos Santos
Tiago Parnow
Noemi de Fátima Ferreira Prestes
Clevison Brum dos Santos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.4

05

A readequação dos parâmetros do auxílio reclusão como combate a desigualdade social 48

Munir Chitolina Polla
Cristiano da Silva Uhmman
Daniela Balestreri
Dieson da Silva
Djarles Medeiros Kunzler
Iury Lampert
Micheli Althaus dos Santos
Tiago Parnow
Noemi de Fátima Ferreira Prestes
Clevison Brum dos Santos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.5

06

A responsabilização civil do médico em casos de violência obstétrica e o acesso à informação da gestante na rede pública de saúde 65

Leticia Gonçalves Ferreira
Fernanda Peres Soratto

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.6

07

A retificação de registro civil, no processo civil..... 76

Ana Paula Moreira da Silva Tavares

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.7

08

Admissibilidade do litisconsórcio sucessivo no código de processo civil de 2015 87

Thiago de Freitas Ferreira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.8

09

Processo justo: a importância do respeito às normas e garantias processuais para a busca da segurança jurídica 101

Alexsandro Viegas

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.9

10

Introito comparativo sobre: arbitragem, conciliação e mediação 125

Arivandre Araújo Guimarães Tavares

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.10

11

A perspectiva humanista do meio ambiente laboral a partir do caso Hydro Alunorte 137

Célia Dias Rodrigues de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.11

12

Uma análise do caso trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil à luz de Francisco de Vitoria 149

Célia Dias Rodrigues de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.12

13

A questão orçamentária das defensorias públicas e o estado de coisas inconstitucional..... 161

Leandro de Oliveira Teixeira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.13

14

O tripé na busca pela promoção da igualdade de gênero na contemporaneidade: feminismo, ciência e tecnologia..... 177

Audra Pires Silveira Thomaz

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.14

15

O papel do advogado público brasileiro na era da globalização 192

Paloma Meirelles Barretto Cunha

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.15

16

O adiamento e o cancelamento de contratos de consumo relacionados ao turismo e à cultura em decorrência da pandemia da covid-19: uma análise a partir das normas do CDC e da Lei nº 14.046 de 2020.....
..... **202**

Lefícia de Jesus Pereira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.16

Organizadora 214

Índice Remissivo..... 215

Apresentação

Neste décimo volume da série **“Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas”**, mergulhamos em temas cruciais que tocam o coração do direito e da sociedade brasileira hoje. Com uma abordagem direta e profunda, este livro traz discussões variadas, indo desde o sistema prisional até os efeitos da pandemia na área do direito do consumidor.

Começamos explorando o sistema prisional brasileiro e a ideia de sua gestão privada, levantando questões sobre eficácia e direitos humanos. Em seguida, debatemos sobre a liberdade de expressão e seus limites dentro do direito penal, um tema essencial para a democracia.

A importância dos psicólogos e assistentes sociais no ambiente prisional é destacada, mostrando o papel vital desses profissionais na recuperação e reintegração social dos presos. Também discutimos o auxílio-reclusão e sua relação com a desigualdade social, além da responsabilidade civil dos médicos em casos de violência obstétrica, trazendo à tona a interação entre direito e saúde.

O livro avança para temas como justiça no processo civil, a eficácia de métodos alternativos de resolução de conflitos como arbitragem e mediação, e a importância da justiça e eficiência na resolução de disputas.

Também tocamos em questões ambientais e de direitos humanos, com estudos de caso que ilustram como o direito interage com questões éticas e sociais. A igualdade de gênero, o papel do advogado público na globalização e os impactos da covid-19 no direito do consumidor são temas que fecham este volume, refletindo sobre os desafios atuais e futuros do direito.

Este livro é uma leitura essencial para quem busca entender as complexidades do direito e sua relação com a sociedade, oferecendo *insights* valiosos e caminhos para um futuro onde o direito promova justiça e igualdade.

Boa Leitura!

Sistema prisional brasileiro x gerenciamento privativo

Brazilian prison system x private management

João Antônio Porciúncula Fernandes Júnior

Rômulo Ximenes Mortari

Diego Estefânio da Silva

RESUMO

O sistema prisional brasileiro vem se tornando tema de acirrados debates no meio social e político no país, principalmente em razão da atual conjuntura em que se encontram, apresentando problemas em toda a sua estrutura, indo desde a superlotação dos cárceres até se chegar na falta de ações que propiciem a ressocialização dos detentos que ali se encontram. Nesse sentido, o desenvolvimento de ações que visem dirimir e corrigir os problemas encontrados nas instituições carcerárias do Brasil constitui-se de fundamental importância nos dias atuais. Possibilitando que seja proporcionado locais que ao invés de formarem indivíduos mais perigosos e propícios a prática de atos extremamente lesivos, os tornem pessoas mais compreensivas dos seus atos, fazendo-os pensar nas consequências em que tais ações poderão lhes causar e, bem como, para com os demais cidadãos. Assim, partindo-se destes preceitos, tem-se a privatização dos serviços carcerários como tentativa de atenuar os problemas encontrados nos sistemas prisionais do Brasil, para que assim possam atender as suas finalidades que as instituíram. Assim sendo, o presente trabalho vem a apresentar como objetivo principal o de demonstrar os principais problemas encontrados nos sistemas prisionais brasileiros bem como o de expor se realmente há vantagens no gerenciamento privativo. Para a realização deste artigo foram utilizados a metodologia de revisão bibliográfica pela qual possibilita compreender as pesquisas existentes e, bem como, obter conclusões a partir do tema proposto. Foram utilizados também o método qualitativo e descritivo na abordagem do tema em si.

Palavras-chave: sistema prisional; ressocialização; gerenciamento privativo.

ABSTRACT

The Brazilian prison system has become the subject of fierce debates in the social and political environment in the country, mainly due to the cur-



rent situation in which it finds itself, presenting problems throughout its structure, ranging from overcrowding of prisons to a lack of actions that promote the resocialization of inmates there. In this sense, the development of actions aimed at resolving and correcting the problems found in Brazilian prison institutions is of fundamental importance today. Making it possible to provide places that, instead of forming more dangerous individuals who are prone to carrying out extremely harmful acts, make them people more understanding of their acts, making them think about the consequences that such actions could cause and, as well, towards other citizens. Thus, based on these prices, there is the privatization of prison services as an attempt to alleviate the problems found in Brazil's prison systems, so that they can serve the specific conditions that established them. Therefore, the main objective of this work is to demonstrate the main problems found in Brazilian prison systems as well as to expose whether there really are advantages to private management. To carry out this article, a bibliographic review methodology was used that makes it possible to understand existing research and, as well as, obtain information from the proposed topic. The qualitative and descriptive method was also used to approach the topic itself.

Keywords: prison system; resocialization; private management.

INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro vem se tornando tema de acirrados debates no meio social e político no país, principalmente em razão da atual conjuntura em que se encontram, apresentando problemas em toda a sua estrutura, indo desde a superlotação dos cárceres até se chegar na falta de ações que propiciem a ressocialização dos detentos que ali se encontram.

Diante tal fato torna-se perceptível que os ideais sociais que fizeram com que os sistemas prisionais fossem instituídos, sejam eles de proporcionarem a minimização da criminalidade através da detenção daqueles que venham a infringir os preceitos normativos existentes e, bem como, de disponibilizarem ações direcionadas para a sua ressocialização para que assim estes indivíduos tenham condições de voltarem ao meio social sem que venham a praticar nenhum ato criminal, torna-se cada vez mais impossibilitado de acontecer. Infringindo desta forma todos os fundamentos proporcionadores do desenvolvimento dos seres humanos, mesmo que estes venham a ser pessoas que de uma certa maneira se sobrepôs aos meios normativos praticando um ato ilegal e criminoso.

Nesse sentido, o desenvolvimento de ações que visem dirimir e corrigir os problemas encontrados nas instituições carcerárias do Brasil constitui-se de fundamental importância nos dias atuais. Possibilitando que seja proporcionado locais que ao invés de formarem indivíduos mais perigosos e propícios a prática de atos extremamente lesivos, os tornem pessoas mais compreensivas dos seus atos, fazendo-os pensar nas consequências em que tais ações poderão lhes causar e, bem como, para com os demais cidadãos. Assim, partindo-se destes preceitos, tem-se a privatização dos serviços carcerários como tentativa de atenuar os problemas encontrados nos sistemas prisionais do Brasil, para que assim possam atender as suas finalidades que as instituíram.

Diante todo o exposto, o presente artigo vem a tratar dos problemas enfrentados

pelo sistema prisional brasileiro nos dias atuais e do gerenciamento privativo como forma de remediar tais acontecimentos. Apresentando assim como problemática a ser respondida ao longo deste estudo o seguinte questionamento: Diante a atual conjuntura em que se encontra os cárceres privados, a privatização destes sistemas poderá contribuir para sanar os problemas encontrados nestas instituições?

Assim sendo, o presente trabalho vem a apresentar como objetivo principal o de demonstrar os principais problemas encontrados nos sistemas prisionais brasileiros bem como o de expor as vantagens e desvantagens em que o gerenciamento privativo poderá proporcionar para com estas instituições.

No que tange as metodologias empregadas na elaboração deste trabalho, foram utilizados os métodos bibliográficos com o intuito de analisar os pensamentos dos mais renomados autores. Foram utilizados também o método qualitativo e descritivo na abordagem do tema em si.

SURGIMENTO DOS SISTEMAS PRISIONAIS NO TERRITÓRIO BRASILEIRO

Antes de adentrar-se no tema em si do presente estudo torna-se de fundamental importância realizar, como forma de propiciar uma maior clareza do assunto para com os futuros leitores, uma breve análise sobre o surgimento dos sistemas prisionais no Brasil. Demonstrando os propósitos que fizeram com que esta instituição fosse desenvolvida e que nunca chegou a ser concretizada.

Assim, para que se possa entender o sentido da expressão “prisão”, em um primeiro momento e de modo literário, pode-se dizer que ela está relacionada estritamente com a confinamento de um indivíduo. Ou seja, o detento é retirado da sua liberdade de convivência no meio social, da sua família e demais membros pessoais que possuem, com o intuito de que estes venham a passar a refletir sobre as suas ações delituosas praticadas, tornando este ato de reflexão a sua maior pena. Desta forma, os objetivos almejados pelos sistemas carcerários, de uma forma em geral, é o de propiciar a ressocialização destes indivíduos, fazendo com que assim após o cumprimento da sua pena possam retornar ao convívio em sociedade de uma forma mais humanizada e consciente dos resultados em que suas condutas poderão ocasionar.

Partindo-se deste preceito Prado (2021) vem a lecionar que o Brasil até os anos iniciais do século XIX, por estar sobre o comando e domínio da Corte Portuguesa, predominava-se no seu território às Ordenações Filipinas que preconizava a pena de morte, a introdução de sanções voltadas ao castigo corporal com ações de mutilamento e queimaduras pelo corpo, a exposição dos indivíduos infratores a atos humilhantes em logradouros públicos, dentre outras penas. Vale ressaltar que a pena de privação de liberdade não existia ainda neste período fazendo com que assim as prisões fossem utilizadas tão apenas como meio de custódia dos considerados transgressores do período colonial.

Desta forma Taquary (2008) explana que somente no ano de 1824 a partir da promulgação da Constituição Federal que veio a ocorrer neste respectivo ano é que se

percebe algumas mudanças no que tange aos meios punitivos no Brasil. Deixando de prevalecer a aplicação de penas desumanas, estabelecendo ainda as formas como os sistemas prisionais necessitariam seguir para o seu desenvolvimento.

Assim, o artigo 179, parágrafo 21 da Constituinte de 1824 veio a estabelecer que: “As Cadeias serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes”. Todavia, de acordo com o autor supracitado acima, apenas em 1830 é que se deu a instituição da pena privativa de liberdade por meio da introdução do Código Criminal do Império. Estabelecendo que as penas privativas de liberdade estariam voltadas para a aplicação de sanções de natureza simples, obrigando os infratores a ficarem reclusos nos recintos prisionais por um período a ser estipulado pela sentença. E de natureza privativa com a introdução de atividades laborais, fazendo com que os infratores, como meio de se ocuparem no dia a dia, passassem a trabalharem dentro das prisões de acordo com o disposto na sentença.

Todavia, vale ressaltar que, de acordo com Evandro *apud* Araújo (2011) estes locais prisionais eram totalmente desprovidos de condições para manterem os detentos, possuindo uma infraestrutura totalmente precária. O autor supracitado acima menciona ainda que em virtude a tala fato foi estabelecido uma comissão para que assim fossem verificadas as verdadeiras condições que se encontrava estes sistemas, sendo realizado, desta forma, diversos relatórios identificando a veracidade dos fatos. Conforme preceituado por Evandro *apud* Araújo (2011) no trecho abaixo:

Esta prisão, encostada ao morro da Conceição, é subterrânea de um lado, de outro faz frente à rua do mesmo nome; é, por isto defeituosíssima, porque a comunicação imediata com a rua a torna pouco segura, e não permite que se estabeleça, no seu interior, a disciplina conveniente para reforma dos presos; pela sua situação, já se vê que ela deve ser úmida, insalubre, inabitável, sobretudo do lado da montanha. (...) Foi com grande dificuldade que a Comissão pode vencer a repugnância que deve sentir todo o coração humano, ao penetrar nesta sentina de todos os vício, neste antro infernal, onde tudo se acha confundido, o maior facinora com uma simples acusada, o assassino o mais inumano com um miserável, vítima da calúnia ou da mais deplorável administração da justiça. O aspecto dos presos nos faz tremer de horror: mal cobertos de trapos imundos, eles nos cercam por todos os lados, e clamam contra quem os enviou para semelhante suplício sem os ter convencido de crime ou delito algum (Evandro *apud* Araújo, 2011, p. 2).

Ficando nítido, mediante o exposto acima, a precariedade pela qual se encontravam as prisões neste período. Verdadeiros locais sem a mínima condição de abrigarem e de proporcionarem a ressocialização dos indivíduos infratores.

Seguindo a ordem cronológica do tempo, no ano de 1890, de acordo com Prado (2021) tem-se a instituição e promulgação do Código Penal dos Estados Unidos do Brazil que veio a estabelecer, no seu artigo 1º que: “Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas”. Tornando assim as penas privativas de liberdade a base de sustentação das prisões, passando elas a serem caracterizadas como prisões celulares, banimento, reclusão, prisões com atividades laborais, dentre outros. Abolindo, de forma completa as penas de morte e as perpetuas.

Já em 1984 tem-se o desenvolvimento da Lei de Execução Penal, fazendo com que esta passasse a estabelecer as regulamentações das formas classificatórias e individuais

das penas, disponibilizando os meios normativos que deveriam ser seguidos em face dos infratores, garantindo que os seus direitos fossem respeitados como também das suas obrigações, possibilitando assim um assistencialismo individualizado através da introdução de atividades direcionadas ao bem-estar destes indivíduos.

Nota-se assim que ao longo dos anos diversos foram os meios punitivos instituídos e colocados em prática com o objetivo de minimizar a ocorrência de infrações criminosas praticadas pelos seres humanos, chegando-se ao ponto de serem aplicadas sanções consideradas hoje em dia como cruéis e infames. Entretanto, com o desenvolvimento do meio social medidas necessitaram ser instituídas com o intuito de fazer com que houvesse uma maior eficácia nos meios punitivos, respeitando, de uma certa forma, o princípio da dignidade humana, estabelecendo um sistema prisional cuja a sua característica estivesse voltada para a ressocialização dos infratores, para que assim estes tenham plena condição de voltarem ao convívio social.

Desta forma, de acordo com Prado (2021) as instituições prisionais no Brasil têm o seu surgimento a partir da necessidade de desenvolverem sistemas que propiciasse a minimização da criminalidade por meio da detenção dos infratores, lhes proporcionando uma oportunidade de se ressocializarem por meio da aplicação de atividades dentro destes recintos.

Todavia o que se percebe nos dias atuais é a contrariedade destes fatos, onde a criminalidade cada vez mais vem aumentando e o insucesso da ressocialização destes detentos, pois eles saem das prisões piores do que entraram.

Atual conjuntura dos sistemas prisionais no Brasil

As instituições prisionais no Brasil sempre foram rotuladas pela população em si como ambientes proscritos, guardadores de pessoas consideradas como reais causadores dos problemas sociais. Fazendo com que assim fossem deixados ao acaso, tanto pela sociedade como também daqueles responsáveis em propiciar a sua ressocialização, ou seja, do Estado. Tornando, logicamente, estes locais como violadores dos meios normativos e dos princípios básicos estipulados pela Constituinte.

Nesse sentido Assis (2017) leciona que as prisões brasileiras nos últimos anos vêm passando por uma aprofundada crise no seu sistema estrutural, tornando-se principalmente um problema de caráter social e econômico. Em virtude da falta de interesse do Estado em solucionar tais problemas, deixando de realizar os devidos investimentos necessários para com estas instituições como forma de propiciar um local que possa atender e atingir os resultados em que foram instituídas, ou seja, da minimização da criminalidade em razão da implantação de atividades que propicie a ressocialização dos detentos.

Para Bitencourt (2011) o transgressor ao adentrar nas unidades prisionais ele passa a se deparar com a veracidade deste sistema, tendo que conviver em celas superpovoadas, sem a mínima condição física de atender as suas necessidades vitais, tornando-se verdadeiros locais de proliferação de doenças. Sem mencionar a prevalência de ações violentas que dominam estas instituições, fazendo com que assim seja totalmente desrespeitado os princípios basilares interposto para o desenvolvimento do ser humano, ou seja, da dignidade da pessoa humana.

Corroborando com este fato, Mirabete (2012, p. 66) explica que:

A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-los ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere.

Diante todo o exposto nota-se que as instituições prisionais do Brasil vêm seguindo um caminho completamente diferente da que foi preceituada para com a sua criação, ou seja, a de minimizar a criminalidade através da detenção dos seus agentes e ade lhes proporcionarem ações ressocializadoras com o intuito de fazer com que estes indivíduos, após o cumprimento de sua pena, possam ser introduzidos no meio social de forma que não venham mais a cometer nenhum tipo de ilícito.

Fortalecendo esta afirmativa, Bitencourt (2011, p. 143) vem a explicar que:

Quando a prisão converteu-se na resposta penalógica principal, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominado a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem ido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise.

Assim, fica evidenciado a atual conjuntura que se encontram os sistemas prisionais atualmente no território brasileiro, sendo elas formadas por ambientes sem a mínima condição de propiciar a ressocialização destes indivíduos. Apresentando ainda uma sua superlotação nas suas edificações, tornado estes locais como verdadeiros centros formadores da criminalidade, onde os princípios sociais e formadores do desenvolvimento humano passem a não ser respeitados, valendo tão apenas as normas estipuladas e impostas pelos próprios detentos como meio de garantirem a sua sobrevivência diante este cenário que se encontra as prisões nos dias atuais.

Da superlotação do sistema carcerário

Como visto o sistema prisional brasileiro encontra-se em uma verdadeira situação de calamidade, colocando os detentos a tratamentos desumanos e vexatórios, sem falar na falta de sistema adequado pela qual lhe possa proporcionar uma assistência médica adequada a estes indivíduos, fazendo com que estes locais sejam caracterizados como ambientes de proliferação de doenças, principalmente em virtude da ausência de condições adequadas de higiene.

Diante tal fato Assis (2017, p. 16) vem a lecionar que:

A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões um ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas.

Diante tal fato, a superlotação pela qual se encontra o sistema carcerário brasileiro nos dias atuais tende a agravar ainda mais esta situação, uma vez que, de acordo com estudos realizados pelo Conselho Nacional do Ministério Público no ano de 2019, o Brasil possuía uma população carcerária de aproximadamente 66,7% a mais da sua capacidade normal. Sendo assim considerada um fator agravante, principalmente pelo fato do Estado ter a responsabilidade sobre estes indivíduos, disponibilizando meios pelas quais lhes possam propiciar a sua ressocialização. Todavia, para os detentos, as prisões são consideradas como locais de aprendizagem da criminalidade, tornando-se assim ambientes de sobrevivência e não de ressocialização.

Assim, Machado e Guimarães (2014), lecionam que a partir do momento em que estes detentos adquirem a sua liberdade novamente passam a cometer crimes ainda mais violentos, fazendo com que assim retornem para os presídios aumentando ainda mais o número populacional destes recintos. Maximizando, ainda mais, os problemas do sistema prisional, tornando-se estes locais como verdadeiros depósitos de pessoas e de um sistema infligidor do princípio da dignidade humana.

Nesse sentido, torna-se de fundamental importância, de acordo com Mirabete (2014) que o Estado venha a exercer o seu papel de proporcionador da ressocialização dos detentos, disponibilizando um local mais apropriado e propício para com a reeducação dos mesmos, fazendo com que assim a sua retornada para o crime seja minimizada, e, conseqüentemente, a diminuição da população prisional.

Da ineficácia da ressocialização

Como mencionado anteriormente, de forma objetiva e clara, o sistema prisional brasileiro encontra-se em uma verdadeira situação de calamidade, fazendo com que os propósitos instituidores para sua criação não venham obter os resultados almejados, principalmente no que tange a ressocialização dos detentos. Tornando este fato como um dos problemas a ser resolvido em virtude destas instituições serem entendidas pela ala social e pela maioria das classes políticas como ambientes perigosos e provocadores do declínio do ser humano.

Diante tal torna-se de fundamental importância que medidas sejam tomadas com o intuito de fazer com que este sistema passe, de forma contundente, a praticar ações que possibilite a ressocialização dos detentos, para que assim possam a ser reincorporados na sociedade de forma digna, criando-lhes o entendimento que os atos praticados pelos mesmos que os levou a detenção constitui-se de uma ação extremamente lesiva, tanto para o meio social quanto para os próprios. Fazendo com que assim tenham ciência dos seus atos e passem a não mais praticá-los.

Nesse sentido Bitencourt (2011, p. 139) leciona que “[...] o objetivo da ressocialização é esperar do delinquente o respeito e a aceitação de tais normas com a finalidade de evitar a prática de novos delitos”.

Todavia, o que se nota é a contrariedade dos fatos, fazendo com que as prisões atualmente sejam locais formadores da criminalidade, deixando cada vez mais perigosos os indivíduos que ali se encontram, e não proporcionador da sua ressocialização. Assim, Bitencourt (2011, p. 158) vem a preceituar que:

Quando a prisão converteu-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exageros, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que faz a prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

Desta forma, pode-se afirmar que os verdadeiros culpados da ineficácia da ressocialização nos presídios brasileiros estão diretamente ligados com a atuação do Estado em negligenciar o seu assistencialismo para com estas instituições e, bem como, da sociedade que sempre demonstrou desprezo por estes locais e, principalmente pelos detentos por entenderem que estes são indivíduos cruéis e que não possuem mais meio de ressocializa-los. Não deixado de acrescentar que a superlotação dos cárceres privados veio a contribuir para o não cumprimento dos objetivos da ressocialização em virtude destes indivíduos ficarem exposto a situações desumanas, ocasionando ainda mais o seu descontentamento para com a vida.

Assim a reincidência da criminalidade torna-se uma questão impossível de se controlar, em razão da ineficácia das ações ressocializadoras instituídas nos sistemas prisionais, quando disponibilizadas, fazendo com que estes detentos saiam ainda piores quando entraram. Tornando os presídios verdadeiras escolas da criminalidade.

Da privatização dos sistemas prisionais

Diante a atual conjuntura que se encontra os sistemas prisionais no Brasil a privatização destas instituições constitui-se como uma alternativa para se combater a realidade instalada nestes locais.

Para que se entenda, de uma melhor forma, o assunto a ser tratado no presente tópico, torna-se de fundamental importância realizar a definição do que venha a ser privatização. Nesse sentido Amaral Filho (1996, p. 41) vem a conceituá-la como sendo “a transferência das empresas de propriedade do Estado e atividades por ele exercidas para o setor privado, obedecendo às mais variadas formas de transferência do capital aos particulares”.

Já para Savas (1987, p. 13) a privatização pode ser entendida como “[...] o ato de reduzir o papel do governo, ou de dar maior importância ao setor privado, numa atividade ou na propriedade de bens”.

Entende-se assim que realizar a privatização dos sistemas prisionais no Brasil constitui-se no ato de transferir o gerenciamento de tais instituições, antes desenvolvida pelo poder público, para um ente privado, ficando ele incumbido de toda a sua administração, indo desde o fornecimento da alimentação dos detentos até na disponibilização de meios que lhes proporcionem a sua ressocialização. Tendo o Estado tão somente a responsabilidade de realizar fiscalizações como forma de verificar se as atividades praticadas pelo setor privado estão surtindo os devidos efeitos e se o que foi acordado está sendo cumprido.

Ficando ainda responsável pela aplicação das penas em face daqueles indivíduos que venham a transgredir a lei, detendo assim a sua função jurisdicional.

Nesse contexto, Oliveira (1988) destaca que diversas são as ações que não favorecem a realização da privatização dos sistemas prisionais no Brasil, incluindo:

- a) O Estado evidencia esforços na busca por soluções aos problemas dos presos;
- b) A instituição privada, devido à competição, desvia seu foco do objetivo proposto;
- c) A iniciativa privada não apresenta experiência significativa na redução de gastos;
- d) Incerteza sobre a reintegração no mercado de trabalho;
- f) Maior probabilidade de corrupção interna devido aos baixos salários pagos pela iniciativa privada;

Nota-se assim, diante o exposto, que o autor supracitado veio a relacionar fatores que não contribuem para a efetivação da privatização das prisões, tornando este mecanismo desfavorável para a criação de resultados positivos para com a mesma.

Posicionando-se também contrário à privatização das instituições prisionais brasileiras, Filcapez (1982) destaca que:

“É pior do que o que está posto hoje. Se temos depósitos humanos, escolas de crime, fábricas de rebeliões com o setor público gerindo, com a iniciativa privada será muito pior. O estado, apesar das limitações, deve assumir a responsabilidade pela gestão e construção dos presídios e investir massivamente no sistema penal. A privatização não pode ser encarada como uma necessidade. Devemos questionar se realmente precisamos privatizar os presídios, ou se podemos aumentar o número de unidades, melhorar as condições de vida e readaptação social dos presos sem depender exclusivamente do setor privado. Segurança Pública é responsabilidade estatal e não pode ser terceirizada. Caso contrário, continuaremos testemunhando cenas que envergonham nossa nação perante o mundo. A privatização, longe de ser uma necessidade indiscutível, é, na verdade, uma escolha que merece ser cuidadosamente avaliada” (Capez, 2002, p. 02).

Em resumo, o autor argumenta que a privatização dos presídios não é uma ação viável para o estado. Pelo contrário, enfatiza a necessidade de analisar cuidadosamente as desvantagens e considerar alternativas que não apenas evitem precariedades nos sistemas prisionais, mas também garantam a segurança e ressocialização dos detentos.

Dessa maneira, a manutenção da gestão estatal nos sistemas prisionais se configura como uma abordagem que busca enfrentar os desafios existentes nessas instituições. Tal perspectiva surge da constatação de que o Estado, longe de ser incapaz, deve assumir a responsabilidade por atividades cruciais para superar as dificuldades presentes. Em vez de recorrer à privatização, é imperativo explorar alternativas que promovam a reestruturação desses ambientes sem abrir mão do controle estatal. Essas iniciativas visam proporcionar aos indivíduos que ali se encontram a oportunidade de se ressocializarem, reconhecendo que a perda da liberdade não é a única questão relevante. Ao contrário, a gestão estatal deve ser fortalecida para garantir a segurança, promover a reabilitação e enfrentar os desafios inerentes aos sistemas prisionais, em vez de buscar soluções no setor privado.

METODOLOGIA

Para a elaboração deste trabalho passou-se a utilizar como método metodológico a revisão bibliográfica em razão desta propiciar uma maior compreensão das pesquisas já desenvolvidas e, como também, a de possibilitar se chegar a conclusões mais claras sobre o tema proposto.

Contribuindo com o método mencionado acima, utilizou-se os recursos descritivos e qualitativos por meio de consultas em livros, dissertações e em artigos científicos selecionados através de buscas na base de dados do google acadêmico como também na plataforma Scielo. As palavras-chave utilizadas na busca foram: Precariedade prisional, Ressocialização, Privatização.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A elaboração do presente trabalho possibilitou compreender a veracidade pela qual o sistema prisional brasileiro se encontra, clarificando que esta situação não se constitui de algo novo e como consequência vindo a resultar em ambientes propícios para a perpetuação do crime e a violação dos direitos humanos.

Desta forma, uma temática pela qual vem sendo debatida e defendida nos bastidores do meio social e como forma de possibilitar a remediação dos problemas enfrentados pelos sistemas prisionais no Brasil vem a ser o gerenciamento privativo destas unidades, trazendo sim, em alguns casos, maior eficiência administrativa, porém oferecendo algumas desvantagens.

Vale salientar, conforme percebido por meio das obras literárias analisadas para a confecção deste estudo, que o gerenciamento privado das prisões enfrentam duras críticas, principalmente em se tratando da possibilidade de altas taxas de lucratividade, falta de transparência e na minimização dos padrões de cuidado e segurança a ser interpostos.

Diante disso, é fundamental que seja abordado os problemas do sistema prisional brasileiro de maneira integral, passando a abordar questões ligadas ao setor público como também do privado, direcionando o foco para uma melhor reabilitação dos apenados, como também para a redução da reincidência e, sobretudo, para o respeito dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A precariedade em que se encontra o sistema prisional brasileiro é fruto da irresponsabilidade do Estado em disponibilizar meios que visem garantir a ordem destas instituições, seguindo os preceitos básicos que fizeram com que estes ambientes fossem criados, ou seja, reduzir o número de criminalidade praticadas com a detenção dos infratores e ao mesmo tempo lhes proporcionarem ações que possibilitasse a sua ressocialização para que assim pudessem ser incorporados novamente no meio social de forma que não viessem a mais aderir a prática de atos criminosos.

Todavia, a falta de infraestrutura e de investimentos tem feito com que estas

instituições se tornem verdadeiras escolas da criminalidade, tornando os detentos que ali se encontram ainda mais revoltados e perigosos em virtude do ambiente desumano que ali reside. Fazendo com que assim o ato de ressocialização se torne algo impossível de se praticar nesta atual conjuntura em que se encontra estas instituições.

Entretanto, vale ressaltar que medidas ainda podem ser utilizadas como forma de mudar tal situação, bastando que haja uma boa vontade dos setores políticos e governamentais do país em praticar ações inovadoras. Nesse sentido, a privatização dos sistemas prisionais do país não constitui-se como uma alternativa viável, impossibilitando a produção de resultados positivos para com este sistema. Não propiciando a aplicação de atividades que visem a ressocialização dos detentos. Tendo como melhor alternativa uma reestruturação do sistema estrutural sem disponibilizá-lo à iniciativa privada, com um investimento massivo em material humano e em unidades de cumprimento de pena, mantendo sempre o respeito aos princípios basilares norteadores da conduta humana, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, com a aplicação de melhores estruturas e oportunidades, disponibilizadas pelos setor público no período em que permanecer nestes locais, estes indivíduos têm capacidade de se adaptarem de forma mais fácil quando saírem da sua reclusão, voltando a conviver em sociedade de forma mais digna e que não venha a mais praticar nenhum tipo de ato criminoso.

Nesse sentido, pode-se concluir que a privatização dos sistemas prisionais não se constitui uma ação capaz de modificar a atual realidade em que se encontra os presídios atualmente. Não tornando estes locais aptos a praticarem os preceitos formadores deste sistema, ou seja, a minimização da criminalidade e a ressocialização dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no Estado Contemporâneo**. São Paulo: Ícone, 1996.

ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. **“Sentina(s) de todos os vícios”: As prisões do Rio de Janeiro no final do período colonial**. In: Simpósio Nacional de História, 2011, São Paulo. Anais XXVI. ANPUH. Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300851839_ARQUIVO_ARAUJO,CarlosEduardoMSentinasdetodososvicios.pdf. Acesso em: 04 de agos. de 2023.

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A Realidade Atual do Sistema Prisional Brasileiro**. Revista CEJ. V. 39. 2017. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/949/1122>. Acesso em: 16 de agos. de 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão - Causas e Alternativas**. 4º. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Planalto. **Constituição Política do Império do Brasil**. 1824. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>. Acesso em: 07 de agos. de 2023.

BRASIL. Planalto. 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: 05 de agos. de 2023.

FILCAPEZ, Pedro. **Direito Penal: Ensaio**. V. 1. ed. Goiás: Fernandez, 1982.

MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. **A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. 5 (1). 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.pdf>. Acesso em: 18 de agos. de 2023.

MIRABETE, Júlio F.; FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12º. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP**. 28º. ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2012. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, José de. **Sistema Prisional**. Utópica. Rio grande do Sul, 1988.

PRADO, Ana Carolina de Paula. **Sistema Prisional Brasileiro: Da estagnação à propostas de transformação**. 2021. Monografia (Graduação). Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia. 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1993>. Acesso em: 09 de agos. de 2023.

SAVAS, E. S. **Privatização: a chave para um governo melhor**. Nórdica: Rio de Janeiro, 1987.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **A formação do sistema penal brasileiro**. Revista **Universitas Jus**. V. 17. 2008. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/download/635/551>. Acesso em: 16 de agos. de 2023.

As limitações ao direito da liberdade de expressão no direito penal brasileiro

Limitations on the right to freedom of the expression in brazilian criminal law

Daniel Frederico Fagundes de Lima Andrade

Advogado; Mestrando em Ciências Jurídicas na Christian Business School. Bacharel em Direito (UNP); Especialista em Docência do Ensino Superior (Facuminas-2022); Especialista em Direito de Família e Sucessões (Faved-2021); Aluno Especial de Mestrado em Turismo/UFRN (2023.1); Membro da Comissão Estadual de Direito Animal e da Comissão Estadual de Defesa das Pessoas com Deficiência, da OAB/RN.

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade analisar as limitações ao Direito da Liberdade de Expressão diante das sanções penais existentes e aplicáveis aos atos de opinião no ordenamento jurídico brasileiro, salientando a proteção à liberdade de expressão e seus limites. Neste trabalho é demonstrado o paradoxo da liberdade de expressão, o qual é um direito fundamental consagrado pela Constituição Federal de 1988, diante de atos que possam configurar crimes contra a honra ou que incitem a violência. Diante desse cenário, é decisivo compreender as nuances legais que circundam a punição de atos de opinião, buscando um equilíbrio entre a proteção da sociedade e a preservação das liberdades individuais.

Palavras-chave: direito penal; direito constitucional; liberdade de expressão; limites.

ABSTRACT

This study aims to analyze the limitations to the Right to Freedom of Expression in light of the existing criminal sanctions applicable to acts of opinion in the Brazilian legal system, highlighting the protection of freedom of expression and its limits. This work demonstrates the paradox of freedom of expression, which is a fundamental right enshrined in the 1988 Federal Constitution, in the face of acts that may constitute crimes against honor or that incite violence. Given this scenario, it is crucial to understand the legal nuances surrounding the punishment of acts of opinion, seeking a balance between the protection of society and the preservation of individual freedoms.

Keywords: criminal law; constitutional right; freedom of expression; limits.

Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas - Vol. 10

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.2



INTRODUÇÃO

No mundo atual, em especial no campo das redes sociais, as pessoas vêm demonstrando opiniões de forma mais pública, exercendo sua liberdade de expressão de forma exacerbada.

Hodiernamente qualquer opinião pode ser vista por qualquer pessoa do planeta, quando exposta nas redes sociais, tais como Twitter, Instagram ou TikTok.

Devemos salientar que a liberdade de expressão é um dos pilares fundamentais da democracia, assegurando o direito dos Cidadãos de expressar suas opiniões e ideias sem temer represálias estatais.

No entanto, essa liberdade não é ilimitada, e o ordenamento jurídico brasileiro estabelece sanções penais para atos de opinião que ultrapassam determinados limites legais.

Lembremos daquele ditado popular: “O meu Direito acaba, quando começa o seu” ou “Meu Direito acaba quando começa o do próximo”, e por esta máxima podemos entender que há limites legais para o exercício da liberdade de expressão que cada um de nós possuímos.

E em nosso país, o nosso ordenamento jurídico coloca limitações ao que expressamos impondo consequências penais e civis, entretanto, neste trabalho iremos explorar as consequências penais para o exagero ou “mau uso” da liberdade da expressão.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A liberdade de expressão, tal como foi constituída pelo contexto histórico, trouxe reflexos diretos no que fere à prevalência de ser, ou não, um Direito Fundamental que deve ser respeitado a todo e qualquer momento.

No mundo atual, da tecnologia da informação, a liberdade de expressão ganha relevância em face do atual contexto das redes sociais, vezes que ao restringir o acesso e, conseqüentemente, prender a forma das pessoas se expressarem acarretará uma violação à um direito fundamental amplamente resguardado pela Constituição da República de 1988.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, assegura a liberdade de expressão como direito fundamental, garantindo a todos os cidadãos o livre exercício do pensamento e da manifestação do pensamento, vedando a censura prévia. Esse princípio é essencial para o funcionamento saudável de uma sociedade democrática, conforme transcrevo abaixo.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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

Por liberdade, podemos lembrar do conceito de José Afonso da Silva (2008, p. 233):

[...] é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoa, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente.

A liberdade, no seu maior contexto, é a busca da felicidade da pessoa humana, ou seja, a maneira de agir que a torna feliz, de forma que não há restrição alguma nas suas ações, adotando de uma forma livre o poder de agir como bem entender, em toda sua gama de aplicabilidade.

Deste modo, podemos fixar o conceito de “Direito à Liberdade de Expressão” é um dos princípios fundamentais de uma sociedade democrática e aberta.

Este conceito permite o debate de opiniões, ideias e a busca pela verdade por meio do confronto de diferentes pontos de vista.

No entanto, a liberdade de expressão também cria um dilema quando se trata de lidar com discursos de ódio, intolerância e propagação de ideologias que visam destruir a própria sociedade democrática, o qual passaremos a discutir nas linhas seguintes.

LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Apesar da proteção Constitucional que recai sobre a Liberdade de Expressão, esta garantia não é absoluta e nem inabalável.

E apesar de considerarmos a Liberdade de Expressão como um Direito fundamental, como já dito, não se confunde com Direito Absoluto.

É fundamental porque foi positivado na Constituição Federal, detendo superioridade hierárquica frente a direitos subjetivos infraconstitucionais, e não pode ser revogado por emenda constitucional, porém, está sujeito a limitações jurídicas.

Sobre esta situação, observemos o que diz Gregório Rabelo Filho (2023):

Apesar desse direito ser considerado como fundamental em nossa Carta Magna, **ressalta-se que não existem direitos absolutos. Muitos confundem a mitigação desse direito com aplicação de censura**, e essa é uma visão equivocada porque a aplicação da censura em si pressupõe exceção prévia ou posterior com a manifestação do pensamento e tem como fundamento pressupostos de ordem ideológico-políticos **e isso é o que a difere** da responsabilização de pessoas que abusam da liberdade de expressão ao ponto de ocasionar prejuízos de toda ordem a terceiros. (grifo meu)

Deste modo, pode-se observar que Liberdade de Expressão sofre limitações, as quais decorrem da colisão com outros direitos fundamentais.

Ainda que intrigante do ponto de vista jurídico, a colisão entre direitos fundamentais é usual.

Na perspectiva clássica, os principais direitos que entram em atrito com a liberdade de expressão são a intimidade (exposição de fatos ou imagens íntimas de terceiros) e a

honra (ofensa ou humilhação a terceiros).

E aqui falaremos dos limites na esfera penal, e o Código Penal brasileiro prevê que algumas condutas da liberdade de expressão possam ser caracterizadas como crimes contra a honra, tais como calúnia, difamação e injúria, que podem ser configurados quando atos de opinião ultrapassam os limites da crítica construtiva e passam a difamar, caluniar ou injuriar terceiros. É necessário um equilíbrio entre a proteção da honra individual e a liberdade de expressão.

E em se falando sobre condições limitadoras de Direitos, no caso do Direito a Liberdade de Expressão, podemos citar palavras do Jurista Jónatas Machado (2002, p. 721), que diz:

As restrições às liberdades da comunicação só podem ser feitas através de lei. Deste modo se resolve um problema de escolha institucional com base no postulado de que a restrição dos direitos, liberdades e garantias deve ter por base uma valoração político-legislativa em que os direitos a restringir sejam equacionados por referência a todo sistema de proteção jurídico-subjetivo dos cidadãos, bem como aos diferentes direitos e interesses constitucionalmente consagrados. (grifo meu)

E os Legisladores Brasileiros dispuseram em Lei, em especial no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (BRASIL), conhecido como Código Penal Brasileiro, condutas limitadoras a liberdade de expressão, conforme dispositivos legais transcritos a seguir:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa (Brasil, 1940).

Logo, se a conduta do cidadão ao praticar sua liberdade de expressão for idêntica aos fatos típicos descritos na norma legal acima, estará ele ultrapassando o limite de seu Direito e entrando na fronteira da prática de crime, ou seja, caracterizando um limite ultrapassado, passível de punição.

Os crimes contra a honra, são em sua maioria, de ação penal privada, que significa a necessidade do Ofendido em promover a queixa-crime contra o Ofensor para que as medidas legais sejam iniciadas.

Assim sendo, devemos ter muito cuidado com o que falamos, ou seja, com o que expomos de opinião para fora de nossas cabeças, pois pode prejudicar os outros e por via de consequência, nos prejudicar civil e criminalmente.

CRIMES DE INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA

Um outro aspecto a ser considerado são os atos de opinião que incitam a prática de violência. O ordenamento jurídico brasileiro tipifica crimes de incitação à violência, sendo a liberdade de expressão coibida quando essa incitação coloca em risco a ordem pública ou a integridade física de terceiros.

O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, assim a define:

Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem incita, publicamente, animosidade entre as Forças Armadas, ou delas contra os poderes constitucionais, as instituições civis ou a sociedade (BRASIL, 1940).

Nesta conduta tipificada, para que o crime seja caracterizado é necessário que o incentivo seja feito de forma pública e direcionado a pessoas indeterminadas.

É uma situação que observamos muitos em mensagens escritas em redes sociais, nas quais muitas pessoas dizem estar se utilizando da Liberdade de Expressão, mas podemos notar que se trata da prática de um crime.

Logo, não podemos utilizar a Liberdade de Expressão para falar tudo que queremos, pois algumas falas verbais ou escritas poderão ser consideradas crimes e assim considerada uma causa limitadora do Direito a Liberdade de Expressão.

A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E OS ATOS DE OPINIÃO

A jurisprudência brasileira desempenha um papel fundamental na interpretação e aplicação das normas relacionadas aos atos de opinião. A análise de casos anteriores ajuda a estabelecer parâmetros para a distinção entre exercício legítimo da liberdade de expressão e prática criminosa.

Com efeito, o STJ firmou entendimento no sentido de que, ao compartilhar conteúdo nas redes sociais, os usuários assumem a responsabilidade pelas consequências, podendo ser condenados por abusos a direitos de terceiros, especialmente se o conteúdo postado é ofensivo à honra ou à imagem dessas pessoas.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. REDE SOCIAL. FACEBOOK. OFENSAS. PESSOA JURÍDICA. HONRA SUBJETIVA. IMPERTINÊNCIA. HONRA OBJETIVA. LESÃO. TIPO DE ATO. ATRIBUIÇÃO DA AUTORIA DE FATOS CERTOS. BOM NOME, FAMA E REPUTAÇÃO. DIREITO PENAL. ANALOGIA. DEFINIÇÃO DOS CRIMES DE DIFAMAÇÃO E CALÚNIA. 1. O propósito recursal é determinar se as manifestações da recorrida na rede social Facebook têm o condão de configurar dano moral indenizável à pessoa jurídica recorrente. 2. Ao disponibilizarem informações, opiniões e comentários nas redes sociais na internet, os usuários se tornam os responsáveis principais e imediatos pelas consequências da livre manifestação de seu pensamento, a qual, por não ser ilimitada, sujeita-lhes à possibilidade de serem condenados pelos abusos que venham a praticar em relação aos direitos de terceiros, abrangidos ou não pela rede social. 3. Os danos morais podem referir-se à aflição

dos aspectos mais íntimos da personalidade ou à valoração social do indivíduo no meio em que vive e atua. A primeira lesão reporta-se à honra subjetiva, a segunda à honra objetiva. 4. A pessoa jurídica, por não ser uma pessoa natural, não possui honra subjetiva, estando, portanto, imune às violências a esse aspecto de sua personalidade, não podendo ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio e autoestima. 5. Existe uma relação unívoca entre a honra vulnerada e a modalidade de ofensa: enquanto a honra subjetiva é atingida pela atribuição de qualificações, atributos, que ofendam a dignidade e o decoro, a honra objetiva é vulnerada pela atribuição da autoria de fatos certos que sejam ofensivos ao bom nome do ofendido, sua fama e sua reputação no meio social em que atua. Aplicação analógica das definições do Direito Penal. 6. Na hipótese em exame, não tendo sido evidenciada a atribuição de fatos ofensivos à reputação da pessoa jurídica, não se verifica nenhum vilipêndio a sua honra objetiva e, assim, nenhum dano moral passível de indenização. 7. Recurso especial conhecido e não provido.” (REsp 1.650.725/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 26/5/2017 – grifou meu).

Confira-se, ainda, o que diz o Supremo Tribunal Federal acerca do tema:

Penal e processual penal. utilização de perfis nas redes sociais para a propagação de discursos com conteúdo de ódio, subversão da ordem e incentivo à quebra da normalidade institucional e democrática. abuso do direito de liberdade de expressão. necessidade e adequação no bloqueio de perfis para fazer cessar a atividade criminosa. agravo regimental a que se nega provimento. 1. A liberdade de expressão é consagrada constitucionalmente e balizada pelo binômio LIBERDADE E RESPONSABILIDADE, ou seja, **o exercício desse direito não pode ser utilizado como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. Não se confunde liberdade de expressão com impunidade para agressão.**

2. Dessa maneira, uma vez desvirtuado criminosamente o exercício da liberdade de expressão, a Constituição Federal e a legislação autorizam medidas repressivas civis e penais, tanto de natureza cautelar quanto definitivas. 3. Agravo Regimental desprovido.” (Pet 10373 AgR, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe- 08-03-2023 – grifo meu).

E trazendo para nível regional de decisões, podemos citar a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. OFENSAS PROPALADAS PELO MEIO ELETRÔNICO. RECONHECIMENTO. DESCONTENTAMENTO QUE NÃO AUTORIZA RETORSÃO COM EXCESSOS. A veiculação, pela ré, de mensagens eletrônicas com conteúdo difamatório autoriza medida tendente à exclusão e proibição de conduta, bem assim a responsabilização, que, no caso, apenas atendeu ao caráter pedagógico. É certo que toda pessoa deve ter assegurado o seu direito fundamental de livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV, da CF), o que não significa a insubmissão de tais manifestações ao limite da lei. Ou seja, ao mesmo tempo em que **a norma constitucional assegura a todas as pessoas o direito de manifestação, sem lhe impor qualquer censura prévia, também protege o direito individual daquele que vê nestas mesmas manifestações uma ofensa a direito subjetivo seu.** No caso dos autos, atribuir a uma pessoa a condição de caloteira, picareta e promotora de falcatruas equivale a imputar-lhe fato ofensivo à honra, conduta prevista pela norma proibitiva do art. 139 do Código Penal (difamação). Importa consignar que, no caso da difamação, que tem como bem jurídico tutelado pela norma penal a honra objetiva do indivíduo, ou seja, aquilo que a coletividade pensa a respeito da pessoa ofendida, não é admitida a exceção da verdade (parágrafo único do art. 139). Assim, mesmo que a imputação feita pela ré à autora correspondesse à verdade (o que não é objeto da demanda), configurado estaria o ato ilícito. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70041158601, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 29/06/2011. Grifo meu)

E não podemos deixar de citar decisões de 1º Grau, de Juízes sobre a temática apontada, uma vez que os Juízes de 1º Grau são os primeiros a analisar os casos e os únicos a ter o relacionamento direto com as partes envolvidas. Vejamos a decisão abaixo:

“Vistos, etc.

Dispensado o relatório, na forma do artigo 38 da Lei 9099/95. Trata-se de Ação cível por meio da qual o promovente **alega que sofreu prejuízo moral em função de publicações ofensivas a sua honra pela empresa demandada, aludindo a atos não praticados pelo autor e que acarretaram consequências junto ao seu ambiente de trabalho e também repercussão social e familiar.** A contestante afirma que apenas se limitou a reproduzir conteúdo jornalístico produzido por terceiros, com intuito meramente informativo, não possuindo ânimo de difamar o autor, sustentando a inexistência de comprovação do dano moral. (. . .) **Ressalte-se que não se cogita aqui em ofensa a liberdade de expressão,** ponderando-se que tal direito encontra-se consagrado na Constituição Federal, arts. 5º, IV, IX, e 220 e § 2º, **vedando-se a censura de natureza política,** ideológica ou artística, não a responsabilidade daquele que produz ou divulga notícia, tanto mais quando imputa condutas desabonadoras ou mesmo ilícitas, sem o devido cuidado, nos termos do art. 5º, V, da Constituição, bem como a Lei 13.888/15, art. 2º, § 1º. (. . .) **DISPOSITIVO** Ante o exposto, **julgo procedentes os pedidos iniciais e condeno a empresa demandada ao pagamento** ao autor XXXXXXXXXXXX no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), corrigido monetariamente pela tabela um da Justiça Federal e acrescido de juros de mora de um por cento ao mês, contados desta sentença. **Condeno ainda na remoção das notícias divulgadas por meio dos endereços declinados na petição inicial, a ser procedida no prazo de dez (10) dias** corridos a contar do trânsito em julgado, sob pena de multa única de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por notícia não removida. **Por fim, concedo ao autor o direito de resposta, no site de notícias administrado pela demandada, com o mesmo destaque apresentado quando da divulgação destas, no prazo de dez (10) dias** corridos, a contar do trânsito em julgado desta decisão, sob pena de multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de não divulgação até o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Sem custas e honorários advocatícios (art. 55 da Lei 9.099/95). Decorrido o prazo recursal, certifique-se o trânsito em julgado. O cumprimento da sentença far-se-á a requerimento do exequente, devendo a condenação acima estipulada ser paga no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa prevista no art. 523, § 1.º (primeira parte), do CPC. Havendo o cumprimento voluntário da obrigação de pagar, expeça-se o respectivo alvará. Intimem-se. Natal/RN, 21 de janeiro de 2019. (documento assinado digitalmente na forma da Lei nº 11.419/06) ANNA CHRISTINA MONTENEGRO DE MEDEIROS Juíza de Direito (Processo 0815431-08.2018.8.20.5004 - 8º Juizado Especial Cível Central da Comarca de Natal-RN. Grifo meu)

Pelo que se pode observar, o limite da Liberdade de Expressão abrange tanto aquele que diretamente expõe suas opiniões, como aquele que replica as opiniões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, pode-se reconhecer que o ordenamento jurídico brasileiro adota e protege o Direito a Liberdade de Expressão como um Direito Fundamental, todavia estabelece limites ao exercício deste Direito, para evitar abusos.

A análise cuidadosa da legislação pertinente, aliada à jurisprudência, demonstra que é essencial encontrar um equilíbrio que preserve a integridade individual, a ordem pública e a democracia.

Nesta linha de raciocínio, a Sociedade e o Estado têm o desafio constante de garantir o exercício pleno da Liberdade de Expressão, respeitando os limites legais e promovendo um ambiente saudável para o debate público, uma vez que estamos numa época em que existem ferramentas que facilitam a expressão de opinião de forma mais ampla.

Salienta-se, que a Liberdade de Expressão é uma ferramenta essencial nos dias atuais para o Estado Democrático de Direito, mas dentro da sociedade deve ser exercido

com sabedoria para não invadir a esfera de Direitos Pessoais do próximo, como acusar indevidamente ou denegrir sua imagem sem qualquer fundamento.

Neste trabalho discutimos exclusivamente sobre as limitações ao Direito da Liberdade de Expressão no âmbito do Direito Penal, observando a legislação criminal sobre o tema, entretanto, existem as limitações existentes no Direito Civil, que poderão ser objeto de outro artigo, pois, muita das ações praticadas por qualquer pessoa podem ter efeitos na esfera do Direito Penal, do Direito Civil e até do Direito Administrativo.

E em cada esfera destas, pode se produzir uma pesquisa de maneira diferente e escrever um novo artigo acadêmico.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil 1988**. Senado Federal. Brasília

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal do Brasil. Acesso: <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-brasil.pdf> (data obrashcheniya: 24.05. 2020).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

FILHO, Gregório Rabelo. **Os Limites da Liberdade de Expressão e suas Consequências Jurídicas**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/os-limites-da-liberdade-de-expressao-e-suas-consequencias-juridicas/867546848> . Acessado em 21/01/2024.

JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal anotado**. 24ª Ed. Saraiva. São Paulo, 2010.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **A liberdade de expressão**. Coimbra: Coimbra, 2002.

MARTINELLI, Gustavo. **Principais aspectos jurídicos da liberdade de expressão**. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/liberdade-de-expressao/> . Acessado em 20/01/2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33ª Ed. Saraiva. São Paulo, 2011.

A atuação do psicólogo no âmbito prisional

Cleonice Zimpel

Daiana Diel Pires

Felipe Odorizzi

Janser Franciel Philippsen

Leandro Felipe Dapper Oppermann

Renato Reis

Robson Alessandro Stochero

Tiago Francisco Garcia da Silva

Henrique Rambo

RESUMO

O presente estudo trata-se de um estudo sobre a atuação dos psicólogos no âmbito jurídicos prisional. Por meio de uma revisão de literatura com pesquisa bibliográfica em que se buscam informações em livros, revistas, publicações e demais materiais sobre o assunto. Entre os objetivos está à busca de maiores informações sobre o tema. O trabalho dos psicólogos dentro do sistema prisional vem ganhando destaque devido aos resultados positivos, os mesmos estão ali não somente para fornecer provas ao juiz, mas sim para auxiliar o detento a sua inserção à sociedade e apoiar famílias e funcionários que ali atuam.

Palavras-chave: psicólogos. âmbito prisional. inserção.

INTRODUÇÃO

Atualmente o sistema prisional brasileiro é visto como um espaço degradante de humilhação, insalubre e de violação dos direitos humanos, provocando até mesmo o adoecimento dos sujeitos que ali se encontram-se cumprindo pena.

O presente estudo resulta de uma pesquisa para se compreender a atuação dos psicólogos no sistema prisional, além de fornecer dados ao juiz o psicólogo busca trabalhar para que o apenado consiga ser inserido novamente à sociedade, o trabalho do psicólogo é destinado ao detendo estendendo-se a seus familiares e aqueles que ali trabalham.

O psicólogo ao trabalhar no ambiente prisional busca ferramentas adequadas ao tratamento psicológico dentro dos presídios analisando também as diretrizes a serem seguidas.

O objetivo principal é compreender os desafios da atuação dos



psicólogos no sistema prisional, mostrando o quanto seu papel é de suma importância para a ressocialização do indivíduo que ali cumpre pena.

DESENVOLVIMENTO

Devido ao crescimento dos problemas sociais e ao aumento da demanda carcerária, que se avoluma gerando multidões de excluídos, o Estado busca novas alternativas para a inclusão dos mesmos, tais questões sociais representam a desigualdade onde os sujeitos que a conheceram não a aceitam, gerando assim confrontos.

Atualmente a população vem presenciando nos meios de comunicação cenas de todos os tipos de crimes e a impossibilidade de reagir frente à essa grande onda de violência, o aumento nos índices de criminalidade nas regiões urbanas se configuram como um agravante na sociedade brasileira, também sendo este um fator da superlotação nos presídios brasileiros, onde a população carcerária cresce cada vez mais, no entanto o ritmo de expansão ou crescimento das unidades prisionais não vem acompanhando o mesmo compasso.

As prisões encontram-se abarrotadas, não fornecendo ao preso a sua devida dignidade. Devido à superlotação muitos dormem no chão de suas celas, às vezes no banheiro, próximo a buraco de esgoto. Nos estabelecimentos mais lotados, onde não existe nem lugar no chão, presos dormem amarrados às grades das celas ou pendurados em rede (Camargo, 2006, p.20).

O cenário atual da maioria das penitenciárias brasileiras é caótico, a população carcerária vem aumentando, o que causa inúmeros transtornos devido à superlotação.

Nas últimas décadas a situação das penitenciárias brasileiras vem se mostrando catastrófica devido à superlotação, estruturas precárias, sem condições de saúde e higiene para uma sobrevivência digna e violando os direitos e garantias previstas no ordenamento jurídico.

O Brasil é conhecido nacional e internacionalmente, pelo caos nas condições carcerárias e violação dos direitos humanos, os casos de tortura seja física ou psicológica expressam-se na superlotação, alimentação precária, falta de acesso a materiais de higiene e limpeza, assim como pela violência que podem ser praticadas por organizações criminosas, restrições ao banho de sol, não chamamento nominal, execução arbitrária do isolamento entre outros.

A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere (Mirabete, 2008, p. 89).

Quando o indivíduo é preso ele perde seu direito à liberdade, no entanto todos os demais direitos devem ser respeitados e assegurados, devido à isso a prisão não se configura como um caráter punitivo, seu objetivo é trabalhar o processo de vida do preso dentro do cárcere, utilizando as garantias políticas, sociais e civis que permanecem com o apenado.

Os principais objetivos do sistema prisional brasileiro são a ressocialização e a punição da criminalidade, para que isso seja possível o Estado assume a responsabilidade de combate ao crime, isolando o criminoso da sociedade, privando-o de sua liberdade deixando assim de ser um risco para a sociedade.

O sistema prisional possui como intuito corrigir, disciplinar e controlar aquelas pessoas que apresentam alguma ameaça à sociedade, no entanto nas últimas décadas através da reforma penal internacional junto ao desenvolvimento dos direitos humanos, torna-se possível e necessário repensar a consolidação de maneira diferenciada de atuações profissionais no contexto penal.

A crise pelo qual passa o sistema penitenciário como um todo, já deu início a um movimento de busca de alternativas para soluções, uma vez que o sistema está praticamente falido e corrompido em grande parte do mundo e, principalmente, no Brasil, onde imagens degradantes são constatadas no sistema: injustiças, superlotação, promiscuidade e ociosidade. Por um lado, a falta de assistência material, à saúde, jurídica, educacional, psicológica, religiosa, por outro lado, a soma desses fatores acaba formando a tessitura do quadro caótico da atual situação penitenciária (Garutti; Oliveira 2012, p.2).

No entanto o que pode se observar é que o sistema carcerário não está conseguindo cumprir a legalidade, devido a precariedade e as condições sub humanas que os detentos vivem atualmente.

Os presídios deveriam servir como um lugar para a reeducação para o apenado, no entanto mostra-se como um local onde os detentos saem ainda mais delinquentes, pelo fato de serem tratados de forma desumana e por ter seus direitos violados, o que causa revolta e desorganização carcerária, tornando cada vez mais distante a ressocialização.

Pena é retribuição pelo delito cometido. Traduz em privação e bens jurídicos que a lei impõe ao infrator. Sempre teve caráter retributivo de castigo. No entanto, visa também a reeducação e readaptação do delincente. A pena guarda sempre proporcionalidade com o delito praticado, com a lesão efetivamente causada ao bem tutelado. Sua finalidade é a prevenção geral, intimidando através de sua previsão em lei, advertindo aqueles que são propensos a transgredir a ordem do direito. E também a prevenção especial, uma vez que, aplicada ao caso concreto, objetiva reeducar ou recuperar o criminoso (Junior, 1999, p.81).

A intervenção dos psicólogos no âmbito do sistema prisional não se restringe às pessoas em execução de pena privativa de liberdade, muito pelo contrário. Com efeito, esses profissionais atuam em prol de todo o sistema, sempre em buscando promover mudanças satisfatórias, capazes de torná-lo mais eficiente na resolução de seus problemas.

A Psicologia está inserida dentro deste contexto jurídico, desempenhando papéis de avaliação e tratamento, desenvolvendo, além do polêmico exame criminológico, atividades psicoterapêuticas e, ainda no que se refere à Psicologia Criminal, estudando e analisando intervenções possíveis, perante as pessoas presas e a instituição prisional como um todo (Chaves, 2010, p.5).

Através das intervenções realizadas por psicólogos dentro do sistema prisional a qual passa a ser ligada a uma atuação que procura promover transformações positivas, não somente a pessoas que cumpre pena, mas sim para o sistema como um todo, incluindo familiares dos detentos e funcionários.

Os psicólogos, buscam intervenções que vão além das questões individuais, eles buscam ações focalizadas em problemáticas de maior amplitude e singularidade da

sociedade, as quais dizem respeito às políticas públicas, nos mais diversos campos, cabe destacar que sempre orientados pela visão de garantia dos Direitos Humanos.

Nesta aproximação em direção ao contexto do Direito se percebem espaços, nos quais a entrada da Psicologia se torna possível como uma das ciências parceiras, que podem tornar viáveis práticas institucionais mais coerentes à complexidade dos fenômenos humanos que ali se apresentam e com isto colaborar com o desempenho de um papel social mais ativo e pontual por parte da Justiça (Carvalho, 2009. p. 203).

O Conselho Federal de psicologia, é o órgão regulador da profissão, inserido a esse novo cenário deve atentar-se a exigir referências, providências e debates por parte dos psicólogos, a fim de mudar as formas práticas psicológicas nesse campo.

A demanda pelos serviços especializados pode se dar em várias circunstâncias, como em casos de indisciplina do preso, ocasião em que o psicólogo irá auxiliá-lo na busca por soluções, no intuito de que tal comportamento não o prejudique na execução da sua pena, inibindo a concessão de benefícios e a progressão de regime.

Outra hipótese de demanda é quando a família ou o próprio detento solicita o acompanhamento psicológico. Neste último caso, há um atendimento melhor quanto aos resultados, na medida em que o preso está disposto a aceitar a intervenção.

É necessário destacar o entendimento de que o sistema prisional brasileiro tem sua composição em um modelo de sociedade que possui como base a exclusão, na disciplina, estigmatização e na criminalização da pobreza como modos de enfrentar as infrações às leis e regras, devido à isso é preciso qualificar a intervenção dos profissionais em psicologia na busca de novas referências.

Conforme a resolução 09/2010 do Conselho Federal de Psicologia (CFP), é prioridade do psicólogo os direitos humanos daqueles que cumprem pena, visando a construção da cidadania por meio de projetos e práticas psicológicas para sua reinserção social.

A prática psicológica não visa à apuração criminal do caso, mas a atuação de uma ressocialização que tem como objetivo principal um tratamento por meio de terapia penal, iniciando uma relação recíproca entre o profissional e o atendido, baseada no respeito à liberdade e direito à privacidade.

Referente ao atendimento nas instituições carcerárias há dois pontos os quais devem ser seguidos pelos psicólogos. O primeiro é o sigilo profissional, onde o profissional deve saber o que pode ser mantido em sigilo e quando partilhá-lo caso necessário. O segundo é informar ao atendido se as informações serão fornecidas, quais serão e a quem. Cabe ressaltar que o psicólogo deve separar a diferença entre sua assistência ao detento de sua atuação como perito.

Através da Lei de Execução Penal (LEP) foram criadas as Comissões Técnicas de Classificações (CTC's) as quais são formadas por uma equipe composta por um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, com dois chefes de serviço e orientada pelo diretor. Em cada estabelecimento deve haver uma equipe onde cada membro irá contribuir através de seu saber, visando um plano individual da pena do indivíduo para que o mesmo tenha um tratamento penal adequado.

A documentação produzida pelos psicólogos referente ao indivíduo em cárcere é realizada através de uma avaliação com caráter prognóstico a qual se dá através de uma elaboração da avaliação psicológica pericial, que possui como intuito o fornecimento de provas técnicas para a decisão judicial.

O psicólogo deve estar atento ao descumprimento dos direitos humanos dentro das prisões, conciliando as questões da ética profissional, as quais inclui sigilo e o cuidado quanto as informações inseridas nos laudos entregues ao juiz.

A atuação do psicólogo na Justiça foi se delineando na direção de um assessoramento direto ao magistrado, quer na confecção de perícia ou de parecer ou de relatório, até ser definido como a construção de um estudo psicossocial. Essa nova indicação, a nosso ver, possui dois aspectos interessantes. Por um lado vai se delineando como um estudo que tem uma conotação mais compreensiva e discursiva do que a contida em expressões como perícia ou parecer. Por outro lado, o estudo é de ordem psicossocial, não somente da ordem do psicológico ou do psicopatológico, o que traz implícita uma diferença que é o reconhecimento de que as questões a serem mediadas no judiciário possuem uma dimensão que é da ordem do social, ampliando muito o escopo de compreensão da configuração dos crimes e dos conflitos, cerne da decisão dos juízes (Costa *et al.*, 2009, p. 236).

A atuação dos psicólogos nos presídios visa a promoção da saúde mental e resgate da cidadania, ou seja, o diagnóstico não é exclusividade mas sim a ampliação de possibilidades da atuação.

Em nossa formação [clínica] ouvimos, o tempo todo, que temos que ouvir os pacientes despidos de nossos valores, sem nos preocupar jamais com o que é certo ou errado. Fica então fortemente expressa a contradição entre o modo de pensar do psicólogo e do advogado. O Direito, no caso de um crime, busca saber quem foi o criminoso para puni-lo, enquanto que ao psicólogo interessa saber o que o motivou ao crime, como é o mundo mental daquele indivíduo (ANAF, 1999, p. 92).

A atuação dos psicólogos no sistema prisional vem mostrando resultados positivos fazendo com que sejam cada vez mais valorizados, no entanto ainda existe muito preconceito com essa área, como familiares, comunidade, funcionários que atuam dentro do sistema prisional, daqueles que cumprem pena e até mesmo de alguns profissionais de psicologia por não serem aptos a trabalhar com indivíduos encarcerados.

A Avaliação Psicológica Pericial é realizada através de entrevistas, observações, métodos, aplicação de testes psicológicos entre outros, cujo proposto é mensurar os aspectos emocionais funcionais do indivíduo que está envolvido e possui a finalidade de subsidiar as decisões dos operadores do judiciário.

A primeira delas é uma entrevista inicial. Nela temos a participação tanto de psicólogos como de assistentes sociais. Há colheita de dados de identificação, saúde, dinâmica familiar, uso de drogas e relações de trabalho. Orienta-se o criminoso a respeito do funcionamento do estabelecimento, sobre seus direitos, as regras que deve respeitar, os serviços oferecidos, etc. Posteriormente é feita a entrevista de orientação, que se trata do acompanhamento do preso durante sua estada no estabelecimento. Também é feito pelo serviço social. É nessa entrevista que se propõe uma orientação psicológica, visto algum vínculo de confiança, quando há predisposição do sujeito. Em seguida temos a orientação psicológica, que tem caráter terapêutico, mais específico, atendendo às solicitações do sujeito em seus aspectos individuais, à medida em que ele se dispõe a compreender junto com o psicólogo a sua subjetividade e sua singularidade (Lago, 2009, p.483).

A falta dessa assistência profissional, pode gerar diversos agravantes, devido ao estado atual das penitenciárias, afetando diretamente o estado psicológico deteriorando a

saúde mental daqueles que ali cumprem pena, possibilitando a manifestação de diversas doenças psicológicas, o que nos leva a pensar ser impossível a ressocialização.

Intervir de forma mais coletiva é uma necessidade e o grupo se mostra como um espaço privilegiado, tanto pela sua abrangência quanto pela sua alta capacidade de trabalhar com os processos identificatórios dos seus membros, quebrando a lógica instituída e partindo para uma reflexividade e relativização dificilmente conquistada em outros espaços terapêuticos. Acreditamos que a intervenção grupal cria uma possibilidade de alterar algo nesse sistema nefasto, degradante para as subjetividades e mortífero para o sujeito (Pacheco e Vaz, 2014, p. 187).

A atuação do psicólogo junto com o judiciário possibilita a análise do indivíduo e através da mesma é possível ter uma orientação a respeito da sua jornada dentro da prisão. Quando já inserido no sistema, o psicólogo faz com que o mesmo se adapte à prisão desenvolvendo mecanismos que possam auxiliá-lo a se recolocar na sociedade.

Cabe salientar que o psicólogo auxilia também os funcionários e agentes penitenciários a lidarem com a profissão.

Se considerarmos que o ambiente e a relação que o trabalhador mantém com ele é parte da identidade do equilíbrio psíquico daqueles que trabalham, é possível imaginar qual a realidade de saúde dos agentes de segurança em ambientes como prisões (Lopes, 2000, p. 331).

De acordo com a CFP os atendimentos psicológicos podem ser realizados de forma individual ou em grupo de todos os regimes, estendendo-se a familiares, funcionários das penitenciárias. Esses atendimentos podem ser feitos através de entrevistas iniciais, escuta dos conflitos, acompanhamento psicológico, psicoterapia entre outros, através dessa prévia análise, obtém-se dados que auxiliam na interpretação do caso auxiliando a definir as diretrizes a respeito da execução da pena do encarcerado.

O cuidado com os profissionais do ambiente prisional é de suma importância, tendo em vista que estes profissionais se encontram ligados diretamente aos reclusos.

As dificuldades enfrentadas pelos psicólogos para a execução com qualidade de suas funções são diversas e modificam-se de presídio para presídio, pois a principal é a falta de estruturas e recursos do sistema prisional.

Remuneração, falta de espaço físico, contingente de apenados, carência de pessoal, falta de material, escassez de escolta, desqualificação do profissional de Psicologia, falta de padronização de prontuário para Psicologia, falta de curso de capacitação na área de saúde, grande demanda de trabalho, falta de projetos, problemas / limites de infraestrutura, falta de recursos financeiros, crise carcerária, dificuldade de transporte para o trabalho, falta de qualidade e/ou opções para alimentação, ausência de políticas públicas para o setor, falta de integração entre profissionais, carência de testes psicológicos (DEPEN/CFP, 2007, p.98).

Há uma enorme carência no que diz respeito a prática e estudos que preparem os psicólogos para atuar nesse meio.

Aliado a isso a falta de políticas públicas e programas voltados para o sistema prisional brasileiro agravam ainda mais a situação dos indivíduos em cárceres e os profissionais que ali atuam, dificultado assim o processo de reintegração dos mesmos para a sociedade.

É de suma importância que a sociedade entenda que as oportunidades dadas aos

egressos do sistema prisional são ações que refletirão de forma indireta na segurança pública, uma vez que ela é responsabilidade de todos e obrigação do Estado.

Cabe salientar que os egressos são seres humanos, por mais que tenha cometido algum crime, os mesmos tem a chance de voltar à sociedade, reconhecer seus erros e começar uma nova trajetória.

O período de reclusão acarreta em uma perda temporária da cidadania, e a saída do sistema prisional traz um sentimento de perspectiva de uma nova realidade e reconquista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido à violência que se mostra tão banalizada, as pessoas do poder público quem trabalham com o sistema prisional não encontram uma solução a fim de amenizar esse caos instalado no sistema carcerário.

Nesse sentido podemos destacar a importância da atuação dos psicólogos nesse ambiente, para que se possa mudar a situação problemática dos apenados, atuando com a escuta e intervenção, promovendo saúde psíquica, junto ao apenados, seus familiares, poder judiciário e aos egressos.

Um dos maiores desafios nessa área, além da atuação em uma ambiente totalmente desestruturado e superlotado, trata-se de um campo de atuação relativamente novo para os profissionais da psicologia, devido a uma enorme carência de Políticas Públicas voltadas para o sistema prisional.

É imprescindível a existência de tratamento psicológico e um maior controle nos presídios, sem isso a permanência do detento acaba surtindo efeitos opostos ao desejado, pois os mesmos tornam-se especialistas em crimes devido ao compartilhamento existente ali.

REFERÊNCIAS

ANAF, Cláudia. **Formação em Psicologia Jurídica**. IN: Anais do III Congresso Ibero Americano de Psicologia Jurídica. São Paulo, 1999.

CAMARGO, Virginia da Conceição. **Realidade do Sistema Prisional**, 2006.

CARVALHO, Maria Cristina Neiva de; MIRANDA, Vera Regina. **Psicologia Jurídica: Temas de Aplicação**. Curitiba: Juriá, 2009.

CHAVES, Karine Belmont. **O trabalho do/a psicólogo/a no sistema prisional: o resgate das relações interpessoais no processo de reintegração social também por meio de grupos**. Centro de Referência Técnica em Políticas Públicas (CREPOP). Conselho Federal de Psicologia (CFP). Brasília, 2010.

COSTA, Liana Fortunato; PENSO, Maria Aparecida; LEGNANI, Viviane Neves and SUDBRACK, Maria Fátima Olivier. **As competências da Psicologia jurídica na avaliação psicossocial de famílias em conflito**. 2009, vol.21, n.2.

Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN); Conselho Federal de Psicologia (CFP). **Diretrizes para atuação e formação dos psicólogos do sistema prisional brasileiro.** Brasília, DF, 2007

FOUCAULT, M. Vigiar e Punir: **História da violência nas prisões.** Editora Vozes, 38ª ed: Petrópolis/RJ, 2010

GARUTTI, S.; OLIVEIRA, R. C. S. **A prisão e o sistema penitenciário – Uma visão histórica.** In: Seminário de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Educação – PPE, Maringá. Anais... Maringá: Universidade Estadual de Maringá, Paraná, p. 1- 31, 2012.

JUNIOR, R. A. S. **Curso Completo de Direito Penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LAGO ET AL., V. M *et al.* **Um breve histórico da psicologia jurídica no Brasil e seus campos de atuação.** Estudos de Psicologia, Campinas. v.26, n.4, p. 483-491. Out-dez., 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

LOPES, Rosalice. **O trabalho do agente de segurança penitenciária nas instituições prisionais.** In: Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica, 3., 2000, São Paulo. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2000.

PACHECO, Pedro José; VAZ, Viviane Naisinger. **Outras práticas possíveis da psicologia na prisão/Other possible practical psychology in prison.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 15, n 1, p 177-198, 2014.

A atuação do assistente social no âmbito prisional

Munir Chitolina Polla
Cristiano da Silva Uhmman
Daniela Balestreri
Dieson da Silva Silva
Djarles Medeiros Kunzler
Iury Lampert
Micheli Althaus dos Santos
Tiago Parnow
Noemi de Fátima Ferreira Prestes
Clevison Brum dos Santos

RESUMO

O presente estudo trata-se de um estudo sobre A atuação do assistente social no âmbito prisional. Por meio de uma revisão de literatura com pesquisa bibliográfica em que se busca informações em livros, revistas, publicações e demais materiais sobre o assunto. Entre os objetivos está a busca de maiores informações sobre o tema. O detento quando ingressa no sistema prisional, deve ter todos os seus direitos, conforme assegurado por Lei, no entanto a realidade nessas instituições são de total descaso, nesse sentido insere-se o Assistente Social afim de assegurá-los bem como auxiliá-los em sua ressocialização.

Palavras-chave: assistente social. âmbito prisional. direitos.

INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário brasileiro vem sofrendo com o descaso dos poderes competentes, com a falta da efetivação da Lei de Execução Penal (LEP), a qual possui como objetivo principal a ressocialização dos apenados e a reinserção dos mesmos ao convívio social.

Dentre as diversas maneiras de proporcionar o retorno do apenado à sociedade é através do trabalho, onde o mesmo aproveita do período de cumprimento da pena para sua qualificação, para que quando estiver em liberdade, o egresso possa encontrar uma forma de buscar seu sustento e de seus familiares através do trabalho lícito.

O assistente social atua de maneira efetiva e sua presença no ambiente prisional exerce uma relação de amparo, ajuda e cuidado com os usuários, o seu olhar e práticas humanizadas faz com que a vida dos



presos na prisão seja mais amena, servindo assim como um elo entre sujeitos, sistema prisional, família e sociedade, lutando sempre por uma vida mais justa e igualitária para todos, na busca por uma efetivação de direitos de forma real e não utópica.

DESENVOLVIMENTO

Devido aos altos índices de criminalidade nas regiões urbanas, acabam configurando-se como um dos agravantes da sociedade brasileira, sendo também um fator da superlotação nas penitenciárias brasileiras, essa população vem crescendo demasiadamente, no entanto, o ritmo de expansão ou crescimento de unidades prisionais, não vem conseguindo acompanhar o mesmo ritmo.

O Brasil é conhecido mundialmente pela realidade caótica de suas condições nas unidades prisionais e violação dos direitos humanos, pela superlotação, alimentação precária, falta de acesso a materiais de limpeza e higiene, entre outros.

O sistema carcerário brasileiro, na quase totalidade, é formado por unidades pertencentes à esfera estadual de governo, a imensa maioria com excesso populacional carcerário, não possibilitando aos administradores, por falta de espaço físico, a individualização da pena, muitas vezes não havendo condições para separação entre os presos provisórios e os condenados, descumprindo uma norma da Lei de Execução Penal, que estabelece a custódia separada entre processados e sentenciados, e estes, pelos respectivos regimes (Senna, 2008).

O aumento da população carcerária revela a realidade da superlotação que acaba contribuindo para o não desenvolvimento de condições para o cumprimento da pena de forma digna, o que acaba por submeter os sujeitos a penas cruéis, degradantes e humilhantes.

A Lei nº 7.210 de 1984, dispõe através do Art. 1º a respeito da finalidade da prisão, relatando que o mesmo efetiva uma decisão, para que os apenados possam ser assegurados em sua inserção no meio social (Brasil, 1994).

Nesse sentido é necessário que haja o acompanhamento do início ao final da pena do apenado, prestando assistência e atenção para que ele possa ser reinserido ao meio social. O assistente social atua prestando assistência a estas pessoas junto com o profissional de direito e psicologia, a mesma lei no seu Art. 10º salienta que é dever do Estado prestar assistência de forma material, educacional, jurídica, social, religiosa e saúde ao preso, possuindo como intuito a prevenção e orientação no que diz respeito a reintegração do mesmo à sociedade.

O Serviço Social, como profissão que intervém no conjunto das relações sociais e nas expressões da questão social, enfrenta hoje no campo do sistema penitenciário, determinações tradicionais às suas atribuições, que não consideram os avanços da profissão no Brasil e o compromisso ético e político dos profissionais frente à população e as violações dos direitos humanos que são cometidas (Torres, 2001, p.91).

O aumento das demandas sociais e carcerárias pode justificar-se pela desigualdade que é sinônimo de resistência pelo fato daqueles que conhecem essa realidade não a aceitarem gerando assim confrontos, sendo assim o assistente social busca atuar de uma forma mais humanizada em sua prática profissional nas instituições prisionais, buscando alternativas para que haja a ressocialização e integração dos mesmos ao convívio social, minimizando assim os conflitos e reações diversas.

Os assistentes sociais pautam sua atuação na defesa dos direitos humanos, conforme o Código de ética profissional posicionando-se em prol da justiça, recusando o autoritarismo, tornando o ambiente prisional com condições dignas para o cumprimento da pena, o Estado deve cumprir seu papel de promover a readaptação do apenado ao convívio social e isso não pode ser considerado como um privilégio, mas sim como um dever, pois essas pessoas estão sobre custódia do Estado, onde seus direitos devem ser resguardados e garantidos.

O assistente social tem sido historicamente um dos agentes profissionais que implementam políticas sociais, especialmente políticas públicas. Ou, nos termos de Netto, um executor terminal de políticas sociais, que atua na relação direta com a população usuária. Mas hoje, o próprio mercado demanda, além de trabalho na esfera da execução, a formulação de políticas públicas e a gestão de políticas sociais (Iamamoto, 2007, p.20).

Nessa perspectiva a atuação dos assistentes sociais, vem se tornando de suma importância dentro das instituições prisionais, onde os mesmos buscam desenvolver técnicas humanas no tratamento dos presos, consolidando assim a defesa dos direitos, porém um enorme desafio aos mesmos.

O Serviço Social insere-se como uma ocupação legalmente reconhecida, onde esse profissional atuará com a questão social e sua expressão no cotidiano de trabalho, onde ele é direcionado a observar e refletir sua prática no ambiente do sistema penitenciário, levando sempre em conta a lei que regulamenta a profissão, diretrizes e normas que regem as suas ações nas penitenciárias.

A lei de Execução Penal (LEP), deveria proporcionar aos condenados todas as condições necessárias para um possível retorno à sociedade após o cumprimento de sua pena, podendo usufruir de seus direitos relacionados na legislação com a finalidade de possibilitar a sua ressocialização social, no entanto o que acontece no sistema penitenciário é uma constante precarização, as reincidências uma vez que o apenado fortalece o sentimento de ódio e raiva devido as más condições das prisões e o tratamento que recebem, voltando à sociedade muitas vezes piores, retornando a prática criminosa.

O Serviço Social trata-se de uma profissão que intervém no conjunto de relações sociais e nas expressões da questão social, tendo em vista que a sua intervenção volta-se para o enfrentamento da questão social, ou seja, visam à garantia dos direitos dos apenados nas instituições prisionais, o que demonstra a importância desses profissionais dentro das penitenciárias.

Diariamente os apenados relatam para a equipe do Serviço Social situações explícitas de violação aos seus direitos de cidadania: a) descrevem as más condições das celas – escuras, pequenas, sem colchão, sem cama; b) questionam-se do desrespeito a seus familiares – tratamento desumano, criminalização da família, visitantes impedidos de visitar os apenados sem nenhum critério legal; c) denunciam precariedade dos atendimentos médicos – poucos profissionais, escassez de instrumentos de trabalho; d) reivindicam o atendimento jurídico que muitas vezes só ocorre uma vez por semana (Pimentel, 2008, p.40).

A prática desses profissionais no sistema penitenciário é um enorme desafio da profissão, levando-se em consideração o histórico institucional de repressão, nesse sentido é necessário que o assistente social esteja sempre refletindo a execução do seu trabalho, isso se dá para que o profissional não seja engolido pelo ambiente institucional

exercendo apenas um trabalho meramente burocrático. É preciso que o mesmo através do pensamento crítico e reflexivo utilize-se de instrumentos que possam de fato propor mudanças no interior do sistema penal, assim refletindo as necessidades dos sujeitos que cumprem pena privativa de liberdade.

O/a assistente social é chamado a atuar de diversas formas, desde a produção de laudos e pareceres para assessorar a decisão judicial de progressão de regime; a participação nas comissões de classificação e triagem nos conselhos de comunidade e nas comissões disciplinares; o acompanhamento das atividades religiosas, entre outros. Destaca-se que nem sempre as ações propostas pela instituição aos/às assistentes sociais condizem com sua formação ou são de sua competência, algumas, inclusive, podem se mostrar opostas aos fundamentos da ética profissional (CFESS, 2014).

Em seu cotidiano de trabalho os mesmos encontram diversos obstáculos dos direitos e condições para as ações ressocializadoras da pena, levando em consideração a dinâmica institucional das unidades prisionais, diversas são as dificuldades encontradas tendo em vista a relação de poder nesse local ocupacional, onde os assistentes sociais encontram-se sujeitos a autoridades que não acreditam no trabalho técnico desses profissionais e até mesmo na proposta reintegradora.

A degradante realidade das unidades prisionais é justificada pelo Estado pela falta de recursos financeiros, que resultam na inadequada falta de assistência ao preso, além disso o país ainda carece de uma política penitenciária que auxilie na redução das reincidências criminais e desmonte o preconceito com as pessoas egressas do sistema prisional.

Infelizmente as atividades dos assistentes sociais resumem-se a elaboração de laudos e ao atendimento das demandas das instituições, onde na verdade deveriam:

[...]

- Conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames;
- Relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido;
- Acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias; IV – Promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;
- Promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;
- Providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho;
- Orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima (Brasil, 1984).

O desenvolvimento do trabalho técnico no sistema penitenciário, em especial o social, acaba encontrando sua relevância tanto em atividades individuais como em grupais, apesar de não seguir propriamente um modo de fazer único a categoria, se submete a intervir frente a demandas bem semelhantes.

Os atendimentos são oriundos através de três frentes primordiais de trabalho: identificadas, espontânea ou determinações judiciais, os provenientes de demandas

espontâneas incidem prioritariamente quando os detentos se organizam através de listas solicitando o atendimento técnico.

Tal demanda pode surgir também através de encaminhamentos internos providos de outras áreas técnicas como enfermagem, psicológica ou jurídica, bem como por agentes penitenciários.

Utilizando-se de seus instrumentos técnicos operativos, o assistente social pode também identificar a necessidade de acompanhar o usuário, considerando muitas vezes que é relevante para o detento ser entrevistado periodicamente, durante todo o cumprimento de sua pena.

A entrevista é um instrumento de trabalho do assistente social, e através dela é possível produzir confrontos de conhecimentos e objetivos a serem alcançados. É na entrevista que uma ou mais pessoas podem estabelecer uma relação profissional, quanto quem entrevista e o que é entrevistado saem transformados através do intercâmbio de informações (Lewgoy, 2007).

A entrevista é o instrumento mais utilizado por técnicos no sistema penitenciário pelos assistentes sociais, isso ocorre devido à facilidade de poder chamar os detentos para a sala de atendimento, seguindo sempre os critérios de segurança do estabelecimento prisional.

No cotidiano prisional encontra-se sistemas de funcionamento que estabelecem muitas vezes dificuldades relacionadas na dinâmica institucional, essa correlação de forças e a manipulação do poder ganham destaque nesse contexto, pois não são raras as vezes em que os assistentes sociais estão subordinados a chefias que não acreditam no processo de trabalho da área humana.

O assistente social deve estar atento ao que se refere aos atendimentos de demandas cotidianas, para as dificuldades enfrentadas pelas pessoas em cumprimento de pena no que diz respeito às condições de habitabilidade no cárcere, através desses atendimentos é possível identificar situações graves as quais devem ser encaminhadas e acompanhadas até que sejam resolvidas.

O Código possui uma dimensão ampla que ultrapassa o caráter normalizador; é um instrumento de defesa dos direitos e deveres do profissional, orientando-o quanto aos princípios fundamentais éticos e políticos em que devem basear-se suas ações de acordo com as demandas sociais colocadas a profissão (Torres, 2001, p. 89).

Na atuação diária, todas as situações de intervenção acabam gerando comprometimento na ação profissional e geralmente devem ser divididas com outros profissionais que atuam dentro do sistema prisional ou em torno dele, formatando uma rede multidisciplinar para atender as demandas dos presos. Sempre é possível buscar o diálogo com outros operadores do sistema penal, profissionais que seguidamente contribuem para a extensão da ação.

O lugar que cabe ao assistente social ocupar no sistema prisional não efetiva-se somente na elaboração de laudos para o judiciário, é necessário olhar para a individualização e o acompanhamento da pena, sempre buscando criar espaços de cumprimento de pena digno ao sujeito que está aprisionado.

A obrigatoriedade da atuação do assistente social no Sistema Penitenciário

Brasileirose dá com publicação da Lei de Execução Penal, em julho de 1984. Nesta Lei, são destacadas as atribuições o assistente social quanto dos demais profissionais que formam a rede de atendimento aos internos. São competências profissionais do Assistente Social, de acordo com o Artigo 4º da Lei 8662:

I - elaborar, implementar, executar e avaliar políticas sociais junto a órgãos da administração pública, direta ou indireta, empresas, entidades e organizações populares; II - elaborar, coordenar, executar e avaliar planos, programas e projetos que sejam do âmbito de atuação do Serviço Social com participação da sociedade civil; III - encaminhar providências, e prestar orientação social a indivíduos, grupos e à população; IV - (Vetado); V - orientar indivíduos e grupos de diferentes segmentos sociais no sentido de identificar recursos e de fazer uso dos mesmos no atendimento e na defesa de seus direitos; VI - planejar, organizar e administrar benefícios e Serviços Sociais; VII - planejar, executar e avaliar pesquisas que possam contribuir para a análise da realidade social e para subsidiar ações profissionais; VIII - prestar assessoria e consultoria a órgãos da administração pública direta e indireta, empresas privadas e outras entidades, com relação às matérias relacionadas no inciso II deste artigo; IX - prestar assessoria e apoio aos movimentos sociais em matéria relacionada às políticas sociais, no exercício e na defesa dos direitos civis, políticos e sociais da coletividade; X - planejamento, organização e administração de Serviços Sociais e de Unidade de Serviço Social; XI - realizar estudos sócio-econômicos com os usuários para fins de benefícios e serviços sociais junto a órgãos da administração pública direta e indireta, empresas privadas e outras entidades (Lei 8662, Artigo 4º).

Os direitos humanos lutam, porém, sem êxito, para assegurar os direitos das pessoas privadas de liberdade dentro das instituições prisionais, no entanto essas lutas estão direcionadas apenas aos privados de liberdade, a fim de que possam ter condições de serem novamente inseridos na sociedade.

O que percebe-se atualmente é a falta de recursos para cumprir qualquer direito tanto para essas pessoas, quanto para os que trabalham na ressocialização dos mesmos, devido a isso é necessário atentar-se para as condições das unidades prisionais, para compreender os riscos que estes profissionais correm.

A rotina diária do assistente social nas unidades prisionais vai além do que a sociedade imagina, pois não resume-se apenas em visitas aos pavilhões das unidades, mas também na realização de outras tarefas que lhes são impostas, pois os mesmos prestam atendimento as famílias dos presos, buscando solucionar os problemas trazidos para os mesmos, os mesmos solicitam e acompanham as autorizações para que haja saída dos internos para fora das unidades prisionais, acompanham entregas de medicações e fazem também a solicitação de matrícula dos mesmos a cursos que visem seu aprendizado educacional.

O Assistente Social desenvolve sua prática profissional, de modo a responder as exigências diversas, tanto de enfrentamento a questão social, quanto de atender as demandas institucionais, sendo necessário “uma diversidade de intervenções e ações complexas na correlação de forças em presença” (Faleiros, 2014, p. 720).

Mesmo que haja um número significativo de técnicos, existe ainda uma incapacidade física dos profissionais e de estrutura do Estabelecimento Prisional de atender a todos os usuários demandantes. Arelado a isso o fato de que se considera relevante para a ressocialização a participação em atividades grupais, inclusive para que o público-alvo possa receber atendimentos de diferentes áreas.

Infelizmente percebe-se a falta de recursos para cumprir todo e qualquer direito

tanto para as pessoas privadas de liberdade, quanto para aqueles que trabalham na ressocialização dos mesmos, devido a isso deve-se atentar para as condições das unidades prisionais atualmente, para compreendermos os riscos que estes profissionais correm, caso haja.

A ação dos assistentes sociais é limitada, devido ao próprio sistema no qual está inserido o deixar refém da burocracia institucional. Dessa forma faz com que o sistema prisional e o Serviço Social exercem práticas que causam conflitos éticos políticos por não oferecer recursos como, por exemplo, materiais e/ou pessoas que colaborem e dê suporte a totalidade de ações em torno do desempenho da função do assistente social, o que contradiz o Código de Ética de regulamentação da profissão.

Dispor de condições de trabalho condignas, seja em entidade pública ou privada, de forma a garantir a qualidade do exercício profissional; ter livre acesso à população usuária; ter acesso a informações institucionais que se relacionem aos programas e políticas sociais e sejam necessárias ao pleno exercício das atribuições (Conselho Federal de Serviço Social - CFESS Gestão 1996/99).

A total desestruturação do sistema prisional acarreta no descrédito da prevenção e da reabilitação do condenado, ante um ambiente, cujos fatores culminaram para que chegasse a um precário sistema prisional.

Em um país democrático o Estado está a serviço dos cidadãos, tem a pessoa como objetivo principal de proteção, o Estado de direito é incompatível com qualquer proposta de diminuição das garantias e o direito penal deve servir para limitar a violência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assistente social deve estar sempre atento com relação às demandas dos seus atendimentos diários pois as mesmas geram comprometimento na atuação, que no geral devem ser divididas com os demais profissionais que atuam na instituição, formando uma rede a fim de atender as necessidades dos detentos, sempre buscando o diálogo com os demais profissionais dos sistemas a fim de contribuir para a ampliação da ação, possibilitando aos detentos o processo de autonomia, como forma de desenvolver o seu protagonismo bem como, a luta pelos seus direitos.

Quando se avalia o sistema penitenciário brasileiro, percebe-se que cada vez mais o Brasil vem destacando-se pelo elevadíssimo crescimento de população carcerária e reincidência.

A atuação dos assistentes sociais vem tornando-se de suma importância dentro dos sistemas penitenciários, pois busca desenvolver técnicas humanas no tratamento aos presos consolidando assim a defesa dos direitos, porém um grande desafio aos mesmos.

Mesmo com a escassez de recursos humanos para o atendimento de uma grande demanda diária esses profissionais não se rendem ao conformismo e mesmo perante as diversas dificuldades seguem exercendo sua função com dedicação, ética, amor e fazem o possível para solucionar os problemas dos internos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal. Brasília.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 12 Dez. 2021.

_____. Serviço **Social em tempo de capital fetiche: capital financeiro, trabalho e questão social.** São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **Lei de Regulamentação da Profissão de Assistente Social.** Lei nº 8.662, de 7 de junho de 1993.

CFESS-Conselho Federal de Serviço Social. **Desafios da atuação no sistema prisional brasileiro em discussão pensar um trabalho multidisciplinar nas unidades prisionais brasileiras.** Disponível em: www.cfess.org.br/visualizar/noticia/cód./874. Acesso em 30 Dez. 2021.

CONSELHO Federal de Serviço Social (CFESS). **Trabalho e projeto profissional nas políticas públicas. Atuação de assistentes sociais no sócio jurídico: subsídios para uma reflexão,** Brasil, 2014. Disponível em: <http://www.cfess.org.br/arquivos/CFESSsubsídios_sociojuridico2014.pdf>. Acesso em 01 Jan. 2022.

FALEIROS, V. P. **O Serviço Social no cotidiano: fios e desafios.** Serviço Social & Sociedade. (São Paulo), n.120, p.706-722, out./dez. 2014.

IAMAMOTO, Marilda Vilela. **O Serviço Social na contemporaneidade: trabalho e formação.** 7. Ed. São Paulo: Cortez, 2007.

LEWGOY, Alzira Maria Baptista; SILVEIRA, Esalva Carvalho. **A entrevista nos processos de trabalho do Serviço Social.** Revista Virtual Textos e Contextos, n.8, dez.2007.

PIMENTEL, Luana dos Santos. **Do Serviço Social no Contexto Prisional: sobre a afirmação da condição de cidadãos dos apenados.** Monografia (Conclusão de Curso). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.ess.ufrj.br/monografias/104048857.pdf>>. Acesso em: 20 Dez. 2021.

SENNA, Virdal. **Sistema Penitenciário Brasileiro.** 2008.

TORRES, Andrea Almeida. **Direitos Humanos e o Sistema Penitenciário Brasileiro: desafios éticos e político do Serviço Social.** Revista Serviço Social e Sociedade, Nº67. São Paulo: Cortez. Setembro 2001.

A readequação dos parâmetros do auxílio reclusão como combate a desigualdade social

Munir Chitolina Polla

Cristiano da Silva Uhmman

Daniela Balestreri

Dieson da Silva

Djarles Medeiros Kunzler

Iury Lampert

Micheli Althaus dos Santos

Tiago Parnow

Noemi de Fátima Ferreira Prestes

Clevison Brum dos Santos

RESUMO

A atualidade do tema foi imprescindível para sua escolha, diante de um quadro de alterações legislativas previdenciárias constantes, e também por frequentemente o benefício ser alvo de críticas, devido à falta de conhecimento de suas regras de concessão, que ao contrário do que acredita o senso comum são injustas e promovem a desigualdade social. O objetivo central deste trabalho é demonstrar que a restrição do amparo, em função da renda do segurado, acabou por deixar descoberta grande camada da população de contribuintes. Nesta pesquisa será utilizada o método de abordagem dedutivo, uma vez que, se partirá de generalidade e premissas relacionadas ao tema proposto, para sugerir a aplicação das conclusões obtidas em casos particulares.

Palavras-chave: auxílio reclusão; regras; desigualdade.

ABSTRACT

The current relevance of the topic was essential for its choice, given a constant framework of social security changes, and also often the benefit of criticism, due to a lack of knowledge of its concession rules, which contrary to what it believes common sense are unfair and promote social inequality. The main objective of this study is to demonstrate that the restriction of the amparo, as a function of the income of the insured, ended up revealing a large layer of the population of taxpayers. In this research will be used the method of deductive approach, since, starting from generality and premises related to the proposed theme, to suggest the application of the conclusions obtained in particular cases.

Keywords: consumer; electronic means; regulations.



INTRODUÇÃO

Por meio desta pesquisa pretende-se realizar uma reflexão sobre o benefício de auxílio reclusão, que é a prestação previdenciária paga ao conjunto de dependentes, pessoas que vivem sob as espessas econômicas do segurado, possuindo vínculo familiar ou afetivo com ele, no caso de seu recolhimento a prisão.

Sabe-se que o propósito deste benefício é impedir que a família atinja um estado de miserabilidade devido o cerceamento da liberdade de um dos responsáveis, quando não o único, pelo seu sustento, ficando abandonada ao risco social, o que com certeza contribuiria para o aumento da criminalidade e marginalização.

O objetivo do estudo é o debate e a reflexão sobre as regras atuais de concessão do auxílio reclusão, o que interessa a todos os operadores do direito, perseguindo a equação de fatores como a condição financeira da família, que é a titular do benefício visando a efetividade e ampliação dos direitos sociais.

Assim, o presente trabalho pretende esclarecer os critérios atuais e eleger métodos adequados de outorga do direito ao grupo de dependentes do segurado recluso, com o intuito de promover o alcance da prestação previdenciária de forma mais equânime e adequada a realidade social dos beneficiários.

AUXÍLIO RECLUSÃO

O Auxílio Reclusão é a denominação dada ao benefício pago ao conjunto de dependentes do segurado que foi recolhido a prisão. Objetiva impedir que a sua família atinja um estado de miserabilidade devido a apreensão de um dos responsáveis, pela sua manutenção.

A primeira constituição a tratar do tema foi a de 1988, que previa no inciso I do art. 201 a cobertura de eventos decorrentes de reclusão. Encontra previsão no art. 80 da Lei 8.213/91 e 116 a 119 do Decreto 3.048/99. Segundo Sérgio Martins Pinto (2008):

A atual redação do art. 201 da Constituição, conforme a Emenda Constitucional n.º 20/98, não mais previu a reclusão como contingência a ser amparada pela Previdência Social. Entretanto, é preciso ser feita a interpretação sistemática com o inciso IV do art. 201 da Constituição, quando prevê o auxílio – reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda. O art. 13 da Emenda Constitucional n.º 20 mostra que a renda é do segurado e não de sua família¹.

Sabe-se que constituinte de 1988 dedicou proteção especial a família, retratado no art. 226² e 227³, elegendo-a como a base da sociedade. Igualmente as crianças e aos adolescentes também foram assegurados direitos como à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito, à liberdade, sendo imposto a família, sociedade e ao estado zelar pela sua integridade física e moral.

¹ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 391.

² Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

³ Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

Afim de se efetivar esta proteção tanto o benefício de auxílio reclusão como a pensão por morte são prestações devidas aos dependentes do segurado, não sendo alcançado diretamente a ele. Os dependentes são aquelas pessoas que possuem ligação familiar e afetiva com o segurado da previdência social, além de viverem as suas expensas.

Para Simoni Barbisan Forte (2004) “Em outros termos, dependentes previdenciários são aqueles que mantêm uma relação de dependência com os segurados do Regime Geral de Previdência Social que, dado seu carácter protetivo também da família os abarca em seu rol de beneficiários”.⁴ Logo, as pessoas descritas acima estão cobertas pelo manto previdenciário de maneira indireta, ou seja, em razão da ligação que possuem com o segurado e não com o sistema.

A legislação criou um sistema de classe entre os dependentes, onde uma classe exclui a outra, justamente para atender ao princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, que visa selecionar as contingências que serão atendidas, uma vez que seria impossível satisfazer a todas as necessidades sociais. Desta forma, não seria viável do ponto de vista do equilíbrio atuarial que todos os familiares do segurado percebessem algum benefício.

O art. 16 da Lei 8.213/91⁵, elenca na primeira classe o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, menor de 21 (vinte e um) anos, ou aquele que possua qualquer limitação de ordem física ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, de qualquer idade. Na segunda classe estão os pais do segurado e por último o irmão menor de 21 anos, não emancipado ou de qualquer idade, que detenha limitações que o torne absoluta ou relativamente incapaz.

Verifica-se que as uniões homoafetivas não foram contempladas de forma expressa pelo rol legal, contudo estes familiares não estão desprotegidos, pelo contrário devido a uma interpretação constitucional que veda qualquer espécie de discriminação, (art. 3º, IV) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), serão contemplados com os mesmos direitos de qualquer outro dependente da primeira classe.

Sobre esta análise constitucional para proteger as famílias homoafetivas Ibrahim (2012) explana:

O INSS, a partir de decisão judicial⁶, passou a reconhecer a união homossexual, de modo que o (a) parceiro (a) de segurado do mesmo sexo tem direito à pensão por morte e auxílio reclusão, desde que provada a união estável. O assunto é regulamentado pela Instrução Normativa INSS/PR n.º 45/2010.

Como a Constituição veda qualquer tipo de discriminação (art. 3º, IV), o fato de inexistir previsão legal de união homoafetiva não impede seu reconhecimento, como de fato tem ocorrido. Ainda que tal situação possa causar estranheza e até mesmo repulsa, não pode o direito fechar-se à realidade social, deixando pessoa sem a devida cobertura previdenciária, em razão de sua opção sexual.⁷

4 FORTES, Simone Barbisan. PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 76.

5 Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

6 Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0, da Terceira Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul.

7 IBRAIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 537.

É preciso registrar que entre as classes existem os chamados dependentes preferenciais, ou seja, os que estão em primeiro lugar, cônjuge, companheiro, filhos menores de 21 (vinte e um) anos e aqueles que detenham limitações graves em qualquer idade. O privilégio desta categoria consiste justamente no fato de a dependência econômica ser presumida, portanto não precisam apresentar provas desta condição, ao contrário dos demais.

Existem questionamentos acerca da presunção ser relativa ou absoluta. Segundo Simone Barbisan Fortes (2005):

A primeira tese repousa sobre a constatação de que, em casos tais, em se tratando dos membros familiares efetivamente mais próximos do segurado, a dependência econômica resulta da comunidade de vida, e do fato de que o padrão de vida familiar decorre dos rendimentos conjuntos de todos os seus membros, o que resultaria na impossibilidade de que um dependente preferencial, mesmo tendo renda, isto é, não havendo efetiva dependência econômica total, ficasse afastado do gozo do benefício.⁸

Esta é a tese utilizada pelos tribunais. A doutrinadora citada acima continua sua explanação em relação a outra corrente afirmando:

Para a segunda linha, a dependência, no caso, seria dotada de presunção *iuris tantum*, ou relativa, o que promove, no mínimo, a inversão do ônus da prova, incumbindo ao INSS comprovar que as pessoas constantes no rol da classe um efetivamente não dependiam economicamente do segurado.⁹

Caso existam vários familiares do segurado na mesma categoria o valor do benefício será dividido em partes iguais. Neste sentido merece ser referido o exemplo citado por Ibrahim “Se, por exemplo, o segurado deixa a viúva e três filhos, a pensão será dividida em $\frac{1}{4}$ para cada um. Se um dos filhos morre ou completa 21 anos, sua parcela reverte para os demais, que passam a receber $\frac{1}{3}$, e assim por diante”.¹⁰

Verifica-se que os dependentes que estão na mesma categoria concorrem em igualdade entre si. Ainda é preciso registrar que na hipótese de algum familiar ser o único em sua classe e vier a falecer o benefício percebido não será estendido a outro grupo de dependentes deixando de existir.

Realizados alguns esclarecimentos acerca do benefício e seus titulares é importante que passamos ao estudo dos requisitos necessários ao seu deferimento.

REQUISITOS

Este benefício em alguns aspectos é disciplinado pelas mesmas regras da pensão por morte, por isso é necessário primeiramente uma análise desta prestação para depois nos atermos aos requisitos de concessão específicos do auxílio reclusão. A pensão por morte é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinada a minimizar a perda nos rendimentos do grupo familiar, ocasionada pelo falecimento de um de seus integrantes. Para Castro e Lazzari (2008):

⁸ FORTES, Simone Barbisan. PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 77.

⁹ *Idem*, p. 77.

¹⁰ IBRAIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 530.

A pensão por morte é o benefício pago aos dependentes do segurado, homem ou mulher, que falecer, aposentado ou não, conforme previsão expressa do art. 201, V, da Constituição Federal, regulamentada pelo art. 74 da Lei do RGPS. Trata-se de prestação de pagamento continuado substituidora da remuneração do segurado falecido. Em face disso, considera-se direito irrenunciável dos beneficiários que fazem jus a ela.¹¹

Percebe-se que o risco coberto com a criação deste benefício é o evento morte. Segundo Juliana Ribeiro (2011): “Tratando-se de prestações previdenciárias, a morte pode ser entendida de três formas: a natural, a acidentária e a presumida”.¹² O instituto da morte presumida é regulado pelos art. 6º e 7º do código civil¹³, que determina a sua declaração judicial nos casos em que é extremamente provável a sua ocorrência.

Encontra previsão constitucional no art. 201, V, que institui “pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes”. Saliente-se que anteriormente a edição da CF/88 este benefício era pago somente a dependente mulher, como o homem era o responsável pelo sustento da família ele teria direito ao benefício apenas se fosse inválido.

Infra constitucionalmente o tema é tratado no art. 105 a 115 do Decreto 3.048/ 99 e artigos 74 a 79 da lei 8.213/91 com as alterações realizadas recentemente pela conversão da Medida provisória de n.º 664 de 2014, na lei 13.135 de 17 de junho de 2015, que promoveu várias alterações legislativas no que tange as regras de concessão de benefícios.

A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito, quando requerida até noventa dias, da data do requerimento o quando realizado após este período ou da decisão judicial no caso de morte presumida. Reitere-se ainda, que no caso de dependente absolutamente incapazes não corre nenhuma espécie de prazo prescricional.

Perde o direito à pensão por morte, após o trânsito em julgado, o condenado pela prática de crime de que tenha dolosamente resultado a morte do segurado. O mesmo ocorre em relação ao cônjuge, o companheiro ou a companheira, caso seja comprovada, a qualquer tempo, simulação ou fraude no casamento ou na união estável, ou a formalização desses com o fim exclusivo de constituir benefício previdenciário, apurados por meio de processo judicial.

Havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais, extingue-se pela morte do dependente ou sua maioria se filho ou irmão, salvo caso de invalidez, ou pelo decurso do prazo de percepção para o companheiro o cônjuge, uma vez que a Lei 13.135/2015 instituiu o caráter provisório, atrelado ao limite de idade, para estes dependentes.

11 CASTRO, Carlos Alberto Pereira. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTR. 2004, p. 549.

12 RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Direito Previdenciário Esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 297.

13 Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

Assim, para cônjuge ou companheiro o benefício será pago pelo período de 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado.

Contudo, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável, o benefício será concedido pelos seguintes prazos, de acordo com a idade do beneficiário:

- 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;
- 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;
- 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;
- 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;
- 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;
- 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.

Ressalte-se que no caso do óbito do segurado decorrer de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho, o benefício de pensão por morte será concedido pelos prazos relacionado acima, independentemente do recolhimento de 18 (dezoito) contribuições mensais ou da comprovação de 2 (dois) anos de casamento ou de união estável.

Amado (2012), destaca que “De acordo com a atual legislação, o novo casamento do pensionista não fará cessar a pensão por morte, como ocorria no regramento pretérito, em que o casamento do pensionista do sexo feminino extinguiu a pensão”.¹⁴ Logo, ao contrair novas núpcias o cônjuge ou companheiro não terá cessado seu benefício.

O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os demais dependentes preferencias, sem, no entanto, possuir a prerrogativa da presunção de dependência.

No que tange ao cálculo do benefício o valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, sem aplicação do fator previdenciário.

Sobre como foi calculado o benefício em épocas passadas cabe citar Juliana Ribeiro (2011):

Atualmente, a Previdência define a quantia segundo a regra vigente quando do início do pagamento do benefício. Até 1988, o valor correspondia a 50% da aposentadoria recebida pelo instituidor da pensão, mais 10% para cada dependente. De 1988 a 1995, o método de cálculo foi alterado duas vezes, com ganhos em ambos os casos para os novos segurados em relação à sistemática anterior.¹⁵

Realizado um registro sobre a forma antiga de cálculo do benefício percebe-se sua semelhança com a tentativa trazida pela MP de n.º 664 de 2014, que pretendia estabelecer

¹⁴ AMADO, Frederico. *Direito e processo previdenciário*. 3ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 587.

¹⁵ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Direito Previdenciário Esquemático*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 301.

correspondência com a forma utilizada antes de 1988, que era 50%, da aposentadoria que teria direito o instituidor mais 10% por dependente. Felizmente, este item não foi convertido em lei, pois seria um grande retrocesso a nível de direitos sociais.

Recentemente, foi editada a Medida Provisória 871, 18/01/2019, com o nítido intuito de restringir ainda mais a concessão do benefício de auxílio reclusão, caso convertida em lei o regramento vai reduzir consideravelmente o alcance da prestação social.

A lei dos benefícios determinava que o auxílio-reclusão seria devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.¹⁶

Com a nova redação passou-se a exigir carência¹⁷ de 24 (vinte e quatro meses), que é o número mínimo de contribuições necessárias para concessão do benefício, além de restringir o deferimento para os casos em que o segurado não estiver percebendo as prestações de pensão por morte e salário-maternidade, na data do recolhimento.

O benefício será devido quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado, como é o caso do desempregado. Simone Fortes afirma que “O risco social coberto pela prestação é a perda da renda familiar, por conta do encarceramento de segurado do Regime Geral de Previdência Social.”¹⁸

O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão judicial que ateste o recolhimento efetivo à prisão, obrigatória, para manutenção do benefício, a apresentação de prova de permanência na condição de presidiário. Registre-se que o documento judicial se trata de inovação trazida pela MP 871/2019¹⁹.

A data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior. Como esta regra tem por base o estipulado para a concessão de pensão por morte acredita-se que este prazo foi estendido para 90 (noventa) dias, diante da alteração recente promovida pela Lei 13.135/2015, mencionada acima.

A Emenda Constitucional 20/98 trouxe como um dos requisitos para concessão deste benefício a condição de segurado de baixa renda, sem, no entanto, conceituar o enquadramento. Diante da sua indefinição são utilizadas portarias interministeriais da Previdência Social e Fazenda que divulgam anualmente o limite da contribuição do segurado na ocasião de seu recolhimento.

No ano de 2019, o art. 5º da Portaria Interministerial nº 09, de 15 de janeiro de 2019, determinou :

¹⁶ Art. 80 da Lei 8.213/91.

¹⁷ Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:

[...]

IV -auxílio-reclusão: vinte e quatro contribuições mensais.

¹⁸ FORTES, Simone Barbisan. PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 146.

¹⁹ Art. 80, §1º da Lei 8.213.

O auxílio-reclusão, a partir de 15 de janeiro de 2019, será devido aos dependentes do segurado cujo salário-de-contribuição seja igual ou inferior a R\$ R\$ 1.364,43 (um mil, trezentos e sessenta e quatro reais e quarenta e três centavos), independentemente da quantidade de contratos e de atividades exercidas.

Se o segurado não estiver em atividade no mês da reclusão, ou nos meses anteriores, será considerado como sem remuneração, o que parece óbvio somente foi pacificado por meio do julgamento do Tema Repetitivo nº 896 (REsp 1485417/MS), em 22 de novembro de 2017, que versava sobre a definição do critério de renda (se o último salário de contribuição ou a ausência de renda, no caso de desemprego) do apenado no momento do recolhimento à prisão para a concessão do benefício auxílio-reclusão”.

O limite máximo do valor da remuneração para verificação do direito ao benefício é R\$ 1.364,43. A publicação da Medida provisória de n.º 871, disciplina nova regra para aferição da renda mensal bruta para enquadramento do segurado como de baixa renda, introduzindo a média dos salários de contribuição apurados no período de doze meses anteriores ao mês do recolhimento à prisão.

O auxílio-reclusão é devido, apenas, durante o período em que o segurado estiver recolhido à prisão sob regime fechado ou semiaberto. Será mantido enquanto permanecer detento ou recluso, sendo vedada sua concessão após a soltura.

Sobre a extensão do benefício ao regime semiaberto bem como ao fato de alguns reclusos trabalharem enquanto cumprem pena Simone Barbisan Fortes(2005) complementa:

O Decreto 3.048/99, com as modificações conferidas pelo Decreto n.º 4.729, de 9-0-2003, inserindo os §§ 5º 4 6º em seu art. 116 , alargou o conceito de reclusão, considerando que não somente a prisão em regime fechado é geradora do benefício, mas também aquela em regime semiaberto. Ademais, explicita que o exercício de atividade remunerada pelo segurado recluso em cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto não acarreta perda do direito ao recebimento do auxílio reclusão pelos seus dependentes.²⁰

No caso de fuga, o benefício será suspenso e, se houver recaptura do segurado, será restabelecido a contar da data em que esta ocorrer, desde que esteja, ainda, mantida a qualidade de segurado. Falecendo o segurado detido ou recluso, o auxílio-reclusão que estiver sendo pago será automaticamente convertido em pensão por morte.

Assim, as principais condições para deferimento deste amparo a família do condenado são: deter a qualidade de segurado na época do recolhimento, possuir no mínimo 24 contribuições, estar recluso em regime fechado ou semiaberto (desde que a execução da pena seja em colônia agrícola, industrial ou similar), e média contributiva dos últimos doze meses abaixo do valor previsto na legislação, conforme a época da prisão.

Após uma breve exposição dos requisitos de concessão deste benefício é necessário entendermos as espécies de regimes existentes no nosso ordenamento jurídico para compreender o seu cabimento no caso concreto.

ESPÉCIES DE REGIMES DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE

O Código Penal em seu artigo 32 explicita as espécies de penas aplicadas no nosso

²⁰ FORTES, Simone Barbisan. PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 146.

sistema “As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa. A que interessa a presente pesquisa é a privativa de liberdade, uma vez que restringe, com maior intensidade, a liberdade do condenado, que permanece em algum estabelecimento prisional, por um determinado lapso de tempo.

Sobre o objetivo da pena Mirabete (2013) ressalta: “desde sua origem até hoje, porém, a pena sempre teve o caráter predominantemente de retribuição, de castigo, acrescentando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso.”²¹

A pena privativa de liberdade é a mais utilizada no nosso ordenamento jurídico embora seja duramente criticada pela sua ineficiência no combate da criminalidade. Mirabete ao comentar sobre o assunto complementa “Tem sido bastante combatida, afirmando-se ser ela instrumento degradante, destruidora da personalidade humana e incremento à criminalidade por imitação e contágio moral”.²²

A modalidade de pena objeto deste item é dividida em: Reclusão e Detenção. Reclusão, quando é cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. Conforme Albergaria (1996):

[...] o regime fechado constitui a fase mais gravosa da execução penal, e impõe que a pena seja cumprida em penitenciária, que é estabelecimentos penitenciários de segurança máxima ou media. Como o próprio nome pode indicar, penitenciária é o estabelecimento onde o condenado deve cumprir suas “penitências” impostas pelo Estado, não se confundindo com presídio ou cadeia pública, que são destinados a presos provisórios e condenados por contravenções.²³

Sabe-se que a pena de reclusão pode ser cumprida em qualquer regime, enquanto a de detenção, por ser menos gravosa, restringe-se ao regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência ao regime fechado.

Registre-se que quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração²⁴ ou remição²⁵. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

A prisão é a privação de liberdade, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. O fato é que não apenas, após haver uma sentença penal, mesmo pendente de recurso, mas havendo o *quantum* de pena aplicada, é que determinará o regime inicial de cumprimento, a qual observará as consideradas as características pessoais do condenado, como a reincidência, a espécie de crime e as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal²⁶.

Assim o cumprimento da pena iniciará no regime em que a sentença dispuser (artigo

21 MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, v.1, 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 231.

22 Idem, p. 234.

23 ALBERGARIA, Jason. *Das Penas e da execução penal*. 3. ed. Belo Horizonte: DelRey, 1996. p. 31.

24 Art. 42 Código Penal - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

25 Art. 126 da LEP - O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

26 Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

110 da Lei 7.210/84²⁷), sendo fixado, como regra geral, ressalvadas as peculiaridades retro mencionadas, em conformidade com o que alude o artigo 33, § 2º e suas alíneas, do Código Penal,:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (Brasil, 1984).

O mesmo artigo, complementado pela Lei de dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) determina que o regime fechado deverá ser cumprido em penitenciária, o semiaberto em colônia penal agrícola, ou industrial, ou em estabelecimento análogo, e o aberto em casa de albergado.

A pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso atingir os requisitos objetivos de cumprimento de pena, quais sejam, ao menos um sexto da pena no regime anterior²⁸ e dois quintos de pena para o primário e três quintos para o reincidente nos casos dos crimes hediondos ou equiparados²⁹ e atender ao requisito subjetivo, isto é, ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Além disso, somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente e apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

De outra forma, a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o

27 Institui a Lei de Execução Penal.

28 Art. 112 da LEP – Lei 7210/84 - A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

29 Art. 2º da Lei 8.072/90 - Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

II - fiança e liberdade provisória.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

§ 2º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

II - fiança.

§ 1o A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2o A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

condenado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave ou sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

Tal sistemática, no contexto atual do sistema penitenciário, veio a sofrer algumas adequações, nem sempre podendo ser observadas. Verifica-se a ausência de estabelecimentos prisionais aptos a segregar a liberdade dos sentenciados em conformidade com as disposições do Código Penal, havendo a possibilidade de colocar os detentos condenados em regime semiaberto em vigilância eletrônica³⁰ e os apenados do regime aberto ou que possuam condições especiais em prisão domiciliar³¹.

De igual sorte, forte no Ativismo Judicial, o Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões, editou a Súmula Vinculante nº 56, não autorizando a manutenção do apenado em regime mais gravoso em decorrência da falta de estabelecimento prisional adequado, pois contrário aos princípios da individualização da pena e da legalidade previstos no art. 5º, XLVI e XXXIX, respectivamente. Admitindo-se estabelecimentos prisionais não qualificados no ordenamento penal, a colocação de monitoramento eletrônico ou domiciliar em casos não abrangidos pela legislação.

Os debates sobre os regimes de pena e o seu cumprimento são profundos e carecedores de uma maior atenção, os quais não se constituem no objetivo principal desse artigo, mas sim, após discorrer sobre o que vem a ser o auxílio reclusão e seus requisitos, confrontá-lo com o ordenamento constitucional.

ANÁLISE CONSTITUCIONAL

Sabe-se que os benefícios previdenciários se tratam de direitos sociais fundamentais e por isso, recebem aplicação do princípio do não retrocesso social, que consiste na proteção conferida as garantias e benefícios já conquistados, que sob nenhuma hipótese poderão ser suprimidos ou diminuídos, neste sentido cabe referir José Joaquim Canotilho (2003), pois segundo o autor:

Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A “proibição do retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção

30 Art. 126. da LEP - O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

31 Art. 117. Da LEP - Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II - condenado acometido de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante.

Art. 318. Do CPP - Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- I - maior de 80 (oitenta) anos;
- II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo está de alto risco. IV - gestante;
- V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
- VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.³²

Da mesma forma, possuem ligação estreita com o princípio que é um dos fundamentos da existência da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88)³³. Tal preceito induz a ideia de respeito ao segurado e a seus direitos simplesmente pela sua condição humana.

Importante mencionar, trecho da obra *Dimensões da Dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*, onde o autor faz um apanhado histórico acerca da criação do princípio em foco e sua relevância para a humanidade:

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade. Está, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida, e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe – ou é reconhecida como tal – em cada ser humano como algo que lhe é inerente.³⁴

Além da relação dos direitos sociais com o princípio citado acima a Constituição Federal de 1988 fundamenta a Ordem Econômica, no valor social do trabalho humano e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, ainda um dos seus objetivos é assegurar a redução das desigualdades regionais e sociais, art. 170, inc. VII, CF/88³⁵.

É importante referir que o benefício de auxílio reclusão também acaba se tornando um instrumento de efetivação de algumas garantias do apenado, que possuem origem do direito penal, como é o caso do princípio da pessoalidade da pena, segundo o qual a punição imposta pelo Estado não poderá ultrapassar a pessoa do condenado.

Este princípio está inserido expressamente na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XLV³⁶, no título dos direitos e garantias fundamentais, tratando-se de direito fundamental.

Portanto verifica-se que a concepção do benefício de auxílio reclusão acaba por intrinsecamente promovendo o direito fundamental de todo cidadão a individualização de sua pena, pois é justo e muito menos legal que seus familiares, na maioria das vezes mulheres e crianças, passem por privações de toda ordem em razão de ato cometido unicamente por ele.

Sobre a gravidade da violação a um princípio, convém citar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (1994):

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1298.

³³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 19.

³⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

³⁶ Art. 5º, XLV - Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não a apenas um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia e irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada.³⁷

A prestação previdenciária objeto de estudo nesta pesquisa vem sofrendo graves restrições desde sua criação, deixando de abarcar grande contingente de segurados gradualmente. A primeira grande limitação sofrida foi após a edição da Emenda Constitucional de 1998, que inseriu o requisito de baixa renda na CF/1988.

A redação original da Constituição não contemplava limitação e garantia o benefício a todos os segurados. É certo que qualquer grupo familiar sofreria consequências drásticas em razão da perda financeira ocasionada pela reclusão de um integrante independente da sua condição financeira.

Além disso, o sistema previdenciário é obrigatório, sendo que todos os segurados vinculados contribuem independente de sua vontade, portanto o mais adequado é tivessem direito a percepção de todos os benefícios ofertados, devendo haver limitação de renda apenas as prestações oferecidas pela assistência social, já que este segmento é desvinculado e contribuições.

Saliente-se que as contribuições vertidas ao sistema são proporcionais aos rendimentos para os segurados empregados³⁸, por outro lado o contribuinte individual³⁹, que é aquele que recebe renda por conta própria sem vínculo empregatício, é tributado com uma alíquota fixa de 20%, logo quanto maior a renda auferida maior será o repasse a previdência social.

Importante registrar que a contribuição previdenciária é limitada ao teto de R\$ 5.839,45 (cinco mil, oitocentos e trinta e nove reais e quarenta e cinco centavos), que é o valor máximo pago pelo regime geral a título de benefício, com exceção do salário maternidade que será pago até o limite máximo do subsídio do subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal⁴⁰.

Analisando a legislação verifica-se que o segurado que realiza contribuição mais alta teve injustamente sua família excluída do benefício pago no caso de reclusão. Em consequência acabam sendo feridos, além dos princípios mencionados acima, também a regra da contrapartida (Art. 195, § 5º da CF/88⁴¹) em uma interpretação em favor do segurado, já contribuições são lançadas sem o benefício correspondente.

37 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 451.

38 Portaria Ministerial n.º 09, de 15 de janeiro de 2019. Salário de Contribuição até 1.751,81 – 8%, de 1.751,81 até 2.919,72 – 9% e de 2.919,72 até 5.839,45 – 11%.

39 Art. 12, V, e alíneas da Lei 8212/91 definem quem são os contribuintes individuais.

40 Art. 248 da CF/88 - Os benefícios pagos, a qualquer título, pelo órgão responsável pelo regime geral de previdência social, ainda que à conta do Tesouro Nacional, e os não sujeitos ao limite máximo de valor fixado para os benefícios concedidos por esse regime observarão os limites fixados no art. 37, XI.

41 Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Com base no requisito legal inúmeras injustiças são cometidas, uma vez que grupos familiares abastados possuem direito a percepção do benefício, enquanto dependentes de baixa renda estão sendo desprotegidos unicamente pelo fato de o genitor ter percebido salário superior ao limite legal na época do recolhimento.

Registre-se ainda que o limite instituído por meio de portaria, pode ser ultrapassado pela simples realização de uma hora extra, por exemplo, ou terço constitucional de férias, pois as parcelas variáveis também são consideradas para verificação do salário de contribuição. Sobre esta situação Ibrahim (2012) ao comentar sobre a inclusão da baixa renda como limitadora do acesso ao benefício refere:

Pessoalmente, sempre considerei a citada alteração como inconstitucional, haja vista gerar uma diferenciação desprovida de qualquer razoabilidade, pois o segurado, mesmo com remuneração vultosa, poderá deixar a família em situação de necessidade mais gravosa do que outra família, mais humilde, mas que tenha outras fontes de renda. Para piorar a inércia legislativa em disciplinar conceito derradeiro de baixa renda provoca, como se percebe com facilidade discrepância ainda maior, possibilitando que dependentes percam o benefício por centavos ou mesmo pelo fato de o segurado ter sido preso no mês de férias, no qual recebe, além do salário, mais 1/3 de adicional constitucional, o que não raramente produz resultado maior do limite vigente.⁴²

Logo, percebe-se que a exigência de baixa renda para o deferimento deste benefício significou um grande retrocesso social. Uma vez instituído tal critério parece muito mais justo e adequado que a renda da família, que é a titular do benefício, fosse considerada como parâmetro para sua concessão e não exclusivamente o valor do último salário de contribuição do segurado.

Em atenção as graves injustiças cometidas, com o objetivo de amenizar a situação a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Santa Catarina, louvavelmente, passou a considerar como critério de baixa renda os rendimentos do grupo familiar e não do segurado, chegando a editar uma Súmula n.º 05.

Contudo, em grave afronta as garantias constitucionais, o retrocesso se manteve, pois a tese foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, “que acabou por privilegiar a letra da Constituição e adotar a interpretação estatal, afirmando que a renda a ser aferida deve, necessariamente, ser a do segurado, no momento da prisão, e não de seus dependente (RE 587.365-0, SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)”.⁴³

Além disso, mais um anacronismo recentemente atingiu o benefício. Como referido acima as regras de concessão do auxílio reclusão são as mesmas da pensão por morte, assim a edição da Lei 13.135/2015, também instituiu o caráter provisório, atrelado ao limite de idade, para estes dependentes cônjuges e companheiros para esta prestação previdenciária.⁴⁴

42 IBRAIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 674.

43 *Idem*. p. 674.

44 Art. 74, § 2º, V, alíneas a, b, e c da Lei 8.213/91.

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável:

- 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;
- 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;
- 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;
- 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;
- 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;
- 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.

Assim, com base em tudo que foi referido conclui-se que as medidas limitadoras do benefício de auxílio reclusão ferem várias garantias constitucionais, e mostram-se como um grande retrocesso social. Sugere-se como meio de amenizar os efeitos devastadores destas alterações legislativas, que passe a ser considerada a renda do conjunto de dependentes e não do segurado para a concessão do benefício.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fizemos um exame acerca dos requisitos de concessão do benefício de auxílio reclusão e sua estreita ligação com a pensão por morte. Em relação as condições frisamos o fato de o responsável pelo sustento familiar estar na qualidade do segurado na época do recolhimento, a carência, o conceito de baixa renda e os rendimentos que são analisados para o deferimento do pedido.

Por fim, verificamos que as alterações legislativas limitadoras do benefício em comento, ferem várias garantias constitucionais, entre elas a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental de que a pena não passe da pessoa do condenado. Além de grave afronta a vedação do retrocesso dos direitos sociais.

Assim, no presente trabalho esclarecemos os critérios atuais e elegemos um método que se mostra mais adequado para o deferimento do benefício, ou seja, a análise da renda do grupo de dependentes do segurado recluso, ao invés da sua própria como critério amenizador das injustiças legislativas cometidas até o momento.

Da mesma forma, defendemos a ampliação do benefício a todos os segurados, para que uma enorme gama de dependentes dos contribuintes não fique desprotegida pela reclusão, com o intuito de promover a efetividade dos direitos fundamentais e igualdade social.

Logo, sustentamos a readequação dos parâmetros do auxílio reclusão, por meio do redirecionamento do critério da renda e ampliação do benefício a todos os segurados, como forma de combate à desigualdade social.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da execução penal**. 3. ed. Belo Horizonte: DelRey, 1996.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMADO, Frederico. **Direito e processo previdenciário**. 3^a. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, **Código Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, **Código de Processo Penal**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, **Lei 7.210/84**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, **Lei 8.072/90**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAMARGO, Virginia. **Realidade do Sistema Prisional no Brasil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 33, set 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299>. Acesso em: 11 jan. 2019.

CAMINO, Carmem. **Direito individual do trabalho**. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, João Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, 10ª edição. Editora Conceito, 2008.

CAPEZ, Fernando (coord.); COLNAGO, Rodrigo; **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTR, 2001.

DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional**. Trad. Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FORTES, Simone Barbisan. PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HORVATH, Miguel Júnior. **Direito previdenciário**. 8. ed. São Paulo: Quartier Latin,, 2010.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário da língua portuguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

IBRAIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**, 4ª edição. Editora Podivm, 2007.

LENZA, Pedro (Org.). SANTOS, Marisa Ferreira. **Direito Previdenciário Esquemático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAURER, Beátrice; SEELMAN Kurt; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Comentários à lei n. 7.210 de 11/07/84**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. Direito Previdenciário Esquematizado. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente: à luz do novo código civil**. Curitiba: Juruá, 2005.

A responsabilização civil do médico em casos de violência obstétrica e o acesso à informação da gestante na rede pública de saúde

The civil liability of physicians in cases of obstetric violence and access to information on pregnant women in the public health network

Leticia Gonçalves Ferreira

Bacharelada em Direito pela Universidade de Rio Verde (UniRV)

Fernanda Peres Soratto

Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Educação Linguagem e Sociedade pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Professora Titular do curso de Direito da Universidade de Rio Verde (UniRV)

RESUMO

O presente trabalho refere-se à negligência, aos abusos e o desrespeito contra a mulher antes e após o parto, causados pelo médico, também chamada de violência obstétrica. Ao longo do artigo busca-se estabelecer a responsabilização do médico no âmbito do direito civil brasileiro e estabelecer a importância do direito à informação a fim de evitar tal violência contra a mulher na rede pública de saúde no Brasil. Pretende-se destacar a ineficiência das ferramentas legais na punição efetiva nos casos de dano a mulher, ainda mais, por não haver legislação específica de âmbito federal tratando do tema, violência esta que se tornou recorrente no Brasil, chegando a assustadores números nos últimos anos. A partir de uma metodologia em pesquisas bibliográfica, com utilização de artigos científicos, livros doutrinários, legislação e jurisprudências referentes ao tema, se propõe a percorrer o caminho para o entendimento da violência obstétrica, além da conceitualização da responsabilidade civil e apontar as diferenças entre responsabilidade civil objetiva e subjetiva do médico, desenvolver a relação médico-paciente e o dever de informar, e desenvolver formas de combate à violência obstétrica através do instituto da informação. A conclusão permite considerar que para reafirmar o direito da autonomia



corporal da mulher é necessário um conjunto de ações que devem ser adotadas, entre elas o fácil acesso a informações relacionadas aos direitos da gestante, além de demonstrar a necessidade de legislação em âmbito federal em se tratando de violência obstétrica, além da responsabilização efetiva dos agentes perpetradores dos atos danosos a mulher.

Palavras-chave: violência obstétrica; responsabilidade civil; acesso à informação.

ABSTRACT

The present work refers to negligence, abuse and disrespect against women before and after childbirth, caused by the doctor, also called obstetric violence. Throughout the article, we seek to establish the responsibility of the doctor in the scope of Brazilian civil law and establish the importance of the right to information in order to avoid such violence against women in the public health network. It is intended to highlight the inefficiency of legal tools in effective punishment in cases of harm to women, even more, because there is no specific federal legislation dealing with the subject, violence that has become recurrent in Brazil, reaching frightening numbers in recent Years. Based on a methodology in bibliographic research, using scientific articles, doctrinal books, legislation and jurisprudence related to the subject, it proposes to walk the path to understanding obstetric violence, in addition to the conceptualization of civil liability and to point out the differences between responsibility objective and subjective civil service of the doctor, develop the doctor-patient relationship and the duty to inform, and develop training to combat obstetric violence through the information institute. The conclusion allows us to consider that in order to reaffirm the right of women's bodily autonomy, a set of actions is necessary to be adopted, including easy access to information related to the rights of pregnant women, in addition to demonstrating the need for legislation at the federal level to dealing with obstetric violence, in addition to the effective accountability of perpetrators of harmful acts to women.

Keywords: obstetric violence. civil responsibility. access to information.

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana foi inserida na Constituição de 1988 como princípio fundamental, norteador do povo brasileiro (art. 1º, III, CF/88), bem como o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF/88), ainda no rol imprescindível da Carta Magna encontra-se os direitos sociais (art. 6º, CF/88), nos quais são substanciais como o direito a saúde, a proteção a maternidade e à infância.

O surgimento do Cilindro de Ciro (539 a.C.) na antiga Pérsia é conhecido como a primeira carta dos direitos humanos, seguido pela Carta Magna da Inglaterra (1215), a Petição de Direito da Inglaterra (1628), Constituição dos EUA (1787), Declaração dos Direitos (1791), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França (1789), Primeira Convenção de Genebra (1864), após a Segunda Guerra Mundial representantes de 51 países se reuniram, incluindo o Brasil, e fundaram a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, sendo seguida pela elaboração e promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), documento este que proclama (1948): “todos os seres

humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”.

É indiscutivelmente nupérrimo a instituição da tutela dos direitos das mulheres no Brasil, mesmo após a incorporação de tratados internacionais fez-se necessário a implementação de decretos para reforçar a necessidade de preservar e assegurar os direitos básicos das mulheres.

O texto do Decreto N° 31.643 (Brasil, 1952) demonstra uma ideia da mulher americana vista pela sociedade como inane de direitos e cheia de deveres para com o companheiro, porém após demonstrar sabedoria no cumprimento das responsabilidades se mostrou digna de ter os mesmos direitos civis que o homem. Tal percepção acerca da conquista dos direitos da mulher refletem na atualidade, na dificuldade da implementação da voz feminina nos espaços e na defesa efetiva de sua autonomia em todas as esferas.

A partir da recepção do artigo 18 da Conferência Mundial dos Direitos Humanos, inicia-se o desentenebrecer da perspectiva do direito da mulher, trazendo luz a ideias da autonomia corporal e proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, independente do gênero.

Ainda que a Constituição de 1988, disponha de dispositivos versando sobre a prevenção a violência contra a mulher, na prática inexistente a punição devida para responsáveis de tais danos contra a mulher, atos estes, que podem acontecer em qualquer período da vida da mulher, até mesmo em momentos sensíveis e vulneráveis como durante a gestação ou durante o parto e puerpério, violência que pode ser proveniente daquele que deveria ser o guardião da saúde materna, o médico obstetra.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Conforme pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo e SESC (2010), “Uma em cada quatro mulheres brasileiras é vítima de violência obstétrica no momento do parto ou pré-natal”. Tal crueldade está presente na vida de milhões de mulheres no Brasil, e os agressores em sua maioria seguem sem punição por seus atos, o instituto na legislação civil é esquecido.

De acordo com o Ministério da Saúde de Mato Grosso do Sul (2021, p. 2):

A violência obstétrica atinge diretamente as mulheres e pode ocorrer durante a gestação, parto e pós-parto. É o desrespeito à mulher, à sua autonomia, ao seu corpo e aos seus processos reprodutivos, podendo manifestar-se por meio de violência verbal, física ou sexual e pela adoção de intervenções e procedimentos desnecessários e/ou sem evidências científicas. Afeta negativamente a qualidade de vida das mulheres, ocasionando abalos emocionais, traumas, depressão, dificuldade na vida sexual, entre outros.

Vale ressaltar que a violência obstétrica foi reconhecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como questão de saúde pública apenas em 2014, o que pode demonstrar a dificuldade para o cumprimento efetivo da responsabilização, visto que até para Organização de maior prestígio de saúde do mundo tal violência não era validada como de fato é, tamanha hostilidade viola os direitos das mulheres ao cuidado respeitoso, além de ameaçar o direito à vida, à integridade física e à não discriminação (OMS, 2014).

Ainda em concordância com a Organização Mundial de Saúde (2014, p. 1):

Relatos sobre desrespeito e abusos durante o parto em instituições de saúde incluem violência física, humilhação profunda e abusos verbais, procedimentos médicos coercitivos ou não consentidos (incluindo a esterilização), falta de confidencialidade, não obtenção de consentimento esclarecido antes da realização de procedimentos, recusa em administrar analgésicos, graves violações da privacidade, recusa da internação nas instituições de saúde, cuidado negligente durante o parto levando a complicações evitáveis e situações ameaçadoras da vida, e detenção de mulheres e seus recém-nascidos nas instituições após o parto, por incapacidade de pagamento.

De acordo com o Ministério da Saúde, mais de 90% das mortes de mulheres ocorridas durante o parto poderiam ter sido evitadas, além dos procedimentos desnecessários e invasivos como a episiotomia – o corte entre a vagina e o ânus para ampliar o canal de parto que é realizado em 53,3% dos casos. Ou ainda lesões medulares, esquecimento de objetos e restos placentários nas cavidades abdominais, infecções pós-operatórias, queimaduras e condições vegetativas.

Ainda versando sobre as formas em que a violência obstétrica pode se manifestar, Sônia Lansky (2019) afirma que: “O excesso de intervenções no parto no Brasil tem sido reportado como violência obstétrica e contribui para os índices elevados de morbi-mortalidade materna e neonatal”. É evidente que existem várias formas nas quais a violência obstétrica pode se enquadrar, contudo, no Brasil, inexistente legislação federal específica acerca do tema, mesmo sendo um tema recorrente na vida das brasileiras.

Existem Projetos de Lei sobre o tema em tramitação na câmara legislativa, como o PL 422/23 que inclui a violência obstétrica entre os tipos de violência previstos na Lei Maria da Penha. Segundo a autora da proposta, a deputada Laura Carneiro (PSD-RF) destaca “a necessidade de diálogo interinstitucional de todas as pessoas jurídicas de Direito Público, em todas as esferas de Poder, para que sejam formuladas políticas públicas integradas concernentes à prevenção e repressão da violência obstétrica”. Contudo, atualmente, tem-se unicamente o instituto da responsabilidade civil para sustentar a responsabilização e reparação do dano causado à mulher.

Segundo Paula Pereira e Gláucia Silva (2020, p. 162):

Esse tipo de violência tem relação direta com o instituto da responsabilidade civil, tanto no plano preventivo, quanto no reparatório. Primeiro, busca-se evitar a ocorrência e dano pelo princípio da prevenção, que deve se concretizar por meio de medidas que minimizem ou evitem riscos já conhecidos, certos e comprovados. No entanto, quando ocorre a lesão de bem jurídico merecedor de tutela, faz nascer, o dever de indenizar.

No rol de direitos e garantias fundamentais é estabelecido no artigo 5º da Constituição Federal, inciso V, que: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Ainda no artigo 5º da Carta Mãe, é atestado no inciso X, que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Ordenamentos estes que regem em conformidade com a ideia da responsabilidade civil, em que pese a ideia da culpabilidade é fundamento estrutural da caracterização para o ato indenizatório por dano em caso de responsabilidade subjetiva, sendo dispensada a comprovação da culpabilidade na responsabilidade objetiva.

RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo José de Aguiar Dias (1994), “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”, ou seja, qualquer comportamento humano, seja ele omissivo ou comisso, gerará ao autor do ato uma consequência, uma responsabilidade.

Conforme Flávio Tartuce (2021, p. 787):

A reponsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil aquiliana, diante da Lex Aquilia de Damno, do final do século III a. C., e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual.

No caso dos artigos 389, 390 e 391 previstos no Código Civil, estamos diante da responsabilidade civil contratual ou negocial, esta que em síntese pode ser conceituada como a inexecução de uma obrigação. Já a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana fundamenta-se nos artigos 186 e 187 do Código Civil, que parte do princípio da quebra do que é lícito, ou seja, é um ato ilícito através da inobservância da lei, sem que haja uma relação perpetuada por contrato ou obrigação, e a presença do abuso de direito.

O instituto da responsabilidade civil abriu caminhos para algumas interpretações, entre elas encontram-se a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, ambas abarcam o direito de reparação do dano, contudo se diferem sob a ótica da necessidade da comprovação da culpa e prova do dano.

Para conceituar a responsabilidade civil subjetiva Flávio Tartuce (2021, p. 910) disserta:

A responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na teoria da culpa. Dessa forma, para que o agente indenize, ou seja, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia).

Vale ressaltar ainda, a posição de Maria Helena Diniz (2020), no qual defende que, “não há responsabilidade sem culpa, exceto disposição legal expressa, caso em que terá a responsabilidade objetiva”. Ao passo que a responsabilidade civil objetiva é prevista no artigo 927 do Código Civil, parágrafo único, no qual diz:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (Brasil, 2002).

Sendo assim, além de ter previsão legal expressa, a responsabilidade civil objetiva se origina na teoria do risco além de independender da culpa.

Flávio Tartuce (2021, p. 912-913) classifica as modalidades da teoria do risco em:

Teoria do risco administrativo: adotada nos casos de responsabilidade objetivo do Estado (art. 37, §6º, da CF/1988).

Teoria do risco criado: está presente nos casos em que o agente cria o risco, decorrente de outra pessoa ou de uma coisa.

Teoria do risco da atividade (ou risco profissional): quando a atividade desempenhada cria riscos a terceiros.

Teoria do risco-proveito: é adotada nas situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa, ou seja, o agente retira um proveito do risco criado, como nos casos envolvendo os riscos de um produto, relacionados com a responsabilidade objetiva de corrente do Código de Defesa do Consumidor. Teoria do risco integral: nessa hipótese não há excludente de nexo de causalidade ou de responsabilidade civil a ser alegada, como nos casos de danos ambientais, segundo os autores ambientalistas (Brasil, 1981).

Superada a discussão acerca da conceituação e das teorias adotadas pelo ordenamento brasileiro, busca-se identificar o tipo de responsabilidade civil aplicada ao médico nos casos em que ocorre a violência obstétrica.

Em conformidade ao tema ressalta-se o entendimento de Thalyta Stocco e Michele Ceccatto (2014, p. 9):

O Código de Ética Médica, de observância obrigatória a todos os médicos, é expreso ao estabelecer a responsabilidade do médico pelos atos profissionais de forma pessoal e nunca presumida (inciso XIX, Capítulo I). E, ainda que tal diploma afaste a caracterização de relação de consumo na atividade médica, por trata-se de relação personalíssima (inciso XX), também o Código de Defesa do Consumidor afastou a responsabilidade objetiva quanto aos profissionais liberais, os quais respondem subjetivamente perante o paciente apenas diante da evidência de culpa (artigo 14, §4º), razão pela qual não remanescem dúvidas acerca da natureza jurídica da responsabilidade do médico como contratual, subjetiva e calcada, essencialmente, em obrigações de meio.

Portanto, vale salientar que, a responsabilidade civil do médico é apreciada através da comprovação da culpa decorrente de danos causados por negligência, imprudência ou imperícia do agente, ou seja, ocorrerá a responsabilização subjetiva.

Em que pese a culpa do médico pode se apresentar por três vias, conforme a tese de José Roberto de Castro Neves (2005), “a) violação dos deveres de humanismo, b) falha quanto as regras técnicas da medicina, e c) imprudência ou negligência banais”. Nos casos em que ocorre violência obstétrica pode incorrer das três formas de culpa como ocorre quando há humilhações, episiotomia (“pique”), manobra de Kristeller (pressão sobre a barriga da mulher para empurrar o bebê), negar a anestesia, proibir o acompanhante, cirurgia cesariana desnecessária e sem informar à mulher sobre seus riscos e outros.

Entretanto, se tratando de médico da rede pública de saúde há de se observar que, estes enquanto atuantes para pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos são considerados agentes públicos. Em conformidade com o artigo 327, §1º do Código Penal (1940):

Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública (Brasil, 1940).

Ainda acerca da noção de funcionário público, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no HC 97.710, diz que “passou-se a considerar funcionário público também o médico que trabalha num hospital prestador de serviços ao SUS”. Portanto, é necessário evidenciar-se o artigo 37, §6º da Constituição Federal, que diz:

Art. 37. A administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (Brasil, 1988).

Sendo assim, nos casos de violência obstétrica em regra, tem-se a responsabilização subjetiva do médico, contudo, nos casos em que o médico atue na rede pública de saúde ele é considerado agente público, logo, será o Estado o responsável por reparar os danos causados a vítima, fica-se, portanto, diante da responsabilização objetiva do Estado.

Consoante ao tema, em unanimidade de votos, foi provido o Recurso Extraordinário (RE) 1027633, que corresponde ao tema 940 de repercussão geral, no qual pode-se concluir que: “o agente público não responde diretamente perante a vítima: a pessoa prejudicada deve ajuizar ação contra ao qual o agente é vinculado. O ente público, por sua vez, poderá acionar o causador do dano para fins de ressarcimento (ação de regresso)”.

Conforme Ivana Rodrigues (2004), “Para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, portanto, revela-se indispensável que, além da existência do dano e da conduta da Administração, reste configurado o nexo de causalidade entre ambos”. Assim sendo, notabiliza-se a teoria do risco administrativo, que consoante a Jurisprudência no Acórdão 1154804 (2019):

Observando-se a teoria do risco administrativo, segundo a qual não se perquire a culpa, mas sim o nexo de causalidade entre o serviço público oferecido e o dano sofrido pelo administrado, devendo ser verificada a ocorrência dos seguintes elementos: i) o ato ilícito praticado pelo agente público; ii) o dano específico ao administrado; iii) o nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido.

Para reforçar tal entendimento, o Decreto nº 1.1973 (Brasil, 1996), diz em seu artigo 7 que é dever do Estado, “abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicas ajam de conformidade com essa obrigação”.

Sendo assim, além de zelar pelas conquistas obtidas através da luta feminina, o Estado deve combater efetivamente a discriminação e a violência contra a mulher, reparar os danos causados por seus agentes e responsabilizar os agressores, cumprindo o papel para o qual foi criado, ou seja, salvaguardar o povo brasileiro.

Outrossim, é dever do médico desenvolver uma boa relação médico-paciente, se atentar aos métodos mais seguros, atuais e eficazes para melhor atender a gestante, encarregar-se de seguir os princípios do Código de Ética Médica, informar a gestante sobre métodos, riscos e cuidados antes, durante e após o parto, exercer a profissão de maneira humana e lícita, desempenhar o papel de um bom profissional e assim sendo, não irá incorrer nos casos de agressões contra as mulheres

ACESSO À INFORMAÇÃO DA GESTANTE

Ainda acerca do tema do presente artigo, faz-se necessário discorrer sobre o artigo 5º, XXXIII da Constituição Federal (1988) este que exterioriza a relevância acerca do direito à informação, que pode ser usado tanto de maneira preventiva como pode auxiliar no combate as formas de violência contra a mulher, dispositivo que afirma:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (Brasil, 1988).

Segundo o Parecer do Conselho Federal de Medicina nº 2876/2022, “o tempo de 15 a 20 minutos por consulta e o atendimento de 12 a 16 consultas por quatro horas de trabalho parecem ser o consenso entre aqueles que labutam no serviço público de saúde”. Entretanto, de acordo com a Pesquisa Nacional de Saúde, 150 milhões de brasileiros dependem do SUS, ou seja, 70% da população brasileira. Inexiste no Brasil há possibilidade e viabilidade de serem realizadas apenas 16 consultas em quatro horas de trabalho no Sistema Único de Saúde, a realidade da rede pública é escabrosa, segundo dados do IPS (Sistema de Indicadores de Percepção Social), do Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), Fisc Saúde 2016, do TCU (Tribunal de Contas da União), o PNS (Pesquisa Nacional de Saúde) e ANS (Agência Nacional de Saúde), a quantidade de médicos não supre as necessidades da população, além da má distribuição dos profissionais nas cidades brasileiras, falta de leitos, filas intermináveis, falta de recursos para procedimentos básicos e para emergências, além da discriminação no atendimento, estão entre os maiores problemas da saúde brasileira.

Para que uma consulta completa no Sistema Único de Saúde alcance seu devido papel, há de ter tempo necessário para uma anamnese cabal, exame físico, fazer-se conhecido o histórico de doenças familiares, no caso da gestante, saber dos tipos de partos possíveis, tipos de anestésias, dos riscos, benefícios e alternativas de procedimentos necessários, do direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde (Lei nº 11.634/2007), acerca da disponibilidade do planejamento familiar (Lei nº 9.263/1996), o direito a acompanhante durante o trabalho de parto, o parto e pós-parto (Lei 11/108/2005), entre outros.

Conforme Jurisprudência no Acórdão REsp 1.848.862:

Esse dever de informação decorre não só do Código de Ética Médica – que estabelece, em seu artigo 22, ser vedado ao médico ‘deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte’ -, mas também das regras dispostas na legislação consumerista, destacando-se os artigos 6º, inciso III, e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

No mesmo sentido, a informação prestada ao paciente deve ser clara e precisa, evitando o chamado consentimento genérico (*blanket consent*), decorrente de comentários imprecisos ou formulados em termos excessivamente técnicos.

Segundo Bellizze (2022), “a medicina vem passando por uma significativa evolução, abandonando um modelo ‘sacerdotal’ – em que o doente não participava da discussão sobre o tratamento – e adotando o modelo de participação mútua”. Não estar a par das informações sobre o próprio parto e corpo possibilita a possível ocorrência de atos arbitrários contra a mulher, fere a autonomia corporal da mulher e seu direito de autodeterminação.

Faz-se necessário a regulamentação de políticas públicas que facilitem e possibilitem o maior alcance de informações sobre os direitos das gestantes, visto que, na rede pública de saúde dado ao número exorbitante de consultas e pacientes e os números insuficientes de profissionais para a demanda do Estado, existe a possibilidade de uma consulta de em média 8 a 10 minutos não ser suficiente para prevenir a mulher sobre possíveis hostilidades que podem acontecer antes, durante e após o parto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência obstétrica se tornou rotina nos hospitais do Brasil, casos em que os danos ultrapassam as barreiras psicológicas, chegando a agressões físicas, ataques que ferem a dignidade humana, e vão contra o que é assegurado para mulheres, em especial as gestantes no país.

O Estado fica inerte quanto a especificidade para garantir a proteção das mulheres em seu momento de maior sensibilidade, deixando as vítimas apenas com o instituto da responsabilidade civil para sustentar a responsabilização buscando reparação de tal abuso.

O acesso à informação na relação médico-paciente juntamente com políticas públicas de saúde, previsão legal em legislação federal específica acerca da violência obstétrica e a responsabilização efetiva dos médicos são cruciais na prevenção e combate a esse mal que assola milhões de mulheres no Brasil.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 de abril de 2023.
- BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1 de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Disponível em: <https://www.naosecale.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/03/D1973.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2023.
- BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 28 de abril de 2023.
- BRASIL. **Decreto nº 31.643, de 23 de outubro de 1952**. Promulga a Convenção Interamericana sobre a concessão dos direitos civis da mulher. Disponível em: <https://www.naosecale.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/03/DECRETO-No-31.643-DE-23-DE-OUTUBRO-DE-1952.pdf>. Acesso em: 24 de abril de 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão 1154804**, 00040136020168070018, Relator: Sandoval Oliveira, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 27/02/2019, publicado no PJe: 10/03/2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/saude-e-justica/saude-publica/responsabilidade-civil-do-estado-2013-erro-medico#:~:text=No%20caso%20de%20suposto%20erro,negligente%20ou%20imperita%20do%20profissional.%E2%80%9D>. Acesso em: 19 de maio de 2023.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto inclui violência obstétrica na Lei Maria da Penha**. Câmara Legislativa. 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/940040-projeto-inclui-violencia-obstetrica-na-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 01 de maio de 2023.

BRASIL. Ministério das relações exteriores. **O Brasil e a ONU**. Governo Federal, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/delbrasonu/a-missao-do-brasil/a-missao-do-brasil>. Acesso em: 17 de abril de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Danos causados a terceiros por agente público no exercício da função são de responsabilidade do Estado**. Portal Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=420242>. Acesso em: 19 de maio de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Médico que trabalha no SUS é funcionário público**. Revista Consultor Jurídico, 3 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-fev-03/medico-trabalha-sus-funcionario-publico-responde-concussao>. Acesso em: 19 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Para Terceira Turma, indenização por falha de informação ao paciente não pode ignorar realidade da época dos fatos**. REsp 1.848.862. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/25042022-Para-Terceira-Turma--indenizacao-por-falha-de-informacao-ao-paciente-nao-pode-ignorar-realidade-da-epoca-dos-fatos.aspx>. Acesso em: 21 de maio de 2023.

CASTRO, J. M. de. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Método, 2005.

CECCATTO, M. C. M. S.; STOCCO, T. N. **Responsabilidade civil do médico e a relação médico/paciente**. Revista Jurídica Claretiano, volume IX, p. 25 a 53, 2014. Disponível em: <https://claretiano.edu.br/revista/juridica/605b7b05411a529388ea426b>. Acesso em: 19 de maio de 2023.

PARANÁ. Conselho regional de medicina do Estado do Paraná. **Parecer nº 2876/2022**. Curitiba, 07 de março de 2022. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/PR/2022/2876_2022.pdf. Acesso em: 01 de maio de 2023.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FEMAMA. **Os 10 grandes problemas da saúde brasileira**. Federação Brasileira de Instituições Filantrópicas de Apoio à Saúde da Mama. 2018. Disponível em: https://femama.org.br/site/noticias-recentes/os-10-grandes-problemas-da-saude-brasileira/?gclid=CjwKCAjwgqejBhBAEiwAuWHioH-Bj-MYtM2JmRkVzImbWOKnCc088ZQAbeIrUcRuuj9klPhagCZLMRoCjvMQAvD_BwE. Acesso em: 21 de maio de 2023.

GOLDENBERG, Felipe. **Declaração dos Direitos Humanos completa 68 anos**. Verbo Jurídico, 2016. Disponível em: <https://blog.verbojuridico.com.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-completa-68-anos/>. Acesso em: 17 de abril de 2023.

LANSKY, Sônia. **Violência obstétrica: influência da Exposição Sentidos do Nascer na vivência das gestantes**. Scielo, Ciência e Saúde Coletiva, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232018248.30102017>. Acesso em: 29 de abril de 2023.

MONTEBELLO, Marianna. **A Proteção Internacional aos Direitos da Mulher**. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v.3, n.11, 2000.

NACIONES UNIDAS. **Años preparatorios: Historia de la Carta de la ONU**. Naciones Unidas. Disponível em: <https://www.un.org/es/about-us/history-of-the-un/preparatory-years>. Acesso em: 24 de abril de 2023.

OMS. Organização Mundial de Saúde. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde**. 2014. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf. Acesso em: 28 de abril de 2023.

PEREIRA, P. M. F. de L.; SILVA, G. N. da. **A informação como forma de combate à violência obstétrica na relação médico-paciente e os impactos na seara da responsabilidade civil**. Violência Obstétrica em Debate: diálogos interdisciplinares. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RODRIGUES, Ivana Bonesi. **Estado tem obrigação de indenizar sempre que é omissor**. Revista Consultor Jurídico, 21 de janeiro de 2004. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-jan-21/estado_obrigacao_indenizar_sempre_omisso#:~:text=A%20teoria%20da%20%22faute%20du,se%20indagar%20a%20culpa%20estatal.. Acesso em: 19 de maio de 2023.

SECRETÁRIA de Saúde do Mato Grosso do Sul. **Livreto sobre violência obstétrica**. 2021. Disponível em: https://www.as.saude.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/06/livreto_violencia_obstetrica-2-1.pdf. Acesso em: 28 de abril de 2023.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 11 ed. Rio de Janeiro: 2021.

A retificação de registro civil, no processo civil

Ana Paula Moreira da Silva Tavares

Advogada, formada em Direito pela Faculdade Integrada de Ensino Superior de Colinas, Estado do Tocantins, pós graduada em Direito Administrativo e em Direito Previdenciário

RESUMO

O presente trabalho busca apresentar outro aspecto sobre a retificação de registro civil, enquanto procedimento possível para correção de nome registrado de forma equivocada, no assento de nascimento, casamento, óbito ou proveniente do direito à personalidade, dentro do escopo da dignidade e integridade, da pessoa civilmente capaz. Seus principais conceitos e seu uso foram ilustrados de forma didática, para entender a importância deste instituto, garantindo a aplicação especialmente no direito civil. Foi trazido, portanto, exemplo de atuação administrativa e judicial, para melhor apresentar a aplicabilidade prática do instituto. A pesquisa é bibliográfica exploratória. Sua importância está vinculada com seu uso adequado, para garantir o direito à personalidade, preconizado no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: registro civil; direito à personalidade; princípios constitucionais; direito civil.

ABSTRACT

The present work seeks to address another aspect about the rectification of civil registration, possible legal procedure for correcting a name, incorrect registry, in the birth certificate, marriage, death or arising from the right to personality, of within scope of dignity and integrity, the civil capable person. The work illustrated didactic concepts mainly, to understand the importance there institute, before ensuring application especially and civil law. An example of administrative and judicial action was brought, to better present the practical applicability of the institute. The research is exploratory bibliographic. Its importance is linked to appropriate use, to guarantee the right to personality, advocated in the Democratic State of Law.

Keywords: civil registration; right to personality; constitutional principles; civil right.

INTRODUÇÃO

O direito à personalidade está consagrado em muitas sociedades no cotidiano. A ideia surgiu em Roma, indicando que a proteção jurídica era dada à cidadão (Amaral, 2002). Um exemplo dessa situação, trazido por Amaral (2002), é o *actio iniuriarum* conceito registrado em Roma, que visava a proteção jurídica da pessoa, quanto aos aspectos fundamentais

Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas - Vol. 10

DOI: 10.47573/aya.5379.2.275.7



da personalidade, sejam contra aqueles delitos de injúria, agressão física, difamação ou a própria violação de domicílio.

Segundo Rodrigues Junior (2013, 10) *apud* Otto Von Gierke (1889), indica o título de pai do direito da personalidade, visto seus trabalhos sobre o tema em diversas obras. O fato de ter sido amplamente divulgado, lhe concedeu o título, mesmo entendendo a apresentação da expressão ainda na Roma antiga.

Já Capelo de Souza (1995, p. 47) trouxe que o homem possui sua origem e finalidade, da lei e do direito, passando a ser entendido como detentor de novo sentido, ou seja, a personalidade e a capacidade jurídica é de todo e de cada homem (ser humano), inerente, portanto dos direitos da personalidade.

Szaniawski, (1993, p. 22) trouxe elementos germinativos, quanto ao conceito de direito subjetivo, direitos humanos, elencando a dignidade e a valorização da pessoa humana.

Em seguida, no período do Iluminismo, conceito como *ius in se ipsum*, consagrando a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana, as colônias Inglesas e Francesas, trouxeram avanço significativo quanto ao tema, respectivamente em 1776 e 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e a Revolução Francesa, quando fundidas ao período da segunda guerra mundial, segundo Bobbio (2004), culminaram na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, durante a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), "...somente depois da 2ª Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo - pela primeira vez na história – todos os povos" (Bobbio, 2004, p. 49).

O conceito quanto ao Direito de Personalidade, não é unívoco. Em termos do senso comum, pode se afirmar, que personalidade é o modo de ser de cada pessoa. No entanto, para a filosofia, a personalidade é condição de expressão do ser, de cada pessoa, com manifestação de características físicas, intelectuais, temperamento, bem como a organização ambiental, para adaptação da espécie (Abbagnano, 2000, p. 758).

Outra perspectiva quanto ao assunto, é trazida pela psicologia. De acordo com Doron e Parot (1998), a personalidade é a unidade estável e individualizada de conjuntos de condutas.

Já para o direito, no sentido jurídico, está vinculada segundo a história, com a ideia de pessoa, ou *persona*, que possui o significado de máscara, usada comumente pelos atores romanos (Chaves, 1982).

No Brasil, segundo a Lei Federal nº 10.406/2002, é a aptidão/condição/potencial de todo o ser humano, contrair direitos e obrigações durante a vida, iniciando do nascituro (art. 1º e 2º). Sua extensão pode ser póstuma, alcançada por terceiros, como preconiza os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 da referida lei.

O escopo de maior relevância deste breve trabalho acadêmico, não está no histórico de sua evolução. Na verdade, objetiva demonstrar a aplicação prática do direito de personalidade, especificamente a retificação de registro civil administrativamente e/ou judicial, visto o princípio constitucional já estabelecido, e o direito legalmente instituído.

Não seria possível aplicá-lo, no caso de não entender seu nascimento, sua origem e seu desenvolvimento milenar, portanto, devendo ser garantido, buscado e defendido, por todo e qualquer cidadão da república brasileira.

Este estudo se justifica, por causa da morosidade e desconhecimento de diversas entidades privadas, cujo poder público delega, enquanto tabelião ou notário, termos do art. 236 da Constituição Federal.

Outro ponto que deve ser observado, é a recepção da Carta Magna, da Lei Federal nº 6.015/1973, que trata sobre registros públicos. Nela, já era previsto o direito de requerer e modificar o prenome e o sobrenome.

Por fim, está presente, argumentos e exemplos já colacionados pelo advento da Lei Federal nº 14.382/2022, que dispõe do Sistema Eletrônico dos Registros Públicos, responsável pela criação e organização do SERP, bem como da modernização e simplificação dos procedimentos relativos aos registros públicos de atos e negócios jurídicos.

O direito de personalidade, enquanto princípio constitucional

A Constituição da República Federativa do Brasil, do ano de 1988, possui previsão quanto ao direito à personalidade em seu inciso III do art. 1º, senão vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:**

(...)

III - a **dignidade da pessoa humana** (Brasil, 1988, Grifo nosso).

O princípio da dignidade humana, decorre do valor intrínseco, existente em cada indivíduo. Está estabelecido que todas as pessoas devem ser tratadas com respeito, igualdade e liberdade, devendo ainda ter seus direitos protegidos, na busca pela sociedade justa e inclusiva, independente de quaisquer das características pessoais de cada pessoa, pensamento extraído do Excelentíssimo Ministro da Suprema Corte, Alexandre de Moraes (2017, p 21), vejamos:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.

Dar-se-á importância à dignidade da pessoa humana, por diversos atributos, inalienáveis, tradicionalmente expressos em doutrinas que, apresenta como fundamento da existência, garantias humanas ou até diretrizes, quer sejam da justiça social, quer sejam da interpretação jurídica.

O que está delimitado pelo Ministro do STF supracitado, é um pensamento de autodeterminação, consciente, pois, todas as leis, regulamentos e estatutos devem garantir os direitos (para assegurar a dignidade da pessoa humana). Contudo, assevera que podem ser prontamente estabelecidas as limitações dos exercícios dos direitos fundamentais,

sempre que surgir a excepcionalidade.

O fundamento dos direitos humanos, no que tange a garantia da dignidade humana, sustenta a ideia de que todos possuem o direito ao tratamento respeitoso e justo, independentemente de sua: raça, religião, gênero, idade, nacionalidade ou de qualquer outra característica (Moraes, 2017).

Outrossim, a garantia de respeito e igualdade, busca resguardar a todas as pessoas, o tratamento balizado com igualdade e respeito, proibindo tratamentos desumanos e/ou degradantes. Leciona Piovesan (2018) que para coibir aspectos desumanos/degradantes, devem ser promovidos a proteção da integridade física e moral do indivíduo, ou seja, a própria dignidade humana.

Aprópria Carta da ONU (Organização das Nações Unidas) em seu art. 55, estabelece a necessidade da garantia desse princípio, vejamos:

Art. 55 - Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (ONU, 1945).

A história ensinou a melhor organizar as necessidades da sociedade de maneira em geral, seja em nível global, como na Carta supracitada, seja no nível local nos países. O Código Civil Italiano em 1942, já determinava a sistemática dos direitos da personalidade (De Cupis, 1961), tutela do nome, tutela quanto a necessidade de cessar perturbações, ao mesmo tempo que buscou-se ressarcir o prejuízo experienciado pela vítima (Rodrigues, 2002, p. 63), interagindo conforme as necessidades de cada grupo social, ou indivíduo.

Cortiano Junior (2000, p. 49) sugere que as liberdades públicas, especialmente aquelas do direito subjetivo, devem possuir análise em paralelo. Isto posto, uma concepção moderna se faz necessária para reencontrar os caminhos adotados pela ONU em 1945.

Ainda segundo o autor, a concepção de direito, deve se comprometer com a sociedade, com a valorização dos aspectos existenciais do homem, por fim e não menos importante, buscar proteger a vida privada do ser humano, afastar intrusões e prejuízos à intimidade. Avança no conceito e leciona que, as noções de direito subjetivo e liberdade pública, deve visar a ampla proteção à pessoa humana, acompanhe com suas palavras:

a) garante os direitos da personalidade como categoria anterior e superior ao Estado, e portanto inatacável por este; b) assegura sua proteção no mais alto nível legislativo, a Constituição; c) permite entender a ordem jurídica como unitária, e assim, aplicá-la; d) sustenta a proteção individualizada (tipificada) dos direitos da personalidade em compasso com o reconhecimento de um direito geral da personalidade (Junior, 2000).

Garante ainda, o autor, que há uma tendência mundial de reconhecimento do direito geral de personalidade. Nesse sentido, impõe uma significativa falência do sistema positivista, e com isso, deveria dirimir também, as infinitas possibilidades de ofensas à personalidade humana (Cortiano Júnior, 1998, p. 47).

A Carta Magna brasileira, estabelece ainda, que nenhuma lei poderá efetivar discriminação de qualquer tipo - *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988. O texto, bem elaborado, deixa o assunto resolvido e conclusivo, sem abertura de brecha, senão vejamos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (Brasil, 1988).

A inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, introduz o tipo de sociedade que foi aprovada pela Assembleia Constituinte em 1988. Uma sociedade, democrática, livre, soberana que promove a vida e a liberdade. São pensamentos que impõe a garantia ao direito à personalidade, visto que todos os aspectos (ou as garantias) estão vinculados ao indivíduo, como visto anteriormente.

Quanto ao registro civil, se não bastasse a expressa liberdade, tem-se ainda no inciso X do art. 5º da CF/1988, a garantia inviolável da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Isso significa dizer que tudo que possa de alguma forma, prejudicar, ou limitar ou criar dano, à personalidade de uma pessoa, poderá ser objeto de indenização, devendo ser garantido pelo Estado Brasileiro, incluindo assim, o direito ao nome. O direito à personalidade é maior do que poder escolher, mas é o primeiro bem da pessoa, que determinará outros bens.

Corroborando com esse fundamento, Goffredo Telles Júnior (2002, p. 154 *apud* Diniz, 2003, p. 119), observe:

A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. *A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.*(Grifo nosso)

Em outras palavras, o ser humano é o principal sujeito das relações jurídicas. De Cupis (1956) acredita ainda que, o além de sujeito principal é concomitantemente destinatário dessas relações. Conclui que, o ser humano é o titular da capacidade jurídica, e possui a qualificação potencial de agir, assim, a personalidade jurídica é a veste formal da substância humana.

Não obstante, por este motivo, os direitos humanos - especialmente à personalidade - possuem/e pressuposto essencial e funcional, para a garantia de sua existência com dignidade, tais direitos não podem ser objeto de desfazimento ou limitação, conquanto apenas impõe a obrigação de ressarcir, quando não forem assegurados ou quando forem tolhidos tais direitos, inerentes à existência humana.

Destarte, a garantia constitucional à dignidade humana, está intrinsecamente relacionada ao direito à personalidade, que por sua vez abarca todos os aspectos sociais, históricos, culturais e dinâmicos da própria existência humana, não podendo ser objeto de afastamento, nem por vontade do detentor, devendo ser garantido, pelo Estado Democrático de Direito, neste caso, o Estado Brasileiro.

O direito ao nome civil enquanto direito de personalidade

Apesar da Constituição Federal, garantir a apreciação do Poder Judiciário, às lesões ou ameaças à direitos, sem a necessidade de buscar amparo na esfera administrativa de forma anterior, conforme preconiza o art. 5º, inciso XXXV, é de bom tom, buscar a modificação do registro civil, inicialmente por meio do cartório.

A Lei Federal nº 6.015/1973, garante aos Cartórios, em diversas hipóteses, a modificação do nome de pessoa física. É importante frisar que o nome de uma pessoa no Brasil, é constituído de prenome e sobrenome, ao contrário do que se observa o senso comum que indica nome e sobrenome art. 16, da Lei Federal nº 10.406/2002: “*art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome*” (Brasil, 2002).

Como já apresentado neste, a dignidade da pessoa humana, bem como o direito à personalidade, são inerentes à própria existência. Visto que as leis, por meio da Constituição Federal, devem ser interpretadas de forma ampla, sempre que for verificado o risco a lesão às garantias dos Direitos Humanos, é possível afirmar que, a Lei Federal nº 6.015/1973, ao possibilitar a modificação do nome, não deve ser visto de forma limitada, mas ser utilizada *lato sensu*, com vistas ao pleno gozo dos direitos assegurados na referida Carta Magna.

Ainda que pudesse ser diverso o entendimento, está estampado no art. 29, §1º, alínea “f” da Lei Federal nº 6.015/1973, vejamos:

Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais:

(...)

§ 1º Serão averbados:

(...)

f) as alterações ou abreviaturas de nomes. (art. 29, §1º, alínea “f” da Lei Federal nº 6.015/1973).

Partindo do pressuposto, que o nome é a fusão do prenome e do sobrenome, não resta dúvida quanto à possibilidade de modificação do nome, sem qualquer exigência que pudesse dirimir, mitigar o direito.

Fachin (2009, p. 34) determina que “*dignitas humana*” é inerente à pessoa humana, enquanto espécie, portanto, existe “*in actu*”, sempre que existir o ser humano, sem a necessidade de exigência de outro fator, a não ser a própria existência do próprio ser humano.

Da mesma forma, Immanuel Kant, no século XVII, *apud* Barroso (2014), já havia determinado que cada ser humano é um fim em si mesmo, ou seja, possui valor próprio, e deve ser fundamento indiscutível do Estado. Seu pensamento era voltado à separação entre dois temas: o primeiro afirma que tudo tem um preço, e desta forma, aquilo que tivesse preço poderia ser repostado, ou devolvido, mas aquilo que não tivesse como mensurar era parte da dignidade humana, logo não há preço, não podendo ser devolvida à pessoa que teve sua dignidade rompida.

Para além da possibilidade de mensurar, ou na tentativa de definir onde começa

e finaliza cada ponto da dignidade humana, Immanuel Kant, buscou definir da seguinte maneira:

A vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. E uma tal faculdade só se pode encontrar em seres racionais. Ora aquilo que serve à vontade de princípio objetivo da sua autodeterminação é o fim (Zweck), e este, se é dado pela só razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais. O que pelo contrário contém apenas o princípio da possibilidade da ação, cujo efeito é um fim, chama-se meio (Kant, 1785).

O conceito de Kant (1785) quanto a dignidade humana, está pautada na racionalidade. Ele dita que o ser humano, em outras palavras, deve sempre ser considerado um fim em si mesmo, regido pela autonomia da vontade, tendo em vista não ser utilitário. Para concluir, determina que o reino dos fins, tudo tem um preço, exceto a dignidade, quando uma coisa está acima de todo o preço, não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Afirma Fábio Konder Comparato (2005) que o caráter único e insubstituível de cada ser humano, logo ele é portador de seu valor próprio, isso, resulta ainda em singularidade do indivíduo. Neste ponto, se verdade for, o valor próprio e o caráter único, são suficientes para determinar o nome da pessoa, visto a singularidade de cada indivíduo.

Todas essas questões, somadas à evolução da própria sociedade brasileira, culminaram em uma alteração na inteligência legal, que determinou maior eficácia, tanto aos pedidos de modificações quanto aos registros.

No art. 56, da Lei Federal nº 14.382/2022, está incluído dispositivo que autoriza os cartórios a alteração do prenome, de forma extrajudicial, pelo menos uma vez, sem qualquer motivação, a não ser a própria manifestação do desejo.

Art. 56. A pessoa registrada poderá, após ter atingido a maioridade civil, requerer pessoalmente e imotivadamente a alteração de seu prenome, independentemente de decisão judicial, e a alteração será averbada e publicada em meio eletrônico (Brasil, 2022).

Portanto, a constituição, as Leis Federais e a evolução histórica do direito brasileiro, possibilitaram avanços significativos quanto ao direito à personalidade, no que tange a garantia ao nome de todo e cada um dos brasileiros.

Ação de retificação de registro civil

A Ação de Retificação de registro civil é um procedimento simples que visa garantir o direito à modificação de registro civil. O procedimento administrativo é proveniente de requerimento administrativo encaminhado para cartório, conforme modelo de cada estabelecimento, podendo ainda ser pleiteado por petição administrativa elaborada por advogado(a).

Neste caso, pode ser acompanhado ou não de documentos, sem a necessidade de determinar a motivação. Igualmente, não pode ser objeto de avaliação do oficial do cartório, qualquer julgamento quanto à adequação do prenome escolhido pelo registrado adulto (Brasil, 2022).

Da mesma forma que o requerimento administrativo é simplificado, a Ação de

Retificação de registro civil na esfera judicial, também é um procedimento simplificado, sem forma pré definida.

Por meio dessa ação, as pessoas, assistidas por advogados(as) podem ingressar com essa ação, com vistas a requerer alteração ou a correção de algum dado ou nome constante no assento de nascimento, casamento ou óbito Brasil (1973/2022).

Os fundamentos para exigir tais modificações, podem ser: Lei de Registros Públicos (Lei Federal nº 6.015/73), art. 109 e 110; art. 719 da Lei Federal nº 13.105/2015; e com a Constituição Federal, arts. 1º inciso III e 5º inciso X).

Igualmente pode ser utilizado como argumento jurídico, além dos já citados, os previstos nas diversas leis federais que falam sobre o direito a dignidade da pessoa humana, os pactos relacionados aos direitos humanos, bem como as Leis Federais nºs: 6.015/73, 10.406/2002 e 14.382/2022.

As referidas leis, possuem temas comuns a serem utilizados em todos os casos, e temas especiais para uso exclusivo, tais como: casamento, divórcio, viuvez, modificação de nome injustificada (art. 56 da Lei nº 14.382/2022), morte ou até inclusão de sobrenomes de ascendentes.

A verificação, para correção de todas as informações que possam estar ou tornar-se divergentes são de extrema importância, visto o risco de identificação errônea, podendo criar prejuízos aos parentes e aos atos futuros das próprias pessoas, exemplo aposentadoria.

Tão importantes, que de acordo com a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), considera que o nome da família, nome de terceiros, pais, mães e irmãos podem ser utilizados para comprovar as exigências previstas no § 3º do art. 55 da Lei Federal nº 8.213/1991, vejamos:

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

(...)

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os fins desta Lei, inclusive mediante justificativa administrativa ou judicial, observado o disposto no art. 108 desta Lei, só produzirá efeito quando for baseada em início de prova material contemporânea dos fatos, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, na forma prevista no regulamento (Brasil, 1991).

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, considera algo tão relevante, que editou a Súmula do TNU nº 6, vejamos: “A certidão de casamento ou outro documento idôneo que evidencie a condição de trabalhador rural do cônjuge constitui início razoável de prova material da atividade rurícola” (Súmula do TNU nº 6/2003).

Além do já citado, deve ser acompanhado de procuração *ad judícia*, o tempo de espera estimado no Brasil é de 03 meses, podendo chegar a 01 (um) ano, dependendo de cada Estado, bem como da complexidade do caso.

Existem ainda custos com: honorários advocatícios, taxas, emissão de certidões,

apostilamentos, custas com cartório, custas processuais e eventuais custas com certidões negativas de tribunais e cartórios.

Por fim, após o julgamento, a sentença irá determinar pela averbação, retificação, conforme o caso concreto, podendo ser desde alterações, até retificações e retorno ao nome anteriormente registrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme propositura presente no introito deste, restou apresentados à forma, o conteúdo, o substrato e os fundamentos do procedimento simplificado e administrativo no que tange ao requerimento de retificação de registro civil, com base na evolução histórica dos conceitos de direitos de personalidade.

Para tanto, foram discutidos entre autores de diversas épocas e sociedades, suas inferências quanto à personalidade, capacidade jurídica, dignidade e valorização da pessoa humana. Foi determinado que apesar de tudo ter um valor determinado, aquilo que não tinha valor, deveria ser parte da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, ficou estabelecido que não há determinação final quanto ao direito de personalidade, apenas que é algo que faz parte da existência humana, sendo parte indissociável da sua própria existência.

Por fim, o trabalho conseguiu apresentar argumentos provenientes da doutrina, que corroboram com a garantia da modificação do nome, enquanto resultado de Direitos Humanos, em muitos países, principalmente aqueles integrantes da ONU, bem como no Brasil, de forma sólida visto que possui de forma expressa na sua Carta Magna e em pelo menos três Leis Federais que datam desde a década de 1970 até os dias atuais. Sua evolução histórica, garantiu nos últimos cinquenta anos, a transcrição do direito, ao advento da mudança de nome (prenome e sobrenome), inclusive de forma injustificada, sem que haja necessidade de aprovação de oficiais de cartório, quando for o caso de pessoas totalmente capazes, tornando-se a Lei Federal, eficaz na garantia dos direitos humanos, principalmente direitos de personalidade, cujo apresenta-se de forma estratificada neste trabalho.

REFERÊNCIAS

ABAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, 4^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 758.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 4.a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**.

Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11/10/2023.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.406/2002, de 31 de dezembro de 1973. Institui o Código Civil.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 01/01/2024.

_____. **Lei Federal nº 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07/12/2023.

_____. **Lei Federal nº 14.382/2022, de 27 de junho de 2022. Dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp); altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 13.097, de 19 de janeiro de 2015, e 13.465, de 11 de julho de 2017; e revoga a Lei nº 9.042, de 9 de maio de 1995, e dispositivos das Leis nºs 4.864, de 29 de novembro de 1965, 8.212, de 24 de julho de 1991, 12.441, de 11 de julho de 2011, 12.810, de 15 de maio de 2013, e 14.195, de 26 de agosto de 2021.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14382.htm. Acesso em: 01/01/2024.

_____. **Lei Federal nº 6.015/1973, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 01/01/2024.

_____. **Lei Federal nº 8.213/1991, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213compilado.htm. Acesso em: 01/01/2024.

BRASIL. TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. **Súmula 6.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2003. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=6>. Acesso em: 07/01/2024.

CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil: parte geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, Tomo 1, p. 305.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 4. Ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da Personalidade.** In: FACHIN, Edson Luiz (coord.). **Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Fala na “crise ético-existencial” que toma conta da sociedade em face do desenvolvimento tecnológico, notadamente no campo das manipulações genéticas.** In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 49. 27 Ibid., p. 50.

DE CUPIS, Adriano. **La persona umana nel diritto privato,** Il Foro Italiano, Vol. 79, Parte Quarta, Monografie e Varieta', 1956, pp. 77/78 - 85/86.

_____. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil**. 20.^a ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

DORON, Roland e PAROT, Françoise. **Dicionário de Psicologia**. Trad. Odilon Soares Leme. São Paulo: Editora Ática, 1998, p. 585.

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 1785. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33^a ed. São Paulo. Atlas, 2017, p. 1.008.

ONU. Carta das Nações Unidas. **Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional**, 26/06/1945. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/carta-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 06/01/2024.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18^a ed. São Paulo. Saraiva, 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX**. Revista dos Tribunais, v. 102, n. 938, p. 79-155, 2013. Tradução. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002515417>. Acesso em: 06/01/2024.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/34.pdf>. Acesso em: 24/11/2023.

Admissibilidade do litisconsórcio sucessivo no código de processo civil de 2015

Thiago de Freitas Ferreira

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Processual Civil pela Escola da Magistratura do Espírito Santo (EMES). Aluno Regular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDir/UFES). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES).

RESUMO

A presente pesquisa teve por objeto de análise o instituto do litisconsórcio sucessivo, à luz do paradigma da flexibilização procedimental, sobretudo, após o advento do Código de Processo Civil de 2015, a fim de responder à indagação sobre sua admissibilidade ou não dentro do ordenamento processual civil pátrio, enquanto técnica de flexibilização procedimental. Com relação à metodologia adotada, o trabalho é classificado como Estudo de Caso, tendo como meio de pesquisa a revisão bibliográfica, com ênfase na análise qualitativa e comparativa dos dados extraídos da legislação, doutrina e jurisprudência especializadas. Dentre os resultados obtidos com a pesquisa, está a conclusão no sentido da validação da hipótese (objetivo primário), o que concorre para o enfrentamento dos novos desafios representados pelos conflitos da modernidade.

Palavras-chave: procedimento; flexibilização procedimental; litisconsórcio sucessivo.

INTRODUÇÃO

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a academia passou a refletir sobre o tema da participação no processo civil, questionando os dogmas da estaticidade e da linearidade que caracterizavam a codificação passada¹, sobretudo, em decorrência do rompimento do novo Código com o paradigma da rigidez e inflexibilidade que caracterizavam o procedimento padrão (standard) anterior².

Aliás, outra tendência observada para esta nova codificação diz respeito à opção por focar no desenvolvimento de novas técnicas especiais, em detrimento da proliferação de incontáveis procedimentos especiais, de modo que a doutrina cunhou denominar este mote de “especialização do procedimento ordinário”.

¹ TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. – 2ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

² DIDIER JR. Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2021;



Noutra vertentes, apenas em tempos mais recentes, a doutrina processual civil brasileira começou a debruçar-se a respeito do tema da admissibilidade de algumas modalidades atípicas de litisconsórcio, tais como o litisconsórcio alternativo, o eventual, o ulterior, o sucessivo etc³.

Neste sentido, pensamos ser justificado o interesse de estudo acerca da aplicabilidade do instituto do litisconsórcio sucessivo no direito processual civil pátrio, sobretudo após o advento do Código de Processo Civil de 2015, com vistas ao enfrentamento dos novos desafios representados pelos conflitos da modernidade, os quais decorrem da complexidade social e sua constante evolução⁴.

Isto porque, ao determinar a validade ou não da hipótese quanto à admissibilidade do instituto do litisconsórcio sucessivo dentro do ordenamento processual civil brasileiro, pensamos colaborar para a ampliação da potencialidade do processo, para a tutela jurisdicional mais rápida, econômica e harmoniosa através de cúmulo dessa espécie.

Para o propósito do presente estudo, restou definido como problema de pesquisa a ser investigado, então, a seguinte indagação: “o instituto do litisconsórcio sucessivo é admissível dentro do ordenamento processual civil brasileiro, enquanto técnica de flexibilização procedimental do rito comum?”

Por referencial teórico, a presente pesquisa adotou o marco teórico da Flexibilização Procedimental, cujo escólio de Gajardoni & Zufelato⁵ define-a como sendo:

(...) o conjunto de modulações comportada pela estrutura do procedimento comum previsto no Código de Processo Civil de 2015, a partir da inserção de técnicas procedimentais diferenciadas, próprias dos ritos especiais, as quais, em linhas gerais, orientam a tramitação judicial de certas pretensões que não encontrariam tratamento condizente dentro dos parâmetros do procedimento comum, estabelecido como o padrão.

Valendo-nos, portanto, do método de pesquisa denominado “*Estudo de Caso*”⁶, ao longo da investigação, buscamos identificar, a partir das técnicas de revisão bibliográfica, além de análise qualitativa e comparativa dos dados extraídos da legislação, doutrina e jurisprudência especializadas, as principais correntes que se formaram acerca do referencial teórico; assim como, na sequência, as principais dificuldades, assim como as principais vantagens na sua admissibilidade dentro do ordenamento processual civil pátrio.

Nesta senda, a partir do cotejo analítico entre os dados anteriormente colhidos para o caso estudado, buscamos estabelecer, quando possível, os pontos de convergência/divergência⁷ entre o referencial teórico adotado e o objeto de estudo analisado (*objetivo principal*), de modo que possamos concluir, ao fim, pela validade ou não da hipótese de pesquisa acima delineada.

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. – 9ª ed., rev., atual. – São Paulo: Malheiros, 2021.

4 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma ova teoria geral do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018.

5 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ZUFELATO, Camilo. *Flexibilização e Combinação de Procedimentos no Sistema Processual Civil Brasileiro*. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3, 2020;

6 Segundo Mirian Goldenberg, o “*Estudo de Caso*” consiste em método de pesquisa que “reúne o maior número de informações detalhadas, por meio de diferentes técnicas de pesquisa, com o objetivo de apreender a totalidade de uma situação e descrever a complexidade de um caso concreto.” (In: *A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em Ciências Sociais*. – 15ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2018, pág. 35-37).

7 “De um lado, a dogmática dá à prática critérios de decisão, que esta não raro apanha, por vezes modifica, por vezes compreende mal.” CANARIS, C.W. apud AUBERT, E.H.. *Ensaio sobre a dogmática jurídica*. – São Paulo: Almedina, 2022, pág. 34.

PROCESSO E PROCEDIMENTO

Preliminarmente, a bem da precisão terminológica, convém estabelecer a distinção entre os conceitos de Processo e Procedimento.

Segundo o ensinamento de Heitor Sica⁸, modernamente, uma vez acionado o Estado-Juiz, instaura-se o “processo”, assim entendido como uma relação jurídica de caráter público, desenvolvida sob o signo do contraditório, autônoma com respeito à relação jurídica de direito material existente entre os litigantes, e cujo objetivo é a pacificação do litígio, a aplicação do direito objetivo e a afirmação do poder soberano estatal.

Ainda segundo o autor, por seu turno, uma vez instaurada a relação jurídica pública, ela desenvolver-se-á consoante um “procedimento”, assim entendido como o conjunto complexo de atos encadeados em sequência lógica, pelo qual se exterioriza o processo e se documenta por meio de “autos” em meio físico e (ou) eletrônico/digital.

Acerca da principiologia que conforma o instituto do “procedimento”, bem como seus critérios, Gajardoni & Zufelato⁹ destacam a incidência de dois vetores, o primeiro sendo o denominado “Princípio da Adequação”, o qual designa aquela imposição sistêmica dirigida ao legislador, para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material; e o segundo sendo o “Princípio da Adaptabilidade”, também denominado de “Princípio da Flexibilização” ou “da Elasticidade Processual, o qual designa a imposição sistêmica dirigida ao juiz para atuar a flexibilização do procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa.

Não obstante, a incidência de tais princípios não opera de maneira aleatória, de modo que Galeno Lacerda¹⁰ identificou que o critério fundamental para que o processo, enquanto instrumento, possa atingir e realizar seu objetivo há de ser, portanto, a “adequação”, a qual, por sua vez, se apresenta sob tríplice aspecto, a saber, os aspetos subjetivo, objetivo e teleológico. Para o mencionado autor, então, cumpre que o instrumento se adapte ao sujeito que o maneja, que a adaptação se faça ao objeto, e que considere o fim, tudo de modo simultâneo, para que o processo alcance o máximo de eficiência.

Na sequência, tratando acerca dos diferentes Sistemas Procedimentais conhecidos, vale a pena mencionar a classificação adotado por Fernando Gajardoni¹¹. Segundo o referido autor, conforme o critério da rigidez, os diferentes modelos de procedimentos filiam-se ora ao Sistema da Legalidade das Formas, ora ao Sistema da Liberdade das Formas.

No Sistema da Legalidade das Formas, o lugar em que cada ato processual tem cabimento se encontra rigidamente pré-estabelecido em lei, podendo o desrespeito à norma legal implicar invalidade do próprio ato processual, do seu conjunto (do procedimento todo), ou do resultado do processo (sentença). Os méritos do referido sistema residem na previsibilidade e na segurança jurídica que oferecem aos participantes do processo.

⁸ SICA, Heitor Vítor. “Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais”.

⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ZUFELATO, Camilo. Flexibilização e Combinação de Procedimentos no Sistema Processual Civil Brasileiro. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3, 2020;

¹⁰ LACERDA, Galeno V. de. O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo. In: Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1976;

¹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese (doutorado). São Paulo: USP, 2007;

Entretanto, tem por demérito a burocracia que implica atos desnecessários e (ou) inadequados à efetiva tutela de direitos.

Por outro lado, no Sistema da Liberdade das Formas, não há uma ordem legal pré-estabelecida para a prática dos atos processuais, competindo aos sujeitos do processo (ora às partes, ora ao juiz) determinar a cada momento qual o ato processual a ser praticado. O mérito deste sistema consiste, pois, em ser mais célere. Entretanto, seu demérito reside no seu potencial de gerar maior insegurança e imprevisibilidade quanto ao rito procedimental a ser seguido.

Não por outra razão, Fernando Gajardoni¹² salienta que, na medida em que o Sistema Procedimental da Legalidade das Formas considera a rigidez procedimental um fator de segurança e previsibilidade do sistema digno de tutela em si, ela é reconhecida como verdadeira regra de ordem pública, de caráter cogente e, portanto, de ordinário, sujeita ao regime de indisponibilidade para as partes.

Tradicionalmente, o ordenamento jurídico brasileiro filia-se ao Sistema Procedimental da Legalidade das Formas, sendo que, até o Código de Processo Civil de 1973, o dogma do paradigma da rigidez ou inflexibilidade procedimental justificava a dicotomia Procedimento Comum vrs. Procedimentos Especiais.

Segundo Didier Jr, Cabral & Cunha¹³, o procedimento comum é descrito como o procedimento padrão, vale dizer, o procedimento idealizado ou perfectibilizado para servir a uma variedade de situações jurídicas materiais, que deveria ser aplicado quando não houvesse outro específico, e que estaria apto a veicular pleitos de tutela jurisdicional de uma infinidade de direitos.

Prosseguem os autores, a crença na perfeição do procedimento “ordinarizado” decorreria do movimento racionalista, fundado na busca de segurança jurídica, sendo resquício, ainda, da denominada Era das Codificações. Sua perfeição se justificaria em razão de sua aptidão para esgotar todas as fases (postulatória, saneatória, instrutória e decisória), permitir o exercício de uma cognição plena e exauriente, sendo compatível com a função jurisdicional.

Por outro lado, ainda segundo os mesmos autores, o “procedimento especial” designaria todo e qualquer procedimento construído para servir a uma determinada espécie de situação jurídica material. Ele é especial porque foi criado para atender uma situação específica. Sua hipótese de cabimento observa o critério da especialidade. Daí porque o procedimento ordinário seria subsidiário daquele.

Sua origem, esclarecem os autores mencionados, remonta à década de 1970, no particular, aos estudos de Andrea Proto Pisani, para quem os procedimentos especiais passaram a ser justificados pelo ideal da Tutela Jurisdicional Diferenciada, movimento voltado à ampliação do acesso à justiça mediante adaptação das formas de tutela conforme as especificidades do direito material.

¹² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese (doutorado). São Paulo: USP, 2007;

¹³ DIDIER JR. Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2021;

Neste sentido, vale a pena destacar a crítica de Heitor Sica¹⁴, para quem, historicamente, o sistema brasileiro incorre numa abundância de procedimentos especiais, o que é injustificável tecnicamente e se deveria às seguintes razões: (a) ineficiência crônica do procedimento ordinário; (b) apego injustificado a tradições históricas; e (c) conveniência política.

Além do fenômeno do exagero (corrigido pelo CPC/2015), aquele autor identificou um segundo fenômeno: o uso das leis extravagantes como laboratórios legislativos (introdução de novidades que não são propriamente adaptadas ao particular tipo de conflito de interesses que pretendem tutelar). Explicações possíveis seriam: a demora na tramitação legislativa de normas gerais que reformem pontos sensíveis do CPC; bem como a ausência de dados estatísticos e (ou) estudos empíricos acerca do tema.

Dando seguimento ao tema, quanto às diferentes espécies de procedimentos especiais, convém mencionar, porquanto útil, a categorização¹⁵ eleita por Didier Jr, Cabral & Cunha¹⁶, a partir do critério da obrigatoriedade.

Não-obrigatórios (ou opcionais), portanto, seriam aqueles procedimentos especiais informados pelo princípio da disponibilidade, de modo que a eles seria lícito aplicar irrestritamente a regra da conversibilidade do procedimento em comum, em caso de cumulação de pedidos, prevista no art. 327, §2º, do CPC (v.g., mandado de segurança, ações possessórias, consignação em pagamento, Juizados Especiais Cíveis e ação monitória). Nestes casos, tem o autor a faculdade de optar pelas vias ordinárias e com isso renunciar aos benefícios do processo especial que não puderem ser inseridos no procedimento comum.

Obrigatórios (ou inderrogáveis), contudo, seriam aqueles procedimentos especiais informados pelo princípio inquisitivo, de maneira que a eles não se aplica a regra da conversibilidade do procedimento em comum, nem mesmo em caso de cumulação de pedidos, prevista no art. 327, § 2º, do CPC (v.g., inventário e partilha, interdição, desapropriação, falência, insolvência civil, ADINs). Logo se vê que, em casos tais, o autor não dispõe de alternativa, devendo ater-se com exclusividade, ao procedimento especializado previsto em lei para a tutela de seu direito.

Com efeito, a doutrina¹⁷ catalogou uma série de técnicas de diferenciação de procedimentos, com vistas à especialização da tutela do direito. São elas: a) autorização para a concessão de tutela provisória satisfativa; b) restrições cognitivas ou probatórias; c) proibição de alguns incidentes processuais ou de alguns recursos; d) previsão de fases procedimentais específicas; e) fragmentação do julgamento do mérito; f) redefinição da forma ou do prozo de alguns atos processuais; g) redefinição das situações jurídicas processuais; e h) inversão do ônus de iniciativa do contencioso ou monitorização do processamento;

Não obstante o direito processual brasileiro esteja filiado à tradição do Sistema da

14 SICA, Heitor Vitor. "Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais".

15 Semelhante classificação, construída, no entanto, a partir do critério da fungibilidade, é adotada por HEITOR SICA, em seu artigo "Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais".

16 DIDIER JR. Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. – 2ªed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2021;

17 DIDIER JR. Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. – 2ªed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2021;

Legalidade das Formas, tanto que, na visão de autores como Didier Jr, Cabral & Cunha¹⁸, o Código de Processo Civil de 1973 era considerado rígido e inflexível, a nova legislação processual que se sucedeu ocupou-se da montagem de um procedimento padrão bastante flexível e, portanto, adaptável a inúmeras situações concretas dignas de tutela diferenciada.

Tanto é assim que, na visão dos autores acima destacados, é possível observar que o procedimento padrão do Código de Processo Civil de 2015, designado atualmente como “procedimento comum”, trata de permitir: a) a concessão de tutela provisória, cautelar ou satisfativa, fundada em urgência ou em evidência, liminarmente ou incidentalmente; b) a adaptação judicial do processo (v.g, art. 7º, 69, 139, IV, 297, 300 e 536, §1º); c) a adaptação legal do processo (v.g, art. 178, quando há atuação dos entes públicos, ou quando a ação for de usucapião imobiliário); d) a possibilidade de tutela das questões de direito repetitivas, por meio do IRDR (art. 928), ou da centralização de processos repetitivos (art. 69, §2º, VI); e) o fracionamento do mérito da causa (art. 354, p.u., e art. 356); f) o saneamento e a organização do processo (art. 357); e g) sua estruturação em, ao menos, 04 (quatro) “circuitos” ou “rotas” para seu encerramento com resolução do mérito do pedido (v.g., improcedência liminar; julgamento antecipado do mérito; extinção do processo em razão de não impugnação de tutela provisória satisfativa de urgência antecedente; e julgamento do mérito após a audiência de instrução) etc.

FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

Nos dizeres de Gajardoni & Zufelato¹⁹, a “flexibilização procedimento” cuida do conjunto de modulações comportada pela estrutura do procedimento comum previsto no Código de Processo Civil de 2015, a partir da inserção de técnicas procedimentais diferenciadas, próprias dos ritos especiais, as quais, em linhas gerais, orientam a tramitação judicial de certas pretensões que não encontrariam tratamento condizente dentro dos parâmetros do procedimento comum, estabelecido como o padrão.

Não por outra razão, Didier Jr, Cabral & Cunha²⁰ asseveram que “flexibilização procedimental” possibilita a criação de mais de uma variação procedimental para o procedimento comum, permitindo que ele possa mais bem tutelar a situação jurídica litigiosa. A técnica processual migra de um procedimento ao outro, sempre com o propósito de servir à construção do processo adequado ao caso.

Segundo Gajardoni & Zufelato²¹, três são as teorias ou sistemas que justificariam ou legitimariam, ainda que excepcionalmente, a adaptação ou flexibilização procedimental no contexto de um modelo de processo filiado ao Sistema da Legalidade das Formas e, que, portanto, considera a rigidez procedimental um fator de segurança e previsibilidade do sistema digno de tutela em si.

18 DIDIER JR. Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. – 2ªed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2021;

19 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ZUFELATO, Camilo. *Flexibilização e Combinação de Procedimentos no Sistema Processual Civil Brasileiro*. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3, 2020;

20 DIDIER JR. Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. – 2ªed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2021;

21 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ZUFELATO, Camilo. *Flexibilização e Combinação de Procedimentos no Sistema Processual Civil Brasileiro*. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3, 2020;

A primeira teoria ou sistema consiste na “Flexibilização Legal”. Segundo esta teoria, somente a lei pode expressamente autorizar o Juiz a proceder a adaptação do procedimento à causa. Essa autorização pode ser “genérica/incondicionada”; ou, por outro modo, ela pode ser “alternativa/condicionada” (vg. art. 69, VI; art. 227, §2º).

A segunda teoria ou sistema é conhecida como “Flexibilização Judicial”. Conforme esta teoria, competiria ao Juiz, à luz do princípio da adaptabilidade, com base nas variantes do caso em concreto (objetivas e subjetivas), modelar o procedimento para a obtenção de tutela adequada, independentemente da existência ou não de autorização legal expressa em tal sentido. Trata-se de uma teoria que ainda conserva o modelo de processo filiado ao denominado regime da Legalidade das Formas como regra, porquanto atua excepcional e subsidiariamente, apenas.

Por fim, na terceira teoria ou sistema, à qual é denominada por “Flexibilização Voluntária”, compete às partes eleger, através de convenções processuais (típicas e/ou atípicas), alguns procedimentos ou atos processuais da série, ainda que também, em caráter excepcional e com condicionamentos. Exemplos da influência desta teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro seriam a Lei de Arbitragem Brasileira e a norma constante do art. 190, do Código de Processo Civil de 2015.

Na opinião de Fernando Gajardoni²², o fundamento para a flexibilização das regras de forma, ainda que previstas genericamente e rigidamente pelo sistema, seria a imposição de que a forma se modele à tutela, e não o contrário, o que é corolário lógico da adoção do princípio da instrumentalidade das formas, no plano infraconstitucional.

Já no plano constitucional, ainda segundo o autor, trata-se de uma imposição do próprio paradigma do Devido Processo Constitucional, que orienta que, se a variação ritual se impõe para uma solução mais rápida e adequada do litígio, então não há espaço, apesar do vício de forma, para se falar em nulidade, já que o escopo do procedimento foi plenamente atingido, respeitadas, óbvio, as garantias constitucionais e processuais dos litigantes.

Admita a flexibilização procedimental, no entanto, resta a definição quanto aos limites e circunstâncias mediante os quais ela seria possível, dado o caráter excepcional de sua adoção no procedimento comum, sob pena de comprometimento dos fatores segurança e previsibilidade.

Neste contexto, Gajardoni & Zufelato²³ propõem que a condução ativa do procedimento pelo magistrado deva se ater aos seguintes limites estabelecidos pelo sistema jurídico: finalidade; contraditório útil; e fundamentação.

Quanto à finalidade, consideram justificável a variação procedimental quando: (i) o procedimento *standard* não for apto à tutela eficaz do direito reclamado; (ii) a forma for irrelevante para a composição do iter, sem prejuízo às partes; e/ou (iii) for irrelevante para a proteção do hipossuficiente ou (re)composição da igualdade processual.

22 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese (doutorado). São Paulo: USP, 2007;

23 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ZUFELATO, Camilo. *Flexibilização e Combinação de Procedimentos no Sistema Processual Civil Brasileiro*. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3, 2020;

Quanto ao contraditório útil, entendem justificável a variação procedimental quando for previamente assegurado o contraditório em seu duplo aspecto, formal (ciência/comunicação e reação/manifestação) e material (influência e consideração).

Por fim, os autores consideram justificada a variação procedimental, desde que devida e suficientemente motivada pelo magistrado, em evidente atenção ao mandamento constitucional insculpido no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

Prosseguindo a exposição quanto ao tema, ao analisarem a evolução em relação à codificação revogada, Gajardoni e Zufelato²⁴ concluíram que o “procedimento comum ordinário” previsto no Código de 1973 vinculava-se ao sistema da legalidade das formas e, por conseguinte, adotava o regime da rigidez procedimental, no máximo admitindo a flexibilização legal condicionada, sobretudo, no âmbito das tramitações procedimentais alternativas.

A rigor, segundo os autores, o Código de 1973 não contemplava autorizações genéricas para que o Juiz procedesse a calibragem do rito conforme as particularidades da causa (afastando-se do modelo de processo típico dos Sistemas de Flexibilização Legal Genérica ou Incondicionada), quiçá para que procedesse a calibragem, então, conforme o interesse pessoal das partes (modelo este condizente com os Sistemas de Flexibilização Legal Voluntária).

Vale salientar, segundo noticiam os autores, que, no Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015²⁵, chegou-se a cogitar da substituição do modelo rígido adotado pelo Código de 1973 por um modelo mais flexível e adaptável, a critério da autoridade judicial responsável, modelo este mais condizente com o Sistema da Flexibilização Legal Genérica ou Incondicionada²⁶.

No entanto, devido à resistência à ampliação dos poderes do juiz da condução ativa do procedimento, com risco de perda do controle do curso processual (previsibilidade), tal proposta não vingou, de modo que o modelo aprovado é aquele constante do texto final da atual codificação (no caso, o art. 139, inc. VI, do Código de Processo Civil de 2015).

Desta análise da evolução histórica da legislação processual civil brasileira, concluíram os autores que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe as seguintes hipóteses de flexibilização procedimental, sendo que apenas as duas primeiras hipotetizariam a condução ativa do procedimento pelo juiz: (a) a previsão contida no art. 139, inc. VI, que trata da dilatação de prazos processuais e da inversão da ordem de produção dos meios de prova, como sendo o principal exemplo da adoção pelo código, como regra geral, do Sistema de Flexibilização Legal Alternativa ou Condicionada; (b) a previsão contida no art.

²⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ZUFELATO, Camilo. *Flexibilização e Combinação de Procedimentos no Sistema Processual Civil Brasileiro*. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3, 2020;

²⁵ SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do Código de Processo Civil Brasileiro*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 23 de dezembro de 2022.

²⁶ Segundo dispunha o inc. V, do art. 107, do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa;”. Entretanto, ao longo da tramitação do Anteprojeto no Parlamento, mencionada proposta sofreu significativa alteração, conforme se observa da atual versão contida no inc. VI, do art. 139, do Código de Processo Civil de 2015, in verbis: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;”, o que reaproximava o direito processual civil brasileiro do tradicional Sistema de Flexibilização Legal Alternativa ou Condicionada.

327, §2º, que versa sobre o transporte de técnicas processuais, como o principal exemplo da adoção pelo código, excepcionalmente apenas, do Sistema da Flexibilização Legal Genérica ou Incondicionada; e (c) a normativa contida no art. 190, que trata dos negócios jurídicos processuais atípicos, como sendo o principal exemplo da adoção pelo código do Sistema de Flexibilização Legal Voluntária.

Interessante anotar, quanto ao tema, a opinião manifestada por Didier Jr, Cabral & Cunha²⁷, os quais sustentam, em sentido contrário à opinião anteriormente apresentada, que o Código de Processo Civil de 2015 teria adotado, como regra geral, o Sistema de Flexibilização Legal Genérica ou Incondicionada.

Para tanto, os autores refutam a ideia de que o único dispositivo legal exemplificativo da adoção deste modelo procedimental seria a norma contida no art. 327, §2º, do CPC/2015. Em reforço àquela tese, os autores acima mencionados argumentam ser: (i) o art. 318, parágrafo único, exemplo de dispositivo legal que autoriza o transporte de técnicas processuais do procedimento comum para os procedimentos especiais; (ii) o art. 1.049, p.u., outro exemplo de dispositivo legal que autoriza o transporte de técnicas processuais da legislação extravagante para o procedimento comum; além (iii) da existência de outras hipóteses de livre intercâmbio de técnicas processuais entre os procedimento especiais entre si, entre eles e a legislação extravagante, e entre legislações extravagantes entre si.

Retomando a temática relativa ao transporte de técnicas processuais, Gajardoni & Zufelato²⁸ discorrem que a regra veiculada através do art. 327, § 2º, do CPC/2015, constitui uma tentativa de: (a) contornar o efeito colateral do emprego padrão do procedimento comum na hipótese de pedidos cumulados que seguiriam ritos diversos; (b) positivar a prática que doutrina e jurisprudência já toleravam na codificação revogada, com base no princípio da flexibilização judicial (v.g, a tutela de evidência de alimentos prevista no art. 4º da L5478/68); (c) romper com o modelo procedimental rígido característico do CPC/73, em prol da adoção de um modelo mais próximo do Sistema de Flexibilização Legal Genérica ou Incondicionada, sem risco, contudo, de incorrer na perda da previsibilidade procedimental; e, por fim, (d) trazer como mote do CPC/2015 o fenômeno da “especialização” do rito comum.

Diante do fenômeno da flexibilização procedimental, que se opera mediante o transporte e(ou) intercâmbio de técnicas processuais, Didier Jr, Cabral & Cunha²⁹ identificaram uma progressiva tendência do CPC/2015 de focar no desenvolvimento de novas técnicas especiais, em detrimento da proliferação de incontáveis procedimentos especiais.

27 DIDIER JR. Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. – 2ªed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2021;

28 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ZUFELATO, Camilo. *Flexibilização e Combinação de Procedimentos no Sistema Processual Civil Brasileiro*. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3, 2020;

29 DIDIER JR. Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. – 2ªed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2021;

FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E A ADMISSIBILIDADE DO LITISCONSÓRCIO SUCESSIVO

Segundo o escólio de ADA Pelegrini Grinover³⁰, a constante mutabilidade dos conflitos no contexto de uma sociedade complexa e em evolução torna impossível a predição de procedimentos especiais adequados, de modo que a solução encampada pelo CPC/2015, recaiu na possibilidade de flexibilização ou adaptação do procedimento, a fim de que este possa fazer frente com efetividade às especificidades próprias de cada conflito em particular.

De fato, segundo a autora, pela primeira vez em nosso sistema processual, o novo Código de Processo Civil admite que o juiz e as partes possam introduzir alguma alteração no procedimento, lembrando ela que, historicamente, o processo brasileiro sempre foi rígido, assim como rígido era o seu procedimento, apegados que éramos nós ao sistema da legalidade das formas, considerado uma garantia para as partes e para o próprio processo.

Neste contexto, debruçando-nos sobre a figura do litisconsórcio sucessivo, entendemos ser válida a hipótese de que “o instituto do litisconsórcio sucessivo é admissível dentro do ordenamento processual civil brasileiro, enquanto técnica de flexibilização procedimental do rito comum”.

Convém esclarecer, inicialmente, que o instituto do litisconsórcio sucessivo, conquanto não tenha sido merecedora de maiores holofotes, não é repugnado pelo ordenamento jurídico-processual pátrio.

Calha lembrar que, a teor do disposto no art. 1.696, do Código Civil de 2002, é perfeitamente lícito ao filho menor demandar alimentos dos pais e, inclusive, dos avós, em verdadeiro litisconsórcio passivo inicial e facultativo, desde que observada a natureza sucessiva deste litisconsórcio, em atenção ao enunciado da Súmula n.º 596/STJ³¹.

Acerca dos aspectos conceituais do instituto, nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco³², trata-se de fenômeno que pode ter lugar tanto no lado ativo como no passivo da relação jurídica processual, tratando-se sua ocorrência de modalidade facultativa, justificada por razões de economia e celeridade judiciais, e a fim de evitar o risco de decisões conflitantes (*timor ne varie dicetur*). Ademais, cuida de hipótese de litisconsórcio comum, não havendo que se falar no atributo da incindibilidade de relações jurídicas que justifique a qualificação contrária (unitária).

Ainda, segundo o autor, o litisconsórcio sucessivo ocorre como consequência de uma relação de prejudicialidade entre a pretensão a ser deduzida por uma pessoa ou em face de certa pessoa e uma pretensão que dirá respeito à esfera jurídica de uma outra, de modo que ela sempre se revolverá em um cúmulo de demandas, da espécie sucessiva. Em outras palavras, o elemento responsável pela configuração da prejudicialidade entre elas consiste justamente na dependência de uma demanda ao acolhimento de uma anterior.

Imperioso anotar, segundo nos adverte o mencionado autor, que não há uma

30 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma ova teoria geral do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018.

31 Súmula 596/STJ: “A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais.”

32 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. – 9ª ed., rev., atual. – São Paulo: Malheiros, 2021.

disposição legal específica ou particularizada sobre essa espécie de cumulação e muito menos sobre a cumulação sucessiva subjetiva (litisconsórcio sucessivo), o que, todavia, não afasta seu cabimento sob a roupagem genérica da cumulação de pedidos admitida pelo Código de Processo Civil em seu art. 327.

Daí porque, a nosso entender, se por um lado, o §2^a do art. 327, do CPC/2015, veicula norma exemplificativa do Sistema de Flexibilização Legal Genérica ou Incondicionada; e, se por outro lado, a figura do litisconsórcio sucessivo se amolde à roupagem do *caput* do art. 327, do CPC/2015; na medida em que, segundo as regras de hermenêutica, as disposições contidas nos parágrafos se estendem ao *caput* do mesmo dispositivo legal; logo, é perfeitamente válida a conclusão de que o instituto do litisconsórcio sucessivo deva também ser classificado como verdadeira técnica de flexibilização procedimental.

Afinal, nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco³³, ainda que fosse negada a admissibilidade de demandas conjuntas em casos tais, ainda sim, provavelmente prevaleceria a formação do litisconsórcio na modalidade ulterior, por força, então, do critério da conexidade de causas assegurada pelo art. 55, do CPC/2015, óbvio, desde que estejam presentes os requisitos genéricos do litisconsórcio em si mesmo, conforme enunciados no art. 113, da mesma codificação. Mas não somente.

Em reforço ao argumento, Sofia Temer³⁴ sustenta que o CPC/2015 reformulou alguns institutos dos CPC/1973 que tratavam especificamente do tema da pluralidade de sujeitos, viabilizando um regime mais flexível quanto à composição subjetiva e modificação processual, de modo que, exemplificativamente, enquanto o art. 254, do CPC revogado, permitia a modificação dos elementos objetivos do processo, desde que mantidas as partes originais; a atual redação do art. 329, do CPC/2015, suprimiu tal óbice à modificação dos sujeitos do processo.

Outro exemplo colacionado pela autora, e que teria o condão de corroborar a tese quanto ao fim do dogma da estabilidade subjetiva da demanda, diz respeito com a substituição do regime de saneamento dos sujeitos do processo, que no CPC/73 dava-se, dentre outros, mediante o instituto da nomeação à autoria, e que no CPC/2015, passou a admitir a correção do polo passivo da demanda independentemente da tipificação de situações de direito material, bastando ao réu indicar o legitimado na própria contestação, bem como conferindo ao autor a possibilidade de substituir o réu, ou de mantê-lo, inclusive, em litisconsórcio passivo com outro demandado.

Não obstante, segundo adverte a autora, ainda persistem no CPC/2015 alguns limites rígidos para que a correção do polo passivo venha ocorrer, em especial, aqueles de natureza temporal (prazo de defesa do réu), de modo que a opção do autor por ingressar, *ab initio*, com uma única demanda em face de réus distintos, mediante a constituição de litisconsórcio passivo inicial facultativo de natureza sucessiva, teria a vantagem de contornar tal obstáculo representado pela redação do art. 329, incs. I e II, do CPC/2015.

Ainda segundo a autora, o abandono ao dogma da precoce estabilização subjetiva do processo teria o condão de refletir positivamente sobre o juízo de admissibilidade de

33 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. – 9^a ed., rev., atual. – São Paulo: Malheiros, 2021.

34 TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. – 2^a ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

intervenções litisconsorciais atípicas, o que entendemos ser justamente a hipótese do litisconsórcio sucessivo ulterior.

Afinal, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 113, do CPC/2015, o ingresso de litisconsortes no feito, ainda que tardio, pode evitar o desperdício da atividade jurisdicional, além de diminuir o risco do advento de decisões conflitantes, bastando a tanto, segundo a autora, que o magistrado mantenha a interlocução com os demais sujeitos do processo, a fim de avaliar, no caso concreto, a conveniência da intervenção, considerando eventuais prejuízos aos litigantes originários e(ou) ao ingressante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo, foram atingidos os objetivos inicialmente propostos, de modo que foram as seguinte as conclusões obtidas:

1. Com base na fundamentação teórica trazida, identificou-se que, não obstante o direito processual brasileiro esteja filiado à tradição do Sistema da Legalidade das Formas, tanto que, na visão de renomada doutrina, o Código de Processo Civil de 1973 era considerado rígido e inflexível, a nova legislação processual civil que o sucedeu ocupou-se da montagem de um procedimento padrão bastante flexível e, portanto, adaptável a inúmeras situações concretas dignas de tutela diferenciada.

2. Dentre as hipóteses de flexibilização procedimental trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 que autorizam a condução ativa do procedimento pelo juiz, está a previsão contida no art. 327, §2º, que versa sobre o transporte de técnicas processuais, como o principal exemplo da adoção pelo código, excepcionalmente apenas, do Sistema da Flexibilização Legal Genérica ou Incondicionada.

3. Com relação à validação da hipótese de pesquisa inicialmente delineada (objetivo principal), concluiu-se por considerá-la válida, haja vista que o instituto do litisconsórcio sucessivo se revelou admissível dentro do ordenamento jurídico processual civil pátrio, enquanto técnica processual com aptidão para promover a flexibilização procedimental do procedimento comum.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2022.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual. Indaiatuba: Foco, 2019.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Ordem Pública Processual. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Formas de Exercício da Autonomia Privada no CPC/15. In:

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). *Panorama Atual do Novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, v. 2, p. 533-544.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **“Teoria geral dos procedimentos especiais”**. In: *Ensaio e artigos*, vol. II. Salvador: Juspodivm, 2016.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Las formas en la defensa judicial del derecho”. In: **Ensayos de derecho procesal civil**, t. II. Buenos Aires: EJEJA, 1949.

DIDIER JR. Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2021;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. – 9ª ed., rev., atual. – São Paulo: Malheiros, 2021.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **“Justificação teórica dos procedimentos especiais”**;

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas**: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese (doutorado). São Paulo: USP, 2007;

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ZUFELATO, Camilo. **Flexibilização e Combinação de Procedimentos no Sistema Processual Civil Brasileiro**. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3, 2020;

GOLDENBERG, Mirian. **A arte de pesquisar**: como fazer pesquisa qualitativa em Ciências Sociais. – 15ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma ova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018.

LACERDA, Galeno V. de. **O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo**. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, 1976;

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio. – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Paulo Mendes. **Segurança jurídica e processo**: da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: RT, 2018;

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito a participação na construção do caso concreto. Salvador: Juspodivm, 2017, p.127-158.

SANTOS, Silas Silva. **Litisconsórcio eventual, alternativo e sucessivo**. São Paulo: Atlas, 2013.

SENADO FEDERAL. **Anteprojeto do Código de Processo Civil Brasileiro**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 23 de dezembro de 2022.

SICA, Heitor Vitor. “**Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais**”.

TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil**: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. – 2ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

Processo justo: a importância do respeito às normas e garantias processuais para a busca da segurança jurídica

Fair process: the importance of respecting procedural norms and guarantees in the pursuit of legal security

Alexsandro Viegas

Graduando do curso de Direito da Faculdade de Presidente Epitácio - FAPE

RESUMO

Este estudo reflete sobre a importância de observar as normas e garantias processuais pré-estabelecidas em cada caso concreto, a fim de garantir um processo justo para as partes envolvidas e preservar a segurança jurídica dos custodiados, evitando arbitrariedades no poder judiciário. Também são analisados os processos gerados pela Operação Lava-Jato contra o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que foram prejudicados pela inobservância da garantia processual do juiz natural da causa. Em conclusão, é importante afirmar que existem limites legais para satisfazer desejos pessoais ou sociais de justiça, e que a violação desses limites pode gerar insegurança jurídica na sociedade e transmitir uma sensação de injustiça às partes envolvidas no processo.

Palavras-chave: processo legal; estado democrático de direito; segurança jurídica.

ABSTRACT

This study reflects on the importance of observing pre-established procedural norms and guarantees in each specific case, in order to ensure a fair process for the parties involved and preserve the legal security of those in custody, avoiding arbitrariness in the judiciary. The processes generated by Operation Car Wash against former President Luiz Inácio Lula da Silva are also analyzed, which were harmed by the failure to observe the procedural guarantee of the natural judge of the cause. In conclusion, it is im-



portant to affirm that there are legal limits to satisfying personal or social desires for justice, and that violating these limits can generate legal insecurity in society and convey a sense of injustice to the parties involved in the process.

Keywords: legal process; democratic state; legal security.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que intermediando o direito material e a tutela jurisdicional estão as normas, garantias e princípios processuais que prescrevem como deve ser configurado o processo judicial brasileiro, condutas e procedimentos que devem ser adotados para a legítima corporificação da justiça.

Dentro destas normas processuais está o *axioma* geral do Devido Processo Legal que norteia todas as normas e baliza todos os princípios do processo, seja ele penal, civil, trabalhista, administrativa, entre outros (Gonçalves, 2019).

Neste estudo será abordado o devido processo legal “*due process of law*” como princípio máximo do direito processual brasileiro e sua nova concepção trazida pela doutrina a de *processo justo* e a relação do devido processo legal com a justiça e segurança jurídica.

No âmbito do estudo do processo como um instrumento de concretização do direito material, cresce na sociedade a ideia de um processo justo que concretize as esperanças da sociedade de que a judicialização é o meio mais hábil e legítimo de busca pela justiça e segurança social.

O termo processo justo foi mais profundamente desenvolvido por Leonardo Greco que o considerou como uma garantia fundamental do processo em um artigo escrito em 2002, após isso foi estudada e aprofundada por diversos doutrinadores entre ele se destaca Theodoro Júnior (2021) que utiliza esse termo abertamente em suas obras doutrinárias.

Também foram analisados, pelo método indutivo, como o desrespeito das partes às normas e garantias processuais previamente estabelecidas pode contribuir para a insegurança jurídica e social e como evitar os desvios processuais que invalidam a decisão que nasce de um processo maculado.

O objetivo do presente estudo foi analisar o processo justo e qual a sua importância para o ordenamento jurídico, sociedade e para o judiciário e por fim analisando um caso real e atual mensurar quão prejudicial pode ser o desrespeito a esse instituto.

SOBRE SEGURANÇA JURÍDICA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCESSO

A ideia de segurança norteia a vida em sociedade. Dessa forma é assertivo dizer que a segurança é um ideal que se busca em todos os campos da vida, segurança essa que pode ser expresso através da paz social, pois são conceitos complementares onde

um serve a outro¹, porém nesse estudo terá o foco na segurança jurídica por esse ser um conceito mais sólido e em certa medida previsto na constituição brasileira 1988 através do art.5 inciso XXXVI (Lobo, 2018).

Ancorado nesta ideia, o Judiciário, como Poder responsável pelo exercício da jurisdição, atuando diretamente nas soluções das lides² existentes dentro da sociedade, acentua a ideia de segurança quando soluciona um caso concreto aplicando as normas do direito por meio de um processo compatível com a previsão legal, neste momento o judiciário concretiza termo, que se tornou axioma geral e universal do direito, “segurança jurídica”.

O professor Marinoni (2021) em sua obra “*Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional*” destaca a necessidade da preservação da segurança jurídica. Na sua obra o professor comenta a atuação da suprema corte norte-americana, onde se proferiu, e ainda se profere, diversos precedentes com caráter vinculantes, em que se afirmar direitos não inscritos no texto constitucional, Marinoni demonstra preocupação com as decisões afirmam direito não previstos em leis, decisões essas que podem está ferindo o devido processo legal, mas precisamente o devido processo legal em seu caráter substancial (*substantive due process*).

Se o problema da relação entre o controle de constitucionalidade e a democracia pode ser visualizado a partir da diferença entre o texto constitucional e as decisões judiciais, isso ocorre exatamente porque o Juiz pode afirmar, ao tomar em conta a Constituição, algo que nela não está contido. Sem dúvida, esse é o ponto que rende oportunidade para discussões quando se aplica no direito estadunidense, por exemplo, a cláusula do devido processo legal³ para se afirmar direitos não escritos no texto constitucional e para se negar a constitucionalidade de leis que não confrontam com nada que está clara e objetivamente presente na Constituição (Marinoni, 2021, p. 40).

Importante ressaltar que o presente estudo se restringe a analisar a segurança jurídica da perspectiva da adoção de processos judiciais que respeitem o devido processo legal. O posicionamento do Prof. Marinoni (2021), apesar de versar principalmente sobre direito material (*substantive due process*), reflexamente atinge o direito processual, haja vista, que o fim do processo é a obtenção do direito.

Para o Professor Silva (2006, p. 133) segurança jurídica consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

A segurança jurídica revela-se em uma necessidade de se alcançar certo nível de certeza, estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais em muitas doutrinas e do rocedimento adotado pelo juízo (Welsch, 2016, p. 30).^{3 4}

¹ A função primordial do direito é a paz social. O conceito de paz social significa evitar a realização da justiça de forma unilateral, “com as próprias mãos”, sendo atribuído ao Estado o poder de normatizar e de resolver conflitos. O objetivo é garantir segurança, previsibilidade e estabilidade às relações jurídicas, tanto entre particulares como entre esses e a própria administração pública ou o poder público. LOBO, Marcelo. *Segurança jurídica: um objetivo constante*. Migalhas, São Paulo, ano 2018, p. 1, 7 maio 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/279523/seguranca-juridica-um-objetivo-constante>. Acesso em: 17 ago. 2022.

² Lide, na concepção mais clássica (Carnelutti, 1964), corresponde a um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

³ A Dra. Gisele Mazzoni Welsch em sua tese de doutorado cita fragmento do texto escrito pelo Min, Eros Graus: “O chamado direito moderno é racional, na medida em que permite a instalação de um horizonte de previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos - vale dizer: segurança”. Welsch, Gisele Mazzoni. *Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC*. [S. l.]: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6788-9, apud: GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 13.

⁴ “Helena Torres afirma que a segurança jurídica pode coincidir tanto com a certeza do direito (segurança jurídica formal,

O direito em sua concretude visa a segurança, sendo mais completo, o direito objetiva a segurança jurídica do jurisdicionado⁵ Bellocchi, (2017, p. 135), o ramo do direito processual não poderia ser diferente, este serve como instrumento⁶ para o alcance da segurança jurídica.

A muito a segurança jurídica já não vem dentro do rol de princípios devido à sua natureza, que já está intrínseca a toda e qualquer norma do ordenamento jurídico, a de se assevera que o princípio da segurança jurídica também está ligado conexo ao estado democrático de direito⁷.

Sua amplitude é tanto que Coelho (2020, p.29) chega a afirmar que a segurança jurídica é o bem mais importante a ser preservado especialmente para o ramo do direito público que é onde está inserido o direito processual (Dinamarco; Badaró; Lopes, 2021, p. 76)⁸.

Coelho (2020) ainda coloca a segurança jurídica acima dos princípios a denominando como um postulado normativo, pois, segundo o autor, a segurança jurídica deve e necessita ser aplicada e observada em todos os caso, diferentemente dos princípios que em determinado caso podem sofrer mitigação (Coelho, 2020, p. 80), porém o mesmo autor reconhece que a maioria da doutrina coloca a segurança como um princípio, e nesta toada que esse estudo a coloca, se alinhando com a maioria da doutrina, porém destacando sua mais alta relevância.

Os princípios em sua essência servem para suportar a segurança jurídica, visto que

princípio da certeza do direito) quanto com a estabilidade do ordenamento ou da confiança legítima stricto sensu. Coloca que a segurança jurídica como medida de estabilidade do direito pode ser subjetiva ou objetiva. Esta é a segurança do sistema, trata-se da segurança jurídica por excelência, na função de estabilidade sistêmica (objetiva), a qual se divide em: estabilidade das formas; estabilidade temporal; estabilidade por calibração ou balanceamento do sistema de normas; e segurança jurídica dos princípios (material). Ela não tem, para Torres, nada a ver com a segurança como tutela de interesses individuais ou de bens juridicamente protegidos” (Torres, 2012, p. 203-221 apud. Pereira, 2014, p.76).

5 O objetivo do Direito. Não é justiça. Se fosse justiça nunca teria havido o Direito ao longo da história. O objetivo do Direito é a segurança. O que o Direito visa é exatamente fornecer aos indivíduos pautas que serão seguidas e respeitadas para que as pessoas saibam quando estão conforme à ordem jurídica e, portanto, podem prever os eventos que daí se sucederão, e quando estão desconformes à ordem jurídica e podem, igualmente, prever eventuais consequências que as atingirão. Se o Direito não fornecer isso aos indivíduos, ele não forneceu

absolutamente nada. Canotilho coloca muito bem esse problema ao dizer que a segurança é o esteio do Estado democrático de Direito, e que não se poderia pensar num Estado democrático de Direito sem se cogitar da segurança jurídica e da própria certeza do Direito”. - Grifamos - (STJ, REsp 200.378/DF, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 21.09.1999 apud. Bellocchi, Márcio. Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem. [S. l.]: Revista dos Tribunais, 2017

6 Modernamente o processo é visto como um instrumento para a concretização do direito material, e como instrumento que é, não pode atuar em detrimento de um direito material, mas sim para reconhecê-lo e conferir ao seu titular o que lhe assiste obter” Santos Ferreira, Willian. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. 1999. Dissertação de Mestrado (Especialização Stricto Sensu) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 1999. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5650>. Acesso em: 11 jan. 2023. Neste sentido aponta Cândido Rangel Dinamarco para quem o processo é “instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa”. Dinamarco, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

7 “...o princípio do Estado de Direito seria não o único, mas um dos fundamentos do princípio da segurança jurídica no texto constitucional, que estabelece um fim constitucional mais amplo, do qual a segurança jurídica, assim como a legalidade, pode ser deduzida. Nesse caso, a segurança jurídica atua como meio para a realização do Estado de Direito, que, nessa relação, assume a função de sobre princípio...”

(Ávila, 2012, p. 198-199 apud Pereira, 2014, p.71)

8 Em face da clássica dicotomia que divide o direito em público e privado, o direito processual está claramente incluído no primeiro, uma vez que governa a atividade jurisdicional do Estado (sem prejuízo do reconhecimento de uma jurisdição arbitral, à qual também se aplicam as normas processuais) Suas raízes principais prendem-se estreitamente ao tronco do direito constitucional, associando-se suas normas com as de todos os demais campos do direito. O direito constitucional estabelece as bases do direito processual ao instituir o Poder Judiciário, criar os órgãos (jurisdicionais) que o compõem, assegurar as garantias da Magistratura e fixar aqueles princípios de ordem política e ética convergentes ao objetivo de oferecer aos jurisdicionados o acesso à justiça (ou acesso à ordem jurídica justa) e sintetizados na garantia do devido processo legal (due process of law). Dinamarco, Candido Rangel; Badaró, Gustavo Henrique; Lopes, Bruno Vasconcelos. Teoria Geral do Processo. 33. ed. São Paulo: [s. n.], 2021.

todos eles, assim como o restante das normas do ordenamento brasileiro, visam amparar os jurisdicionados quanto aquilo que se espera do Judiciário, ensina Gonçalves (2019, p. 52), ou seja, o jurisdicionado quando propõe ação no poder judiciário, espera que os juízes, promotores, advogados e serventuários da justiça em geral, respeitem as normas, garantias e princípio pré-estabelecido, isso nada mais é do que a segurança jurídica sendo materializada na vida real⁹.

Nestas veredas toma destaque o princípio do devido processo legal, ou *due process of law*, que pela primeira vez foi expresso no texto constitucional brasileira pelo texto de 1988, adotando expressamente a fórmula do direito anglo-saxão, garantindo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inc. LIV).

Não obstante o ordenamento brasileiro positiva, de forma expressa em texto de lei, o devido processo legal somente em 1988, este já vinha sendo aplicado e desenvolvido pela doutrina¹⁰ e jurisprudência brasileira, até mesmo pode se afirmar que ele já existia dentro do espírito de alguns dispositivos das constituições brasileiras anteriores que consagraram algumas garantias constitucionais¹¹. Essa situação de antecipação ao texto normativo, melhor dizendo, da sua previsão expressa em lei, foi em decorrência da influência do direito norte-americano sobre o direito brasileiro (Mariotti, 2008).

Ainda o mesmo autor relatou que no direito norte-americano o devido processo legal em primeiro momento ficou restrito a seu caráter procedimental dentro do poder judiciário (*procedural due process*), após essa cláusula foi irradiada para todas as esferas de atuação estatal que envolve a relação entre o estado e o privado¹²

Ao decorrer do tempo o direito norte-americano evoluiu o conceito do devido processo legal para além do ramo do direito processual, criando o *substantive due process* (Rotunda, 2000 *apud* Mariotti, 2008) que atingir o direito material, assim o devido processo legal naquele momento não correspondia somente a prestação de um processo ao jurisdicionado que respeitasse o processo estabelecido pelas normas, mas que esse

9 Medina Citado Robert Alexy dispõe que “concebeu os princípios jurídicos como mandados ou mandamentos de otimização (Optimierungsgebot), pois determinariam que algo fosse cumprido da 3 (interp melhor maneira possível. (Medina, 2020 *apud* Alexy, *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, p. 171.)

10 A doutrina nacional que versou sobre devido processo legal antes de 1988 se inspirou declaradamente na doutrina norte-americana sobre a *due process of law clause*, quer para recomendar a sua transposição para o direito brasileiro, quer para traçar paralelos entre aquele instituto jurídico e institutos jurídicos brasileiros que poderiam desempenhar funções semelhantes. Mariotti, Alexandre. *Princípio Do Devido Processo Legal*. 2008. Tese (Doutorado) - UFRGS, Rio Grande do Sul, Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/13555> Acesso: 11 de Jan. 2023.

11 Embora a Constituição do Império não tenha explicitado as idéias de devido processo, contraditório ou ampla defesa, no seu texto já se encontram diversas garantias de natureza processual, como a existência de jurados (arts. 151 e 152), a publicidade de todos os atos do processo nas causas criminais após a pronúncia (art. 159), a exigência de “culpa formada” para que alguém pudesse ser preso (ainda que admitidas exceções legais - art. 179, VIII), bem como de ordem escrita da “Autoridade legítima” (art. 179, X). Destaca-se, por essa ótica, a garantia do art. 179, XI: “Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude da Lei anterior, e na forma por ella prescripta”. Tratando dessa e de outras garantias do art. 179 como expressões do “direito de segurança”, José Antônio Pimenta Bueno a elogia como “uma das mais valiosas que nossa lei fundamental consagrou em benefício dos direitos brasileiros” e, no que tange à parte final, assinala: “O processo, sua forma e garantias devem também anteceder e não suceder aos fatos, por isso que importa muito à sorte dos indiciados”. (Mariotti, 2008, p.25 *apud* Bueno, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 407-408.

12 Paulo Fernando Silveira: “A princípio, parecia que cuidava, apenas, de meras garantias processuais asseguradas ao acusado, como o julgamento pelo júri e o igual tratamento processual. Mas mesmo para se obter essas garantias, na essência, estava a limitação do poder governamental, o que só foi percebido com clareza mais tarde. Por isso, depois, com precisão conceitual, o princípio do devido processo legal evoluiu como um precioso instrumento, manejável através do Judiciário, como modo de contenção do poder do chefe de governo, visando evitar o cometimento de arbitrariedades, como retirar de qualquer membro da comunidade seu direito à vida, liberdade ou propriedade. Com o tempo, a cláusula foi estendida e acabou alcançando os departamentos subalternos do governo.” (Silveira, 2001, p.235-36 *apud* Mariotti, 2008).

processo ao cabo também fizer a boa e justa aplicação do direito material debatido dentro do processo.

Neste diapasão o devido processo legal é alçado ao ordenamento jurídico não mais como um mero direito concedido às partes que litigam em um processo, seja ele administrativo ou judiciário, mas para a parte ele passa a ser uma expectativa/esperança, ou seja, uma esperança que as garantias processuais previamente estabelecidas sejam respeitadas, concedendo um solo firme para se travar a batalha que é um processo (Badaró, 2020).

Como se nota nas entrelinhas dos conceitos acima descritos existe uma relação entre o devido processo legal e a segurança jurídica, pois a consagração da segurança jurídica não está somente na concretização do direito substancial, mas também se expressa pela idoneidade do instrumento que possibilita essa concretização. Assim, o devido processo legal serve à segurança jurídica.

O desrespeito ao devido processo legal gera máculas no processo, mácula processual essa oriundas das arbitrariedades que muitas das vezes podem até virem bem disfarçadas com a propagação de um ideal social maior, não geram segurança jurídica, pelo contrário contribuem com insegurança jurídica. E como diria o excepcional escritor canarinho Monteiro Lobato na voz de Dona Benta “*Os processos violentos nunca dão bons resultados.*”¹³.

Neste momento para dar prosseguimento aos estudos com o intuito de não desvanecer as premissas principais a que ele se propõe, será neste analisado o caráter processual do devido processo legal e sua importância bem como seus novos nuances forjados pela evolução doutrinária que atualmente tem o renomeado como *processo justo*, conforme será estudado no item a seguir.

Porém, antes de passar para a análise do processo justo é necessário tecer algumas linhas sobre as normas e as garantias processuais que são os bens jurídicos que o devido processo legal se propõe a proteger.

O que são as normas jurídicas processuais

Discorreu no trabalho que o cerne do devido processo legal é o oferecimento ao jurisdicionado de um processo que respeite as normas processuais, é importante conceituar para fins didáticos o conceito de normas jurídicas, especificamente aquelas que tratam de processo.

Indo a fundo no conceito de normas temos Israel citando Tomás de Aquino quando este traz um conceito sobre lei positiva:

Mas toda lei, natural ou positiva, na medida em que ordena os indivíduos para os fins que lhes são próprios, visa o bem comum Tomás de Aquino propõe, assim, uma definição geral da lei: “Uma colocação em ordem *-(ordinatio)* da razão com vistas ao bem comum, promulgada por quem é encarregado da comunidade.” (*apud* Israel, 2009, p.20)

Importante é o entendimento de Santo Agostinho que de certa forma complementa

¹³ LOBATO, Monteiro. *Migalhas de Monteiro Lobato*. 1. ed. São Paulo: Migalhas, 2020. 368 p.

o que foi definido por Aquino: “Ora, o bem comum coincide, num primeiro sentido, como já salientava Agostinho, com a paz civil. “O bem e a salvação de uma multidão reunida em sociedade estão na manutenção de sua unidade, a que chamamos “ (Israel, 2009, p. 21)

Neste diapasão evidente que as normas são ordenamentos positivos que tem como finalidade a eliminação de crise jurídica, buscando o bem comum que seja a paz social, trazendo equilíbrio e estabilidade a sociedade (Dinamarco; Badaró; Lopes, 2021). Importante consignar que a concretização da segurança jurídica também é uma finalidade da norma jurídica (Gonçalves, 2019).

Importante o apontamento de Diniz (2021, p. 41) que ensina que:

A norma jurídica é, sem dúvida, uma norma de conduta, no sentido de que seu escopo direto ou indireto é dirigir o comportamento dos indivíduos particulares dentro da sociedade, das comunidades, dos governantes e funcionários no seio do Estado e do mesmo Estado na ordem internacional.

Porém, esse estudo vem foca especificamente nas normas processuais e para tanto é necessário se afastar um pouco do viés mais filosófico acima descrito e sistematizar mais os conceitos.

Para tanto se faz necessário citar a doutrina do Fux (2020, p.70) que leciona:

As normas processuais, assim consideradas aquelas que disciplinam a atividade jurisdicional, o poder de iniciativa de estimular o Judiciário e os requisitos processuais para o cumprimento dessa função soberana-estatal, distinguem-se de outras regras que interferem no fenômeno processual, sem contudo guardar a mesma natureza jurídica daquelas. Essas outras são as “normas de procedimento” e as de “organização judiciária”, hodiernamente encartadas no poder legiferante das unidades federadas.¹⁴

Fux (2020) ainda julga necessário distinguir nos procedimentos de normas processuais, seja pela competência, uma vez que as normas procedimentais são de competência concorrente entre os Estados e a União (*art. 24, inc. XI CF/88*) e a normas que versam sobre processo são de competência privativa da União (*art.22, inc.I CF/88*), ou seja pelo fato da normas que tratam sobre o processo disciplinar a atuação do judiciário e tratar também dos requisitos para o válido desenvolvimento do processo. Enquanto as normas procedimentais tratam especificamente pelo modo que o atos se sucedem no processo, o momento desses atos processuais e o itinerário estabelecido pelo legislador para se obter a prestação jurisdicional.

Por fim, é importante ressaltar que os princípios estão inseridos dentro do gênero de normas jurídicas processuais (Medina, 2020).

O que são as garantias processuais

As garantias processuais ganharam força com o fenômeno da constitucionalização do processo, pois a constituição brasileira traz em seu texto diversas garantias de ordem processuais e essa infiltração constitucional no processo brasileiro ficou ainda mais exposta quando o Código de Processo Civil de 2015 trouxe no seu art. 1¹⁵ a obrigação, forma

¹⁴ FUX, Luiz. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Gen Jurídico, 2020.

¹⁵ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. (Lei Nº 13.105, De 16 De Março De 2015.)

expressa, do processo observar os valores e normas da constituição.

Neste movimento as garantias fundamentais da constituição federal trazem previsões que são da área do direito processual, conforme leciona Medina (2020, p. 119):

Entre as garantias fundamentais, a Constituição Federal estabelece o direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV), à ampla defesa e ao contraditório (art. 5.º, LV), à duração razoável do processo (art. 5.º, LXXVIII) e, em outras disposições, refere-se a mais princípios, como o da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX). Há ainda princípios que, embora não digam respeito exclusivamente ao processo, mostram-se, nesta seara, fecundos de consequências, tal como ocorre com o princípio da isonomia (art. 5.º, caput, I da CF).

Logo, as garantias processuais são aquelas que tratam da relação processual e suas nuances. Porém, para além disso, a fim de tornar o presente estudo mais claro e metodológico se faz necessário trazer um conceito mais sistêmico do termo garantias no seu sentido jurídico.

Para esse fim, se vale nesse momento dos ensinamentos de Mendes e Branco (2020) “as garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam.”

Ainda mais claro são os ensinamento de Lenza (2019, p. 1159) quando traz a distinção pois, segundo o autor os direitos “são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais comprova o exercício dos supradados direitos (preventivamente) ou prontamente os restaura, caso descumpridos”.

Nesta toada garantias são espécies de normas jurídicas que trazem uma função ímpar de assegurar os direitos constitucionais.

PROCESSO JUSTO

Antes de entrar nas novas concepções do devido processo legal, para fins didáticos e para melhor compreensão é necessário traçar uma evolução histórica do direito processual e da jurisdição.

Breve digressão da história do direito processual e da jurisdição estatal - aspectos da teoria geral do estado

À medida que a sociedade foi crescendo passou a ser necessário estabelecer uma organização social para que pudesse haver a sua evolução, pois, diante da desordem e incerteza isso não seria possível, para que haja crescimento social é necessário um sociedade segura para que se possa projetar o futuro.

Diante desta necessidade nasceu o Estado como uma entidade jurídica (ficta), possuidor de poderes para organizar e coordenar uma nação, conceituada como uma realidade sociológica, a miúdes conjunto de pessoas, o Estado nasce dotado de soberania. O Estado nasce do brocardo popular do “junto (e organizados) somos mais fortes”, pois neste momento histórico, que ninguém sabe qual foi exatamente, o homem perceber que para se tornar mais forte precisa estar unido com seus pares e necessitada de uma

organização para que essa força se expresse (Maluf, 2019).

Primeiramente, o Estado se assentou sobre a esfera política da sociedade, ou seja, atuou prioritariamente sobre as decisões e execuções coletivas, pensando sempre no desenvolvimento da sociedade como um todo. Melhor dizendo, em primeiro momento o Estado pensava única e exclusivamente de forma coletiva, de forma social, as lides pessoais não tinham relevância para o Estado.

No decorrer do tempo houve crescente necessidade que o Estado começasse a intervir nas relações interpessoais dos cidadãos, assim nasce o Poder Judiciário, função do Estado que exerce a jurisdição, que de forma simplificada é a função atribuída ao Estado com vista à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social¹⁶.

Na mais avançada doutrina é dada à jurisdição três aspectos diferentes: poder, função e atividade do Estado¹⁷.

Ainda na perspectiva dos aspectos da jurisdição Neves (2021, p. 1) discorre o seguinte: O poder jurisdicional é o que permite o exercício da função jurisdicional que se materializa no caso concreto por meio da atividade jurisdicional. O instrumento usado pelo Estado para o desempenho desta função é o processo¹⁸, que é visto como caminho a ser percorrido até o alcance da tutela jurisdicional pretendida, sem ele não há efetivação da jurisdição, neste termo é assertiva a fala se analisava o processo somente como uma sucessão de atos coordenados com vista a obtenção de um resultado para determinado litígio, talvez essa concepção acerca do processo veio da mera análise do seu sentido epistemológico que descreve processo com marcha avante (do latim, *procedere* = seguir em diante).

Entretanto, com o passar do tempo e com a evolução da ciência do Direito novas ideias sobre o processo foram surgindo. Em 1868 Oskar Von Bulow escreve o livro *Teorias dos Pressupostos Processuais e Das Exceções Dilatórias* no qual ele traz o processo não mais como uma mera sucessão de atos, mas como uma relação processual (Entre os Sujeitos do processo Autor, Réu, Juiz) (Cintra; Grinover, Dinamarco, 2015), passando o processo a ser tratado com um campo do direito autônomo do direito material, tendo regramento próprio, possuindo sua própria sistemática de nulidade e eficácia de suas normas (Gonçalves, 2019).

Assim, como visto o processo é meio pelo qual se exerce a jurisdição, logo deve o processo ser puro, livre de máculas, desta forma garantindo o pleno acesso à justiça.

Em outras formas, é possível ver as normas e as garantias processuais como as regras do jogo, jogo esse jogador dentro do Poder Judiciário (quando se tratar de processo judicial propriamente dito), em que a vitória vem da obtenção da tutela jurisdicional favorável

¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. rev. e atual. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2021.

¹⁷ Há doutrina que prefere analisar a jurisdição sob três aspectos distintos: poder, função e atividade. O poder jurisdicional é o que permite o exercício da função jurisdicional que se materializa no caso concreto por meio da atividade jurisdicional (...) Como função, a jurisdição é o encargo atribuído pela Constituição Federal, em regra, ao Poder Judiciário - função típica - e, excepcionalmente, a outros Poderes - função atípica - de exercer concretamente o poder jurisdicional (...) Como atividade, a jurisdição é o complexo de atos praticados pelo agente estatal investido de jurisdição no processo. (Neves, 2021, p. 61-62)

¹⁸ "direito material, privado e público, encontra no processo o seu "instrumento de realização", que é o quanto basta para definir-lhes as vinculações enciclopédicas, respeitada a autonomia científica de cada ramo." (Fux, 2020, e-book)

aos interesses da parte, e que o objeto de disputa é a causa de pedir da demanda, seja a remota (*atos*) ou a imediata (*direito material*).

Nova visão: processo justo

Com vista à obtenção da boa aplicação das normas e garantias do processo aos litígios judicializados nasce diversos princípios para basear e nortear o processo, entre os princípios se destaca o do devido processo legal (*due process*) que tem por principal objetivo garantir a segurança jurídica dos jurisdicionados dentro do processo. Segundo Nelson Nery Júnior (2010, s/p), “é (o devido processo legal), por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”.

Na sua história o devido processo legal nasce em uma Inglaterra monárquica, onde as arbitrariedades da Majestade governantes começaram a incomodar os súditos. Entre estes pairava a insegurança diante da inexistência de normas prévias que limitassem a atuação do rei diante da divergência entre os interesses dele e dos seus súditos, assim, em 1215 a Carta Magna Inglesa, pacto firmado entre o Rei João Sem-Terra com bispos e barões ingleses (Theodoro Júnior, 2021), traz pela primeira vez o ideal de devido processo legal (Moreira, 2010, p.233).

O devido processo legal na atualidade evoluiu para uma ideia mais ampla denominada de “processo justo”, essa evolução do axioma do devido processo legal para a ideia de processo justo é defendida pelo Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Professor da UFMG, Humberto Theodoro Júnior.

Leciona Theodoro Júnior (2021, p. 39) que “O moderno processo justo traz em seu bojo significava carga ética, tanto na regulação procedimental como na formulação substancial dos provimentos decisórios”.

Diante dessas ideias, o processo justo, em que se transformou o antigo devido processo legal, é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o acesso total à Justiça e a efetivação das garantias fundamentais descritas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade.

Segundo Theodoro Júnior (2021), o processo justo, segundo a Constituição, não é o planejado para exceder o direito positivado na ordem jurídica: é apenas aquele que se sugere a outorgar aos litigantes a plena tutela jurisdicional, segundo os princípios fundamentais da ordem constitucional (liberdade, igualdade e legalidade).

Em escassas e simplificadas palavras, o processo justo é aquele que respeita as normas e garantias processuais previamente estabelecidas, sempre as interpretando conforme o caso concreto, evitando assim inseguranças.

Ainda mais nas palavras do nobre doutrinador (Theodoro Júnior, 2018, p. 41):

[...] processos justos, em que se transformou o antigo devido processo legal, é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o pleno acesso à Justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade.

Theodoro Júnior (2018, p. 42) ainda destaca a eticidade latente dentro do processo justo:

Em nome da eticidade, não se admite que o provimento judicial se torne fonte primária de uma justiça paternalista e assistencial, alheia ou contrária aos preceitos editados pelo legislador. Justo e injusto medem-se, no processo, pelos padrões objetivos próprios do direito, e não pela ótica subjetiva e intimista da moral, mesmo porque não é possível na ordem prática quantificar e delimitar, com precisão, os valores e preceitos puramente éticos, em todo seu alcance *in concreto*.

A visão mais humanista do processo justo também vem do advento da constitucionalização do Processo Civil conforme desta Fux (2020):

O fenômeno da “constitucionalização” de diversos instrumentos e princípios processuais têm sugerido o surgimento de um “direito processual constitucional” cuja exegese influi em toda a interpretação da legislação ordinária. Assim, v.g., o acesso ao Judiciário consagrado através do princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, da CF) tem sido interpretado como a necessidade de conferir-se ao cidadão uma acessibilidade a uma ordem jurídica “efetiva”, “justa” e “tempestiva”. A partir desse cânone, a hermenêutica processual iniciou uma interpretação dos dispositivos processuais, adaptando-os a essa nova realidade político-constitucional e que pode ser apontada como o primeiro pilar sustentador do poder jurisdicional de conferir a “tutela antecipada”, na medida em que esta é efetiva e tempestiva, mercê de justa, porquanto exige, para sua concessão, uma prova inequívoca.

Tão forte é esse movimento de concretização do processo justo que Constituição italiana recebe reforma através da Lei Constitucional nº 2 de 23 de novembro de 1999, consignou em seu artigo 111 que “a jurisdição atua mediante o justo processo regulado pela lei”, ainda mais o termo processo justo também foi adotado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos (Greco, 2002).

Aliás frisa Theodoro Júnior (2011, p. 238) que os grandes tratados internacionais ajustados nesse tempo às mais modernas constituições merecedoras da qualificação de democráticas incluíram nas declarações dos direitos fundamentais garantias do processo que afinal vieram a delinear o processo justo.

A constituição brasileira ainda não seguiu os passos da italiana em adotar expressamente o termo “processo justo” porém o processo justo impõe-se entre nós como uma decorrência natural e obrigatória dos valores agasalhados nos princípios fundamentais que dão estrutura à nossa ordem constitucional (Theodoro Júnior, 2011, p.243), a constituição no seu art. 3 reafirmou que, entre os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, aparece em primeiro lugar o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

O processo justo é composto pelo cumprimento de diversas garantias e norma que permeia o processo brasileiro entres elas a efetividade do processo, sua legalidade, o respeito contraditório, oferecimento da ampla defesa, guardar o juiz natural, correta aferição da competência do juízo entre outras normas e garantias que visam assegurar que o processo seja o meio mais eficaz e legítimo para a solução dos litígios, pois desta forma ele garante a paz social.

Neste sentido, Theodoro Júnior (2011, p. 329):

O modelo constitucional do processo, a que o Projeto de Novo Código Processual Civil se afeiçoa, é o que parte da garantia máxima de acesso à justiça (CF, art. 5, XXXV) e se completa com as garantias, também fundamentais, do devido processo legal (art. 5, LIV), do contraditório e ampla defesa (art. 5, LV), da vedação das provas ilícitas (art. 5, LVI), do juiz natural (art. 5, XXXVII e LIII), da publicidade dos atos processuais (arts. 5, LV, e 93, IX), da fundamentação obrigatória das decisões

judiciais (CF, art. 93, IX), da assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes (art. 5, LXXIV), da duração razoável do processo e do emprego dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5, LXXVIII). (p.229)

Na ideia de processo justo – anota Comoglio (2004, p. 154-158) – insere-se, além das tradicionais figuras do juiz natural imparcial, do contraditório, da legalidade das formas e do compromisso com a ordem jurídica substancial, “uma afirmação, não menos categórica, da efetividade dos meios processuais e das formas de tutela obtíveis junto ao juízo”, aos quais se agrega, ainda, o compromisso com os valores de “correção”, “equidade” e “justiça procedimental”.

Logo conclui se que o processo justo nasce da necessidade de oferecer ao jurisdicionado não somente o acesso da justiça (CF, art. 5, XXXV), mas sim a oportunidade de participar de um processo eficaz¹⁹ e legal²⁰ que lhe possibilite a justa resolução da lide.

Melhor dizendo, o processo justo (CF, art. 5, LIV), maximiza o acesso à justiça tornando completo em toda sua essência (Theodoro Júnior, 2011, p.329), visando satisfazer o jurisdicionado em tudo aquilo que ele espera de um tribunal justo que seja segurança e justiça^{21, 22}.

O ponto principal de transformação do devido processo legal para o processo justo está na eticidade e moralidade que se busca com este. O devido processo legal até por uma questão etimológica visa prioritariamente aquilo que é legal, tornando-se um processo extremamente formal e rígido que pode em muitos casos se afastar da humanidade que o constitucionalismo exige.

Por outro lado, o processo justo é bem mais aberto e sensível aos nuances sociais ele não se limitar apenas aplicar o direito, mas garantir que o processo seja desenvolvido de tal forma que passe ao jurisdicionado uma real sensação de segurança.

Conforme a doutrina preconiza Righi(1996, p. 16):

A moderna concepção de instrumentalidade do processo não se resume a vê-lo como instrumento de pura e simples aplicação da lei material ao caso concreto. O que importa é coligar a instrumentalidade com a solução do problema da efetividade da tutela jurisdicional. Daí que, para avaliar a norma processual segundo o critério da instrumentalidade perante um direito subjetivo, é necessário ter em conta sua eficiência no que diz respeito à defesa daquele direito. Dentro desse prisma, não basta garantir, na Constituição e nas leis processuais, o direito de ação e o direito de defesa (Junior, 2011). É necessário que *“il loro esercizio porti in concreto quell'utilità effettiva per la quale sono predisposti”*

19 A garantia de um processo justo, sob o prisma das garantias constitucionais, retrata, além de outros atributos, “a eficiência e a celeridade das decisões judiciais”, assim como “a efetividade da tutela jurisdicional” (Righi, 2007, p. 177).

20 “O juiz, no Estado Democrático de Direito, está obrigado a decidir aplicando as regras (leis) e os princípios gerais consagrados pela Constituição. Mas não pode ignorar a lei para decidir somente em função dos princípios.” (Theodoro Júnior, 2010, apud. Theodoro Junior, 2011, p.261).

21 “A garantia constitucional, porém, não se restringiu a assegurar o direito de ser ouvido em juízo, ou de mera e formalmente ingressar em juízo, para exercitar o direito de ação. O direito fundamental refere-se a um acesso à essência de uma tutela que, no Estado democrático de direito, há de ser justa e efetiva.”(Theodoro Júnior, 2011, p.239) ainda mais da doutrina “ O acesso à justiça, qualificado constitucionalmente, portanto, deve ser visto, na perspectiva da garantia de tutela ao direitos lesados ou ameaçados, como “o mais básico dos direitos humanos”, dentro de “um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (Cappe-Leti; Garth, 1988, apud Theodoro Júnior, 2011).

22 Neste momento vale colacionar os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover (1985, p. 8) citada por Theodoro Júnior (2011, p.244) “Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperativa, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício de jurisdição.

Para acima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente”

Nesta marcha processo justo é aquele que além de assegurar o respeito às normas e garantias processuais (aspecto jurídico), mas também efetivas o aspecto social e educacional que se espera de um processo²³.

PROCESSO JUSTO E O CASO LAVA JATO

Sistema inquisitivo e acusatório

Como visto acima, o processo é meio de acesso à tutela jurisdicional. Como é natural de toda instituição baseada em uma ciência humana, o processo, com o passar do tempo e mediante grande evolução político-social e, acima de tudo, jurídica, começou a ser organizado e a ser sistematizado.

Os principais sistemas que surgiram foram o Inquisitório puro e o Acusatório puro, ambos com grandes diferenças entre si, posteriormente veio a surgir na França o sistema misto que mescla a característica de ambos os sistemas anteriores (Lima, 2020).

É de suma importância para o presente estudo entender as estruturas básicas de cada sistema e o motivo da evolução nos sistemas processuais.

O sistema Inquisitório é caracterizado pela centralização do poder no denominado juiz inquisidor, nos moldes deste sistema o juiz é responsável por exercer a função de acusação, defesa e de julgamento, sendo esse responsável pelo início e término do processo.

Para Giacomolli (2016, p. 90) o juiz inquisidor é aquele que se intitula dono do processo e do judiciário possuindo em seu *modus operandi* o seguinte pensamento “o processo é meu, o promotor é meu, o estagiário é meu, o servidor é meu, o carro é meu, eu sou eu, eu e eu.” Então, ele assume a função de investigador, de acusador, de julgador, e por fim de executor. Nesse modelo, confundem-se as funções dos agentes do Estado-Julgador com os do Estado Acusador e com os do Estado-Investigador.

A forma inquisitória de lidar com processo se desenvolveu a partir do Direito Canônico, de meados do século XIII até o século XVIII foi amplamente desenvolvida e difundida em toda a Europa, evidente que essa escolha do sistema processual inquisidor tem clara ligação com o sistema feudal e monárquico da época, na qual havia forte centralização de poder no senhor feudal ou no rei governante.

As características essenciais do sistema inquisitivo não puderam se adequar com rápida e ininterrupta evolução do direito, que cada vez mais se tornava humanizado e sensível aos dilemas do homem, condizentes aos padrões sociais vigentes.

Nestas veredas nasce para o Direito o sistema processual acusatório, com primazia pela publicidade, oralidade e pelo contraditório, em outras palavras um processo mais “claro”, com predomínio da lisura e da efetividade processual.

²³ O escopo jurídico consiste na aplicação concreta da vontade do direito (por meio da criação da norma jurídica), resolvendo-se a chamada “lide jurídica”. O escopo social da jurisdição consiste em resolver o conflito de interesses proporcionando às partes envolvidas a pacificação social, ou em outras palavras, resolver a “lide sociológica”. O escopo educacional diz respeito à função da jurisdição de ensinar aos jurisdicionados e não somente às partes envolvidas no processo - seus direitos e deveres. (Neves, 2021, p. 82)

“O sistema acusatório se caracteriza expressivamente pela presença atuantes de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial” (Prado, 2005 *apud* Lima, 2020, p.5).

Com o sistema acusatório nasce um processo *actum trium personarum* formado por partes parciais (defesa e acusação) e imparciais (juiz) cada qual com sua função e atribuição dentro do processo, neste sistema há uma visível descentralização de poder com objetivo de impedir máculas no processo, pois, quando o juiz atua como acusação e defesa no mesmo processo ficará ligado psicologicamente com o resultado da demanda, de forma que essa ligação pode comprometer o resultado do processo.

O sistema acusatório foi utilizado pela sociedade grega e romana na idade antiga e também pelo domínio germânico durante a idade média. Atualmente, o sistema processual penal inglês é aquele que mais se aproxima de sistema acusatório puro (Lima, 2020).

A Constituição Federal de 1988, ao instituir o contraditório, a ampla defesa (art.5, inciso I), o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV) e a figura do Ministério Público nos processos penais (art. 129, inciso I), deixa claro a utilização predominante do sistema acusatório no Judiciário brasileiro, tanto na área cível como na penal.

Porém, é certo na doutrina que no Brasil não adotamos o sistema acusatório puro, e sim o chamado sistema acusatório misto, essa denominação nasce na França, trazida pela primeira vez no Code d’Instruction Criminelle, de 1808. Lima (2020, p. 45), renomado autor processualista penal, discorre sobre o sistema acusatório misto ou francês:

É chamado de sistema misto porquanto abrange duas fases processuais distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, destituída de publicidade e ampla defesa, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Sob o comando do juiz, são realizadas uma investigação preliminar e uma instrução preparatória, objetivando-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade, a oralidade, a isonomia processual e o direito de manifestar-se à defesa depois da acusação.

Entretanto, dado algumas particularidades, não podemos afirmar com precisão que o sistema processual brasileiro é misto. Na seara penal, Lima (2020, p. 47) direciona a entender o porquê não pôde dizer que no Brasil adotamos o sistema misto, pelo menos na esfera penal:

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório.

É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro. De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional.

Os doutrinadores Dinamarco, Badaró e Lopes (2021), em seu livro a Teoria Geral de Processo, lesionam sobre as idiosincrasias do sistema processual brasileiro, no qual,

em determinados casos, há uma maior abertura ao Juiz da demanda para a produção de provas. Dessa forma, ele intervém mais ativamente no processo, não mais como um mero ente inerte responsável somente pelo julgamento da lide, mas como um agente ativo que busca a verdade real dos fatos, isso tanto na seara cível como na penal.

A doutrina menciona que o mais sólido fundamento do princípio dispositivo seria a necessidade de salvaguardar a imparcialidade do juiz, essa regra é de inegável sentido liberal, porque a cada um dos sujeitos envolvidos no conflito sub judice é que deve caber o primeiro, e mais relevante, juízo sobre a conveniência ou inconveniência de demonstrar a veracidade dos fatos alegados.

Acrescer excessivamente os poderes do juiz significaria, em última análise, atenuar a distinção entre processo, dispositivo e processo inquisitivo (Lima, 2020, p. 43):

Todavia, diante da colocação publicitária do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada sua finalidade preponderantemente sócio política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir das últimas décadas do século XIX os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas em certas circunstâncias, conhecer ex officio de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir lhes eventuais condutas irregulares etc. Dentro desses princípios elaboraram-se os códigos processuais civis da Alemanha, da Itália e da Áustria, bem como os nossos, a partir de 1939.

No processo penal sempre predominou o sistema da livre investigação de provas. Mesmo quando no processo civil se confiava exclusivamente no interesse das partes para o descobrimento da verdade, tal critério não poderia ser seguido nos casos em que o interesse público limitasse ou excluísse a autonomia privada. A justificativa que se costumava invocar para tal diferenciação era a de que, enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a chamada verdade formal (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou verdade material).

Pois bem, toda essa sistematização, normatização e padronização do processo é em prol de um objetivo social e político: a obtenção da justiça. Mas, ao final, o que é justiça?

Justiça

Em magistrais palavras o doutrinador italiano Carnelutti (1964, p. 59):

A justiça é como uma rocha situada no cume dum monte: o homem não tem asas para chegar até ela voando. A única coisa que pode fazer é abrir caminho fadigoso até ela, escalando as ladeiras e, frequentemente, se perdendo e destroçando as mãos. O que o guia, o que o atrai, o que o eleva é a beleza daquele cume que respandece ao longe.

A importante ilustração do clássico doutrinador italiano coloca a justiça como um ideal, um objetivo a ser buscado, e isso é a mais pura verdade, dentro do judiciário o que se busca é justiça, e esse é o tema dos próximos parágrafos.

Ao longo da história, o conceito de justiça passou por diversas mutações e, de certo modo, até os tempos atuais ainda não é possível chegar a um conceito concreto do que seria justiça.

David Schmitz, professor de filosofia na Universidade do Arizona e diretor do Programa de Filosofia da Liberdade na mesma universidade, na maravilhosa obra “Os Elementos da Justiça”, descreve com maestria, que lhe é de rigor, o conceito de justiça, que em sua tese é: “A justiça trata daquilo que é devido às pessoas. Essa é, simplesmente, a forma incontestada como normalmente empregamos a palavra”.

Nesse sentido leciona Cunha (2009, p. 6-7):

Para muitas pessoas, a justiça consistiria em dar (atribuir, reconhecer) a cada um o que é seu, ou o que lhe é devido. Isso corresponde a) à chamada justiça distributiva que supõe uma autoridade encarregada de distribuir bens ou de julgar, e um concurso em que muitas pessoas disputam o mesmo bem, ou b) à chamada justiça comutativa, cabível nas relações contratuais ou de troca, em que o mesmo bem é disputado por duas pessoas ou por grupos de pessoas situadas em lados distintos, com interesses opostos.

O conceito de justiça também está ligado ao ideal de equilíbrio esse que pode ser pensado em diversos aspectos seja, material (indenização por um acidente de trânsito), social (condenação do agente que pratica conduta com alta reprovabilidade social), pessoal (condenação por dano moral), ou até mesmo espiritual ou religioso (para aqueles que creem na justiça divina), essa relação entre justiça e equilíbrio é a coluna dorsal da ideia do direito.

A relação entre justiça, direito e o equilíbrio pode ser extraída das principais conceituações do direito. Israel citando Tomás de Aquino, o direito designa uma relação vinculada pela igualdade (Israel, 2009, p. 01).

Reale (2013, p. 01) em Lições Preliminares de Direito, afirma que “aos olhos do homem comum o Direito é a lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros”.

Dentro do direito processual se percebe que a evolução dos seus sistemas, conforme visto acima, sempre foi com intuito de chegar mais próximo do equilíbrio entre as partes. Como foi explicado, partisse de um sistema inquisitivo (um sistema evidentemente desrazoável, diante da corrupção do magistrado quando atua nos dois lados do processo) para um sistema acusatório com distanciamento entre as partes responsáveis pela acusação e defesa, abandonando o sistema que centralizava o processo na pessoa do juiz.

Porém, como todo conceito abstrato e formulado pelas convenções sociais humanas, o ideal da justiça pode ser mal interpretado e mal utilizado pelo homem, o extremo sempre é um problema para as relações sociais, isso se vislumbra na política, na filosofia e na educação.

Com vista a impedir essas más interpretações sobre a justiça que podem partir de um subjetivismo exacerbado, nesse estudo fixa-se a ideia de que contemporaneamente justiça é aquilo que está na lei.

Nesse momento da história a justiça não é mais uma virtude da personalidade humana, mas sim como um princípio de organização social (Cunha, 2009, p. 14), organização essa como já exposto é orquestrada pelo direito.

Há uma presunção *juris tantum* que a norma jurídica corresponde aquilo que é

justo, ou seja, corresponde à justiça, ou seja, é relativa, e não absoluta, a presunção de que o legislador elabora as normas mais adequadas (justas) em benefício do povo (Cunha, 2009, p.09, p.13;).

Israel (2009, p. 5) citou Aristóteles ao afirmar que a lei positiva encontra, pois, a fonte de sua justiça em sua aptidão para assegurar o bem da comunidade, assim como em sua capacidade para conduzir os cidadãos ao bem que lhes é próprio, para existência virtuosa.

Mesmo havendo uma presunção relativa a sociedade entende que o respeito às leis é o caminho para se chegar à justiça.

O processo justo é também um aspecto da justiça na atualidade, uma vez que a justiça figura como um valor correspondente ao que é justo, e o justo é a medida do bom (Cunha, 2009).

Logo, o oferecimento do processo justo que respeita as leis em vigor é também oferece a sociedade a justiça.

Para Cunha (2009) O brocardo prevalecente, na atualidade, é *fiat justitia, pereat mundus*, e considera-se justo o que prescreve a lei, mesmo que em seu mais estrito rigor, a justiça na contemporaneidade corresponde ao que está previsto em lei.

Caso da operação lava jato

Primeiramente é necessário esclarecer que para esse estudo não será analisado o mérito das ações da lava-jato, ou seja, não se fará juízo quanto a prática ou não de qualquer ato relativo a lava-jato, mas se analisará somente os aspectos processuais com base nos julgamentos emitidos pelo E.STF e sobre esse não se fará juízo de certeza ou dúvida.

Esse estudo está centralizado nos aspectos processuais do Caso Lava-Jato, sobretudo quanto ao julgamento das ações que envolveram Luiz Inácio Lula da Silva.

Pois, conforme se verá a decisão final do STF não atingiu o mérito, mas apenas o desenvolvimento processual entendendo por nulidade processual da ação que, vale frisar, não pode se confundir com o mérito da ação

Assim, partisse para o caso concreto.

Em maio de 2014 foi iniciada a operação que 2 (dois) anos depois viria a ficar conhecida em todo mundo. Ela foi dividida em 80 fases com o foco em desconstruir grandes esquemas de corrupção no Brasil

Entre os investigados estavam o então presidente do Senado Federal Renan Calheiros, suspeito de envolvimento em fraudes na contratação do consórcio Estaleiro Rio Tietê pela Transpetro em 2010, e o ex- presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha.

Na 11ª fase a operação teve suas primeiras prisões de políticos, na 14ª fase são presos os maiores empreiteiros do país presidente da Odebrecht, Marcelo Bahia Odebrecht, e o presidente da Andrade Gutierrez, Otávio Marques de Azevedo.

17.^a Fase chamada de Pixuleco, o ex-ministro da Casa Civil do Governo Lula, José Dirceu de Oliveira e Silva é investigado.

Na 58.^a fase chamada de Piloto II que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva se tornou réu em mais um processo movido pelo Ministério Público Federal. Neste caso, ele vai responder por lavagem de dinheiro por receber a quantia de R\$ 1 milhão do grupo brasileiro ARG, valores que foram supostamente escondidos na forma de doação ao Instituto Lula.

Outro lado na ação penal de n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR o ex-presidente era acusado de ter recebido vantagens indevidas em forma de melhorias no seu Triplex do Guarujá.

Neste cenário, quando as investigações chegaram a Lula, ocorreram grandes movimentos sociais, tanto pró quanto contra o ex-presidente, causando, nas palavras do ministro Ricardo Lewandowski, “*uma revolução no Brasil*”, frase essa afirmada em palestra em Washington, D.C. (2015) ao tratar sobre as investigações da Operação Lava-Jato.

No dia 17 de julho de 2017 o ex-presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, foi condenado a 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de prisão, e sua prisão foi decretada no dia 7 de abril de 2018, onde ficou detido na sede da Polícia Federal de Curitiba.

Ressalta-se que, nesse estudo é necessário se distanciar das ideias sociais e ideológicas, deve-se apegar às discussões jurídicas, principalmente na área processual, pois essas sim são importantes para o raciocínio lógico-jurídico desse estudo.

A crise que levou a decretação de nulidade do processo que julgava o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi referente a competência da Justiça Federal de Curitiba para julgar o processo do ex-presidente, especificamente da 13^a Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba.

Como se saber a forma principal de definição da competência no processo penal brasileiro coincide com o foro do local em que se consuma a infração ou, no caso dos crimes tentados, do lugar em que for praticado o último ato de execução (art. 70 do CPP) (Fachin, 2020, p. 8).

Essa regra central da fixação de competência do processo penal brasileiro deve ser seguida em todos os casos de tal forma que aspectos sociais e cultura não devem influenciar naquilo que está precisamente previsto em lei - essa é a essência do devido processo legal.

No caso do então ex-presidente Lula foi questionado o seguinte: “Afinal, se o ex-Presidente Lula exercia suas funções em Brasília, se a OAS tinha sede em São Paulo e se a suposta vantagem indevida teria sido paga no Guarujá, em Atibaia ou em São Bernardo do Campo, por que, afinal, o julgamento haveria de ocorrer em Curitiba/PR?”²⁴.

Cabe nesse momento perquirir sucintamente sobre a situação processual que recaia sobre o Ex-presidente.

Foi impetrado ordem de *Habeas Corpus* de n. 193.726, contra as ações penais 5021365-32.2017.4.04.7000/PR, 5063130-17.2018.4.04.7000 e 5044305-

²⁴ HC 193726 AGR / PR - Voto do Min, Fachin, p.09.

83.2020.4.04.7000/PR, em decisão liminar o Excelentíssimo Min. Edson Fachin (2020, p. 45), declarou a incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba para processar e julgar a Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, determinando-se, entre os efeitos correlatos, a remessa dos autos à Seção Judiciária do Distrito Federal.²⁵

A Procuradoria-Geral da República interpôs agravo interno contra a decisão que entendeu pela incompetência. A relatoria do agravo coube ao Min. Edson Fachin que em seu voto destacou as incongruências na fixação da competência da Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba.

No seu voto, que foi seguido pelo plenário, o Ministro Relator afirmou que durante todas as fases do processo que decorreram da Laja-Jato em relação ao Ex-Presidente Lula nunca ficou claro a *vis atractiva* da competência para a Comarca de Curitiba, pois, desde os primeiros anos da Operação Lava Jato, houve intensos questionamentos sobre o critério de conexão utilizado (Fachin, 2020).

Segundo o Min. Edson Fachin (2020) ao invés de discriminar os objetos de cada uma das denúncias, as decisões do Juízo de Primeiro Grau foram sintéticas, reproduziam argumentação generalizante que levava à tese de que todo e qualquer fato potencialmente relacionado às fraudes no Sistema Petrobrás seriam de sua competência²⁶. observa-se que indiretamente as decisões de primeiro grau também afrontaram o dever de fundamentação das decisões, garantido na constituição federal, art. 93, IX.

Em síntese o Ministro entendeu que não havia conexão entre os fatos investigados pela força tarefa da lava-jato, que investiga os atos lesivos contra a Petrobras, e os crimes imputados ao Ex-Presidente Lula.

O Min. Fachin destacou que a situação do caso Lava-Jato tinha como matéria controvertida no caso concreto tem como pano de fundo o princípio da garantia do juiz natural e a observância dos critérios constitucionais e legais de fixação da competência (Fachin, 2020, p. 20), observa-se que indiretamente as decisões de primeiro grau também afrontaram o dever de fundamentação das decisões, garantido na constituição federal, art. 93, IX.

Isso porque naquele caso não estavam sendo respeitados os critérios de fixação de competência estabelecidos pela lei, estaria naquele caso havendo uma usurpação de competência.

Pois bem, o Princípio do Juiz natural segundo Greco (2002, p. 17) é um dos pilares do processo justo:

Todos têm direito ao julgamento de sua causa por um juiz abstratamente instituído como competente pela lei antes da ocorrência dos fatos originadores da demanda. Se esses fatos forem anteriores à instituição do juízo competente, é preciso que a sua ocorrência não tenha sido determinante na fixação da competência deste juízo, que teria sido a mesma, ainda que eles não tivessem ocorrido. O juiz natural é o juiz legalmente competente, aquele a quem a lei confere *in abstracto* o poder de julgar determinada causa, que deve ter sido definido previamente pelo legislador por circunstâncias aplicáveis a todos os casos da mesma espécie, e não por um juízo discricionário ou com a intenção deliberada de que esta ou aquela causa seja julgada por um ou outro juiz.

²⁵ HC 193726 PR - STF

²⁶ HC 193726 AGR / PR - Voto do Min, Fachin, p.09.

...

Como bem assinala Serge Guinchard, a garantia do juiz natural tem por finalidade essencial assegurar a igualdade de acesso à justiça de todos os cidadãos e a igualdade de tratamento. O artigo 14, § 1o, do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas proclama que “todos são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça”. Abolidos pelo Estado Democrático de Direito todos os privilégios de jurisdição, todos os cidadãos devem ser julgados pelos mesmos juízes, de acordo com as mesmas regras. Ninguém deve ser protegido por um juiz especial, como ninguém deve ser perseguido por um juiz ad-hoc.²⁷

Assim, fica claro que os processos da Lava-jato contra o Ex-Presidente Lula não se perderam por uma questão de mérito, mas sim por um aspecto processual.

A ausência de um processo justo que respeitasse as leis processuais, em especial nesse caso as normas de fixação de competência, fez com que um trabalho de investigação e jurisdição de anos fosse “jogado fora”, sem que se chegasse ao real julgamento do mérito.

Esse caso emblemático e recente da Lava-Jato serve para demonstrar como é importante o respeito às normas processuais, não há julgamento justo sem que sejam respeitadas as normas processuais vigentes, as normas processuais garantem que não somente o resultado seja justo mas que o meio utilizado para chegar a ele também o seja.

Por mais legítimo que seja o ideal perseguido por qualquer indivíduo, não justifica afronta a uma lei. A lei deve ser respeitada para que na sociedade não paire dúvidas quanto à legitimidade da ação, pois não há justa causa que justifique uma afronta ao ordenamento jurídico, a segurança jurídica deve ser uma máxima maior para toda sociedade.

EQUILÍBRIO ENTRE A BUSCA DA VERDADE REAL DOS FATOS E O PROCESSO JUSTO

Como todo ramo do direito, o direito processual também tem seus princípios (do latim *principium*, “origem, causa próxima, início”, de primus, “o que vem antes”, do grego *prin*, de mesmo significado) que forma a base de sustento e de partida para a atuação estatal e também funcionam como garantia as partes dentro do processo.

Entre os principais princípios temos o do devido processo legal e o da busca da verdade real dos fatos. O primeiro já foi bem comentado em tópicos anteriores, e serve como base para esse artigo, quanto ao segundo, é prudente fazer uma breve digressão sobre ele antes de darmos continuidade a esse tópico.

O doutrinador, professor e ex-desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Humberto Theodoro Júnior ao fazer comentário sobre o princípio da verdade real faz inicialmente um poderoso apontamento:

A função da jurisdição deixou de ser apenas a de propiciar instrumentos aos litigantes para solução de seus conflitos, passando a desempenhar relevante missão de ordem pública na pacificação social sob o império da lei.

Nesse processo moderno, o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome atua. Todos agem, assim, em direção ao escopo de cumprir os desígnios máximos da pacificação social. A eliminação dos litígios, de ma-

²⁷ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. 2002. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 10 de jan. de 2023.

neira legal e justa, é do interesse tanto dos litigantes como de toda a comunidade. O juiz, operando pela sociedade como um todo, tem até mesmo interesse público maior na boa atuação jurisdicional e na justiça e efetividade do provimento com que se compõe o litígio (Theodoro Júnior, 1999, p. 46).

Portanova (1997, p.199), desembargador no estado do Rio Grande do Sul, corrobora o entendimento firmado por Theodoro Júnior:

Assim, a par de não se admitir o princípio dispositivo rígido (...) cada vez mais aumenta a liberdade na investigação da prova, em face da socialização do Direito e da publicização do processo, razão que levou Lessona a afirmar que, 'em matéria de prova, todo progresso está justamente em substituir a verdade ficta pela verdade real.

De fato, o nobre doutrinador tem razão ao iniciar os comentários sobre o princípio da verdade real dos fatos pela evolução do processo dentro da sociedade pois, como já foi comentado, o processo evoluiu para se tornar mais humano, chegando mais próximo do ideal de justiça (considerando-a como equilíbrio social), por óbvio não há justiça em um processo prioritariamente privado, ele necessita de isonomia para que expresse a verdade social e não a vontade de uma das partes, pois acontece que em um processo privatizado poderá haver desequilíbrios pendendo para o mais forte, seja qual for o aspecto.

Bem verdade é que a "verdade real" é um ideal, um objetivo, pode-se dizer que é uma meta imposta às partes e principalmente ao juiz, pois esse tem a competência para estipular a verdade formal que, em tese, deve esta alinha à verdade social.

Não pode falar em justiça na decisão do juiz sem que esse tenha feito uma efetiva busca dentro do processo, das verdades fáticas e sociais do litígio, de modo que não há justiça sem verdade, neste sentido Moreira (1984, p. 3) afirma que "A justiça da decisão se condiciona ao esclarecimento, tão completo quanto possa ser, da situação fática subjacente ao litígio".

Porém, a busca da verdade real deve estar equilibrada com o princípio do processo justo (ou devido processo legal, sendo mais clássico), não pode a busca pela verdade servir de pretexto para burlar leis processuais que imprimem ordem ao processo.

Mas como diz Alexy (2007, p. 6), doutrinador alemão: "a colisão de princípios é superada por meio de um esquema de ponderação, isto é, atribui-se, em face de uma situação objetiva, peso maior a determinado princípio em relação a outro". Ele ensina sobre a técnica de ponderação dos princípios, isso diante da premissa que nenhum princípio é absoluto.

A ponderação implica a subsunção de determinado princípio a outro quando esses entram em conflito no caso concreto. Logo, na vivência forense o magistrado não poderá pender excessivamente para o princípio da busca pela verdade real, de forma a ultrapassar as normas processuais e agredir o devido processo.

Outro ponto que merece destaque é que qualquer resultado que saia de um processo que pule preceitos normativos nunca terá o apoio social e sempre será contestado diante da massa, seu resultado nunca será considerado justo pelo fato de ter sido obtido através de condutas ilegais ferindo o Estado Democrático de direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acordar pela manhã, fazer um café, se arrumar e percorrer o mesmo caminho para o trabalho é a rotina de muitos brasileiros, essa rotina traz segurança, lembra saber o que tem que ser feito, transita por um caminho conhecido gera sensação de segurança, mas claro que até mesmo dentro daquilo considerado rotineiro e conhecido a falta de atenção pode nos custar caro, o caminho que diariamente é percorrido pode surgir uma pedra somada a desatenção gerar um acidente, ou seja, mesmo naquilo que julgamos conhecer precisamos ter atenção.

Da mesma forma tem o processo, deve sentir confiança no processo quando diante de um caso concreto percebemos que as normas e garantias processuais foram respeitadas.

Quando se tem um processo justo temos uma sociedade segura, que confia nas instituições democráticas.

A ideia de Estado Democrático De Direito e de segurança jurídica não coaduna com a ideia de um processo que não respeita as normas processuais, baseado nas suas próprias convicções busca uma justiça que não está alinhada com os princípios democráticos, mas tão somente na subjetividade de uma pessoa ou grupo.

No momento em que estamos diante da evolução da ciência do direito e da teoria do Estado não podemos aceitar mais atuações estatais baseada em achismo, subjetividade, crenças e emoções.

É necessário se amparar em normas que garantem a segurança jurídica dentro de um processo, não podemos aceitar que juiz ultrapassem as normas processuais por mera convicções, mesmo que isso seduza nosso senso comum, temos que pensar que a ideia de devido processo legal e de segurança jurídica foram princípios criados durante séculos de evolução do pensamento sobre o direito, não podemos crer que meras situações circunstâncias e momentâneas são dignas de trepidar tais princípios básicos para a vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BELOCCHI, Marcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 109p.

CARNELUTTI', Francesco. **Como se Faz Um Processo**. 3. ed. Leme, Rio de Janeiro: EdIJur, 1964.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. Cidade: Ed. Malheiros, 2015. 320p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Uma Deusa Chamada Justiça**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2020

DINAMARCO, Candido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES, Bruno Vasconcelos. **Teoria Geral do Processo**. 33. ed. São Paulo: [s. n.], 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2021. 546p.

FUX, Luiz. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Gen Jurídico, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral E Processo De Conhecimento**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2019.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 23 de jan. de 2023.

ISRAEL, Nicolas. **Genealogia do Direito Moderno: O Estado de Necessidade**. 1. ed. São Paulo: Wmf martins forte, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 25. ed. [S. l.]: SaraivaJur, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Processo Penal**. 8. ed. rev. atual. e aum. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2020.

LOBO, Marcelo. **Segurança jurídica: um objetivo constante**. Migalhas, São Paulo, ano 2018, p. 1, 7 maio 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/279523/seguranca-juridica--um-objetivo-constante>. Acesso em: 17 ago. 2022.

LOBATO, Monteiro. **Migalhas de Monteiro Lobato**. 1. ed. São Paulo: Migalhas, 2020.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 35.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional**. São Paulo: RT livraria, 2021.

MARIOTTI, Alexandre. **Princípio do devido processo legal**. 2008. 131f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul. 2008. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/13555> Acesso em: 11 de jan. 2023.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei n. 9.784/1999**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual - Terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MPF. **Entenda o caso Lava-Jato**. 2022. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso>. Acesso em: 13 jan. 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2021.

PEREIRA, Ana Paula Silva Pereira. **Segurança Jurídica e Devido Processo Legal Administrativo: estudo acerca da realização da segurança jurídica administrativa por meio da aplicação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, a partir da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 24.781/DF e 25.116/DF**. 2014. 183f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Centro Universitário De Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8603/1/61101010.pdf> Acesso em: 15 jan. 2023.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 1.ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIGHI, Eduardo Camargo. **A perspectiva de uma nova justiça**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 62. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2021. v. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 62.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 1035p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo**. Brasília, v.48, n. 190, p. p. 237–263, 2011. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/190/ril_v48_n190_t1_p237.pdf. Acesso em: 05 jun. 2023.

THEODORO Júnior, Humberto. **Princípio da verdade real – Poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações de investigação de paternidade (DNA)**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, n.3, out/dez, 1999.

THEODORO Júnior, Humberto. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. In ASSIS, Araken (Coord.): MOLINARO, Carlos Alberto; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual: Homenagem 50 Anos de Docência do Professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 Anos de Docência do Professor Sérgio Gilberto Porto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 263p.

Capítulo 10

Introito comparativo sobre: arbitragem, conciliação e mediação

Arivandre Araújo Guimarães Tavares

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. Psicólogo, pela Universidade Luterana de Palmas. Gestor Público, pela Faculdade da LAPA.

RESUMO

O estudo apresenta aspectos conceituais, simplificados e comparativos sobre a arbitragem, conciliação e mediação de conflitos. Aponta saberes e exemplos de atuação prática, por profissionais. O objetivo primário é introduzir conceitos, apresentar comparativos, didaticamente, de forma a reconhecer a teoria e a fonte de direito. Com uma óptica multidisciplinar, envolve conceitos da psicologia, do direito e da administração pública, com intuito de permitir uma melhor compreensão quanto ao campo de atuação, sejam por heterocomposição e a autocomposição. A pesquisa é bibliográfica exploratória, assim permite maior enlace entre as ciências correlacionadas. Possui uma grande relevância, visto que no Brasil, possuem ativos cerca de 21,3 milhões de processos e apenas 18 mil juízes para julgá-los.

Palavras-chave: arbitragem; conciliação; mediação; heterocomposição; autocomposição.

INTRODUÇÃO

Os conflitos surgem, quando existem divergências de ideias, podendo ser entre indivíduos, grupos, comunidades e nações. De acordo com Silva (2006, p. 16 *apud* Costa, 2015, p. 4), o conflito existe, pois um dentre os lados envolvidos, resolve agir, fazendo com que o outro lado sintam-se compelido a reagir. Em outros termos é um movimento de ação e reação.

Segundo Martinelli e Almeida, (2015), em geral ocorrem por: competição, choques entre valores e/ou culturas, definição de responsabilidades indesejáveis/desejáveis quanto à execução, mudanças que geram medo/desconfiança ou mesmo pelo poder (Greene, 2000).

Greene (2000) assegura ainda que a maioria das pessoas, vivem constantemente, inseridas em redemoinho de emoções, constantemente reagindo, ou alimentando debates, discussões e conflitos, o que indica que é um gasto de energia, bem como um sinal de perda de poder, de autocontrole e de domínio sobre suas emoções.



Dessa forma, é perceptível, que o conflito pode nascer por diversos motivos diferentes. A sua natureza, a forma como foi conduzida uma negociação, em razão de má interpretação, incompreensão quanto aos interesses e necessidades das partes, podendo gerar a necessidade de intervenção de terceiros.

A intervenção de terceiros, no Brasil, é reconhecidamente realizada pelo Poder Judiciário. A figura do juiz, ou do Poder Judiciário ou do julgador, possui uma longa história no país e no mundo com seu nascimento “de fato” possuindo registros históricos milenares. Apenas para termos didáticos, será apontado seu nascimento, “de direito”, no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), especialmente o art. 5º inciso XXXV e art. 92 e seguintes.

Para tanto, o escopo do presente trabalho, não é o conflito em si, doravante fosse importante entender sua existência e formação de forma breve, para entender os caminhos para sua resolução. O objetivo deste trabalho é apresentar conceitos sobre arbitragem, conciliação e mediação de conflitos, exemplos práticos, atividades que podem ser desenvolvidas por pelo menos três tipos de profissionais.

A relevância desse breve estudo é a existência de mais de vinte e um milhões de processos judiciais no Brasil, em aberto. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2023) há apenas 18 mil juízes distribuídos em varas, comarcas e jurisdição, onde é gritante a impossibilidade de resposta rápida ao clamor social, ou seja, sentimento de justiça realizada, de garantia de seu direito, ou de entendimento de que não é seu direito, onde existir o próprio conflito.

Essa falta de celeridade, pode causar sensação de insegurança no meio social. Além disso, fere o princípio da razoável duração do processo, determinado pela Emenda Constitucional nº 45, do ano de 2004, que estabelece um prazo razoável para solução da lide, enquanto direito fundamental do cidadão brasileiro (Brasil, 1988).

Cappelletti e Garth (1988) asseguram que esse direito ao acesso efetivo à justiça, está ganhando espaço de forma fervorosa, visto que o titular do direito pleiteado, é destituído de sentido, na própria ausência de mecanismos para efetivar sua reivindicação, cabendo nestes casos, a intervenção célere da: arbitragem, mediação ou conciliação.

Ao contrário do que existiu no sistema *laissez-faire*, onde a justiça e outros bens, eram alcançados apenas por aqueles que detinham poder e recursos, segundo Cappelletti e Garth (1988) o Brasil, desde 1988, passou a buscar garantir acesso à justiça. Como dito pelos autores: “O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva” (Cappelletti e Garth, 1988, p. 9).

A partir do entendimento sistematizado da atuação desses profissionais, esse estudo busca dialogar com a sociedade, bem como apresentar para outros profissionais, quanto à possibilidade do exercício de uma missão pública: assegurar o acesso à justiça, de forma ampla, realizando um serviço público de qualidade e permitindo um melhor e mais harmônico desenvolvimento social brasileiro.

Por fim, este estudo foi conduzido respeitando a prática da pesquisa bibliográfica. Utilizou como metodologia a busca e leitura de: textos, livros, doutrinas, teses, dissertações,

informativos, leis, decretos, *modus operandi* extraídos de registros em memoriais de órgãos públicos, registros científicos sobre o tema, todos pesquisados nos principais sistemas e sítios de busca universitários e das instituições públicas.

MEIOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

Conciliação, mediação e arbitragem

No Brasil, existem pelo menos três meios de solução de litígios, sem a intervenção do Poder Judiciário, são elas: a conciliação, a mediação e a arbitragem. Nos três casos, a Constituição Federal garante a revisão, nos termos do art. 5º Inciso XXXV: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (Brasil, 1988).

Por serem meios alternativos de resolução de litígios, podem dar celeridade às soluções de litígios, disputas e até ações judiciais, ou eventos que evitem as ações judiciais. A Lei Federal nº 13.105/2015, garante aos tribunais, centros especializados na solução consensual de conflitos, vejamos:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. (Brasil, 2015, grifo meu).

Apesar de serem independentes, os tribunais criam as normas para o melhor funcionamento de cada centro especializado por estas audiências. Buscam, através de programas estimular e treinar conciliadores e mediadores voluntários e em alguns casos remunerados/indenizados.

Algumas boas práticas, realizam processos seletivos, de profissionais de nível superior, CNJ (2010), com formação em: direito, psicologia, serviço social e pedagogia, para as funções de: conciliador e mediador. Em outros casos, também com resultados positivos, tais profissionais efetivos nos Estados ou municípios, são cedidos aos tribunais, para o exercício dessas atividades tão importante, a partir de termos de convênios.

Art. 165.

§ 2º **O conciliador**, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, **poderá sugerir soluções para o litígio**, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º **O mediador**, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, **auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos** (Brasil, 2015, grifo meu).

Enquanto meios alternativos de resolução de litígios, desenvolvem atividades que indique sugestões, para juntos alcançarem consenso, respeitando os interesses de cada parte, na resolução de conflitos. A mediação, está mais voltada ao diálogo, entre duas ou mais partes. Nesses casos, prevalece a vontade das partes, o mediador é trazido como promotor de diálogo, sem impor qualquer solução.

Para Câmara (2002, p. 94-95), a conciliação busca viabilizar soluções de conflitos, anteriores à audiência de instrução e julgamento:

Esta não deve ser confundida com transação, à qual é, em verdade, apenas um dos possíveis resultados da conciliação. Obtida esta, pode-se ter verdadeira transação (quando houver, de parte a parte, concessões mútuas), bem assim renúncia à pretensão (por parte do demandante) ou reconhecimento da procedência do pedido (por parte do demandado), sendo certo que todos estes resultados levarão à extinção do processo com resolução de mérito (Câmara, 2002, p. 94-95).

Não há o que falar em imposição ou interferência, nos casos que existam a participação de mediadores, sejam judiciais e extrajudiciais. Para Aguiar (2009, *apud* Abbagnano, 2003, p. 655), a mediação é:

1º Segundo Aristóteles, o silogismo é determinado pela função mediadora do termo médio, que contém um termo e é contido pelo outro termo. (An.pr. I, 4, 25 b 35) (v. Silogismo); 2º Segundo a Lógica de Port-Royal, a Mediação é indispensável em qualquer raciocínio. 'Quando apenas a consideração de duas ideias não é suficiente para se julgar se o que se deve fazer é afirmar ou negar uma ideia com a outra, é preciso recorrer a uma terceira ideia, simples ou complexa, e esta terceira ideia chama-se intermediária' (Arnauld, Log., III). 3º Segundo Hegel, a Mediação é a reflexão em geral (Werke, ed. Glockner, II, p. 25; IV, p. 533, etc.) 'Um conteúdo pode ser conhecido como verdade só quando não é mediado por outro, quando não é finito, quando, portanto, medeia-se consigo mesmo, sendo, assim, o todo em um, Mediação é relação imediata consigo mesmo.

Outro meio de resolução extrajudicial de conflitos, é a arbitragem. A Lei Federal nº 9.307/1996 é responsável no Brasil, por regular a atividade do árbitro. Segundo a inteligência legal, as pessoas capazes, podem contratar os serviços da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direito patrimoniais disponíveis.

Para Marques (2018) a sentença proferida na Câmara Arbitral, possui pelo menos duas vantagens em razão da justiça brasileira. A primeira é que é possível estabelecer maior celeridade, uma vez que há no sistema judiciário um acúmulo muito elevado, já registrado neste. A segunda vantagem é que, pode exercer a arbitragem, um profissional técnico, como por exemplo: em situações que envolvam a necessidade de conhecimento técnico de um engenheiro, poderá ser eleito um engenheiro com conhecimento no campo, e que possua a confiança de ambas as partes.

COMPARATIVO ENTRE: CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

Os três casos são métodos alternativos de solução de conflitos, como visto anteriormente. A mediação e a conciliação, encontram previsão legal na Lei Federal nº 13.140/2015. No primeiro caso, a mediação é um meio de solução de controvérsia entre particulares. No segundo caso, a conciliação é uma forma de autocomposição de conflitos, no âmbito da administração pública (Brasil, 2015). Já a Câmara arbitral possui uma intervenção do juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem, em cláusula compromissória e o compromisso arbitral (Brasil, 1996).

Leciona Serpa, (2018, p.173 *apud* Ferraz, 2022) que a mediação se divide em três tipos: facilitadora, narrativa e transformativa. A facilitadora que é conhecida também como tradicional, onde o mediador não promoverá muitas intervenções, apenas o diálogo entre as partes. A narrativa, onde o foco é o conflito, onde as partes narram suas versões, e depois

disso, criam juntas uma terceira com interesses mais próximos. E por fim a transformativa, onde foca na compreensão um do outro.

Para o autor, é quando há uma reformulação de ideias, sem desprezar o contexto individual, contudo, por meio de perguntas, é dada maior compreensão ao outro. Já a conciliação, possui o foco propositivo. Segundo Cabral (2017, p. 37), a conciliação é uma atividade propositiva, que visa primordialmente a autocomposição, por meio de encerramento da disputa, alcançando soluções práticas e com equilíbrio.

No que tange à submissão das partes ao juízo arbitral, é fundamental que seja de forma expressa, através de manifestação das partes, em convenção arbitral. Neste caso, esta convenção é gênero, didaticamente divide-se em duas espécies, sendo elas: o compromisso e a cláusula arbitral.

De acordo com Azevedo (1996, p. 266) o compromisso é um negócio jurídico bilateral, onde as partes estabelecem a submissão à decisão arbitral, no caso de controvérsia. Já a cláusula arbitral, no mesmo documento, indica a relação jurídica entre as partes, onde o direito disponível, a partir de previsão expressa, poderá ser resolvido por árbitros.

Rodvalho (2015, p. 15), acredita que:

A arbitragem, por sua vez, é célere. A própria Lei de Arbitragem fixa o prazo de seis meses para terminar, ainda que não seja incomum sua prorrogação. Mas, mesmo com a prorrogação, a média das principais câmaras arbitrais é de pouco mais de um ano de duração, com realização de provas e audiências. Isso sem se falar nas chamadas arbitragens expeditas, mais céleres ainda.

Ou seja, para o autor, além de ser mais célere, o Brasil é um país que indica um ambiente propício para desenvolvimento da prática. Possui reconhecimento internacional, sendo premiado com GAR's 50, ou: "*Jurisdiction that made great progress improving its arbitration regime in 2013*" (Rodvalho, 2015, p. 11).

É importante ainda, estabelecer uma breve diferença entre as formas de solução de conflito, especialmente a extrajudicial. Existindo inicialmente, segundo Silva e Gomes (2006, p. 91) a autotutela. Nela, o autor, assegura que é uma forma de resolução de conflito, onde a medida da solução se dá pela força física, contrariando a própria existência do Estado Democrático de Direitos. Pode ser dito, que este modelo de solução de conflitos é o mais primitivo, dos já existentes.

Por outro lado, existe a chamada autocomposição. Nela, são estabelecidos diálogos que permeiam a lide, fazendo com que cada parte possa conhecer da outra, inclusive suas crenças e percepções sobre a questão (Brasil, 2015).

Warat (2001, p. 80) assegura que o mediador e/ou o conciliador exerce a função de negociador do litígio. Busca reduzir a relação conflituosa diferente da arbitragem, que possui o modelo de heterocomposição, onde um terceiro irá decidir a lide, ouvindo as partes, realizando audiências, colhendo provas, dentre outras.

Conciliação, mediação e arbitragem

Tabela

	MEDIAÇÃO	CONCILIAÇÃO	ARBITRAGEM
LEI FEDERAL	Lei 13.140/2015	Lei 13.140/2015	Lei 9.307/1996
MÉTODO	Autocomposição	Autocomposição	Heterocomposição
OBJETO	Direitos disponíveis. Excepcionalmente indisponíveis, cujo valor possa ser convencionado.	Direitos disponíveis. Excepcionalmente indisponíveis, cujo valor possa ser convencionado.	Direitos disponíveis. Excepcionalmente indisponíveis, cujo valor possa ser convencionado.
ABORDAGEM	O conflito é tratado de forma profunda, restaurando o diálogo e a compreensão.	O conflito é tratado de forma pontual, buscando acordo entre as partes.	O conflito é tratado conforme informado e instruído pelas partes.
CONTEXTO	Executado fora do controle do Poder Judicial.	Exercido sob o controle do Poder Judicial, antes ou durante o processo.	É extrajudicial.
TEMPO	Depende da forma utilizada pelo Mediador.	É resolvido de forma mais célere que a Mediação e a Arbitragem.	Pode ser resolvido em 6 meses, prorrogável por igual período.
TERCEIRO	Mediador	Conciliador	Árbitro
REGIME	Não possui	Lei 9.099/95 e CPC	Lei 9.307/1996
FORÇA DA DECISÃO	Contrato entre as partes. Ou se homologado por juiz, título executivo judicial (art. 475-N, V do CPC).	Acordo, quando homologado pelo juiz, título executivo judicial, não cabendo recurso da sentença. Art. 41 da Lei 9.099/1995	Eficácia de decisão judicial. Título executivo judicial. Art. 475-N, IV do CPC.

EXEMPLO DA ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO PSICÓLOGO

Na mediação

O profissional de psicologia, possui sua profissão criada e regulada pelas Leis Federais n.º 4.119/1962 e 5.766/1971 (Brasil, 1962 e 1971). A primeira lei fala sobre os cursos de formação de psicologia, e regulamenta a profissão de psicologista. Já a segunda lei, cria o Conselho Federal de Psicologia e os Conselhos Regionais.

Os Conselhos Federal e Regionais são entes federais, de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, que juntos constituem uma autarquia federal, nos termos do art. 1º da Lei Federal nº 5.766/1971 (Brasil, 1971).

Existem para orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de psicólogo, bem como zelar pela observância dos princípios éticos e disciplinares da classe. Nesse condão, quando o psicólogo, realiza uma conduta que vá de encontro com o Código de Ética profissional, Resolução do Conselho Federal nº 010/2005, ele pode responder por falta ética (CFP, 2005).

Se sua conduta for contra outras resoluções do Conselho Federal ou dos Conselhos Regionais, poderá responder por falta disciplinar. E se quem cometer qualquer das infrações for Conselheiro titular ou suplente, no ato, poderá responder em uma Ação Ordinária, conforme estabelece o Código de Processamento Disciplinar da Psicologia Resolução CFP nº 11 de 14 de junho de 2019 (CFP, 2019).

Dito isso, no ato do recebimento da Representação ética, disciplinar ou ordinária, segundo o art. 59 da Resolução 11/2019, alínea “f”, deve ser oferecida possibilidade de

solução da contenda, de forma que prevaleça a autocomposição.

Em seguida, o profissional poderá manifestar em defesa, o interesse ou não de participar da mediação, nos termos dos arts. 63 e 66, onde seguirá o fluxo do art. 160 todos da Resolução CFP nº 11/2019.

A mediação, na psicologia, é dirigida por psicólogo, para solucionar casos de processos, procedimentos e representações que envolvam: psicólogo com psicólogo ou psicólogo com terceiro(s). Cada conselho criará sua Câmara de Mediação (art. 160 da Resolução CFP nº 11/2019).

De forma célere, o psicólogo fará o caminho processual previsto no Código De Processo Disciplinar da Psicologia. Nesse sentido, o psicólogo irá dirigir os trabalhos, conforme todo o contexto da demanda, permitindo oitiva e desenvolvimento de relatórios, contendo todas as informações necessárias para elaborar um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), onde, restando possível a mediação, serão convidados para uma reunião, em que serão lidos os relatórios e o TAC, para que ambos os envolvidos possam assinar (Brasil, 2019, art. 163 e 166).

Conforme Brasil (2019, art. 167) quanto o acordo for homologado pelo Plenário do Conselho Regional ou pelo Plenário do Conselho Federal, assinado por duas pessoas, bem como pelas partes, se torna título executivo extrajudicial.

Assim, o profissional de psicologia, possui atividade de mediação dentro de seu próprio Conselho de Classe, onde seus conselheiros poderão ser: mediadores, relatores do procedimento e órgão julgador para homologar o acordo.

Na Conciliação

Já a Conciliação, dentro do mesmo ambiente da psicologia, pode ser feita quando os Regionais possuem Resoluções Próprias que estabeleçam a sua prática. Isso porque, em geral, ocorre quando o Psicólogo, enquanto Conselheiro do Conselho Regional ou Federal, realiza atividade de Gestão, ou seja, responsável pela administração e pela resolução das contendas.

A exemplo do Estado do Tocantins, o Conselho Regional de Psicologia da 23ª Região, possui essa possibilidade, nos termos da Resolução do Conselho Federal nº 040/2013, que estabelece o Regimento Interno da Categoria (CFP, 2013).

O art. 42 combinado com o art. 104, ambos da Resolução do CFP 040/2013, determinam as atribuições dos Conselheiros, inclusive nos casos de não haver previsão positivada nos seus regramentos, desde que sejam respeitadas as normas legais vigentes.

Apesar de não existir procedimento, determinado para apuração de falta disciplinar de funcionários, o CRP 23, possui prerrogativa que incube ao coletivo da gestão, ou ao Plenário, o exercício de punir ou dispensar funcionários:

Art. 16. Compete ao Plenário, privativamente, o exercício das atribuições que se seguem:

XVI – Proceder à contratação de pessoal necessário ao serviço do Conselho Regional de Psicologia, assim como a promoção, punição, dispensa, suspensão de contrato e férias dos funcionários e, se for o caso, dos prestadores de serviços (Brasil, 2013, grifo meu).

Dessa forma, mesmo que não haja nesse regramento uma forma pré-estabelecida do processo/procedimento a ser adotado, o CRP 23, possui a Resolução nº 16 de 15 de junho de 2023, que determina a atribuição de presidência do Procedimento Administrativo para aferição de conduta realizada por funcionários, aos psicólogos efetivos do quadro, conforme anexo VI, das atividades básicas do Cargo de psicólogo.

Nestes casos, conforme CFP 23 (2023, p. 18), o psicólogo/funcionário buscará realizar tudo a seu alcance para gerenciar possíveis crises, para manter a ordem e a disciplina institucional, iniciando sempre com a atividade de conciliação.

Na Arbitragem

O psicólogo, na arbitragem, pode atuar enquanto Árbitro ou Perito especialista. Enquanto responsável pela decisão, irá respeitar o método de solução de conflito, extrajudicial de heterocomposição (Carmona, 2009).

Segundo Brasil (1996, art. 13) pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha confiança entre as partes. Podem ser nomeados, um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, para realizar o julgamento da lide, de direito disponível, ou de direito indisponível, cujo valor possa ser estabelecido.

Nesse sentido, o psicólogo, que possuir conhecimento sobre o tema, disponibilidade, treinamento e que se encontre preparado para atuar nessa seara, poderá exercer a função de Juízo Arbitral, nos termos da Lei supracitada, combinada com o art. 1º, alínea “b” da Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 10/2005, a seguir:

Art. 1º - São deveres fundamentais dos psicólogos:

(...)

b) Assumir responsabilidades profissionais somente por atividades para as quais esteja capacitado pessoal, teórica e tecnicamente. (Brasil, 2005, p. 8).

Igualmente, pode atuar como perito nos juizados arbitrais, termos previsto no art. 22 da Lei Federal nº 9.307/1996), combinado com a Lei Estadual do Tocantins nº 2.808/2013 e a Lei Federal nº 13.105/2015, vejamos:

Art. 22. **Poderá o árbitro** ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e **determinar a realização de perícias** ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício (Brasil, 1996, grifo meu).

... Realizar atendimentos psicológicos em urgências e emergências em geral. **Elaborar parecer psicológico ou laudo pericial**, quando solicitado. Participar da Comissão Técnica de Avaliação, ou seja, da equipe de avaliação. Encaminhar o agendamento para o acompanhamento psicológico. Dar suporte à família dos detentos. Participar das equipes interdisciplinares e da promoção de novas parcerias. Exercer outras atividades que lhe forem cometidas, compatíveis com o seu cargo (Brasil,

2013, grifo meu).

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

§ 1º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado (Brasil, 2015, grifo meu).

Assim como nas leis, o Conselho Federal de Psicologia, determinou que, o parecer psicológico e o laudo psicológico, podem ser os documentos hábeis, para realizar perícias.

O primeiro, dentro do escopo do Judiciário, ou da Arbitragem, onde devem atender as necessidades apresentadas quanto ao caso concreto. Já o segundo, deve atender ao exame das técnicas utilizadas no primeiro, como uma contraprova sobre a atuação do psicólogo perito (CFP, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto ao objetivo do presente trabalho, acredita-se que alcançou a finalidade, visto que foram feitas comparações pertinentes ao tema, trazendo conceitos simplificados, de autoridades de renome sobre o tema.

Alguns modelos foram citados sobre: mediação, conciliação e sobre a arbitragem. Ficou determinado que as formas de autocomposição e heterocomposição apresentadas, são meios de resolução de conflitos rápidos, imparciais e organizados, com bons resultados no Brasil.

Nos três casos, esses métodos possuem regramento legal, boas práticas, e constituem formas eficientes de resolução de conflitos. Dentre todos os atores possíveis de atuação, bem como suas áreas, foi estabelecido como exemplo a possibilidade do psicólogo enquanto profissional, e sua atuação utilizando dos métodos de: mediação, conciliação e arbitragem. Neste último, foi possível identificar a participação enquanto árbitro e perito.

Os autores, durante o debate, afirmam de várias formas diferentes, que estes métodos produzem ainda, amadurecimento emocional, criando uma cultura de solução pacífica de futuras contendas, sem o uso do Poder Judiciário, visto seu grande acúmulo.

A conciliação, mostrou ainda, ser usada também enquanto fortalecedor de vínculos familiares/sociais. É um meio consensual de conflito, onde o conciliador possui uma posição mais ativa, e por isso, pode promover esse restabelecimento do diálogo e dos vínculos rompidos.

Por fim, a arbitragem, apresentou muitas vantagens que além do prazo reduzido para solução do conflito, produz sentença com força de título extrajudicial. É mais célere, e pode também realizar oitivas, coletas de provas e apresentação de pessoas especializadas para perícia, podendo ainda atuar enquanto árbitro, desde que haja consenso e confiança entre as partes.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO apud AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa**, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **A arbitragem e o direito do consumidor**. Revista da Faculdade de Direito - USP 91, 265-275. São Paulo. 1996. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67337/69947/88755>. Acesso em: 20/01/2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30/07/2022.

_____. **Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28/07/2023.

_____. **Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília-DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 28/07/2023.

_____. **Lei Federal nº 4.119, de 27 de agosto de 1962, dispõe sobre cursos de formação em psicologia e regulamenta a profissão de psicólogo**. Brasília-DF, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4119.htm. Acessado em: 07/09/2022.

_____. **Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem**. Brasília-DF, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 28/07/2023.

BRASIL. Conselho Federal de Psicologia (CFP). **Resolução CFP nº 006/2019. Institui regras para a elaboração de documentos escritos produzidos pela(o) psicóloga(o) no exercício profissional e revoga a Resolução CFP nº 15/1996, a Resolução CFP nº 07/2013 e a Resolução CFP nº 04/2019**. Brasília, 11 de junho de 2019. Disponível em: <https://atosoficiais.com.br/cfp/resolucao-do-exercicio-profissional-n-6-2019-institui-regras-para-a-elaboracao-de-documentos-escritos-produzidos-pela-o-psicologa-o-no-exercicio-profissional-e-revoga-a-resolucao-cfp-n-151996-a-resolucao-cfp-n-07-2003-e-a-resolucao-cfp-n-04-2019>. Acessado em: 02/03/2023.

_____. **Resolução CFP nº 010/2005. Aprova o Código de Ética Profissional do Psicólogo**. Brasília, 21 de julho de 2005. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/codigo-de-etica-psicologia.pdf>. Acesso em: 15/09/2022.

_____. **Resolução CFP nº 011/2019. Institui o Código de Processamento Disciplinar**. Brasília, 11 de junho de 2019. Disponível em: <https://atosoficiais.com.br/lei/codigo-de-processamento-disciplinar-cfp?origin=instituicao>. Acessado em: 07/09/2022.

_____. **Resolução CFP nº 040/2019. Institui o Regimento Interno do Conselho Regional de Psicologia da 23ª Região.** Brasília, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://transparencia.cfp.org.br/wp-content/uploads/sites/10/2017/06/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CFP-n%C2%BA-040-2013-Institui-Regimento-Interno-do-CRP-23.pdf>. Acessado em: 01/09/2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ aprova regra de gênero para ampliar número de juízas.** Matéria publicada em 26/09/2023. Daniella Almeida, repórter da Agência Brasil, Brasília-DF. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-09/cnj-aprova-regra-de-genero-para-ampliar-numero-de-juizas#:~:text=De%20acordo%20com%20dados%20do,ainda%20menor%2C%20DE%2018%25>. Acesso em: 20 jan. 2024.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **A evolução da conciliação e da mediação no Brasil.** Revista FONAMEC, 1(1), 371-383. Rio de Janeiro, v.1. 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumel/revistafonamec_numero1volume1_354.pdf. Acesso em: 20/01/2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002, p. 317.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris, 1988. 168 p.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo - Um Comentário À Lei Nº 9.307/96 - 3ª Ed.** 2009.

CONSELHO Regional de Psicologia do Tocantins (CRP 23/TO). **Resolução CFP nº 016/2023. Institui o quadro de funcionários, o Plano de Cargos e Salários do Conselho Regional de Psicologia do Estado do Tocantins - CRP 23 e dá outras providências.** Brasília, 2023. Disponível em: <https://transparencia.cfp.org.br/wp-content/uploads/sites/10/2023/07/RESOLUCAO-N-16-2023.pdf>. Acesso em: 21/01/2024.

COSTA, Cristiane. **Conflito e Negociação.** Disponível em: <https://efivest.com.br/wp-content/uploads/2018/08/conflitos-ead-pe.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

FERRAZ, André Silva. **A mediação, a conciliação e a arbitragem como métodos alternativos para a resolução de conflitos.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6971, 2 ago. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/99468>. Acesso em: 20 jan. 2024.

GREENE, Robert. **As 48 leis do poder / Robert Greene; tradução de Talita M. Rodrigues.** Rio de Janeiro: Rocco, 2000. 458 p.

MARQUES, Hildebrando da Costa. **Entenda direito: o que é arbitragem?** Entrevista com Juiz Hildebrando da Costa Marques, Tribunal de Justiça do Mato Grosso. 2018. Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/noticias/52169>. Acesso em: 28/07/2023.

MARTINELLI, Dante P.; ALMEIDA, Ana Paula de. **Negociação e solução de conflitos: do impasse ao ganha-ganha através do melhor estilo.** São Paulo: Atlas, 1998. 159 p.

RODOVALHO, Thiago. **Aspectos Introdutórios da Arbitragem.** In COELHO, M. V; et al. **Manual de Arbitragem para Advogados.** OAB. ISBN 978-85-7966-037-5. Páginas 10-17. Brasília-DF. 2015. Disponível em: https://www.adambrasil.com/wp-content/uploads/2015/06/Manual_arb_oab_cacb.pdf. Acesso em: 20/01/2024.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, e GOMES, Fábio Luiz. Teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 91.

TOCANTINS. Assembleia Legislativa do Tocantins. **Lei Estadual nº 2.808, de 12 de dezembro de 2013. Altera as Leis 1.545, de 30 de dezembro de 2004, 1.654, de 6 de janeiro de 2006, e 2.314, de 30 de março de 2010, e adota outras providências.** Disponível em: https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_2808-2013_58071.PDF. Acesso em: 21/01/2024.

WARAT, Luís Alberto. **O ofício do mediador, vol. I.** Florianópolis, Habitus, 2001.

A perspectiva humanista do meio ambiente laboral a partir do caso Hydro Alunorte

Célia Dias Rodrigues de Souza

Aluna do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA.

RESUMO

O tem por objetivo construir estudo crítico dedutivo acerca da temática do meio ambiente do trabalho. Para tanto, analisar-se-á, de maneira correlata, a fim de enriquecimento desta presente estudo pesquisa, o contundente caso, ocorrido em Barcarena-PA, envolvendo a empresa Hydro Alunorte. O problema de pesquisa consiste em responder em que medida o meio ambiente laboral foi maculado, em especial no caso, sediado em Barcarena, envolvendo a empresa Hydro Alunorte. É uma análise que inicia em uma perspectiva teórico-normativa, mas que não se furta de tecer críticas aos reflexos ocasionados pelo incidente em questão.

Palavras-chave: meio ambiente do trabalho; Hydro Alunorte; direito ambiental.

INTRODUÇÃO

O presente estudo, imbuído pelo aumento quantitativo de diversas tragédias ocorridas no Brasil, nos últimos tempos, as quais culminaram em vários desastres ambientais, se lança à pesquisa no que tange ao meio ambiente, conferindo especial atenção ao caso Hydro Alunorte, ocorrido no Pará.

Assim, uma questão central, diz respeito à própria significação de “meio ambiente”, conceito que alberga uma larga amplitude: o termo transcende uma visão limitada e imediata, a qual porventura um olhar desatento pode depreender, encontrando raízes tanto no Direito Ambiental quanto no Direito do Trabalho. Desse modo, o conceito carrega consigo uma alta carga valorativa, elencada inclusive na Constituição Federal de 1988 (CF/88), assumindo o papel de cerne textual.

Nesse diapasão, essencial são os ditames do jurista Ney Maranhão (2016), o qual, a partir de uma ótica constitucional, elenca o meio ambiente, sobretudo o laboral, a partir de uma perspectiva humanista. Sendo assim, a referida perspectiva é aplicável ao caso, ora em pauta, por intermédio inclusive das esferas de atuação pública, a fim de que seja efetivada.



Nesse sentido, interessante perceber que todo esse arcabouço informacional é movido no escopo de atentar ao seguinte problema de pesquisa: em que medida o meio ambiente laboral foi maculado, em especial no caso, sediado em Barcarena, envolvendo a empresa Hydro Alunorte?

Assim, cumpre atentar para o objetivo geral da pesquisa: analisar, sob uma perspectiva relacionada ao meio ambiente do trabalho, aspectos relacionados ao caso Hydro Alunorte, tendo como pano de fundo a dignidade da pessoa humana.

No mais, faz-se mister elencar os objetivos específicos da mesma, quais sejam: apresentar uma visão macro do conceito de meio ambiente laboral, nas esferas ambiental e laboral, sob a ótica constitucional; investigar a necessidade de interpretar o meio ambiente, sobremaneira o laboral, pelo viés humanista, em especial no que tange ao caso Hydro Alunorte; analisar a esfera de atuação do poder público e os reflexos causados.

No que diz respeito ao aspecto estrutural do presente artigo, a princípio, serão abordados os fatos do referido caso, de modo a esclarecer o ocorrido, em linhas gerais. Em um segundo momento, abordar-se-á o viés constitucional, fazendo menção ao art. 225 da Carta Magna. Logo após, analisar-se-ão os desafios contemporâneos do meio ambiente do trabalho e os obstáculos a serem enfrentados.

Em seguida, aspectos principiológicos serão abordados, uma vez que os princípios regem os ditames a serem observados. Posteriormente, destacar-se-á a esfera de atuação do poder público, os quais, se devidamente cumpridos, garantirão a efetividade da preservação do meio ambiente em suas mais diversas facetas. Em um último momento, apresentar-se-ão os reflexos que o incidente provocado pela Hydro Alunorte trouxe ao ambiente como um todo.

Metodologicamente, o estudo consistirá em uma análise teórico-normativa, realizada por meio de pesquisa bibliográfica e revisão de literatura.

UM PANORAMA DO CASO HYDRO ALUNORTE

O caso consiste em um vazamento da bacia de rejeitos, da empresa norueguesa Hydro Alunorte, a qual atua com a atividade de mineração, figurando esta como a responsável pelo ocorrido. Assim, o palco do deplorável cenário foi, e ainda é, como ficará mais claro nas linhas que se seguem, o município de Barcarena, localizado no Estado do Pará.

No entanto, antes de adentrarmos nas especificidades do caso, faz-se necessária uma contextualização acerca das circunstâncias fáticas que permeiam os fatos abarcados, a fim de que se viabilize uma melhor compreensão e, por conseguinte, uma melhor visualização prática do que rodeia o objeto de estudo em análise.

Nesse diapasão, em Barcarena, está localizado o porto de Vila do Conde. Em razão da presença desse porto, todas as empresas tendem a se localizarem próximas do mesmo. Importante delimitar este ponto, uma vez que a atividade de mineração, essência da empresa Hydro, abarca, em um primeiro momento, a pesquisa a fim de identificar onde se constata a presença de minérios. Feita essa identificação, passa-se para a etapa da lavra.

Ocorre que, na maioria das vezes, não é interessante efetuar o beneficiamento do minério, leia-se limpeza do mesmo, no local onde é executada a lavra. Nesse sentido, aqueles que trabalham com esta atividade - a mineração -, se utilizam daquilo que se chama de “duto” e conduzem esse minério, por este duto, a um local diverso de onde haviam sido realizadas as etapas anteriores, ou seja, no caso em questão, até o município de Barcarena, a fim de realizar a etapa do beneficiamento. Esse quadro ocorre na medida em que é mais vantajoso, em termos monetários, levar os insumos para Barcarena, em razão da presença do Porto.

Neste sentido, a empresa Hydro Alunorte realiza, no referido município, atividades de beneficiamento. Para tanto, ela necessita da denominada “bacia de rejeitos”, leia-se o lugar para onde vão todos os contaminantes, os quais a empresa utiliza para fazer o tratamento do minério.

Assim, até este ponto, não há nenhuma infringência ao ordenamento jurídico. Na verdade, são atuações permitidas, desde que atendidas determinadas condições, conforme brevemente exposto acima. No entanto, não foi o que houve, desaguando em um resultado deplorável.

Em fevereiro de 2018, o Município de Barcarena foi palco de um cenário caótico, fruto de um desastre ambiental.

Em decorrência do desastre, houve severo dano ambiental, decorrente das atividades industriais desenvolvidas pela empresa. De modo mais específico, decorrente do extravasamento de resíduos de sua atividade, que deveriam ter sido contidos pelos Depósitos de Resíduos Sólidos (DRS 1 e DRS 2) bem como pelos seus respectivos canais de drenagem, e tratados pela Estação de Tratamento de Efluentes, de forma a evitar que o material resultante da produção de alumina fosse lançado no meio ambiente.

Assim, dada a intensa chuva ocorrida, em 17 de fevereiro de 2018, moradores das proximidades relataram a ocorrência de alagamentos. Em razão da coloração da água, pairou uma suspeita acerca de uma possível contaminação correlata a um vazamento da bacia de rejeitos. Após investigação, averiguou-se que a água, fruto do alagamento relatado, detinha indícios de extravasamento de materiais.

Desse modo, indiscutível é o risco à saúde cujo se encontra exposta ao menos três comunidades, em razão da proximidade com a sede do ocorrido: Bom Futuro, Vila Nova e Burajuba. No entanto, os riscos não se limitam somente a estas comunidades, assumindo proporções muito mais amplas, como será detalhado mais adiante.

Destarte, foram oferecidas denúncias ao Ministério Público do Pará, que tomou conhecimento delas, referentes ao suposto vazamento, ocorrido nas bacias de Deposição de Resíduos Sólidos do processo de beneficiamento da bauxita, da empresa Norsk Hydro Brasil – Hydro Alunorte, a qual teria ocasionado alagamentos dentro das dependências da própria empresa, bem como no bairro Bom Futuro, localizado às proximidades da referida indústria.

Nessa linha, os representantes da Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Desenvolvimento Econômico de Barcarena (SEMADE) relataram que, durante visita

realizada, foi constatada a existência de uma tubulação irregular lançando efluentes de dentro da empresa. Na ocasião, a empresa alegou desconhecimento da origem da referida tubulação.

No entanto, os técnicos foram até a área de difícil acesso, onde encontrava-se a saída da tubulação com o respectivo lançamento ativo de efluentes no meio ambiente, os quais apresentavam características semelhantes aos efluentes pluviais acumulados no pátio da empresa.

O Instituto Evandro Chagas, órgão vinculado ao Ministério da Saúde (MS), realizou a análise de amostras do material colhido no local. Como resultado, foi constatada a presença de elevados níveis de chumbo, cádmio, arsênio e mercúrio. Assim, foi emitido parecer relatando que o acúmulo ou despejo desses efluentes no ambiente, sem o devido tratamento, é capaz de gerar impactos ambientais irreversíveis, resultando em severos danos.

Em 28 de fevereiro de 2018, foi requerida, pelo Ministério Público do Estado do Pará, a paralisação de metade da produção da planta industrial da empresa Hydro Alunorte, trazendo graves prejuízos à economia local e até mesmo internacional, em decorrência da exportação, refletindo, também, no meio ambiente laboral.

O VIÉS DO ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O conceito de meio ambiente advém da seguinte premissa: o local em que estamos inseridos. Esse meio ambiente pode ser natural; cultural; artificial; laboral. O enfoque da presente pesquisa está relacionado ao meio ambiente laboral. No entanto, sem deixar de recorrer à uma visão jus ambientalista, visto que se trata de tema interdisciplinar:

Antes de adentrar no dispositivo constitucional, interessante delimitar que a PNMA (Política Nacional do Meio Ambiente), lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, traz um conceito do que seria meio ambiente, conforme destacado:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; [...] (Brasil, 1981).

Ocorre que esse conceito é passível de críticas por se mostrar limitado. Nesse sentido, se referir ao meio ambiente somente no que concerne à ordem física, química e biológica não atenta à integralidade deontológica conceitual do termo. Não se pode ignorar as condições sociais, determinantes para formar o meio ambiente.

Quanto ao disposto no artigo 225 da Carta Magna, o dispositivo inaugura, na Constituição Federal de 1988, um capítulo sobre meio ambiente, visto que não havia um capítulo tratando do tema nos textos constitucionais anteriores. Destaca-se o artigo, na íntegra:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (Brasil, 1988).

Assim, quando o constituinte insere a expressão “todos”, para fazer menção aos direitos no que tange ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, confere a natureza de direito difuso para os bens ambientais. Essa característica imputada, leia-se direito difuso, o faz pertencer à coletividade como um todo, de modo que não há como identificar, individualmente, cada titular do direito.

Dada a suma importância acerca do que é objeto de tutela deste dispositivo constitucional, como compreendido do explanado acima, a Constituição lhe atribui status de cláusula pétrea e lhe confere excessiva importância. Trata-se de princípio fundamental, de modo que aqueles que, de alguma forma, pratiquem condutas que afetem este ambiente equilibrado, devem responder e reparar o dano, embora na maioria das vezes este seja de difícil reparação. Nesse sentido:

[...] reconhece-se o dever de recuperar o meio ambiente degradado - tudo isso com o intuito de assegurar no amanhã um Planeta em que se mantenham e se ampliem, quantitativa e qualitativamente, as condições que propiciam a vida em todas suas formas (Benjamin, 2005. p. 03).

No mais, o referido artigo constante no rol da Carta Magna, arrola o meio ambiente como essencial à sadia qualidade de vida. Antigamente, saúde significava ausência de doença. No entanto, isso se modificou no período pós Segunda Guerra Mundial, período este em que se desenvolveu a premissa de que o homem é capaz de cometer atrocidades contra o próprio homem, nas mais diversas modalidades, causando reflexos negativos de múltiplas facetas ao ser humano. Isso provocou a mudança do conceito pela Organização Mundial da Saúde (OMS):

O conceito de saúde alinhavado pela Organização Mundial da Saúde – OMS, consistente no “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de infecções e enfermidades (Maranhão, 2016, p. 160).

O conceito de saúde que o Brasil adota é o que denomina saúde como o completo bem-estar físico, mental e social.

Desse primeiro momento, decorre que é essencial a sadia qualidade de vida, bem como é de responsabilidade do poder público e da coletividade a proteção desse direito. Ademais, detemos o encargo da proteção para as futuras gerações.

Neste diapasão, o meio ambiente é estabelecido como um direito fundamental. Apesar de o art. 225 da Carta Magna, o qual trata da proteção do meio ambiente, estar ao final do texto constitucional, ele é um direito fundamental, uma vez que os direitos fundamentais não se limitam aos previstos nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal, mas estão espalhados em todo o texto constitucional, inclusive, em tratados ratificados pelo Brasil.

A incidência constitucional reflexa

A CF/88 deixa claro que existe uma relação direta entre meio ambiente e economia. Essa ideia fica evidenciada pelo artigo 170 da CF/88, o qual inicia o capítulo da ordem

econômica do País. É uma decisão constitucional, acerca da organização econômica e dos princípios da ordem econômica, tendo em vista o fato de que, nesse dispositivo, são elencados princípios que vão nortear a economia, a exemplo da propriedade privada, da função social da propriedade e da proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, não se pode entender o meio ambiente como algo contrário ao desenvolvimento econômico. A própria Carta Magna elenca a proteção do meio ambiente como princípio da nossa economia. O princípio, nesse sistema, tem um status diferente, pois ele é a matriz de interpretação de todos os outros: ele direciona qualquer interpretação que se faça, e limita a produção legislativa, uma vez que não pode haver nenhuma produção de regra contrária a um comando de ordem principiológica.

Então, é importante entender que a proteção ao meio ambiente integra um princípio da ordem econômica, o que significa que as políticas econômicas não podem ir de encontro à proteção ambiental, haja vista que a proteção ao meio ambiente é um princípio da própria ordem econômica; ou seja, a empresa Hydro Alunorte, por exemplo, deve executar suas funções e produzir, mas desde que nos moldes preestabelecidos por lei e desde que proteja o meio ambiente como um todo, incluindo o laboral.

Não se discute a necessidade de desenvolvimento do país. No entanto esse desenvolvimento não pode ignorar e/ou desprezar a proteção ambiental. Ainda no que tange ao caso Hydro Alunorte, percebemos que o incidente acarretou uma paralisação em metade de sua planta industrial, o que vai produzir reflexos para os trabalhadores e para a economia. Portanto, há a obrigação de promover a composição de todos esses interesses.

Tecidas essas considerações gerais, parte-se para a análise de aspectos concernentes ao meio ambiente laboral, que sofreu grandes impactos no caso Hydro.

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E SEUS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

Para compreender os aspectos referentes ao meio ambiente laboral, é importante, de início, atentar para os três elementos constitutivos deste, quais sejam: o local de trabalho, a técnica e o trabalhador (Maranhão, 2016).

O local de trabalho constitui o ambiente físico, se refere ao estabelecimento; ou seja, ao lócus onde o trabalhador labora. Por sua vez, a técnica está ligada aos recursos empregados pelo trabalhador para exercer o ofício. Ao passo que o trabalhador, fundamental para constituir o meio ambiente de trabalho, é aquele que vai laborar no local de trabalho, mediante a técnica empregada em seu labor.

Delimitados estes conceitos, cumpre alertar para algumas questões. A partir da abordagem realizada acima, segundo a qual o meio ambiente do trabalho possui três elementos constitutivos, verifica-se que o local de trabalho é apenas um deles. Dessa forma, não constitui - de maneira isolada - o meio ambiente laboral, caso contrário estaria limitando o mesmo a estabelecimento, o que é totalmente repudiável.

Ademais, a técnica não deve violar o meio ambiente, conforme preleciona o

já explanado artigo 170 da CF/88. Aquela que assim o faça não pode ser utilizada; ou seja, o trabalhador tem que modificar essa técnica para que o meio ambiente não sofra consequências negativas. Nesse sentido:

[...] se a técnica empreendida expressar opções ambientalmente inapropriadas, impõe-se a correção dessa técnica com o propósito de promover a necessária adstrição de seus fins aos ditames da axiologia constitucional (conforme, v.g., caput e VI, e 225, caput e V) (Maranhão, 2016, p. 142).

Ainda, em relação a esses elementos que constituem o conceito de meio ambiente do trabalho, cumpre salientar que apenas o lócus de labor e a técnica, sem a figura do trabalhador executando sua atividade, não são capazes de completar a figura do meio ambiente laboral, pois “somente a conjugação dos elementos ambientais e técnicos com a ação humana laborativa é capaz de fazer nascer o meio ambiente do trabalho” (Maranhão, 2016, p. 143).

Assim, construído o cenário do meio ambiente laboral, de forma sistêmica, cabe mencionar uma relação imbuída no fulcro de identificar os fatores de risco a ele atinentes (Maranhão, 2016).

O primeiro fator diz respeito às condições do trabalho, que possuem íntima relação com o lócus de exercício do labor, onde o homem está presente, já que é ele o personagem principal para que se forme o meio ambiente do trabalho.

Ao passo que a organização do trabalho está adstrita à forma como o empregador organiza os empregados, como, por exemplo, quando determina qual será a jornada de trabalho.

Por último, são fatores de risco as relações interpessoais, referentes ao lado social presente no contexto laboral, que se materializa na relação do empregado com o empregador, na relação do empregado com o cliente, bem como na relação do empregado com os outros empregados.

Destarte, todos esses fatores de risco, apresentados acima, precisam ser analisados para que se alcance um adequado meio ambiente laboral. Embora os fatores de risco sejam apresentados de forma individual, no cenário fático eles não são identificados isoladamente. Ocorre, normalmente, que estes se apresentam de forma entrelaçada. A esse respeito:

Cumprе alertar, desde logo, que tal organização de ideias não intenta promover separações técnicas rígidas e estanques. Ao revés, como expressão de uma típica realidade ambiental, tais fatores de risco do meio ambiente do trabalho por certo se imbricam profundamente e, em conjunto, geram cenários os mais variados para a segurança e a saúde humana (Maranhão, 2016, p. 148).

Destarte, em relação às teorias concernentes ao meio ambiente do trabalho, temos uma gama de teóricos com diferentes visões acerca do mesmo objeto. Antes de adentrar, efetivamente, no conceito adotado durante a construção deste trabalho, cabe tecer algumas breves considerações acerca de três tipos de conceitos, mais restritivos.

Sendo assim, a primeira corrente resume meio ambiente do trabalho à ideia de estabelecimento. Enquanto que a segunda corrente defende que, apesar de local de trabalho constituir quesito importante, o meio ambiente também deve cuidar dos aspectos químicos, físicos e biológicos, se limitando a fatores naturais. Ao passo que a terceira corrente traz a

importância da relação social, restringindo o meio ambiente do trabalho à relação laboral.

Todas essas correntes se valem de teorias restritivas. Isso se mostra como um problema, uma vez que, especialmente em se tratando de desastres ambientais, como o caso da empresa Hydro Alunorte, em um primeiro momento, a reflexão fica concentrada nos fatores naturais. Nesse sentido, um olhar restritivo e limitado não nos permite alcançar a dimensão de casos como estes, em que se verificam impactos no meio ambiente do trabalho de forma ampla. Em outras palavras, tudo dependera da concepção adotada. Nesse sentido,

Neste diapasão, o conceito ao qual nos vinculamos é o conceito amplo, segundo o qual:

Meio ambiente do trabalho é a resultante da interação sistêmica de fatores naturais, técnicos e psicológicos ligados às condições de trabalho, à organização do trabalho e às relações interpessoais que condiciona a segurança e a saúde física e mental do ser humano exposto a qualquer contexto jurídico-laborativo (Maranhão, 2016, p. 163).

Considera-se esse conceito como o mais adequado porque este trata o meio ambiente em conformidade com o disposto, em especial, no artigo 225 da CF/88.

O preceito constitucional objetiva fazer com que as pessoas tenham uma boa qualidade de vida e, para tanto, é necessário garantir a dignidade da pessoa humana, a qual constitui fundamento da nossa carta constitucional. Em decorrência disso, todas as searas do Direito devem ser fundamentadas no princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental.

Nesta linha, se desprende a concepção kantiana de dignidade, segundo a qual todo ser humano, aquele possuidor do chamado elemento distintivo, leia-se racionalidade, ainda que em potencial, é detentor de dignidade pelo simples e complexo fato de ser humano (Brito Filho, 2015).

Dessa mesma forma, por óbvio, o princípio da dignidade humana não pode restringir o direito à proteção do meio ambiente somente ao que diz respeito à relação de empregados, por exemplo, em despeito ao dinamismo que o ambiente laboral carrega consigo.

Dinamismo este dentro do próprio ambiente laboral, mas também incidindo muitas vezes em consequências para além dele, como no caso envolvendo a empresa Hydro Alunorte. Devemos compreender que essa dignidade é um manto protetor e intrínseco a todo ser humano e a toda relação que, de alguma forma, o envolva, não podendo assumir faceta restritiva, sob pena de acarretar severos danos e retrocessos em diversos âmbitos. Assim:

[...] entre todas as dimensões jus ambientais, parece-nos que a mais social e humana é mesmo a dimensão ambiental laboral, porque nela o homem é exposto mais diretamente, em sua saúde, segurança e dignidade (Maranhão, 2016, p. 143).

Logo, acreditamos nesta corrente humanística, explanada ao longo deste texto, a qual se mostra mais ampla em seus conceitos, em decorrência de se constituir tendo como fator determinante a dignidade humana, já que, além dela ser origem dos demais direitos e deveres do nosso ordenamento jurídico, constitui elemento intrínseco ao ser humano, ou seja, todo trabalhador (e todo o ser humano) tem direito ao meio ambiente saudável.

A CARGA PRINCIPIOLÓGICA EM PAUTA

Como já foi mencionado ao longo deste artigo, o meio ambiente do trabalho é um assunto que tem muito em comum com o Direito Ambiental. Assim, incidem, no Direito do Trabalho, princípios e regras advindos do Direito Ambiental.

No momento, oportuna é a análise dos princípios, originários do âmbito do Direito ambiental, aplicáveis ao meio ambiente laboral. Dessa forma, cabe destacá-los: o princípio da prevenção e o princípio da precaução.

O princípio da prevenção é aquele que rege todo o Direito Ambiental. Isso ocorre em razão da própria essência desta seara jurídica: o Direito Ambiental nasceu para prevenir. Ocorre que, após violado, o meio ambiente jamais volta a ser o que era antes, nesse sentido ganha destaque o princípio ora em análise, assumindo o papel de princípio maior.

Por mais que haja a incidência de indenizações, importante atentar para o fato de que este dinheiro, fruto das indenizações, não restaura, não é capaz de fazer com que o *status quo* anterior seja restabelecido. O dano causado irá permanecer para sempre.

Nesse contexto, eventuais indenizações não são capazes de reimplantar o *status quo*, de restaurar o ambiente, essencial para efetivar a prerrogativa constitucional da dignidade da pessoa humana, da qual decorrem todas as garantias, inclusive as concernentes aos direitos difusos, aplicáveis ao meio ambiente.

Em decorrência do exposto, o princípio da prevenção norteia o Direito Ambiental e o meio ambiente do trabalho, de forma que:

O posicionamento preventivo tem por fundamento a responsabilidade no causar perigo ao meio ambiente. É um aspecto da responsabilidade negligenciado por aqueles que se acostumaram a somente visualizara responsabilidade pelos danos causados. Da responsabilidade jurídica de prevenir decorrem obrigações de fazer e de não fazer (Machado, 1993, p. 209).

Segundo consta no endereço eletrônico da Câmara dos Deputados, em reportagem de 25 de junho de 2014, o Brasil apresenta média de setecentos mil acidentes de trabalho por ano, conforme os Ministérios da Previdência Social e da Saúde. Ainda consta no referido sítio virtual que o Estado brasileiro gasta cerca de setenta bilhões de reais por ano com esses acidentes, sem levar em consideração os valores despendidos pelas empresas a título de indenização. A questão é que esses acidentes de trabalho poderiam ter sido evitados se houvesse uma atuação preventiva.

No caso envolvendo a empresa Hydro Alunorte, se os responsáveis agissem pautados pelo princípio da prevenção, não teria ocorrido o vazamento da bacia de rejeitos, nem o funcionamento de uma das bacias em dissonância com o licenciamento, tampouco a presença de um duto clandestino.

Ocorre que, em decorrência de uma série de irregularidades, os fatos narrados se materializaram, e a água contaminada oriunda do vazamento da bacia de rejeitos que atingiu o Rio Pará, causou danos às comunidades próximas, bem como danos iminentes, que resultaram na prudente paralisação de metade das atividades da empresa, por decisão judicial.

A aplicação do princípio da prevenção poderia ter evitado este resultado. No que tange a essa temática, o parecer emitido pela Comissão Externa das Bacias de Rejeitos de Mineração em Barcarena/PA é nítido:

Devido à redução das operações da Alunorte, em 10 de abril, a Albras anunciou o corte de 50% da produção de alumínio primário no estado. Empregados diretos e indiretos poderão ser impactados. Desde o embargo imposto à Alunorte, a Mineração Paragominas também foi obrigada a reduzir a sua produção em 50 % e iniciar férias coletivas.

Por outro lado, o princípio da precaução se configura quando não há a certeza do risco da atividade. Nesses casos, o dever do empregador é agir com precaução; ou seja, não há certeza do risco que pode vir a acontecer, mas há de se tomar atitudes, leia-se decisões que evitem um possível risco. Machado afirma que:

Não é preciso que se tenha prova científica absoluta de que ocorrerá dano ambiental, bastando o risco de que o dano seja irreversível ou grave para que não se deixe para depois as medidas efetivas de proteção ao ambiente. Existindo dúvida sobre a possibilidade futura de dano ao homem e ao meio ambiente, a solução deve ser favorável ao ambiente e não a favor do lucro imediato – por mais atraente que seja para as gerações presentes (Machado, 1993, p.211).

Em síntese, o princípio da precaução engloba o princípio da prevenção. No entanto, no princípio da prevenção, o risco é conhecido, há uma espécie de noção, advinda da possibilidade de se vislumbrar um risco concreto. Quando se trata do princípio da precaução, o risco não é conhecido, não é cientificamente provado, mas esse fato não exime o empregador de adotar cautelas quanto ao meio ambiente laboral.

MEIO AMBIENTE E SUAS FACETAS: OS REFLEXOS DO CASO HYDRO

O meio ambiente do trabalho assume, geralmente, a configuração de lócus de onde se irradia a poluição, como já sedimentado. Ocorre que a poluição advinda dele alcança não apenas o trabalhador, mas também todos aqueles que estão ao seu entorno.

No caso envolvendo a empresa Hydro Alunorte, não é diferente. O ocorrido afetou não apenas o trabalhador, aquele que está diretamente exposto aos danos, e sim toda a população que está ao redor, atingindo o meio ambiente de uma forma geral.

Assim, a realidade ora exposta encontra-se estritamente relacionada com uma questão já postulada no decorrer do presente artigo, qual seja: o meio ambiente é um direito difuso. Por se tratar de um direito desta natureza, não possui uma titularidade específica, sendo de toda uma coletividade, de tal modo que não é possível saber qual indivíduo ou qual grupo de indivíduos está ligado a ele.

Desse modo, se um incidente desequilibra o *status quo*, a se iniciar, por exemplo, no meio ambiente laboral, ele não se limitará e sim se alastrará, como ocorreu no caso Hydro Alunorte, ganhando proporções ainda mais alarmantes e atingindo um aglomerado de pessoas que fogem de qualquer mensuração quantitativa.

Ademais, não há como não interligar mencionada situação ao aspecto da fraternidade, ou seja, o meio ambiente constitui um direito de terceira dimensão e como tal deve ser preservado não apenas para o hoje, mas também para as futuras gerações. Assim,

o meio ambiente, como direito fundamental, deve ser preservado para as futuras gerações, de tal modo que, ao transgredi-lo, os reflexos se manifestam não só para a geração atual, como também para as próximas que virão. A esse respeito, elenca Brito Filho (2015, p. 33, *apud* Ferreira Filho, 1999, p. 58):

[...] reconheceu-se a existência de outros direitos que deveriam ser classificados como direitos humanos. Eles seriam, principalmente, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade”.

De acordo com esse autor, esses direitos seriam os direitos de fraternidade e classificar-se-iam como de terceira geração.

Nesse contexto, importante perceber, a partir de uma perspectiva conceitual ampla acerca do meio ambiente e do meio ambiente do trabalho, que os danos provocados no caso Hydro não se limitam a um aspecto específico, mas sim afetam o meio ambiente sob todas as suas perspectivas, especialmente a laboral, objeto do presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista todo o arcabouço de informações obtidas e apresentadas no rol desta pesquisa, é possível verificar que o caso Hydro gerou graves impactos ao meio ambiente sob todas as perspectivas, inclusive a laboral.

Os elementos constitutivos do meio ambiente laboral, apresentados ao longo da pesquisa, foram afetados, uma vez que a técnica empregada violou o meio ambiente. O local de trabalho também foi afetado, o que redundou, inclusive, na determinação de paralisação das atividades da empresa, a fim de evitar danos ainda maiores.

E o trabalhador, principal protagonista na promoção de um meio ambiente laboral equilibrado, foi severamente atingido pelos fatos ocorridos, pois, além de ter sua saúde e sua vida colocadas em risco, sofreu os impactos econômicos advindos da interrupção das atividades empresariais.

Identificando os fatores de risco atinentes ao meio ambiente do trabalho, estes não foram observados, uma vez que as condições de trabalho não eram adequadas, o que afeta não só o local de exercício do trabalho, mas também o ser humano, que é o principal sujeito na formação do meio ambiente laboral.

A ação em desconformidade com os princípios da prevenção e da precaução ocasionou sérios danos.

Constatados esses danos, entra em cena o papel das autoridades públicas, que possuem a difícil missão de, ao mesmo tempo, responsabilizar os atos praticados e garantir a dignidade dos trabalhadores daqui em diante.

Não adianta, somente, adotar uma postura repressiva, ignorando o fato de que a ideia de desenvolvimento envolve a conjunção de fatores como o crescimento econômico e a proteção ambiental. A empresa precisa ser responsabilizada, mas é necessário que as medidas sejam tomadas na direção de evitar que os trabalhadores sofram impactos ainda maiores dos que os já sofridos até então.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman *et al.* **O meio ambiente na Constituição Federal de 1988**. Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

BRASIL, Leis. **Política Nacional do Meio Ambiente, lei nº 6938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. Legislação Federal.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Brasil registra cerca de 700 mil acidentes de trabalho a cada ano**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cssf/noticias/noticias-2016/brasil-registra-cerca-de-700-mil-acidentes-de-trabalho-a-cada-ano>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

PARÁ. **Comissão externa das bacias de rejeitos de mineração em Barcarena/PA**. Relatório final. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1690142>. Acesso em: 16 fev. 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Princípios gerais de direito ambiental internacional e a política ambiental brasileira**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 30, n. 118, p. 207-218, abr./jun. 1993.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. **Meio ambiente do trabalho**: descrição jurídico-conceitual. Revista Direitos, Trabalho e Política Social, v. 2, n. 3, p. 80-117, 2016.

PARÁ. Ministério Público do Estado do Pará. **MP e governo do Pará estudam ajuste de conduta em conjunto com a Hydro**. Disponível em: <<https://www2.mppa.mp.br/noticias/mp-e-governo-do-para-estudam-ajuste-de-conduta-em-conjunto-com-a-hydro.htm>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 13.ed. São Paulo: LTr, 2018.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Medida Cautelar Inominada nº000238418.2018.8.14.0008**. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=690068>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

Uma análise do caso trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil à luz de Francisco de Vitoria

A case analysis of farm workers Brazil Green vs. Brazil in the light of Francisco de Vitoria

Célia Dias Rodrigues de Souza

Discente no 8º período do curso de Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

RESUMO

O texto aborda pontos relevantes do Direito Internacional, como o universalismo, as normas jus cogens e o princípio da responsabilidade do Estado, com fulcro de possibilitar uma contextualização no universo jurídico internacional que culminam em uma posterior análise crítica ao caso, o qual resulta na condenação do Brasil na Corte Interamericana. Apresentado esse contexto, em que o Direito Internacional se encontra inserido, há uma singela exposição dos ideais de Francisco de Vitoria, de modo a correlacionar a teoria vitoriana aos relatos de escravidão contemporânea abarcados no caso.

Palavras-chave: direito internacional; universalismo; jus cogens; escravidão; Francisco de Vitoria.

ABSTRACT

The text deals with relevant points of International Law, such as universalism, jus cogens norms and the principle of State responsibility, with a focus on enabling contextualization in the legal universe, which culminates in a later critical analysis of the case, which results in the condemnation of Brazil at the Inter-American Court. Given this context, in which International Law is inserted, there is a simple exposition of the ideals of Francisco de Vitoria, in order to correlate the Victoria's theory with the reports of contemporary slavery covered in the case.

Keywords: international law; universalism; jus cogens; slavery; francisco de vitoria.



INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende fazer uma análise do caso “Trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil” à luz de Francisco de Vitoria. Para tanto, traçara brevemente as linhas mestras da teoria vitoriana, de modo a demonstrar como os ideais do renomado teólogo, filósofo e jurista salamaquense incidem no caso.

No entanto, anteriormente, a fim de ampliar o campo de visão, não nos limitaremos a analisar apenas Vitoria, mas sim todo o contexto em que o Direito Internacional encontra-se inserido, desde o seu surgimento, bem como delinear sua contingência ao caso. Desse modo, facilitará a compreensão do caso no âmbito internacional, assim como a localização da teoria vitoriana na linha cronológica do direito internacionais.

UM PANORAMA DO CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL

O caso relata o trabalho forçado e servidão por dívida- escravidão contemporânea- ocorridos dentro da Fazenda Brasil Verde, localizada no sul do Estado do Pará, no município de Sapucaia.

Assim, há relatos de que haviam violações desses trabalhadores desde a década de 80, contudo a petição foi apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos apenas em 1998, pelo Centro Pastoral da Terra (CPT) e pelo Centro pela Justiça e o Direito Intranacional (CEJIL/Brasil).

Na petição, alegou-se que o Brasil foi omissos e negligente em investigar diligentemente a prática de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde, bem como o desaparecimento de dois trabalhadores, o que enseja em violando dispositivos da Convenção Americana, da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, e da Convenção Suplementar das Nações Unidas sobre a Abolição da Escravidão, Tráfico de Escravos e Instituições e Práticas Semelhantes a Escravidão.

A Comissão atribuiu a responsabilidade pela situação ao Estado brasileiro, uma vez que teve conhecimento da existência destas práticas estima-se que desde 1989. Apesar da constatação de todo esse contexto, o País não teria adotado medidas de prevenção e de resposta, nem fornecido às supostas vítimas um mecanismo judicial efetivo para a proteção de seus direitos, e a devida punição dos responsáveis, além da ausência de reparação. Ademais, a Comissão atribuiu também a responsabilidade internacional pelo desaparecimento dos referidos adolescentes.

Desse modo, foi produzido o Relatório de Admissibilidade e Mérito nº 160/11 pela Comissão Interamericana. No entanto, ainda que concedida diversas prorrogações, o Brasil não o acolheu. Assim, o caso chegou à Corte Interamericana onde incorreu na condenação brasileira.

A PERSPECTIVA DO UNIVERSALISMO

Inicialmente, é salutar contextualizar o Direito Internacional em um cenário que remonta à época dos Estados Monárquicos. Nesse período, a formação dos Estados absolutistas, erigidos pela monarquia, produz efeitos no Direito Internacional. Desse modo, o Direito Internacional passa a ser mitigado, uma vez que não havia um interesse- nesse contexto- por aspectos da humanidade, já que o mundo girava em torno da concepção weberiana de soberania. À título exemplificativo, temos a figura do monarca Luis XIV, no absolutismo francês, autor da frase “eu sou o rei sol”, ou seja, apenas ele comandava o Estado e nenhuma pessoa estaria acima.

No entanto, o mundo se vê mergulhado em uma nova realidade, na época que engloba o pós Primeira Guerra Mundial e o pós Segunda Guerra Mundial. Com o fim das duas catastróficas guerras que assolaram à humanidade, ao produzir resultados aterrorizantes, o ser humano foi capaz de perceber que o homem é capaz de atrocidades contra o próprio homem. Embalado por essa perspectiva, a preocupação da sociedade global passa a ter um novo enfoque: questões de aspectos humanitários.

Nesse contexto, chegamos ao cenário atual, onde nos deparamos com um conceito do Direito Internacional elaborado por Christian Tomuschat: “projeto abrangente para a vida social”. Em outras palavras, Tomuschat quer dizer que direitos reconhecidos dentro de um estado, não se limitam nem podem se limitar às fronteiras deste estado. Segundo Tomuschat, a comunidade internacional esta progredindo rumo a tirar o foco da soberania, afim de tornar- se um sistema orientado aos valores ou orientado para o indivíduo (Kowalski, 2012).

Importante frisar que, ainda que se trate de um Estado Democrático de Direito, pode ser que o que foi ali decidido não seja o correto. A problemática ganha proporções maiores pelo fato de nem todos os países do globo constituírem um estado democrático.

A realidade é que ainda ha estados que adotam regimentos ditatoriais que jamais irão pensar em um projeto de liberdade de expressão; em um projeto de direitos iguais; em um projeto que envolva a proteção da criança e do adolescente; em um projeto de vedação da tortura e da escravidão, até mesmo porque escravidão não se resume à “trabalho preso na corrente”, existem várias modalidades, à exemplo da escravidão contemporânea e da servidão por dívida relatadas no caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil”.

A partir dessa abordagem, de que todos os direitos reconhecidos dentro do estado nacional não se limitam à ele, começa as novas concepções do que seria direitos no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Assim, adentramos na crise, que faz morada no coração do Direito Internacional, entre o que configura o particularismo de cada um dos estados e o universalismo do que o mundo inteiro almeja.

Nesse ponto, dado que há a prevalência da ideia universal de Direitos Humanos, abordaremos a concepção universalista, tomando por base duas percepções kantianas: a primeira de que o ser humano é um ser racional e universal; e a segunda de que o Direito Internacional visa a proteção do indivíduo, visto que se trata de um direito internacional, e- portanto- objetiva a proteção de todo e qualquer indivíduo, independente de sua nacionalidade, pelo simples fato de ser humano.

Nessa perspectiva, Kant aponta o direito internacional como um meio de até mesmo instigar países de regime totalitário à adotarem a democracia. Parafraseando Kant, os seus ideais de um Direito Cosmopolita assim como o de uma república mundial fundada na razão, resultam no entendimento universalista da ordem pública, com expressões marcantes na doutrina liberal (Kovalski, 2012).

Assim, a partir do momento que eu tenho um país de regime ditatorial passando por uma justiça de transição, que terá como consequência a expansão da democracia, é algo positivo e que só foi possível em razão do exercício do Direito Internacional. A democracia assume a postura de norma global habilitante; habilitante de direitos que escapam as entranhas de um estado e assumem proporções internacionais. Vide:

Neste contexto, o universalismo proclama uma correlação positiva entre globalização e democratização, incluindo para os Estados. As instituições de Direito Internacional são encaradas como instrumentos cada vez mais eficazes relativamente a regimes autocráticos, promovendo até sistemas democráticos de governo (Kowalski, 2012, p. 865).

Nesse viés, os países que estabeleceram o regime democrático como sistema de governo atuam pautados na base de um chamado constitucionalismo global. Nos dias atuais, o cenário disposto é o da ONU (Organização das Nações Unidas) exercendo a dita governação global, na medida em que os países se validam de tratados, resoluções e afins da Organização para regerem dentro de seus próprios limites territoriais.

Partindo para uma análise do ocorrido no caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil”, dado o elucidado contexto em que nos encontramos no Direito Internacional, de uma concepção universalista, foi de veemente importância a condenação do Brasil pela Corte Interamericana, visto que o Estado brasileiro se portou diante do relatório da Comissão Interamericana com total descaso- sem se preocupar com a efetiva reparação por parte das autoridades brasileiras.

Uma vez que forma um Estado Democrático de Direito, conforme assegura a própria Constituição Federal de 1988, o País deveria ter acatado de pronto o relatório produzido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ainda que possua caráter não vinculante. Além de constituir um tema caro para a humanidade, a escravidão, sugere a harmonia do sistema universalista atual.

AS NORMAS IMPERATIVAS DE DIREITO: JUS COGENS

Neste ponto, iremos fazer referência à dois institutos do Direito Internacional: a codificação e o desenvolvimento progressivo. A codificação nada mais é que a formulação e a sistematização das regras do Direito Internacional, enquanto que o desenvolvimento progressivo remete à preparação para novas convenções e novas normas- a partir de uma transformação paulatina do direito consuetudinário. Por ora, o enfoque se dará ao desenvolvimento progressivo como meio de se ater às normas jus cogens. Nesse sentido:

Depreende-se da leitura deste último que a codificação visa a conversão de normas costumeiras (gerais) num corpo de normas escritas, precisas e agrupadas de forma sistemática, ao passo que o *desenvolvimento progressivo* se traduz antes na afirmação e consagração de regras novas a partir do direito existente ou em vias de formação (Almeida, 2012, p. 01).

Assim, o desenvolvimento progressivo ocorre diante da possibilidade de: interpretar uma determinada convenção ou regra para além daquilo que está positivado; bem como criar novas regras- a partir de um direito costumeiro; e até mesmo modificar aquilo que está posto. Neste viés, para o Direito Internacional, o desenvolvimento progressivo inclui não apenas o que se encontra positivado, mas abrange também costumes e normas do direito internacionais cujo alcance extrapola os limites do direito interno, inclusive.

Posto isto, salutar mencionar que- ao se tratar de relações internacionais- teremos um efeito inclusivo coexistente, ou seja, ao diferir do que ocorre no plano nacional (efeito excludente), um tratado não pode substituir outro, sua função é ampliar o conjunto de direitos abarcados, o que incidirá na diluição normativa. Desse modo, o Direito Internacional não irá se resumir apenas aquele conjunto de normas positivadas. Ele é mais abrangente. A partir da característica da diluição normativa, o Direito Internacional passa a agrupar regras “*hard law*” e “*soft law*”. Em seu arcabouço de modalidades normativas é apresentado as normas *jus cogens*.

Assim, abre-se a possibilidade para que um costume internacional ganhe um papel de relevância que se destaca frente mesmo às normas codificadas- como um tratado, por exemplo. Em razão da diluição normativa, na medida em que um costume pode assumir dimensões de maior importância quando comparado à uma regra positivada, temos o positivismo sendo mitigado em prol desse aspecto do Direito Internacional. Neste viés, no que concerne ao Direito Internacional, ele não se limita ao que está posto como parâmetro:

Em relação ao alargamento da eficácia *jus Cogens* para além do Direito dos Tratados, em princípio este não necessita de qualquer fundamento exposto, já que decorre naturalmente do seu conceito jurídico, mas a própria noção fornecida pelo artigo 53 das Convenções de Viena de 1969 e 1986, ao definir a norma *iuris cogens* como aquela à qual nenhuma derrogação é permitida, confirma plenamente a legitimidade desse alargamento (Baptista, 1997, p. 501).

Destarte, em tempos remotos, acreditava-se que o Direito Internacional, por não deter uma Carta Magna- à exemplo da Constituição Federal de 1988, no Brasil-, possuía uma normatividade horizontal. Em outras palavras, os tratados possuíam o mesmo valor dos costumes, que- por sua vez- detinham o mesmo valor das resoluções e assim por diante.

Entretanto, a hierarquia normativa do direito internacional, também chamada de hierarquia graduada e hierarquizada, é uma realidade. Desse modo, há uma norma que está no topo do Direito Internacional, a norma *jus cogens*. Essa norma imperativa de Direito Internacional culmina em um mínimo de uma ordem pública universal, ainda que se trate do âmbito de países com regime de governo autocrático.

Nesse viés, o mínimo de ordem pública a que se refere, culmina em algumas vedações, dentre as quais temos: proibição de armas de grande destruição e de armas químicas; proibição de domínio do alto mar; proibição da tortura; proibição da escravidão. Neste ponto, é possível fazer um breve adentro no caso “Fazenda Brasil Verde vs. Brasil” apenas para destacar que o trabalho escravo relatado nos autos é objeto de tutela e de vedação, em âmbito internacional, por norma de modalidade *jus cogens*.

Assim, importante pontuar que há a existência de uma hierarquia normativa, no que concerne ao Direito Internacional, desde a antiguidade. Posto que, já naquela época, se lapidou a Teoria do Direito, bem como se constituiu- desde lá- a teoria do *jus cogens*.

Apesar de já ter sido assim pensada pelos clássicos do Direito Internacional, nos dias atuais, temos a perspectiva da normatividade internacional não mais como horizontal, massim vertical. Essa mudança de paradigma pode ser explicada a partir do processo de evolução histórica.

Dado esse contexto, atualmente, parafraseando Marcelo Caetano, compomos uma comunidade internacional e não uma sociedade internacional, na medida em que estamos regidos pela afetividade e pela ideia de esforços comuns, de problemas comuns. Então, o Direito Internacional irá adotar como objeto o que é posto como problema da humanidade. Nessa perspectiva, abarca- dentre outras- a vedação da escravidão, uma norma *jus cogens*, tal qual:

Como Ordem Pública, o *jus Cogens* não pode deixar de se aplicar a todo e qualquer acto que incida sobre a matéria por este regulada, implicando a nulidade dos actos jurídicos derogatórios e a ilicitude dos actos materiais que o violem (Baptista, 1997, p. 501).

Cumpre salientar que no caso “Fazenda Brasil Verde vs. Brasil”, houve a violação da norma *jus cogens* de vedação à escravidão, como já mencionado, por parte do Brasil. Tal fato culminou na condenação do País na Corte Interamericana, visto que não atentou ao relatório feito pela Comissão Interamericana- mesmo após a concessão de dez prorrogações.

Nos moldes de tudo o que foi explanado acerca das normas imperativas de Direito, não ha como negar que se trata de um caso em que o Brasil- de fato- incorreu em uma ilicitude, dado o não cumprimento de norma *jus Cogens*, uma vez que não atentou à importância que esta carrega consigo, tanto do ponto de vista de vista do ordenamento jurídico internacional quanto do caráter de relevância histórico.

PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

No que diz respeito aos princípios, eles constituem ou reflexo de um Tratado; ou fruto da análise de um costume; ou advém de uma criação doutrinária. Assim, no âmbito do Direito Internacional, os princípios possuem duas funções elementares: a função de interpretação e a função de integração.

A função de interpretação consiste em assegurar um certo grau de fundamentabilidade a fim de possibilitar a interpretação de uma norma de Direito Internacional e a aplicabilidade daquele dispositivo à luz da carga principiológica, podendo essa interpretação ser mais restritiva ou mais extensiva. Enquanto que a função de integração ocorre quando eu não tenho uma solução para determinado caso, sendo assim, frente à essa lacuna normativa, é necessário se pautar em um instrumento internacional.

Nesse sentido, temos o princípio responsabilidade internacional do Estado- criado a partir de um projeto da Comissão de Direito Internacional (CDI). Assim, a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) elaborou um projeto no intuito de responsabilizar os Estados. Esse projeto não se transformou em um Tratado; ele originou um costume.

Hoje, tal projeto- que embasou um costume - é elevado à categoria de princípio internacional. Então, o princípio da responsabilidade internacional do Estado veio para

preencher uma lacuna na medida em que não havia uma regra a tutelar questão concernente à responsabilidade internacional do Estado.

Destarte, no âmbito histórico, é importante destacar que até o período concernente à Paz de Vestfália (tratado realizado entre Espanha e França no ímpeto por um fim na Guerra dos trinta anos), predominava a concepção absolutista de que o rei nunca erra e daí derivava- em verdade- uma irresponsabilidade estatal.

Assim, remontando à Revolução Francesa, um dos instrumentos mais importantes para a concretização da Declaração de Direitos do Homem, essencial para a realização universal dos Direitos Humanos (1948), mais especificamente ao contexto do pós Revolução Francesa, nasce a ideia de responsabilidade subjetiva, também chamada de teoria subjetiva pela falta de serviço, ou seja, aquela em que se é exigida a comprovação de culpa do agente público e não do governante.

No entanto, o cenário muda, mais uma vez, temos um pós Segunda Guerra Mundial, regado pela premissa de que o homem é capaz de atrocidades contra o próprio homem. A partir de então, a responsabilidade internacional ganha destaque no cenário mundial- em especial, no que concerne aos danos deixados pela avassaladora Guerra Mundial.

Dada as circunstâncias, em 1945, é criada a CDI com o objetivo de institucionalizar o Direito Internacional. Em 1953, a CDI apresenta o primeiro projeto por meio da Resolução 799/53. Contudo, é o relatório de 2001 que se destaca e prevalece, apesar de não ter culminado em um tratado- ainda é um projeto- estabeleceu alguns pressupostos, tidos como direito consuetudinário, visto não estarem em um código propriamente dito, e, hoje em dia, é aplicado no que se refere à responsabilidade.

Desse modo, os requisitos contidos no relatório da CDI são: fato internacionalmente ilícito; nexos de causalidade ou de imputação; ação ou omissão devidamente comprovadas. O fato internacionalmente ilícito esta relacionado à atos de gestão, podendo possuir caráter civil, é possível travar um paralelo elucidativo-neste ponto- com ações que visam a responsabilização de outra por danos morais, gerado pela responsabilidade civil, no âmbito do Direito Civil.

Passamos à análise dos crimes, existem duas espécies que podem acarretar a responsabilização: os chamados delitos transnacionais e os crimes internacionais. Os delitos, crimes transnacionais, são aqueles que abarcam duas jurisdições de modo que são crimes internos, mas que envolvem outra jurisdição, por sua própria essência, à título exemplificativo temos o tráfico internacional de pessoas.

Ao passo que os crimes internacionais, encontram previsão no Estatuto de Roma e a incidência de seus reflexos são bem mais abrangentes, sendo a competência para julgamento do Tribunal Penal Internacional, mas não constituindo óbice para que cada jurisdição possa processar, um exemplo seriam os crimes contra a humanidade. Nesse sentido:

Ninguém contesta estar-se, em ambos os casos, perante ilícitos particularmente graves que chocam a comunidade internacional, ao atentarem, de forma intolerável, contra as dimensões mais essenciais da dignidade da pessoa humana, pondo em causa os próprios fundamentos da civilização (Almeida, 2012, p. 22).

Assim, de veemente importância destacar que a responsabilidade internacional do Estado não se confunde com a do indivíduo, ainda que pelo mesmo fato, é possível e perspicaz responsabilizar ambos. Desse modo, o agente público ou o particular que atua em uma atividade pública pode ser responsabilizado no âmbito internacional, assim como o Estado omissivo também. Acerca do tema:

A imputação do ato ilícito ao Estado verifica-se mesmo *ultra versas*, isto é, quando forem excedidos os seus poderes de autoridade ou desrespeitadas as suas instruções pelos funcionários e agentes estaduais, na medida em que presume que subsiste a possibilidade de controle *de facto* por parte do Estado (Machado, 2013, p. 639).

Nesse Contexto, o nexo de causalidade ou de imputação engloba agente público ou particular atuando em nome do Estado. Assim, um agente público que atue no Poder Executivo, a cometer crimes contra a humanidade; um Poder Legislativo que perdoe todos esses agentes cometem crimes dessa natureza; um Poder Judiciário omissivo, por não investigar nem punir, dentro desse cenário. Isso para explicar que cada um dos que compõem os Três Poderes, cada parcela do âmbito do poder público, pode estar imerso em um caso que chegue na Corte Interamericana e culmine na condenação do Brasil; ou seja, o País pode ser responsabilizado porque os Poderes não atuaram como deveriam. Sendo essa responsabilidade imputada ao Estado de tal modo que:

O mesmo sucede no caso de violação, por omissão, de um *dever de proteção* contra violações do direito internacional (v.g. direitos humanos, meio ambiente) por outras entidades, públicas ou privadas, estaduais ou não estaduais (v.g. empresas transnacionais) (Machado, 2013, p. 639).

Como consequência da responsabilização, apresentam-se: garantia de não repetição; cessação do ato; e obrigação de fazer e/ou uma obrigação de dar. Nesse sentido, no caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil” a condenação do Brasil, pela Corte Interamericana, em sentença vinculante, quanto à responsabilidade, culminou em: o Estado deveria adotar as medidas indispensáveis para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de escravidão e suas formas análogas, bem como deveria pagar indenizações a título de dano imaterial e de reembolso de custas e gastos.

OS IDEAIS DE FRANCISCO DE VITÓRIA

Neste tópico, passa-se a análise de como se dá a aplicabilidade da argumentação humanitária de Vitoria no caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil” que resultou na condenação do País, na corte interamericana. Assim, o cerne da questão é fazer um recorte na referida argumentação humanitária de Vitoria, a fim de que se possa em seguida - enquadrá-la aos fatos constitutivos de escravidão contemporânea ocorridos no supracitado caso.

Francisco de Vitória (1486 – 1546) foi um filósofo, teólogo e jurista espanhol, se apresenta como personagem principal no que concerne à mudança entre o pensamento medieval e o pensamento moderno - a refletir na secularização do sistema político, jurídico, como fundador do Direito Internacional e como a pessoa que mais indagava a ideia de tratamento entre indivíduos de diferentes nacionalidades.

Assim, Vitoria tece teorias relacionadas à conquista da América, sobre Direitos Humanos, sobre intervenção estatal, sobre crimes contra a humanidade e afins. Ao fazer isso, antes mesmo da regulamentação do tema Direito Internacional- em 1780- por Jeremy.

Bentham (1748-1832), se torna o precursor no assunto. Conforme assinala o seguinte trecho elucidativo:

Vitória não dá o passo que alguns filósofos sucessores a ele deram, de postular uma federação mundial, mas certamente oferece bases importantes a uma fundamentação dos Direitos Humanos, quando trata da questão do *dominium*, bem como à fundamentação de um Direito Internacional, a partir de um direito praticado desde os tempos da Roma Antiga, o *ius gentium*, e a partir de sua postulação de uma secularização das estruturas político-jurídicas, dada sua adesão à teoria de inspiração tomista sobre a separação entre os poderes temporal e espiritual e sua recusa de algumas ideias medievais que se mostravam caducas à época (Montes D'Oca, 2012, p. 189).

Destarte, Vitória apresenta, em linhas mestras, sua visão no que concerne a atuação do Papa: o Papa teria sido enviado por Deus e, portanto, ele era o Dominus Orbis (leia-se o dono da órbita, o dono do mundo) a conduzir à direções iluminadas e à ideia de busca por um novo território. A crítica de Vitória, no entanto, reside no seguinte paradoxo: ele passa a questionar a conquista do Novo Mundo e a forma como é feita a escravidão de índios e negros, fundamentando-se, para tanto, em tudo o que foi falado a respeito da Bíblia.

Assim, Vitória vislumbrou uma questão paradoxal: uma vez que se todos nós somos iguais perante a Deus, o que explicaria a escravidão de índios e negros, diante da conquista do Novo Mundo? A resposta para essa questão está na justificativa de que o papa é o dono do universo e assim ele pode direcionar a conquista e fazer a evangelização, pautado na premissa bíblica “Ide ao mundo inteiro e pregai o Evangelho a toda criatura” (Mc 16, 15). Contudo, em verdade, o fim é uma escravidão e é essa situação fática intrigante que irá instigar Vitória em sua teoria, que acaba por proporcionar as bases para o Direito Internacional.

Ao firmar suas teorias, em face à questão do desenvolvimento da América, Vitoria responde à uma das três questões por ele concebida na *relectio DI-1*, dentre as quais é a que nos é salutar: explicar por qual fundamentação jurídica os índios passaram ao domínio espanhol. Para responder essa questão, Vitoria se atém ao *dominium*; ou seja, ao *ius*. Com isso, objetiva- em sua argumentação- conceber os índios como sujeitos legítimos de direitos, no intuito de inserir os mesmos como tais no ordenamento jurídico. Acerca da construção vitoriana, destaca-se:

O que importa, porém, antes de ver como Vitória demonstra que os índios detêm domínio, é que fique estabelecido que esta posição do mestre salamaquense, a qual possui antecedentes na filosofia jurídica dos séc. XIV e XV, lhe permite reconhecer que os seres humanos detêm uma dignidade inviolável e não são passíveis de instrumentalização, sejam castelhanos, índios, crianças, doutos ou ignorantes (Montes D'Oca, 2012, p. 179).

Ademais, estima-se que a linha de argumentação vitoriana tenha constituído meio de resposta à duas correntes: 1- a teológica (segundo a qual os aborígenes americanos, além de estarem em pecado mortal, eram infiéis e, portanto, não eram possuidores de domínio civil) e 2- a filosófica (pautada na ideia de Aristóteles, da escravidão natural, que caracterizava os índios como “servos por natureza”).

Nesse viés, ao refutar as argumentações teológicas, Vitória faz uso da ideia de secularização. A secularização do Direito caracteriza-se pela divisão e a separação da Igreja pro Direito, bem como para o Estado, de maneira geral. Esse fenômeno adveio com o tratado realizado entre a Espanha e a França- no intuito de por fim na guerra dos trinta anos- chamado a Paz de Vestfália. No entanto, em sua época, Vitória já fazia alusão à esse aspecto, que viria a tona apenas em 1645, evidenciando o abismo entre o natural e o sobrenatural.

Em outras palavras, nem o pecado mortal, nem a infidelidade, constituem barreira ao domínio e ao direito, visto que são polos distintos: um remonta ao Direito Natural, ao passo que o outro remonta ao Direito Humano Positivo. Assim, em função da própria natureza humana e da sua racionalidade, o domínio se mostra intrínseco ao homem; por isso, ainda que o domínio esteja atrelado à imagem de Deus, não há como negá-lo ao pecador visto que a imagem de Deus no homem está vinculada à razão e não ao pecado.

Paralelo a isso, Vitória, em sua réplica à argumentação de cunho filosófico aristotélica de escravidão natural, onde os índios são servos por natureza, recorre à ideia de *iniuria*. A fim de explicar as crianças e dementes como crianças possuidores de domínio e de direitos, traça as diferenças entre esses sujeitos e os animais, desaguando na ideia de que são seres humanos e- como tais- são detentores de uma dignidade intrínseca. Leia-se:

A argumentação em favor da inalienabilidade e não instrumentalização do ser humano fica, no entanto, mais forte quando Vitória explica que inclusive quem é absolutamente néscio e não participa de nenhuma forma da razão detém domínio e direitos: “parece que os dementes [os dementes] podem ser donos, pois podem padecer injúria; logo, têm direitos” (DI, 1, 22, 664). (Montes D’Oca, 2012, p. 181).

Assim, a fala de Francisco de Vitória está estratificada em um pressuposto teológico muito claro de que o homem é feito à imagem de Deus. Em decorrência disso, o ser humano é possuidor de faculdades racionais- diferente dos demais animais, por exemplo. Este é o ponto central que o torna capaz de deter domínio, ou seja, direito.

Paralelo ao caso dos aborígenes americanos, na época da descoberta do Novo Mundo, temos o dos “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil”. O caso dos milhares de trabalhadores submetidos à uma espécie de escravidão contemporânea, na Fazenda Brasil Verde, estima-se que desde a década de 80-, em muito se assemelha à escravidão dos índios pelos castelhanos a qual Vitória tece suas teorias.

Como já esclarecido, Vitória defende que o domínio é dado ao homem por sua própria ontologia (a faculdade racional e a vontade livre) e daí que o ser humano se institui como detentor de domínio, leia-se de direitos. Além do mais, Vitória acredita que este domínio está estratificado no fato de que o homem é feito à imagem de Deus e essa imagem reside nas potências ou faculdades racionais do homem.

Essa argumentação vitoriana se aplica ao caso dos trabalhadores vítimas de escravidão contemporânea, no caso já elucidado, uma vez que estes homens morenos ou afrodescendentes, oriundos das regiões mais pobres do País, que buscavam oportunidades de emprego, também são detentores de domínio e, como tais, são sujeitos de direitos, feitos à imagem de Deus, constituídos- em sua natureza- por potências racionais (assim como os aborígenes americanos e qualquer ser humano). Posto isto, parafraseando Vitória,

é permitido reconhecer que os trabalhadores escravizados- por serem seres humanos- detêm uma dignidade inviolável e não são passíveis de instrumentalização.

Além do mais, Vitoria segue a linha argumentativa para tratar da injúria- ao responder a tese aristotélica da escravidão natural. A partir dessa segunda Argumentação, Vitoria esclarece que todos os seres humanos são capazes de domínio, ainda que se trate de crianças ou de dementes, por possuírem potencias racionais- mesmo que apenas em potencial, por deterem dignidade e por ser a vida humana inviolável. Aqui, Vitoria faz um esboço dos Direitos Humanos que temos hoje.

Então, segundo Vitoria, a escravidão, como a das vítimas no caso Fazenda Brasil Verde, se mostra totalmente refutável se partirmos também do ponto da injúria, uma vez que aqueles trabalhadores são seres humanos e, portanto, tem suas faculdades racionais, bem como o aspecto da dignidade e da inviolabilidade da vida humana, ambos abarcados em sua essência.

Nesse sentido, os relatos- constantes no caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil”- de trabalho forçado e de servidão por dívidas, a existência de ameaças de morte em caso de abandono da Fazenda, o impedimento de saírem livremente, a falta de salário ou a existência de um salário ínfimo, o endividamento com o fazendeiro, a ausência de moradia, alimentação e saúde dignas, em muito se assemelha ao sofrido pelos índios aborígenes americanos, cada qual em um contexto histórico diverso, mas ambos vítimas de escravidão e de instrumentalização do ser humano.

Portanto, se partirmos de uma análise da teoria humanitária de Vitoria encontramos um repúdio à qualquer forma de instrumentalização humana e- em especial- à escravidão, de modo geral, na qual se pode inserir a do caso em questão. Por fim, de veemência importância esclarecer que a teoria vitoriana, ainda que constituída em tempos remotos, é cabível à este caso - relativamente atual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho embarcou em uma viagem pelos categóricos do Direito Internacional remetentes ao caso “Trabalhadores Fazenda Brasil Verde vs. Brasil”, desde a sua raiz. Para tanto, se fez necessário culminar em alusão ao universalismo, às normas jus cogens, à carga principiológica- em especial ao princípio da responsabilidade internacional do Estado- bem como à Francisco de Vitoria, onde se ateve o cerne do presente artigo, objetivando destrincharos pontos de concomitância com as argumentos humanitários de Vitoria.

Esse arcabouço informacional teve como fulcro se ater em formar um pensamento crítico a respeito do emblemático caso que constitui um dos que foram alvo de condenação do Brasil por sentença da Corte Interamericana.

Desse modo, em linhas gerais, a crítica milita no sentido de destacar a importância do Direito Internacional, dentro do atual cenário em que ele se encontra inserido, uma vez que formamos uma comunidade internacional com problemas em comuns e que, a partir dessa premissa, se preocupa e busca aspectos humanitários.

Nesse sentido, destacado todo o percurso histórico pelo qual o Direito Internacional precisou percorrer, bem como a humanidade necessitou vivenciar momentos de extremo caos e crueldade- a exemplo da Primeira Guerra Mundial e da Segunda Guerra Mundial-, ate que se chegasse nos dias atuais: o Direito Internacional ganha papel de relevância.

Assim, é inadmissível que um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, permaneça inerte frente à relatos de trabalho escravo e suas formas análogas sendo praticadas em seu território e que, inclusive, conforme alega a Comissão Interamericana, o País já teria tido ciência dessas práticas na Fazenda Brasil Verde, desde 1989, mas ainda assim se manteve inerte, incorrendo em ato omissivo.

Destarte, há de pontuar que a escravidão foi uma marca muito cara não só ao País, que viveu essa realidade em período colonial, mas também à toda humanidade, de tal modo que barbaridades como essas devem ser sempre lembradas para que nunca aconteçam novamente, abominando-se qualquer tipo de instrumentalização do ser humano, inclusive em suas formas contemporâneas, tais quais a escravidão contemporânea relatada no caso.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Eduardo Correia. **Ius cogens em direito internacional**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1997.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. **Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf> Acesso em: 02/09/2018. DE ML, Ferreira de Almeida; ANTONIO, Francisco. **Codificação e Desenvolvimento Progressivo do Direito Internacional Penal**. Bol. Fac. Direito U. Coimbra, v. 88, 2012.

D'OCA, Fernando Rodrigues Montes. **Política, Direito e Relações Internacionais em Francisco de Vitória**. Revista Opinião Filosófica, v. 3, n. 1, 2012.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro**. Coimbra Editora, 2013.

KOWALSKI, Mateus. **A Ordem Pública Universal como o Fim da História: Universalização e Dilemas na Codificação e Desenvolvimento do Direito Internacional**. Bol. Fac. Direito U. Coimbra, 2012.

A questão orçamentária das defensorias públicas e o estado de coisas inconstitucional

The budgetary of the public defense system and the unconstitutional state of affairs

Leandro de Oliveira Teixeira

RESUMO

O Estado de Coisas Inconstitucional pode ser definido como o quadro de massivas violações sistêmicas a direitos humanos e fundamentais ocasionadas por ação ou omissão estatal. Diante de uma conjuntura de falhas estruturais e de flagrantes violações aos direitos fundamentais, tal conceito pode ser utilizado como modo a combater a inércia estatal sistêmica. Sendo assim, esta pesquisa toma como objeto de estudo a questão do subfinanciamento das Defensorias Públicas brasileiras e a sua correlação com o Estado de Coisas Inconstitucional. No Brasil, a Defensoria Pública é uma instituição fundamentalmente essencial à função jurisdicional e necessária à consolidação de um Estado Democrático de Direito em sua plenitude, e tal Estado de Coisas Inconstitucional existente somente será superado quando houver um reequilíbrio orçamentário de modo proporcional e condizente com a realidade da população do país que necessita dos serviços públicos das Defensorias. Por conta disso, existe uma relação de causa e efeito entre a escassez de recursos públicos destinados às Defensorias e a violação sistêmica de direitos dos mais vulneráveis, tornando-se indispensável a formulação de políticas públicas e soluções práticas voltadas à superação deste quadro inconstitucional de reiteradas transgressões a direitos garantidos pela Constituição e pelos Tratados Internacionais.

Palavras-chave: acesso à justiça; defensoria pública; estado de coisas inconstitucional; orçamento público; processo estrutural.

ABSTRACT

The Unconstitutional State of Affairs can be defined as the context of massive and systemic fundamental and human rights violations caused by a government action or inaction. In a conjuncture of structural problems and



fundamental rights violations, that concept can be used as a way to overcome systemic inertia. Therefore, this research intends to study the correlation between the underfunded Brazilian Public Defender system and the Unconstitutional State of Affairs. In Brazil, the Public Defender's Office is an essential institution to the jurisdictional function and necessary to the Rule of Law and Democratic consolidation, and the Unconstitutional State of Affairs will only be overturned if there will be a balanced budget – considering the population that relies on the Public Defender services. Therefore, there is a cause-and-effect relationship between the underfunded Public Defense system and the systemic fundamental and human rights of the most vulnerable people, and it is necessary the formulation of public policies and practical solutions to overturn this unconstitutional framework.

Keywords: access to justice; public defense; unconstitutional state of affairs; public budgeting; structural reform litigation.

INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública é uma instituição pública que possui como escopo principal a prestação de assessoria jurídica gratuita para a população hipossuficiente economicamente e é essencial para a concretização dos direitos constitucionalmente garantidos em um Estado Democrático de Direito. Todavia, por vezes, tem sua efetividade comprometida em razão de diversos fatores extrínsecos, os quais serão objeto de análise desta pesquisa.

Dessa maneira, a proposta deste artigo é examinar os aspectos estruturais das Defensorias Públicas para, então, avaliar a possibilidade de decretação do Estado de Coisas Inconstitucional como um instrumento para a superação do quadro de subfinanciamento das Defensorias Públicas.

Inicialmente, a pesquisa apresenta considerações basilares sobre a Defensoria Pública e elenca quais seriam os fatores impeditivos da ampla efetividade da instituição por meio da pormenorização dos principais problemas enfrentados. Realizadas tais abordagens, o artigo passa para uma fase de conceituação do Estado de Coisas Inconstitucional, com vistas a trazer um aporte teórico-conceitual deste instrumento.

Em seguida, demonstra-se que a instituição vivência atualmente um Estado de Coisas Inconstitucional decorrente da questão orçamentária precária.

Por fim, por se tratar de um problema estrutural, complexo e que envolve uma política pública ineficiente e uma estrutura estatal burocrática, conclui-se que o processo estrutural é o melhor caminho para que as Defensorias Públicas sejam reestruturadas e efetivamente implementadas, com a finalidade que os direitos fundamentais e as normas constitucionais tenham a sua máxima efetividade e proteção.

A DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública é uma instituição pública criada em 1988, com o advento da Constituição Federal, cujo objetivo principal é a prestação de assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes, como forma de democratizar o acesso à Justiça. O texto constitucional de

1988 prevê que a Defensoria Pública deve prestar um serviço de assistência jurídica e não apenas assistência judiciária, tendo em vista que a assistência aos mais necessitados deve abranger também a fase pré-processual, como consultoria e atividade jurídica extrajudicial.

Nesse sentido, o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, também considerado como o artigo de regência da Defensoria Pública, determina que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (Brasil, 1988).

Em suma, as Defensorias Públicas, além de propiciarem o acesso à Justiça aos cidadãos mais hipossuficientes economicamente, são essenciais para a concretização dos direitos fundamentais elencados no texto constitucional. Contudo, existem diversos empecilhos na efetividade da instituição. Destaca-se, nesse *ínterim*, a morosidade na instalação de Defensorias Públicas ao longo de todo o país, a escassez de Defensores Públicos e, também, a falta de verbas destinadas à instituição, que acarretam violações, mesmo que indiretas, a direitos fundamentais, uma vez que a Defensoria foi construída, essencialmente, como um mecanismo de garantia do acesso à Justiça aos mais vulneráveis.

O acesso à Justiça “[...] é um direito fundamental da pessoa humana, restando essencial até mesmo para a efetivação dos demais direitos reconhecidos pelo Estado [...]” (Artiolle; Haji, 2007, p. 134), e é tido como um requisito fundamental de um sistema jurídico igualitário que objetiva não apenas proclamar direitos, mas também os garantir.

Logo, as Defensorias Públicas devem atuar no sentido de propiciar o amplo acesso à Justiça – de forma que garantam, por consequência, a concretização do princípio da igualdade –, como um elo entre o Estado e a sociedade civil. O contexto fático no qual o Brasil está inserido, todavia, demonstra que, atualmente, esse direito é restrito a uma parcela mínima da população, ou seja, apenas uma minoria possui, efetivamente, o acesso à Justiça. Dessa maneira, “[...] os obstáculos criados por nosso sistema são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, notadamente pobres [...]” (Costa Neto, 2012, p. 48).

Em razão disso, é sabido que há empecilhos para a construção de uma assistência jurídica gratuita no Brasil por meio das Defensorias Públicas e, por isso, é de suma essencialidade analisar quais são essas problemáticas, especialmente àquelas relacionadas à questão orçamentária.

VIOLAÇÕES A DIREITOS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DO ORÇAMENTO PÚBLICO DEFASADO DESTINADO ÀS DEFENSORIAS PÚBLICAS

Apesar das Defensorias Públicas apresentarem diversas funções essenciais ao regime democrático, ao possibilitar a concretização de direitos fundamentais, a efetividade da instituição está, por vezes, comprometida. Diversos são os fatores impeditivos da ampla efetividade, os quais estão relacionados com questões políticas, sociais e, essencialmente, financeiras. O principal entrave está relacionado ao subfinanciamento das Defensorias Públicas, o qual acarreta a morosidade na instalação de sedes em inúmeras Comarcas

e Subseções Judiciárias no país, escassez de Defensores Públicos, baixas taxas de provimento para o cargo de Defensor Público e altos índices de exoneração.

Tais entraves estão relacionados aos aspectos político-econômicos, o que vem ocasionando grandes violações aos direitos humanos e fundamentais e a normas constitucionais, em especial, o amplo acesso à Justiça, o princípio da igualdade e o artigo 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Este último artigo, incluído a partir da Emenda Constitucional nº 80 de 2014, prescreveu um prazo de oito anos, em seu §1º, para que a União, os Estados e o Distrito Federal disponibilizassem em todas as unidades jurisdicionais no país defensores públicos até o ano de 2022. Ademais, há previsão, no §2º, de que durante esse prazo a lotação dos defensores deve observar as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento (Brasil, 1988).

É imperioso ressaltar que em momento anterior a essa previsão constitucional, a Lei Complementar nº 80/94, em seu artigo 142, já havia fixado o prazo de 180 dias para que os Estados se adaptassem e organizassem suas Defensorias Públicas aos preceitos contidos na lei de regência (Brasil, 1994). Contudo, inobstante tais limites temporais para a criação e implementação das Defensorias Públicas, atualmente, existe um *déficit* de Defensorias Públicas em todo o país, que pode ser notado ao se analisar o último mapa da Defensoria disponibilizado, datado do ano de 2013, por meio do qual há indicação de que das 2.680 Comarcas no país, apenas 754 (28%) são atendidas pela Defensoria Pública (Castro, *et al.*, 2013, p. 33).

A título exemplificativo dessa morosidade na instalação de Defensorias Públicas é o caso do Paraná, o qual foi um dos últimos estados do Brasil a implementar a instituição e que, das 161 Comarcas do estado, apenas 17 possuem a atuação da Defensoria Pública.

Todavia, não é somente a morosidade na instalação de Defensorias Públicas nas Comarcas e Subseções Judiciárias ao longo do país que preocupa, mas também a escassez de Defensores Públicos. Ao realizar uma comparação entre os números de Defensores existentes no ano de 2013 – de acordo com o levantamento do Mapa da Defensoria Pública no Brasil (Castro, *et al.*, 2013) – e em janeiro de 2019, é possível perceber que, de maneira geral, houve um incremento no quadro de pessoal, mas ainda aquém do necessário. Ademais, verifica-se que os estados do Acre, Pará, Paraíba e Rio de Janeiro tiveram uma piora na situação, ante a diminuição do quadro de defensores públicos.

Ainda, ao analisar os dados de estimativa ideal de defensores por Comarca e *déficit* atual no estado do Paraná, disponibilizados pela Defensoria Pública do Paraná, é possível depreender taxas alarmantes da atual situação da instituição no estado. Por exemplo, a estimativa total para o estado é que deveria haver 895 defensores públicos (Brasil, 2015), porém, segundo os dados de pessoal referentes ao mês de janeiro de 2021, há apenas 111 (Brasil, 2021).

Logo, a escassez da instituição em todas as Comarcas e Subseções Judiciárias do país e o diminuto preenchimento do quadro de defensores públicos têm reflexos diretos na concretização e defesa dos direitos da população, visto que tais fatores impedem o amplo acesso à Justiça e o oferecimento pelo Estado de uma assessoria jurídica gratuita a todos na forma prevista constitucionalmente.

Levanta-se que um dos principais fatores para essa ocorrência seria o subfinanciamento da instituição. Sabe-se que o orçamento público é um instrumento utilizado pelo Poder Executivo para planejar a utilização dos recursos advindos dos tributos (como impostos, taxas, contribuições de melhoria, dentre outros), a fim de oferecer serviços públicos adequados, bem como serve como um mecanismo de especificação dos gastos e investimentos que foram priorizados (Brasil, 2021).

Diante de tais considerações, é imperioso ressaltar, no que diz respeito ao aspecto orçamentário das Defensorias Públicas, que a Emenda Constitucional nº 45/2004 conferiu autonomia funcional e administrativa à instituição, bem como permitiu que as Defensorias Públicas possam elaborar sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (Brasil, 2004).

A título comparativo, na Lei Orçamentária Anual do Paraná para o ano de 2021, há previsão de repasse de receitas para o Tribunal de Justiça no montante de R\$ 2,12 bilhões, de R\$ 992 milhões para o Ministério Público e de R\$ 72 milhões para a Defensoria Pública (Paraná, 2020). Já na Lei Orçamentária Anual de Santa Catarina para o ano de 2021, há previsão de repasse de receitas para a Defensoria Pública no importe de R\$ 91.400.174,00, para o Ministério Público a previsão é de que seja de R\$ 815.970.425,00 e para o Tribunal de Justiça, R\$ 1.984.430.414,00 (Santa Catarina, 2020).

Em São Paulo, o estado mais rico do país, a Lei Orçamentária Anual para 2021 prevê o repasse de R\$ 12.322.848.788,00 para o Tribunal de Justiça, do montante de R\$ 2.612.274.100,00 para o Ministério Público e de apenas R\$ 848.638.407,00 para a Defensoria Pública (São Paulo, 2020).

Factível, portanto, que as diferenças de repasses orçamentários para a Defensoria Pública, o Ministério Público e o Tribunal de Justiça são muito discrepantes. Por exemplo, o repasse previsto na LOA do Paraná, no ano de 2021, para a Defensoria Pública do estado representa 0,07% do valor destinado ao Ministério Público. Tais dados apenas comprovam que há um subfinanciamento das Defensorias Públicas, as quais recebem valores ínfimos se comparado com os montantes repassados aos Ministérios Públicos e Tribunais de Justiça.

Dessa forma, apreende-se que a melhor maneira para que as Defensorias Públicas alcancem uma maior efetividade, de modo que seja garantida uma ampla assistência jurídica gratuita, é por meio de um maior investimento na instituição e para a solução da problemática do subfinanciamento das Defensorias Públicas, levanta-se como alternativa a decretação do Estado de Coisas Inconstitucional, como instrumento para a criação das condições necessárias para o gozo efetivo dos direitos fundamentais.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) ocorre dentro de um contexto de massivas e contínuas violações sistêmicas aos direitos humanos e fundamentais ocasionadas por ação ou omissão estatal. Diante de uma conjuntura de falhas estruturais e de flagrantes violações aos direitos fundamentais, tal instrumento pode ser utilizado como uma maneira de combater a inércia estatal sistêmica. Há, assim, uma proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Esse instrumento tem sua área de atuação especialmente no campo dos direitos sociais e econômicos, uma vez que a Corte deve avocar o Estado de Coisas Inconstitucional quando se deparar com “[...] a ausência ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias, implicando a ausência de efetividade do cumprimento, pelo Estado, de suas prestações positivas em favor dos ditos direitos sociais.” (Campos, 2019, p. 168). Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o Estado de Coisas Inconstitucional seria:

[...] a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade constitucional (Campos, 2019, p. 194).

Então, o Estado de Coisas Inconstitucional nada mais é do que a declaração de inconstitucionalidade de uma realidade, com o subsequente proferimento de ordens estruturais que visam à transformação desse contexto de massivas e contínuas violações aos direitos fundamentais perpetuadas pelo Estado – seja por seus atos comissivos ou omissivos.

Esse instrumento, assim, tem relação direta com as chamadas *structural injunctions*, uma vez que não há apenas a determinação de obrigações às autoridades públicas para o cumprimento de prestações específicas. Há, na realidade, um objetivo maior, de reestruturação das instituições governamentais, a fim de que haja uma ampla tutela dos direitos fundamentais e que haja a superação daquele contexto de proteção deficiente dos direitos da sociedade civil (Campos, 2019, p. 196).

O Estado de Coisas Inconstitucional tem sua origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana diante de constatações de violações massivas, generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Assim, é um instrumento criado pela Corte Constitucional Colombiana cuja finalidade é a construção de soluções estruturais voltadas à superação de tais violações aos direitos fundamentais, que foi utilizado pela primeira vez no ano de 1997, em razão de demandas judiciais envolvendo a não filiação de professores municipais ao sistema de seguridade social – Sentencia SU- 559/1997 (Campos, 2019, p. 127-128). Todavia, foi no ano de 2004, com a circunstância da emergência humanitária causada pelo deslocamento forçado de famílias em meio a um conflito colombiano armado, que esse instrumento obteve maior êxito na resolução de um litígio estrutural.

A Corte Constitucional Colombiana se destaca como um exemplo de ativismo em litígios estruturais na América Latina, para o avanço da proteção dos direitos fundamentais, especialmente em razão da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Recentemente, esse instituto foi introduzido no Brasil por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, o qual abordou acerca da situação de massivas violações a direitos no sistema prisional brasileiro e fez referência inúmeras vezes ao chamado Estado de Coisas Inconstitucional.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional deve observar o preenchimento de pressupostos autorizadores, a fim de que sejam evitados excessos.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, quatro são estes pressupostos. O primeiro deles, segundo o autor, é a constatação de uma circunstância não apenas de uma proteção deficiente, mas de violação massiva e contínua de diversos direitos fundamentais, que afeta um amplo número de pessoas (Campos, 2019, p. 186-187).

O segundo pressuposto seria o “[...] da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção de direitos fundamentais” (Campos, 2019, p. 187). O autor destaca que tal omissão não seria aquela perpetuada por uma única autoridade pública, mas aquela inércia decorrente do funcionamento deficiente do Estado como um todo (Campos, 2019, p. 187). Em suma, esse requisito estaria relacionado a um mau funcionamento estrutural e histórico do Estado como causa para a violação massiva de direitos.

Já o terceiro pressuposto estaria relacionado com as “[...] medidas necessárias à superação das inconstitucionalidades, especialmente se considerarmos falhas estruturais no ciclo das políticas públicas” (Campos, 2019, p. 189), direcionadas a uma pluralidade de órgãos. E para superar essas falhas estruturais, seria necessária a formulação de novas políticas públicas ou correção daquelas defeituosas, mudanças nos arranjos institucionais, enfim, uma verdadeira mudança estrutural.

Por fim, o quarto e último pressuposto indicado pelo autor seria a “[...] potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, que se somariam às já existentes, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária” (Campos, 2019, p. 191).

Logo, diante de graves e reiteradas violações aos direitos fundamentais e preenchidos os pressupostos autorizadores, o Estado de Coisas Inconstitucional pode ser utilizado como um instrumento para solucionar sistematicamente e estruturalmente a problemática em questão.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DA QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

Devidamente explicados o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional, suas características e seus pressupostos, pode-se chegar à conclusão de que o atual cenário da questão orçamentária das Defensorias Públicas brasileiras se enquadra em tais requisitos e, por conta disso, vivencia atualmente um Estado de Coisas Inconstitucional.

O primeiro pressuposto para a caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional, que é a constatação de um quadro de violações massivas, generalizadas e contínuas de direitos fundamentais, é constatado no caso orçamentário das Defensorias Públicas, isso porque o subfinanciamento está presente em todas as Defensorias do país: basta notar que os valores orçamentários destinados às Defensorias Públicas são muito inferiores se comparado aos valores destinados aos Ministérios Públicos e aos Tribunais de Justiça. Ademais, há ausência de Defensorias Públicas em várias localidades do país, além de existir um déficit de defensores públicos em inúmeras Comarcas e Subseções Judiciárias, especialmente as do interior, conforme já demonstrado detalhadamente no capítulo anterior.

Tal cenário de falta de investimentos nas Defensorias é contínuo e vem se estendendo ao longo do tempo, uma vez que a previsão de instalação das Defensorias Públicas existe desde 1988 na redação original da Constituição Federal. Além disso, em 2014 a Emenda Constitucional nº 80 estabeleceu o prazo de oito anos para que os entes federativos (União, Estados e Distrito Federal) contassem com Defensores Públicos em todas as unidades jurisdicionais, o que até hoje não ocorreu plenamente.

O que se nota na prática, no entanto, é que mais de trinta após a promulgação da Constituição e com a proximidade do fim do prazo definido pela Emenda Constitucional, a realidade ainda se encontra muito distante do texto constitucional, visto que as Defensorias Públicas do país ainda não foram devidamente estruturadas em inúmeras localidades, continuam a receber valores orçamentários inferiores e desproporcionais à quantidade de pessoas que atendem e não possuem instalação e atendimento em todas as Comarcas e Subseções Judiciárias do país, justamente por conta da falta de recursos públicos – que, aliás, também impede a nomeação de mais Defensores Públicos.

Esse quadro consistente no subfinanciamento, na ausência de Defensorias em várias Comarcas e Subseções Judiciárias e no *déficit* de defensores públicos, por sua vez, afeta essencialmente a população pobre, hipossuficiente e vulnerável do país, que não possui recursos financeiros suficientes e, portanto, necessita dos serviços das Defensorias para terem acesso amplo à justiça e seus direitos salvaguardados. Segundos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2023, aproximadamente 31,6% da população brasileira atualmente se encontra na linha de pobreza (IBGE, 2023), ou seja, quase um quarto da população do país não possui a garantia do mínimo existencial para uma vida digna e muito menos condições financeiras para arcar com um processo judicial, contratar um advogado nem para pagar custas e taxas judiciais.

Sendo assim, o subfinanciamento das Defensorias Públicas se traduz na violação massiva de direitos fundamentais de um quarto de toda a população do país, especialmente no tocante à ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da Constituição) e ao acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal e art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica). É essa a parcela da população que depende direta e essencialmente do serviço público gratuito e de qualidade ofertado pelas Defensorias para a garantia de seus direitos – direitos estes que serão tão somente garantidos com investimentos e com um número de Defensores Públicos suficiente e proporcional às necessidades de atendimento de cada região e de acordo com a população local.

Já o segundo pressuposto, que é a omissão estatal reiterada, também se aplica ao caso orçamentário das Defensorias Públicas, pois muitas Defensorias vieram a ser instaladas tardiamente, muito após 1988, como o caso das Defensorias dos Estados de Santa Catarina (instalada somente no ano de 2012 após determinação por decisão judicial do Supremo Tribunal Federal) e do Paraná (instalada somente em 2013), além de que é de ciência do Poder Público o subfinanciamento e a falta de investimentos nas Defensorias Públicas, pois são o Executivo e o Legislativo que elaboram as leis orçamentárias e destinam os valores orçamentários para cada órgão (art. 84, inciso XXIII e art. 48, inciso II da Constituição Federal).

O terceiro pressuposto, que são as medidas necessárias para a superação do

problema estrutural e a exigência de expedição de ordens dirigidas a uma pluralidade de órgãos para a solução do problema, também está presente, pois o caso em questão se trata de um problema que envolve questões complexas administrativas, financeiras, orçamentárias e tributárias e, portanto, demandaria uma série de medidas e de tempo para que fosse plenamente solucionado.

Note-se que embora as Defensorias Públicas possuam autonomia funcional e administrativa garantida pela Constituição, estas dependem de recursos provenientes principalmente dos entes federativos (União, Estado e Distrito Federal) para formar o orçamento, conforme limite estabelecido na lei orçamentária (art. 134, § 2º da Constituição Federal).

Portanto, por se tratar de um problema estrutural, o caso não poderá ser resolvido tão somente pelas Defensorias Públicas por suas vias administrativas, pois a correção e a superação do problema dependerão principalmente – mas não somente – de ordens e medidas dirigidas ao Executivo e Legislativo (federal, estadual e distrital), que são os entes responsáveis pela elaboração do orçamento (art. 84, inciso XXIII e art. 48, inciso II da Constituição Federal) e que, por consequência, fixam limites orçamentários às Defensorias Públicas.

O quarto e último pressuposto de caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional, que é a possibilidade de inúmeras demandas serem ajuizadas por conta do problema estrutural, também resta presente no caso, isso porque existem várias ações que vêm sendo ajuizadas nos últimos anos com a finalidade de o Judiciário interferir e corrigir a discrepância orçamentária, o déficit de defensores, entre outros problemas estruturais relacionados ao subfinanciamento das Defensorias. A seguir, serão abordadas algumas das demandas mais relevantes ajuizadas:

1) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 2/DF (Brasil, 2008): no ano de 2008, a Associação dos Defensores Públicos da União – ADPU questionou no Supremo Tribunal Federal a omissão por parte do Executivo federal quanto à efetiva estruturação e implementação da Defensoria Pública da União (DPU) no país, considerando o fato de à época a instituição contar com número muito baixo de defensores públicos – apenas 113 defensores públicos em todo território nacional – e atuar em caráter emergencial, provisório e precário, o que prejudicaria a assistência jurídica aos hipossuficientes e implicaria violações aos artigos 5º, LXXIV e 134 da Constituição Federal.

Em 2020, a Corte julgou o caso e entendeu, em síntese, que a implementação da DPU no país não estaria estagnada, pois existe uma política pública de implementação da DPU, embora esteja sendo concretizada de forma gradual ao longo dos anos desde sua criação; que a DPU vem realizando concursos públicos e que ocorre um aumento gradual no número de cargos efetivos e comissionados na instituição, que seriam indicativos de um esforço político-administrativo na estruturação da instituição no país; e que as políticas públicas ocorrem em processos ou ciclos (*policy cycle*) que, a depender da complexidade da política pública adotada, demanda tempo para a sua efetiva implementação, e a existência da escassez de recursos públicos leva o Poder Público a realizar certas escolhas (*public choices*). Em suma, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a política pública de implementação da DPU no país ainda se encontra em desenvolvimento, e o Judiciário só

poderia intervir no caso se houvesse a comprovação da estagnação ou frustração da política pública e, ao fim, por unanimidade, julgou improcedente o pedido.

2) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.754/ES (Brasil, 2017): em 2017, a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal contra artigos da lei estadual nº 10.700/2017 (Lei de Diretrizes Orçamentárias) do estado do Espírito Santo que limitou o orçamento destinado à Defensoria Pública ao ano subsequente sem ter chamado a Defensoria para apresentar a sua proposta orçamentária, o que violaria a autonomia administrativa e funcional do órgão. Na ação, a ANADEP ainda alegou que o limite orçamentário fixado à Defensoria de 0,39% do orçamento do Estado seria muito inferior ao percentual fixado no ano de 1999, de 0,44% do valor do orçamento do Estado, representando um retrocesso. Em 2019, o Ministro relator Gilmar Mendes, por sua vez, proferiu decisão monocrática alegando que a lei estadual já teria exaurido seus efeitos e extinguiu a ação sem resolução de mérito por perda superveniente de objeto.

3) Agravo Regimental na Extensão na Suspensão de Tutela Antecipada nº 800/RS (Brasil, 2015): em 2015, o Ministério Público Federal (MPF) e o Ministério Público do Estado do Ceará (MPCE) interpuseram agravo regimental contra decisões proferidas pela Presidência do Supremo Tribunal Federal que suspenderam decisões judiciais de primeira e segunda instâncias e determinaram a extensão de efeitos a inúmeros outros processos que possuíam a mesma causa de pedir, todos estes sobre casos de juízes e desembargadores que determinavam a realocação de defensores públicos para Comarcas ou Subseções Judiciárias do interior do país onde não existe assistência judiciária gratuita prestada pelo Poder Público.

No recurso de agravo regimental interposto pelo MPF, alegou-se, em síntese, a ausência de requisitos para o deferimento do pedido de contracautela e que o ajuizamento de várias demandas com o mesmo objeto demonstrariam a omissão reiterada da União quanto ao seu dever constitucional, visto que de 264 localidades com sedes da Justiça Federal no país, apenas 58 localidades possuem instalação da DPU (27 nas capitais dos Estados e 31 no interior dos Estados), totalizando apenas 22% de cobertura da DPU no território nacional.

Após todos os trâmites processuais, em 2020 a Corte julgou o caso e entendeu que as decisões judiciais em Ações Cíveis Públicas que determinavam a lotação de Defensores Públicos para Comarcas ou Subseções Judiciárias do interior do país violavam a autonomia das Defensorias Públicas (art. 134, § 2º, CF), causavam prejuízos à ordem e economia públicas por conta do efeito multiplicador da demanda e impediam a devida prestação de serviços nas localidades já atendidas pela DPU bem como frustravam a política pública de interiorização. Além do mais, o Tribunal alegou que não caberia ao Judiciário intervir na estruturação administrativa das Defensorias Públicas e entendeu que não existiria omissão da União na implementação da DPU. Ao final, foi negado provimento aos agravos regimentais, por unanimidade.

Diante do exposto, pode-se afirmar que os casos acima analisados comprovam que a escassez de recursos orçamentários às Defensorias Públicas tem ocasionado a multiplicidade do ajuizamento de ações judiciais no país com o intuito de o Judiciário poder

interferir e reequilibrar a situação concreta.

Em suma, tendo sido devidamente constatados todos os pressupostos de caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional no caso da questão orçamentária das Defensorias Públicas brasileiras, verificada a profundidade e a complexidade do caso em questão e tratando-se de um problema estrutural, cabe mencionar que a solução mais viável ao caso partirá do processo estrutural, conforme será abordado no próximo capítulo.

A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS E O PROCESSO ESTRUTURAL

Preenchidos todos os pressupostos de caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional, pode-se afirmar, portanto, que a questão orçamentária das Defensorias Públicas brasileiras vivencia atualmente um Estado de Coisas Inconstitucional, isso porque se trata de um problema que acarreta violações de direitos fundamentais originado pela omissão estatal contínua e reiterada. Tal cenário envolve, além de questões complexas orçamentárias, administrativas, financeiras e tributárias, a necessidade de adoção de medidas direcionadas a uma pluralidade de órgãos com o objetivo de que o problema seja superado e que se suceda a definitiva implementação das Defensorias Públicas no país.

Além do mais, mesmo que existam atualmente investimentos públicos para a realização de concursos públicos para provimento de cargo de defensor público, metas para a criação de polos das Defensorias Públicas em Comarcas e Subseções Judiciárias do interior, etc., tratam-se de medidas paliativas, uma vez que nenhuma delas atinge o cerne e a raiz do problema estrutural, que é a falta de recursos públicos destinados à instituição pública.

Sendo assim, por se tratar de um problema estrutural, a solução mais plausível e razoável ao caso em discussão partiria do processo estrutural, que pode ser entendido, segundo Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, como aquele em que é conduzido um litígio estrutural, baseado num problema estrutural cuja pretensão seja a alteração do estado de desconformidade para um estado de coisas ideal (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 107).

Em outras palavras, o processo estrutural é uma técnica processual cujo objetivo é a concretização de um direito fundamental que é reiteradamente violado por conta de uma ineficiência por parte de um ente, instituição ou organização públicos ou privados (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 103), o que demandará que estes sejam reconstruídos ou reestruturados em prol da supressão do estado de desconformidade ou do Estado de Coisas Inconstitucional. Tal processo abarca demandas demasiadamente complexas – especialmente aquelas que envolvem políticas públicas e atingem uma pluralidade de pessoas –, que não poderiam ser resolvidas tão apenas pelo modelo processual clássico previsto pela legislação, que foi pensado muito mais na resolução de litígios bilaterais e não de litígios multipolares.

Diante disso, o processo estrutural é marcado pela multipolaridade, coletividade, complexidade (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 108), flexibilidade (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 107), bem como pelo caráter consensual, negocial e dialógico (Nunes, 2021, p. 698) a partir

da colaboração das partes e da ampla participação da sociedade civil, de especialistas e técnicos de áreas científicas, contando também com a realização de negociações, audiências de conciliação e mediação, audiências públicas, participação de *amicus curiae* e de vários atores processuais, todos em busca da formação da melhor solução ao caso concreto (Arenhart, 2015), de modo que haja controle e fiscalização do cumprimento dos acordos e decisões por parte da sociedade, bem como para que seja dada legitimidade democrática ao processo estrutural (Arenhart, 2015) a partir da participação da coletividade na resolução do litígio.

Com o processo estrutural, portanto, a solução do litígio estrutural seria buscada com soluções prospectivas, voltadas ao futuro (Nunes, 2021, p. 692) a partir de uma reforma ou reorganização na estrutura burocrática de determinada instituição, pública ou privada, de modo que os direitos fundamentais e valores constitucionais pudessem ser plenamente materializados na prática (Nunes *et al.*, 2018, p. 368-369).

Em suma, o processo estrutural acontece de forma gradual e visa à resolução de conflitos ou litígios estruturais complexos que necessitam de uma reestruturação de uma estrutura pública ou privada e, a partir desse processo, o magistrado e as partes podem estabelecer planos de ação, calendários processuais e metas a serem cumpridas a médio e longo prazo com a finalidade de que o estado de desconformidade ou o Estado de Coisas Inconstitucional seja de fato superado e os direitos fundamentais sejam plenamente garantidos com base na máxima efetividade.

Ainda, no processo estrutural, o magistrado pode proferir uma decisão estrutural (*structural injunction*) que certificará a existência ou não do problema estrutural e do estado de desconformidade e a meta com conteúdo programático a ser alcançada, seguida da determinação da execução das medidas estabelecidas, especialmente quanto ao tempo, modo, grau da reestruturação, regime de transição e forma de fiscalização de tais medidas (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 116-118). Nessa decisão, poderão ser ajustados os planos de ação, calendários processuais, audiências públicas, audiências de conciliação e mediação, negociações, entre muitas outras medidas baseadas no diálogo e consensualidade.

No mais, note-se que o modelo clássico processual civil raramente dará conta de corrigir as inconstitucionalidades presentes em um processo complexo de políticas públicas, como, por exemplo, a partir de uma determinação judicial de obrigação de fazer para que o ente corrija o estado de desconformidade em determinado prazo fixo, sob pena de multa. Assim, considerando que na maioria das vezes os casos de políticas públicas envolverão a estrutura burocrática de um ente, órgão ou instituição e atingirão a sociedade civil como um todo, eventuais decisões judiciais nesse sentido dificilmente poderiam ser cumpridas, pois são casos que demandam tempo, recursos públicos e um bom plano de ação, seguidos de fiscalização dos acordos e decisões por parte do Judiciário, do Ministério Público e da sociedade, para que o estado de desconformidade dê lugar a um estado de coisas ideal (Didier Jr. *et al.*, 2020, p. 106).

Observe-se que eventual determinação judicial de realocação de recursos públicos às Defensorias Públicas em determinado prazo, sob pena de multa, não seria uma medida correta ao caso e seria facilmente descumprida, visto que tal medida poderia desequilibrar financeiramente quaisquer entes federativos, pois estes precisam elaborar e aprovar

com antecedência os seus orçamentos. Ademais, essa mesma decisão também poderia retirar os recursos públicos de determinado setor, como, por exemplo, da área da saúde, educação, segurança pública, etc., para serem repassados às Defensorias Públicas, o que poderia ocasionar um novo problema.

No caso do subfinanciamento das Defensorias Públicas brasileiras, o processo estrutural seria a melhor medida para superação desse quadro inconstitucional, tendo em vista que o caso em questão se trata da inefetividade de implementação de uma política pública vigente (a definitiva estruturação e a interiorização das Defensorias Públicas) e abrange uma relação burocrática do Estado em face dos jurisdicionados, que afeta os direitos fundamentais destes. É evidente também que a origem do problema abrange uma pluralidade de entes, órgãos e instituições públicas, como, por exemplo, o Executivo e o Legislativo (que são os entes que elaboram as leis orçamentárias), o Ministério Público, etc., tanto no âmbito federal quanto no âmbito estadual e distrital, o que torna visível a percepção de que esse é um problema complexo que demanda tempo, recursos públicos e um bom plano de ação com colaboração de todos os envolvidos e da sociedade civil para ser plenamente solucionado.

Portanto, pelo fato de se tratar de um problema estrutural que envolve políticas públicas, a coletividade e vários entes, instituições e órgãos, a solução mais adequada ao caso partiria do processo estrutural, com o constante diálogo e a ampla participação da União, dos Estados, do Distrito Federal, das Defensorias Públicas, do Ministério Público, de especialistas e da sociedade civil em geral, de maneira que pudessem ser estudados e levantados todos os problemas concretos de cada Defensoria conforme particularidades locais e regionais, quais as localidades que demandam maior atuação da instituição, quais os maiores obstáculos para a efetiva estruturação e implementação, etc., estabelecendo calendários processuais e planos de ação exequíveis e objetivos, com o objetivo de que o Estado de Coisas Inconstitucional deixasse de existir e que os direitos fundamentais fossem plenamente concretizados na prática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do objetivo geral desta pesquisa, o qual se refere à possibilidade do subfinanciamento das Defensorias Públicas ser enquadrado no chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”, percebe-se como é crítico e grave o atual contexto no qual as Defensorias Públicas brasileiras estão inseridas. Foi possível depreender que as massivas e contínuas violações aos direitos da população mais hipossuficiente também advém das escolhas políticas em matéria de políticas públicas, isso porque existe uma discricionariedade dos Poderes responsáveis pela elaboração dos orçamentos públicos em disponibilizar ínfimos recursos à Defensoria Pública.

Apreende-se que a maneira mais adequada para que a Defensoria Pública alcance uma maior efetividade, enquanto instituição pública voltada à prestação de assessoria jurídica gratuita, somente se daria por meio de maiores investimentos, o que acarretaria um fortalecimento institucional. Dessa forma, a consolidação do Estado Democrático de Direito somente ocorrerá quando o amplo acesso à justiça e a prestação de assistência jurídica gratuita forem garantidos a todos que necessitam.

E, em razão do subfinanciamento das Defensorias Públicas se enquadrar no Estado de Coisas Inconstitucional, é necessário se valer da via do processo estrutural, o qual permitirá que haja a concretização dos direitos constitucionais que estão sendo reiteradamente violados pela estrutura burocrática ineficiente. Por esse caminho, as Defensorias Públicas poderão exercer com plenitude e efetividade seu dever constitucional de prestação de uma assistência jurídica gratuita a todos.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: **Revista de Processo Comparado**. São Paulo: RT, jul/dez, 2015, n. 2, versão eletrônica.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, ano 38, vol. 225.

ARTIOLLE, Thiago Silva; HAJI, Hassan. Defensoria Pública e Acesso à Justiça. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, MS. v. 9, n. 18, jul/dez, 2007. Disponível em: http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/18/artigos/artigo5.html

BRASIL, **Constituição Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL, *Controladoria-Geral da União. Portal da Transparência, Orçamento Público*. [2021?] Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/entenda-a-gestao-publica/orcamento-publico>

BRASIL, **Defensoria Pública do Estado do Paraná**. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/>

BRASIL, *Defensoria Pública do Estado do Paraná. Tabela com estimativa ideal de defensores por Comarca e deficit atual. 2015*. Disponível em: http://www.defensoriapublica.pr.def.br/arquivos/File/Institucional/EC_80_ANEXO_2.pdf

BRASIL, *Defensoria Pública do Estado do Paraná. Transparência – Departamento de Recursos Humanos – Quadro de Membros – Janeiro 2021. 2021*. Disponível em: http://www.defensoriapublica.pr.def.br/arquivos/File/Transparencia/Pessoal/2021/01_transparencia_janeiro_pessoal_2021.pdf

BRASIL, **Lei Complementar 80/1994, de 12 de janeiro de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm

BRASIL, **Emenda Constitucional nº 45/2004, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm

BRASIL, Ministério da Justiça (2015). **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Organizadoras: Gabriella Vieira Oliveira Gonçalves, Lany Cristina Silva Brito, Yasmin Von Glehn Santos Filgueira. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 2/DF – Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux – Julgamento: 15/04/2020. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641278>. Acesso em: 26 de abr. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5754/ES – Espírito Santo**. Relator: Min. Gilmar Mendes – Julgamento: 17/12/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5236089>. Acesso em: 26 de abr. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 800/RS – Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Presidente (STA-TPI) – Julgamento: 16/06/2020. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4812451>. Acesso em: 26 de abr. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

CASTRO, André Luis Machado de; CUSTÓDIO, Rosier Batista; MOURA, Tatiana Whately; SÁ e SILVA, Fábio. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil.1**. ed. Brasília: IPEA, 2013

CREPALDI, Silvio Aparecido; CREPALDI, Guilherme Simões. **Orçamento público: planejamento, elaboração e controle**, 2017, e-book.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Acesso à justiça e carência econômica. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22042013-141734/pt-br.php>.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 75, p. 101-136, jan./mar. 2020.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2023**, consolidado de primeiras entrevistas. 2023.

NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: **Processos Estruturais**. Orgs.: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz. Salvador: JusPodium, 2021.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. **Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos**. In: Novas Tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Jr. Orgs.: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PARANÁ, **Lei 20.446/2020, de 18 de dezembro de 2020**. *Lei Orçamentária Anual – Exercício 2021*. Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.pr.gov.br/arquivos/File/LOA/LOA2021.pdf>

SANTA CATARINA, **Lei 18.055/2020, de 29 de dezembro de 2020**. *Lei Orçamentária Anual – Exercício 2021*. Disponível em: http://www.sef.sc.gov.br/arquivos_portal/legislacoes/816/LOA_2021_Lei_18.055_de_29.12.2020.pdf

SÃO PAULO, **Lei 17.309/2020, de 29 de dezembro de 2020**. Lei Orçamentária Anual – Exercício 2021. Disponível em: <http://www.orcamento.planejamento.sp.gov.br/orcamentaria-anual>

SOUZA, Cristiano Brilhante de. Indicadores de acesso à justiça no Brasil: Um olhar para a capacidade atual das defensorias públicas estaduais considerando as peculiaridades regionais das populações (carentes) das unidades federativas. **Revista da Defensoria Pública da União, Brasília/DF**, nº 13, p. 1-320, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/276/218>. Acesso em: 26 abr. 2023.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, vol. 284, p. 333-369.

O tripé na busca pela promoção da igualdade de gênero na contemporaneidade: feminismo, ciência e tecnologia

The tripod in the search for promoting gender equality in contemporary times: feminism, science and technology

Audra Pires Silveira Thomaz

Doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional (Puc-Rio). Mestre em Direito Penal (Uerj). Pós-graduada em Segurança Pública e Cidadania (Ucam). Pós-graduada em Direito da Criança e do Adolescente (Uerj). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal (Amperj). Professora no Ensino Superior e Cursos Preparatórios para concursos públicos. Autora de obras jurídicas.

RESUMO

O estudo tem por objetivo delinear um paralelo da relação existente entre o feminismo, a ciência e a tecnologia como tripé possível de sustentação para fomentar a promoção da igualdade de gênero. Como problema de pesquisa: será que a luta feminista com o avanço da ciência e da tecnologia vem proporcionando uma igualdade de gênero? O sistema do patriarcalismo vigorante desde os primórdios da Humanidade estendeu seus braços de alcance misógino, sexista, racista e eurocêntrico por todos os lados e infiltrou-se em todas as instituições públicas e privadas. O feminismo, movimento político, dividido por suas quatro ondas distribuídas por momentos históricos distintos de agendas de luta, foi primordial para o reconhecimento com garantia dos direitos das mulheres, mas não suficiente diante de consideráveis avanços nas áreas da ciência e da tecnologia, que demandam uma intensa e árdua luta com pauta atual diferenciada; ou seja, há caminhos pela ampliação dos espaços públicos para as mulheres e, para tanto, serão utilizadas fontes documental e bibliográfica nacional e internacional, incidência de pesquisa explicativa com natureza preponderante qualitativa e procedimento dogmático. Como resultado, busca-se proporcionar uma análise reflexiva sobre o tema a gerar um viés de possibilidade na promoção da igualdade de gênero.

Palavras-chave: patriarcado; feminismo; ciência; tecnologia; direito.



ABSTRACT

The study aims to outline a parallel of the relationship between feminism, science and technology as a possible tripod to support the promotion of gender equality. As a research problem: has the feminist struggle with the advancement of science and technology been providing gender equality? The system of patriarchy in force since the beginning of Humanity has extended its misogynistic, sexist, racist and Eurocentric arms on all sides and has infiltrated all public and private institutions. Feminism, a political movement, divided into its four waves distributed across different historical moments of struggle agendas, was essential for the guaranteed recognition of women's rights, but not sufficient in the face of considerable advances in the areas of science and technology, which demand an intense and arduous struggle with a different current agenda; in other words, there are ways to expand public spaces for women and, to this end, national and international documentary and bibliographic sources will be used, as well as explanatory research with a predominantly qualitative nature and dogmatic procedure. As a result, we seek to provide a reflective analysis on the topic to generate a bias of possibility in promoting gender equality.

Keywords: patriarchy; feminism; science; technology; right.

O FEMINISMO: COMBATE AO SISTEMA DO PATRIARCADO

Desde os primórdios da Humanidade, o patriarcado está presente, com todas as suas nuances de submissão, controle e objetificação das mulheres como forma de manutenção do poder nas mãos dos homens como garantia exercida pelos ditames sociais, tendo por meio do casamento a sua principal forma de materialização, eis que “[...] ideias prontas inquestionáveis de certezas naturalizadas, de muita violência simbólica e física, de muito sofrimento e culpa administrados por pessoas que têm o interesse básico de manter seus privilégios de gênero, sexuais [...]”.¹

Toda e qualquer forma de tentativa de subversão dos regramentos preestabelecidos era considerada de enorme afronta à moral e aos bons costumes, motivo pelo qual mulheres sempre foram controladas para que não percebessem manipulações exercidas sobre elas, com o escopo de garantir a subserviência total ao marido e à prole como forma de manutenção da sociedade conjugal.

Em todo o mundo, do Ocidente ao Oriente, e como não poderia ser diferente, desde o Brasil Colônia, na época em que os portugueses chegaram em terras brasileiras já trouxeram seus costumes de tratamento a ser concedido às mulheres. À igreja, desde os jesuítas, cabia toda a doutrinação e controle das mulheres, com imposições religiosas; e, para isso, a virgindade como símbolo maior de pureza, castidade e honra masculina era sempre pauta das legislações, com maior punição às mulheres, e até mesmo somente a elas, diante de sua não observância. A sexualidade era sempre alinhavada ao matrimônio e jamais ao prazer; qualquer forma de sexualidade fora do casamento por parte das mulheres, e mesmo a sua própria figura como mulher, era tida como pecado.

Historicamente, o sistema do patriarcado desaguou o machismo (conjunto de

¹ TIBURI, Márcia. *Feminismos em comum: para todas, todes e todos*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2018, p. 40.

pensamentos e comportamentos pautados na ideia da figura do homem superior à figura da mulher, desencadeando violência de gênero), o sexismo (conjunto de pensamentos e comportamentos discriminatórios lastrados na orientação sexual ou no sexo do indivíduo) e a misoginia (conjunto de pensamentos e comportamentos de aversão e ódio às mulheres) reinantes dentro da sociedade brasileira, influenciada por uma cultura eurocêntrica (combatido pelo feminismo decolonial, que é contra a concepção universal de mulher) com impregnação de ditames da heteronormatividade (conjunto de pensamentos e comportamentos de um padrão heterossexual, considerada anormal qualquer outra manifestação de sexualidade), alicerçada na submissão feminina restrita aos espaços privados, sobretudo os lares, como forma de permear a ausência de promoção da igualdade de gênero.

O feminismo surge como um movimento político na busca pelo reconhecimento e garantia de igualdade de direitos entre homens e mulheres. Não se trata de um movimento contrário ao machismo, pois em nenhum momento prega a superioridade feminina, mas sim de uma luta das mulheres pela igualdade de direitos. Nesse sentido:

O feminismo [...] parte da constatação de que a subordinação da mulher é fato constante na história da humanidade e as manifestações de sua insubordinação também. O feminismo significou que as mulheres passaram a trabalhar [...] sobre a questão da opressão e submissão da mulher. [...] Defesa de direitos iguais para homens e mulheres aliado ao compromisso político de melhorar a posição das mulheres na sociedade estão envolvidos nas várias correntes feministas [...]. Nesse sentido, é um movimento plural desde sua origem e essa pluralidade está presente nos sistemas de valores, nas doutrinas e nas ações práticas voltadas para a transformação da condição da mulher.²

Em um primeiro momento, antes do início do século XX, um dos principais nomes foi o da inglesa Mary Wollstonecraft, que, com publicação importante em 1792, pregava a luta pelo reconhecimento das mulheres como seres humanos dotados de direitos em pé de igualdade e, por isso mesmo, o direito à cidadania, direitos sociais, laborais e políticos, sobretudo relacionados à possibilidade de votar.³

Em um segundo momento, já no século XX, a pauta de luta, tendo como um dos principais nomes o da brasileira Heleieth Saffioti, era pelo reconhecimento da ampliação dos direitos anteriormente conquistados, com maior liberdade e respeito à mulher quanto aos seus direitos trabalhistas e sua sexualidade.⁴

Já na última década do século XX, tem-se um terceiro momento do feminismo, tendo como pauta um grande nome, o da americana Kimberlé Crenshaw (1993), com a denominada “interseccionalidade”, isto é, para Crenshaw existem sistemas opressivos intercalados para além do gênero que impedem a igualdade dos oprimidos, a exemplo das mulheres:

[...] desde então, o termo demarca o paradigma teórico e metodológico da tradição feminista negra, promovendo intervenções políticas e letramentos jurídicos sobre quais condições estruturais o racismo, o sexismo, e violências correlatas se sobrepõem, discriminam e criam encargos singulares às mulheres negras.⁵

2 QUADROS, Marion Teodósio de. *Ética da vida e feminismo*. In COSTA, Ana Alice Alcântara; SARDENBERG, Cecília Maria Bacellar (Orgs.). *Feminismo, ciência e tecnologia*. Salvador: REDOR/NEIM-FFCH/UFBA, 2002, p. 156.

3 WALTERS, Margaret. *Feminismos: uma breve introdução*. Tradução de Letícia Fonseca Braga Machado. São Paulo: Dialética, 2021, p. 46-57.

4 PINTO, Céli Regina Jardim. *O feminismo bem-comportado de Heleieth Saffioti (presença do marxismo)*. *Revista Estudos Feministas, Florianópolis*, 22 (1):416, janeiro-abril/2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/NXsxwBf98cqiPnSJXd4TWWg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 jun. 2023.

5 CRENSHAW, Kimberlé Williams. *Mapeando as margens: interseccionalidade, políticas de identidade e violência contra*

Já no século XXI tem-se o quarto momento do feminismo, muito baseado nesse protagonismo negro do momento anterior, lastreado na expansão dos movimentos feministas e suas lutas com pautas reivindicatórias pelas redes sociais, com agenda inclusiva de combate a qualquer forma de discriminação de todo indivíduo que não tenha enquadramento no sistema binário (feminino e masculino), eis que “No guarda-chuva dos feminismos de quarta onda na ‘explosão feminista’, o ciberespaço aparece como campo, objeto e dispositivo de debates, lutas e ações nos novos ativismos insurgentes”,⁶ bem como ao não reconhecimento da mulher negra, com ampliação das pautas de gênero,⁷ pois, como ensina Beatriz Nascimento (1942-1955), “As sobrevivências patriarcais na sociedade brasileira fazem com que ela seja recrutada e assuma empregos domésticos [...] e que permaneça como trabalhadoras rurais”.⁸

O feminismo, com seus diversos momentos e pautas de reivindicação, foi de suma importância para encontrar brechas dentro do patriarcalismo e possibilitar às mulheres a conquista de direitos, fazendo com que muitas tivessem extraordinário pioneirismo e destaque com o avanço das ciências e das tecnologias, adentrando um universo público até então exclusivamente masculino, como será visto a seguir.

AS MULHERES NA CIÊNCIA E NA TECNOLOGIA

Atualmente, a cada dia mais mulheres ingressam nos espaços públicos, assim considerados todos aqueles fora do ambiente doméstico, ou, então, de profissões tidas no seio social preponderantemente de mulheres, a exemplo do magistério do ensino primário, eis que:

O desprestígio e a parca remuneração a que estêve sujeito o magistério primário desde seus inícios, aliados ao fato de considerar-se o ensino de crianças como um prolongamento das funções maternas, renunciavam que o magistério elementar seria ocupação essencialmente feminina, chegando mesmo a constituir-se, durante muitos e muitos anos, na única profissão feminina plenamente aceita pela sociedade.⁹

Segundo Nadia Lima, qualquer mulher cientista na Suécia, considerado pela Organização das Nações Unidas como o país de maior igualdade sexual, tem que ser 2,5 vezes mais produtiva para receber incentivos financeiros a pesquisas e ser avaliada em pé de igualdade a um cientista homem, de acordo com a reportagem de Fernando Rossetti realizada no ano de 1997; logicamente, já no ano de 1999, no Brasil, por meio do “Ranking da Ciência” realizado pela Folha de São Paulo sobre os cientistas brasileiros de maior influência em pesquisas mundiais, ficou constatada produção das cientistas aquém da dos homens.

mulheres não-brancas. Ano 1993, p. 54. Traduzido por Carol Correia. Disponível em: <https://medium.com/revista-subjetiva/mapeando-as-margens-interseccionalidade-politicas-de-identidade-e-violencia-contra-mulheres-nao-18324d40ad1f>. Acesso em: 10 jun. 2023.

⁶ SANTOS, Edmea; FERNADES, Terezinha; YORK, Sara Wagner. Ciberfeminismo em tempos de pandemia Covid-19: lives (trans) feministas. In SANTOS, Edmea (Org.). *Escrevivências ciberfeministas e ciberdocentes: narrativas de uma mulher durante a pandemia Covid-19*. São Carlos: Pedro & João Editores, 2022, p. 78.

⁷ PEREZ, Olívia Cristina; RICOLDI, Arlene Martinez. *A quarta onda feminista: interseccional, digital e coletiva. Trabalho preparado para apresentação no X Congresso Latino-americano de Ciência Política (ALACIP), organizado conjuntamente pela Associação Latino-Americana de Ciência Política, a Associação Mexicana de Ciência Política e o Tecnológico de Monterrey, 31 de julho, 1, 2 e 3 de agosto 2019. Disponível em: <https://alacip.org/cong19/25-perez-19.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.*

⁸ RATTS, Alex. *Eu sou Atlântica: sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento*. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Instituto Kuanza, 2007, p. 104.

⁹ SAFFIOTI, Heleith Iara Bongiovani. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. São Paulo: Editora Quatro Artes, 1969, p. 206.

A autora ainda afirma que a construção simbólica de um cientista pautado como um homem de avental, branco e aburguesado está concedendo passagem a um outro perfil, e que diante do ritmo acelerado imposto pelas mudanças, somente ficará a característica do avental,¹⁰ eis que, como constatava Flávia Varella já no ano de 2001:

[...] os números do último levantamento sobre os pesquisadores brasileiros realizado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) sugerem um perfil diferente do profissional dedicado à ciência [...]. O dado mais interessante do censo começa pela mudança de gênero: em vez de o cientista, cada vez mais será preciso falar a cientista. Os homens estão perdendo a hegemonia, e aumenta marcadamente a quantidade de mulheres debruçadas sobre as bancadas dos laboratórios. No total, eles ainda são maioria (56%), mas nas faixas etárias mais jovens elas ganham em quantidade.¹¹

Logicamente, todo o aparato histórico pautado no sistema do patriarcado, na divisão de classe e na interseccionalidade de diversos outros marcadores sociais inviabilizam a promoção da igualdade de gênero, não obstante o avanço na ciência em decorrência das contribuições significativas da filósofa e professora Hipátia de Alexandria (351/370-415 d.C.), que, segundo documentos históricos, foi a primeira mulher considerada matemática, além de lecionar filosofia e astronomia como chefe da escola platônica em Alexandria no Egito.¹² Ela foi arrastada pelas ruas da cidade e torturada até a morte, e seu corpo foi jogado em uma fogueira.¹³

Também importante mencionar a inglesa Anna Atkins (1799-1871), que além de botânica é considerada a primeira mulher criadora de uma fotografia e a publicar um livro com imagens fotográficas de catalogação de algas, *Algae: Cyanotype Impressions*.¹⁴ A inglesa Augusta Ada Byron King, condessa de Lovelace (1815-1852), foi uma escritora que publicou uma coleção de notas sobre algoritmos, o que a levou a ser reconhecida como primeira programadora da história, além de matemática, tendo sido reconhecida como a pessoa responsável pela escrita do primeiro algoritmo para ser processado por uma máquina para computar valores de funções matemáticas.¹⁵

Outra inglesa fantástica foi a médica Elizabeth Blackwell (1821-1910), não só por ter sido a primeira mulher e primeira da turma a se formar no ano de 1849 em medicina na Geneva Medical College, de Nova York, mas também pela sua enorme contribuição à ciência com a fundação de uma clínica dirigida ao atendimento de pessoas carentes, ampliando a saúde pública, lecionando aulas na faculdade de medicina e escrevendo importantes obras médicas de referência. Embora seja uma grande referência na ciência, ela sofreu na pele todo o machismo por atuar em um espaço dominado por homens, tendo sido sugerido à época que se disfarçasse de homem para ser aceita em medicina; veio a falecer por um

10 LIMA, Nadia Regina Loureiro de Barros. *As mulheres nas ciências: o desafio de uma passagem... a passagem do privado para o público*. In COSTA, Ana Alice Alcântara; SARDENBERG, Cecília Maria Bacellar (Orgs.). *Feminismo, ciência e tecnologia*. Salvador: REDOR/NEIM-FFCH/UFBA, 2002, p. 53.

11 VARELLA, Flávia. *Doutora em expansão*. Veja, São Paulo, p. 84-87, 14 mar. 2001. (Ciência) apud LIMA, Nadia Regina Loureiro de Barros. *As mulheres nas ciências: o desafio de uma passagem... a passagem do privado para o público*. In COSTA, Ana Alice Alcântara; SARDENBERG, Cecília Maria Bacellar (Orgs.). *Feminismo, ciência e tecnologia*. Salvador: REDOR/NEIM-FFCH/UFBA, 2002, p. 53.

12 FABRO, Nathalia. *Conheça Hipátia de Alexandria, a primeira mulher matemática da história*. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/Historia/noticia/2019/08/conheca-hipatia-de-alexandria-primeira-mulher-matematica-da-historia.html>. Acesso em: 17 jun. 2023.

13 BBC NEWS BRASIL. *O mistério da brutal morte de Hipátia, a primeira matemática da História*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-46501897>. Acesso em: 17 jun. 2023.

14 CONSERVATION RESEARCH FOUNDATION MUSEUM (GETTY). *Anna Atkins*. Disponível em: <https://www.getty.edu/art/collection/person/103KDM>. Acesso em: 17 jun. 2023.

15 TOOLE, Betty. *Ada Byron, Lady Lovelace (1815-1852)*. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20100721013509/http://cs-www.cs.yale.edu/homes/tap/Files/ada-bio.html>. Acesso em: 17 jun. 2023.

AVC, deixando um amplo legado científico.¹⁶

Outro nome de referência na ciência é Marie Sklodowska-Curie (1867-1934), uma polonesa naturalizada francesa e, por isso, a primeira mulher a ser professora na Universidade de Paris, com pesquisas intensas e avançadas nos campos da química e física, sendo a grande responsável pelo pioneirismo na descoberta da teoria da radioatividade, além da descoberta de dois elementos químicos, o polônio e o rádio.

Ainda desenvolveu pesquisas e centros de pesquisa médica importantes, inclusive durante a Primeira Guerra Mundial foi fundamental no desenvolvimento da radiografia móvel nos hospitais de campanha. Seu falecimento foi justamente em decorrência da exposição à radiação em suas pesquisas e seus trabalhos médicos. Pelo gigantismo do seu feito no campo da ciência, foi a primeira mulher a ganhar o Prêmio Nobel e a primeira pessoa e única mulher a ganhar por duas vezes e ser a única pessoa a ganhar em categorias distintas da ciência¹⁷: o Nobel de Física em 1903 e o Nobel de Química em 1911.¹⁸

Outra cientista foi a americana Florence Rena Sabin (1871-1953), a primeira mulher a ocupar a cadeira de medicina na Universidade Johns Hopkins, a primeira eleita para a Academia Nacional de Ciências e a chefiar um departamento do Instituto Rockefeller de Pesquisa Médica, com liderança sobre pesquisa de patologia da tuberculose advinda de seus ensinamentos em embriologia e histologia e suas pesquisas sobre o sistema linfático, além de células e vasos sanguíneos. Publicou inúmeros artigos e livros médicos importantes e ganhou variados prêmios, tendo inclusive recebido, em 1951, o Prêmio Lasker por seu trabalho significativo na saúde pública.¹⁹

A húngara Mária Telkes (1900-1995) foi uma inventora, a exemplo de um sistema de dessalinização para barcos salva-vidas, e cientista com PhD em físico-química em 1924, tendo desenvolvido tecnologias em energia solar.²⁰ A estadunidense Gertrude Belle Elion (1918-1999) foi uma bioquímica conhecida por seus estudos e pesquisas sobre o câncer e doenças virais, o que a levou a ter 45 patentes e 23 títulos honorários e a ganhar, dentre outros prêmios, o Nobel de Fisiologia ou Medicina em 1988.²¹ Não de ser mencionadas a premiada cientista inglesa de referência na área ambiental, sobretudo seus estudos profundos sobre chimpanzés, mensageira das Nações Unidas para a Paz, que foi Jane Goodall (1934-);²² a russa Valentina Vladimirovna Tereshkova (1937-), que foi a primeira cosmonauta e a primeira mulher a ir ao espaço, em 1963, e a única mulher com voo solo ao espaço, e, por isso mesmo, condecorada inúmeras vezes;²³ cabendo ainda mencionar, pela sua importância científica, a física e a primeira astronauta americana Sally Ride (1951-

16 BARCELLA, Laura; LOPES, Fernanda. *Lute como uma garota: 60 feministas que mudaram o mundo*. São Paulo: Cultrix, 2018, p. 30-33.

17 CARVALHO, Fernando P. *Marie Curie: pioneira na descoberta da radioatividade, dos primeiros radionuclídeos e suas aplicações em medicina*. Disponível em: <https://www.spf.pt/magazines/GFIS/113/pdf>. Acesso em: 16 jun. 2023.

18 THE NOBEL PRIZE. *Estilo MLA: Prêmio Nobel múltiplo*. NobelPrize.org. Prêmio Nobel Outreach AB 2023. Sex. 16 de junho de 2023. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/laureate/6>. Acesso em: 16 jun. 2023.

19 NATIONAL LIBRARY OF MEDICINE. *Florença R. Sabin: os papéis de Florence R. Sabin*. Disponível em: <https://profiles.nlm.nih.gov/spotlight/rr/feature/biographical>. Acesso em: 17 jun. 2023.

20 SALUMBRE, Gabby. *Dra. Mária Telkes: uma inventora brilhante*. Disponível em: <https://www.futurescienceleaders.com/surrey1/2019/03/14/dr-maria-telkes-a-bright-inventor/>. Acesso em: 17 jun. 2023.

21 AVERY, Mary Ellen. *Gertrude Belle Elion. 23 de janeiro de 1918 – 21 de fevereiro de 1999*. Disponível em: <https://royalsocietypublishing.org/doi/abs/10.1098/rsbm.2007.0051>. Acesso em: 17 jun. 2023.

22 BARCELLA, Laura; LOPES, Fernanda. *Op. cit.*, p. 100-103.

23 ABC NEWS. *Cinquenta anos atrás, Valentina Tereshkova se tornou a primeira mulher no espaço*. Disponível em: <https://www.abc.net.au/news/2013-06-16/fifty-years-ago2c-tereshkova-became-first-woman-in-space/4756804>. Acesso em: 17 jun. 2023.

2012), que se tornou a primeira diretora do Departamento de Exploração da NASA e abriu caminho na ciência para outras mulheres, sendo grande responsável pelo quantitativo atual de metade das mulheres integrantes das equipes da agência espacial.²⁴

É justamente por isso que Nadia Lima afirma:

Apesar dessa arrancada feminina no mundo da ciência, em que, cada vez mais, pesquisadoras jovens, dedicadas e apaixonadas, se debruçam em pesquisas de laboratórios, ainda se evidencia que essa participação vem acontecendo de modo dicotomizado, ou ainda está aquém da presença masculina. [...] Atualmente, de acordo com as estatísticas de instituições de ensino superior (MEC/Inep e Capes), a situação das mulheres evolui, [...], todavia, no degrau mais elevado da carreira acadêmica – o doutorado –, os homens voltam a ser maioria.²⁵

Nadia Lima escreveu o trecho mencionado acima em uma coletânea publicada no ano de 2002, no entanto, houve uma virada expressiva no ano de 2010 em relação ao aspecto quantitativo apresentado quanto ao ponto do doutorado. Atualmente, as mulheres são a maioria entre as pessoas com mestrado e doutorado no Brasil. Segundo dados colhidos nos currículos Lattes da plataforma do CNPq, de 2010 a 2021, 72,7% dos novos mestres e 53,1% dos novos doutores são do gênero feminino. As mulheres já eram maioria no mestrado desde 1980, mas, realmente, no doutorado, somente a partir de 2010.²⁶

E qual a razão? Conforme salientava a austríaca Gerda Lerner (1920-2013), metade, e às vezes mais da metade, da humanidade é feminina, embora sempre tenha sido sua história relegada e contada pelos homens, isto é, o direito das mulheres nunca foi conscientizado, e ter a conscientização de sua existência constitui o primeiro passo para a mudança.²⁷ Nos últimos tempos, a mudança vem sendo propiciada pelo crescente fomento de campanhas, projetos, cartilhas de informação e inserção das políticas públicas, sobretudo as sociais, de diferentes órgãos, na promoção de igualdade de gênero.

Realmente, as mulheres ainda são poucas nas ciências no tocante à valorização de estudos e pesquisas em comparação ao universo masculino, e isso é devido a toda uma projeção patriarcal como forma de manutenção do monopólio de poder nas mãos masculinas, não obstante os notáveis avanços brasileiros das 13 cientistas brasileiras de importância na História da Ciência, descritas por Laura Aidar.

Bertha Lutz (1894-1976), cientista brasileira importante, com estudos sobre anfíbios, o que acarretou seu nome como forma de homenagem em algumas espécies: *Aplastodiscus lutzorum* e *Hypanus berthallutzea*, sem contar seu papel importantíssimo desempenhado à frente do feminismo, que culminou com a possibilidade do voto às mulheres em 1932.

Nise da Silveira (1905-1999), alagoana, foi responsável pelo desenvolvimento de considerável e respeitoso trabalho na área da saúde mental, o que acarretou revolução com humanização diante dos tratamentos invasivos e agressivos concedidos aos pacientes portadores de transtornos psiquiátricos nos manicômios da época. Seus estudos e pesquisas aprofundados, com utilização de convívio com animais rendeu-lhe, nos anos

24 BARCELLA, Laura; LOPES, Fernanda. Op. cit., p. 159-164.

25 LIMA, Nadia Regina Loureiro de Barros. Op. cit., p. 54.

26 ZANLORENSSI, Gabriel; HEMERLY, Giovanna. Mulheres são a maioria entre novos mestres e doutores no Brasil. Disponível em: https://www.nexojournal.com.br/grafico/2023/03/07/Mulheres-s%C3%A3o-a-maioria-entre-novos-mestres-e-doutores-no-Brasil?posicao-home-centro=3&utm_medium=Email&utm_campaign=NLDurmaComEssa&utm_source=nexoassinantes. Acesso em: 16 jun. 2023.

27 LERNER, Gerda. A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens. Tradução de Luiza Sellera. São Paulo: Cultrix, 2019, p. 28.

1940, a posição de médica do Centro Psiquiátrico Nacional Pedro II, localizado no bairro do Engenho de Dentro, no Rio de Janeiro.

É importante mencionar o nome da mato-grossense Graziela Maciel Barroso (1912-2003), considerada a primeira-dama da botânica no Brasil, autodidata na aprendizagem da botânica. Somente aos 47 anos pôde ingressar no curso de biologia da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), com defesa de tese aos 60 anos de idade. Tem também reconhecimento internacional como nome de referência no assunto de taxonomia de plantas (ciência de identificação, descrição e classificação de organismos individuais ou coletivos), o que ensejou 25 espécies com seu nome como forma de homenagem.

Enedina Alves Marques (1913-1981), curitibana, formada pela Universidade Federal do Paraná em 1945, produziu diversos trabalhos em obras públicas, inclusive na seara hidrelétrica de seu estado – motivo pelo qual foi considerada a primeira engenheira negra no Brasil.

Maria José Deane (1916-1955) foi uma paraense, formada em 1937 pela Faculdade de Medicina e Cirurgia do Pará, que ocupou consideráveis cargos na Fiocruz e foi um dos mais importantes nomes dentro da ciência médica pelos seus estudos sobre parasitologia (ciência que estuda o parasitismo, isto é, associação de um parasita a outro organismo que causa doenças pela retirada de meios para custear a sua sobrevivência). Juntamente com seu marido, também cientista, viajou o mundo combatendo variadas formas de doenças causadas por parasitas, contribuindo para a erradicação de enfermidades e promoção da saúde pública.

De suma importância para a ciência brasileira, pelo seu pioneirismo e por ser uma das grandes responsáveis pela promoção da ciência no Brasil, mesmo enfrentando muito preconceito por ser mulher e separada do marido numa época em que o divórcio era inadmissível, foi a fluminense Elisa Frota Pessoa, nascida em 17 de janeiro (1921-2018), uma das fundadoras do Centro Brasileiro de Pesquisas Físicas (CBPF), tendo atuado como chefe da Divisão de Emulsões Nucleares até 1964. Seus estudos em física, em oposição ao desejo de seu pai, que a queria dona de casa e esposa, renderam-lhe o reconhecimento, em 1942, como a segunda mulher no Brasil a se formar em física, e, assim como Marie Curie, com estudo voltado à radioatividade. Em 1965 foi trabalhar na UNB e depois na USP, tendo sido aposentada compulsoriamente em 1969 pelo AI-5. Para fugir da ditadura brasileira, foi trabalhar nos EUA e na Europa e realizou grandes feitos, contribuindo com publicações importantes e formação de físicos brasileiros. Em 1975 montou um laboratório na PUC, permanecendo como professora emérita até 1995. Teve diversos trabalhos importantes publicados, de 1950 a 1986.²⁸

Também nascida em 1921, porém em 10 de maio, com falecimento em 2021, a oceanógrafa Marta Vannucci, que ainda criança chegou da Itália, em 1927. Aos 25 anos de idade, defendeu sua tese e se formou pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo (USP). Seu nome é reconhecido internacionalmente devido a pesquisas e estudos direcionados aos ecossistemas de mangues, o que a levou a integrar também o Instituto Oceanográfico de sua universidade de formação.

²⁸ CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO. *Pioneiras 1ª Edição*. Disponível em: <https://www.gov.br/cnpq/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/programas/mulher-e-ciencia/pioneiras-da-ciencia-1/pioneiras-1a-edicao>. Acesso em: 18 jun. 2023.

Lélia Gonzales (1935-1994) é outro nome muito forte e importante no feminismo brasileiro, sobretudo no campo das mulheres latino-americanas, pois seus estudos como doutora em antropologia foram fundamentais para a construção, aprofundamento e ampliação dos conceitos de classe, raça e gênero. Lélia foi responsável pela criação do Instituto de Pesquisas das Culturas Negras do Rio de Janeiro.

Na atualidade, segundo ainda Laura Aidar, tem-se o nome de Anita Canavarro Benite que, com atuação na área de bioquímica inorgânica, coordenou o Laboratório de Pesquisas em Educação Química e Inclusão da Universidade Federal de Goiás (UFG) e participou do Grupo de Estudos sobre Descolonização do Currículo de Ciências (CIATA). Além dela, Márcia Barbosa, doutora em física e professora da disciplina na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); devido à importância de suas pesquisas e estudos sobre a água, foi eleita pela revista *Forbes*, em 2020, como uma das 20 mulheres mais poderosas do Brasil.

Vivian Miranda é outro importante nome atual na ciência; formada em física pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e com doutorado americano em astronomia e estudos aprofundados em astrofísica, é a única mulher trans a integrar uma equipe da NASA para criação de um satélite. Já Débora Diniz é uma antropóloga formada em direito pela Universidade de Brasília (UNB) com pesquisas e estudos voltados à bioética, abordando temas de suma importância na ciência, como os direitos reprodutivos das mulheres, e, por isso, é nome de referência quando o assunto é saúde pública brasileira.

Jaqueline Goes de Jesus, doutora em patologia humana com pós-doutoramento no Instituto de Medicina Tropical de São Paulo na Universidade de São Paulo (USP), como médica, e com sua equipe, foi uma das primeiras pesquisadoras a mapear o genoma do novo coronavírus após 48 horas do primeiro caso de covid-19 no Brasil, o que contribuiu absurdamente para o combate à doença.²⁹

Também é preciso falar da paulista de elevada importância quanto à representatividade da mulher negra, Sonia Guimarães, nascida em 1957; professora universitária, física e pesquisadora, foi a primeira mulher negra brasileira a lecionar em 1993 no Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA) e a ter doutorado em física.³⁰

A representatividade feminina no campo das ciências tecnológicas cresceu 60% nos últimos tempos, passando de 27,9 mil mulheres em 2014 para 44,5 mil em 2019; porém, a realidade da presença feminina no campo tecnológico ainda está distante do ideal, pois em 64,9% dos casos, as mulheres somente representam, no máximo, 20% da equipe de trabalho, em 32,7% dos casos não há uma pessoa negra na equipe de trabalho e em 68,5% dos casos as pessoas negras representam no máximo 10% dos componentes da equipe. É preciso uma promoção de iniciativas visando à igualdade de gênero, mesmo diante de feitos significativos e notórios nas ciências tecnológicas promovidos por nove mulheres: Cynthia Zanoni (Microsoft), Lisiane Lemos (gerente de desenvolvimento das agências do Google), Rafa Ballerini (engenheira de software e desenvolvimentista de análise de sistemas), Nina

²⁹ AIDAR, Laura. 13 cientistas brasileiras importantes no passado e no presente. Disponível em: https://www.ebiografia.com/cientistas_brasileiras_importantes/. Acesso em: 16 jun. 2023.

³⁰ CASEMIRO, Poliana. Primeira professora negra no ITA, Sônia Guimarães cobra igualdade para mulheres: 'Conservadorismo já não é mais capaz de nos parar'. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/primeira-professora-negra-no-ita-sonia-guimaraes-cobra-igualdade-para-mulheres-conservadorismo-ja-nao-e-mais-capaz-de-nos-parar.ghtml>. Acesso em: 17 jun. 2023.

Talks (cientista da computação com diversos prêmios), Fernanda Ribeiro (conselheira administrativa no Instituto C&A, dentre outros, com diversos prêmios), Giovanna Moeller (conteudista em tecnologia em diferentes formatos e redes), Duda Vieira (programadora e conteudista de dicas de tecnologia como ferramenta de trabalho), Ítala Herta (fundadora da Diver.SSA, que colabora com mulheres negras em empreendimentos tecnológicos) e Attekita Dev (engenheira de software).³¹

Se há indubitavelmente um avanço na ciência e na tecnologia, por que as mulheres ainda não pertencem completamente aos espaços públicos? É efeito do denominado “teto de cristal”, explicado de forma clara por Nadia Lima, baseado nos ideais ingleses de Virgínia Woolf que constam em *Um teto todo seu*, publicado em 1929, que, situando as mulheres no mundo dos homens, traz a informação de que elas precisam superar obstáculos para desenvolver seus trabalhos no campo das letras, e defende a ideia de que a liberdade intelectual está atrelada diretamente à liberdade material – daí a necessidade da mulher de ter “um teto todo seu”.

Segunda Nadia, o estancamento em qualquer carreira, inclusive nas científicas e tecnológicas, embora com avanço progressivo nos últimos tempos, se deve ao fato da existência de uma superfície superior invisível (“teto de cristal”) a partir da qual as mulheres não conseguem prosperar, e isso se deve ao sistema do patriarcado, desde a construção da sua identidade, com a forma de criação de meninos e meninas, e repercussão automática na vida adulta. Cientistas encontram travas sociais e, na maioria das vezes, se sentem inferiorizadas e sobrecarregadas da dupla jornada de trabalho (lar e profissão) diante da monopolização dos espaços públicos, sobretudo da ciência e da tecnologia, e das imposições culturais, que criam também os imaginários pessoal e social por incidência de determinantes do mundo masculino, constituindo um verdadeiro obstáculo na promoção da igualdade de gênero.³² E como isso pode ser superado?

IGUALDADE DE GÊNERO E A LUTA PELA SUA PROMOÇÃO NA ATUALIDADE

A crítica ao sistema binário de sexo (sexo feminino e sexo masculino), com necessidade de ampliação da perspectiva de gênero (LGBTQIAPN+)³³, ganha força mundial com os ideais da americana Judith Butler, para a qual o sexo não está atrelado ao gênero e o corpo é uma estrutura de poder que define posições, inclusive as posições sociais, eis que

O poder é “constutivo” do performativo tácito, é justamente a sua capacidade de estabelecer um sentido prático para o corpo; não apenas negociar seu espaço, seu “lugar” em relação às coordenadas culturais dominantes. O performativo não é um ato singular executado por um sujeito já estabelecido, mas uma das formas poderosas e insidiosas pelas quais os sujeitos são chamados, de regiões sociais difusas, para a existência social e introduzidos na sociabilidade por uma variedade de interpelações difusas e poderosas.³⁴

31 GUIMARÃES, Luísa. *Representatividade no mercado tech: 9 mulheres na tecnologia para você conhecer e acompanhar*. Disponível em: https://www.alura.com.br/artigos/representatividade-mercado-tech-9-mulheres-tecnologia-para-conhecer-e-acompanhar?gclid=EAlaIqobChMIIf-mtbnN_wIVZUFIAB1VUAH3EAAAYASAAEgLkJPD_BwE. Acesso em: 18 jun. 2023.

32 LIMA, Nadia Regina Loureiro de Barros. *Op. cit.*, p. 57-61.

33 Lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, queer, intersexuais, assexuais, pansexuais e não binários.

34 BUTLER, Judith. *Discurso de ódio: uma política do performativo*. Tradução de Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Editora Unesp, 2021, p. 261-262.

Sobre a concepção ampla de gênero, eis a definição que parece ser a mais coerente ao propósito do presente artigo: gênero está ligado à construção cultural e sexo está ligado ao fator biológico; daí não haver uma sociedade somente classificada e merecedora de proteção no sistema binário de homem ou de mulher, pois

O gênero se torna, aliás, uma maneira de indicar as “construções sociais” – a criação inteiramente social das ideias sobre os papéis próprios aos homens e às mulheres. É uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres. O gênero é, segundo essa definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado [...] O uso do “gênero” coloca ênfase sobre o sistema de relações que pode incluir o sexo, mas que não é diretamente determinado pelo sexo nem determina diretamente a sexualidade.³⁵

Em relação ao gênero feminino, segundo pesquisa divulgada no dia 12 de junho de 2023 com pessoas de 80 países pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), no Brasil, onde 1.762 pessoas participaram da pesquisa, 84,5% têm pelo menos um tipo de preconceito contra mulheres, isto é, apenas 15,5% dos brasileiros não têm preconceitos contra mulheres; porém, no ano de 2012, esse número era de 10,2%. O relatório ainda aponta que mais de um quarto da população mundial acredita ser justificável um homem bater em sua esposa, e, mais ainda, aproximadamente 87% das mulheres e 90% dos homens de todo o mundo apresentam pelo menos um preconceito de gênero (nas áreas de integridade física, educacional, política e econômica), travando os direitos das mulheres na garantia da igualdade social e econômica, bem como quase metade das pessoas no mundo acredita que os homens são melhores políticos que as mulheres e mais de dois em cada cinco concordam que eles são melhores executivos de negócios.

As mulheres chefes de estado ou governo permanecem em torno de 10%, somente, desde 1995, e no mercado de trabalho, as mulheres ocupam menos de 1/3 dos cargos de chefia. Assim, a melhora é ainda muito sensível, e faz com que o sexismo venha a legitimar obstáculos à promoção de igualdade de gênero, e causa inclusive violências psicológicas e físicas; por isso, o relatório concluiu que nos últimos anos o preconceito contra as mulheres quase não diminuiu na última década, embora tenha havido fomento de campanhas globais em prol dos seus direitos, e, para isso, foi recomendado: combate às desinformações de gênero e discursos de violência e ódio; investimento em medidas políticas e leis na promoção de igualdade das mulheres na política, visando à construção de estados mais sensíveis às questões de gênero; fortalecimento dos sistemas de assistência social e proteção de vítimas mulheres; e promoção da inclusão financeira para geração de renda a longo prazo. Aqui, neste último, é o que Virginia Woolf quis dizer com “um teto todo seu”.³⁶

Diante das formas buscadas pelo Brasil para atender à igualdade de gênero e ao empoderamento das mulheres até 2030 – meta 5 da Agenda 2030 da ONU – em cumprimento de diretrizes internacionais sobre questões de gênero de que o país é signatário, o Poder Judiciário, com escopo de promover a igualdade de gênero com viés de orientação não só para seus membros, mas também para toda e qualquer pessoa que lida com o assunto, publicou a Portaria nº 27, de 2 de fevereiro de 2021 – *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero de 2021* – em observância às Resoluções nºs 254 (enfrentamento

35 HOLLANDA, Heloísa Buarque de. *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019, p. 54.

36 BARRETO, Kellen. *No Brasil, 84,5% das pessoas têm pelo menos um tipo de preconceito contra mulheres, diz ONU*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/06/12/no-brasil-845percent-das-pessoas-tem-pelo-menos-um-tipo-de-preconceito-contramulheres-diz-pesquisa-da-onu.ghtml>. Acesso em: 18 jun. 2023.

da violência contra as mulheres) e 255 (incentivo à participação feminina no Judiciário brasileiro), ambas de 2018, do Conselho Nacional de Justiça.³⁷

Juntamente com a busca de mudança promovida pelo Poder Judiciário e em cumprimento às metas estabelecidas pela ONU até 2030 para promoção da igualdade de gênero, é também sentido, pelo recente trabalho publicado no ano de 2023 pelo Senado Federal, órgão do Poder Legislativo, que em atenção aos ditames nacionais e ao controle de convencionalidade, sobretudo às diretrizes impostas pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) de 1979 e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, instituiu o Plano de Equidade de Gênero e Raça do Senado Federal (PEGR), com segunda versão no biênio 2021-2023, com planejamento e execução de GT com cinco eixos na promoção da igualdade de gênero (comunicação, educação, cultura organizacional, gestão e saúde).

Tem-se a inclusão, com ações de comunicação da diversidade sexual, étnica e racial; gestão e execução de políticas de capacitação com programas de integração e modernização voltados à Educação; rodas de leitura com a temática gênero e raça; cursos à distância sobre assédios moral e sexual; ações de concretização do valor de igualdade no ambiente de trabalho; ações de gestão com quebras de barreiras, a exemplo de instalação de fraldários em banheiros masculinos e unissex; relatório anual de indicadores de saúde de gênero e raça dos servidores, promovendo a inclusão com pesquisas sobre racismo e discriminação no ambiente de trabalho, entre outros objetivos. Do resultado parcial até o presente momento, dos 28 objetivos previstos no primeiro biênio (2019-2021), em um ano, nove foram cumpridos, 13 parcialmente cumpridos e seis foram suspensos, o que significa que na metade do tempo previsto caminhou a contento, já que os 26 objetivos do segundo biênio ainda estão fluindo no transcurso do prazo.³⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O patriarcado sempre existiu e continua muito presente em toda e qualquer sociedade. Seus braços de extensão por meio do machismo, do sexismo, da misoginia, da opressão e da submissão ainda são raízes fortes que insistem em travar qualquer tipo de avanço. Combatê-lo por todos os lados e meios, não só pela promoção de políticas na busca da igualdade de gênero, é mais do que uma questão de resistir aos mandos e comandos culturais, religiosos, sociais, políticos, jurídicos e econômicos por meio de qualquer forma aguerrida com base em pautas de lutas feministas, é questão de sobrevivência. Sobrevivência pelo reconhecimento como ser humano e detentor de direitos ao mundo de massacres diariamente imposto e retroalimentado pela onipotência de um capitalismo imperante baseado em uma cultura discriminatória e eurocêntrica.

O feminismo, com suas diversas vertentes e momentos históricos mundiais, demonstrou que uma intensa pauta reivindicatória torna possível feitos extraordinários; tanto é verdade que mulheres, como Elisa Frota Pessoa, quebraram paradigmas e adentraram

³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023.

³⁸ KÄSSMAYER, Karin. *Plano de equidade de Gênero e Raça do Senado Federal*. In TROMBKA, Ilana; NUNES, Maria Terezinha; MEIRA, Paulo Ricardo dos Santos (Orgs.). *Equidade de Gênero no Senado Federal: um relato da mudança da cultura organizacional por meio da ação gerencial*. 2 ed. Brasília: Senado Federal, 2023, p. 231-251.

espaços até então somente dominados pelo universo masculino, promovendo não somente o feminismo, mas também a ciência e a tecnologia, com abertura de caminho para tantas outras mulheres, além de pautas na ampliação de gênero com promoção de igualdade, eis que um país mais livre somente é igualitário quando prega um tripé de sustentação baseado no feminismo, na ciência e na tecnologia.

REFERÊNCIAS

ABC NEWS. **Cinquenta anos atrás, Valentina Tereshkova se tornou a primeira mulher no espaço.** Disponível em: <https://www.abc.net.au/news/2013-06-16/fifty-years-ago2c-tereshkova-became-first-woman-in-space/4756804>. Acesso em: 17 jun. 2023.

AIDAR, Laura. **13 cientistas brasileiras importantes no passado e no presente.** Disponível em: https://www.ebiografia.com/cientistas_brasileiras_importantes/. Acesso em: 16 jun. 2023.

AVERY, Mary Ellen. **Gertrude Belle Elion.** 23 de janeiro de 1918 – 21 de fevereiro de 1999. Disponível em: <https://royalsocietypublishing.org/doi/abs/10.1098/rsbm.2007.0051>. Acesso em 17 jun. 2023.

BARCELLA, Laura; LOPES, Fernanda. **Lute como uma garota: 60 feministas que mudaram o mundo.** São Paulo: Cultrix, 2018.

BARRETO, Kellen. **No Brasil, 84,5% das pessoas têm pelo menos um tipo de preconceito contra mulheres, diz ONU.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/06/12/no-brasil-845percent-das- pessoas-tem-pelo-menos-um-tipo-de-preconceito-contra-mulheres-diz-pesquisa-da-onu.ghtml>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BBC News Brasil. **O mistério da brutal morte de Hipátia, a primeira matemática da História.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-46501897>. Acesso em: 17 jun. 2023.

BUTLER, Judith. **Discurso de ódio: uma política do performativo.** Tradução de Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

CARVALHO, Fernando P. Marie Curie: **pioneira na descoberta da radioatividade, dos primeiros radionuclídeos e suas aplicações em medicina.** Disponível em: <https://www.spf.pt/magazines/GFIS/113/pdf>. Acesso em: 16 jun. 2023.

CASEMIRO, Poliana. Primeira professora negra no ITA, Sônia Guimarães cobra igualdade para mulheres: **‘Conservadorismo já não é mais capaz de nos parar’.** Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/primeira-professora-negra-no-ita-sonia-guimaraes-cobra-igualdade-para-mulheres-conservadorismo-ja-nao-e-mais-capaz-de-nos-parar.ghtml>. Acesso em: 17 jun. 2023.

CONSELHO Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. **Pioneiras** 1ª Edição. Disponível em: <https://www.gov.br/cnpq/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/programas/mulher-e-ciencia/pioneiras-da-ciencia-1/pioneiras-1a-edicao>. Acesso em: 18 jun. 2023.

CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023.

ATKINS, Anna. **Conservation Research Foundation Museum (Getty)**. Disponível em: <https://www.getty.edu/art/collection/person/103KDM>. Acesso em: 17 jun. 2023.

CRENSHAW, Kimberlé Williams. **Mapeando as margens: interseccionalidade, políticas de identidade e violência contra mulheres não-brancas**. Ano 1993, p. 54. Traduzido por Carol Correia. Disponível em: <https://medium.com/revista-subjetiva/mapeando-as-margens-interseccionalidade-politicas-de-identidade-e-violencia-contra-mulheres-nao-18324d40ad1f>. Acesso em: 10 jun. 2023.

FABRO, Nathalia. **Conheça Hipátia de Alexandria, a primeira mulher matemática da história**. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/Historia/noticia/2019/08/conheca-hipatia-de-alexandria-primeira-mulher-matematica-da-historia.html>. Acesso em: 17 jun. 2023.

GUIMARÃES, Luísa. **Representatividade no mercado tech: 9 mulheres na tecnologia para você conhecer e acompanhar**. Disponível em: https://www.alura.com.br/artigos/representatividade-mercado-tech-9-mulheres-tecnologia-para-conhecer-e-acompanhar?gclid=EAIaIQobChMltf-mtbnN_wIVZUFIAB1VUAH3EAAAYASAAEgLkJPD_BwE. Acesso em: 18 jun. 2023.

HOLLANDA, Heloísa Buarque de. **Pensamento feminista: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

KÄSSMAYER, Karin. **Plano de equidade de Gênero e Raça do Senado Federal**. In TROMBKA, Ilana; NUNES, Maria Terezinha; MEIRA, Paulo Ricardo dos Santos (Orgs.). *Equidade de Gênero no Senado Federal: um relato da mudança da cultura organizacional por meio da ação gerencial*. 2 ed. Brasília: Senado Federal, 2023.

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens**. Tradução Luiza Sellera. São Paulo: Cultrix, 2019.

LIMA, Nadia Regina Loureiro de Barros. **As mulheres nas ciências: o desafio de uma passagem...a passagem do privado para o público**. In COSTA, Ana Alice Alcântara; SARDENBERG, Cecília Maria Bacellar (Orgs.). *Feminismo, Ciência e Tecnologia*. Salvador: REDOR/NEIM-FFCH/UFBA, 2002.

NATIONAL LIBRARY OF MEDICINE. **Florença R. Sabin: os papéis de Florence R. Sabin**. Disponível em: <https://profiles.nlm.nih.gov/spotlight/rr/feature/biographical>. Acesso em: 17 jun. 2023.

PEREZ, Olívia Cristina; RICOLDI, Arlene Martinez. **A quarta onda feminista: interseccional, digital e coletiva**. Trabalho preparado para apresentação no X Congresso Latino-americano de Ciência Política (ALACIP), organizado conjuntamente pela Associação Latino-americana de Ciência Política, a Associação Mexicana de Ciência Política e o Tecnológico de Monterrey, 31 de julho, 1, 2 e 3 de agosto 2019. Disponível em: <https://alacip.org/cong19/25-perez-19.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

PINTO, Céli Regina Jardim. **O feminismo bem-comportado de Heleieth Saffioti (presença do marxismo)**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 22 (1):416, janeiro-abril/2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/NXsxBf98cqjPnSjXd4TWWg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 jun. 2023.

QUADROS, Marion Teodósio de. **Ética da vida e feminismo**. In COSTA, Ana Alice Alcântara; SARDENBERG, Cecília Maria Bacellar (Orgs.). *Feminismo, Ciência e Tecnologia*. Salvador: REDOR/NEIM-FFCH/UFBA, 2002.

RATTS, Alex. **Eu sou Atlântica**: sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Instituto Kuanza, 2007.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **A mulher na sociedade de classes**: mito e realidade. São Paulo: Editora Quatro Artes, 1969.

SALUMBRE, Gabby. **Dra. Maria Telkes: uma inventora brilhante**. Disponível em: <https://www.futurescienceleaders.com/surrey1/2019/03/14/dr-maria-telkes-a-bright-inventor/>. Acesso em: 17 jun. 2023.

SANTOS, Edmea; FERNADES, Terezinha; YORK, Sara Wagner. **Ciberfeminismo em tempos de pandemia Covid-19**: lives (trans) feministas. In SANTOS, Edmea (Org.). *Escrevivências ciberfeministas e ciberdocentes*: narrativas de uma mulher durante a pandemia Covid-19. São Carlos: Pedro & João Editores, 2022.

THE NOBEL PRIZE. *Estilo MLA*: **Prêmio Nobel múltiplo**. Nobel Prize.org. Prêmio Nobel Outreach AB 2023. Sex. 16 de junho de 2023. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/laureate/6>. Acesso em: 16 jun. 2023.

TIBURI, Márcia. **Feminismos em comum**: para todas, todes e todos. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2018.

TOOLE, Betty. **Ada Byron, Lady Lovelace (1815-1852)**. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20100721013509/http://cs-www.cs.yale.edu/homes/tap/Files/ada-bio.html>. Acesso em: 17 jun. 2023.

VARELLA, Flávia. Doutora em expansão. Veja, São Paulo, p. 84-87, 14 mar. 2001. (Ciência). apud LIMA, Nadia Regina Loureiro de Barros. As mulheres nas ciências: o desafio de uma passagem...a passagem do privado para o público. In COSTA, Ana Alice Alcântara; SARDENBERG, Cecília Maria Bacellar (Orgs.). *Feminismo, Ciência e Tecnologia*. Salvador: REDOR/NEIM-FFCH/UFBA, 2002.

WALTERS, Margaret. **Feminismos: uma breve introdução**. Tradução Letícia Fonseca Braga Machado. São Paulo: Dialética, 2021.

ZANLORENSSI, Gabriel; HEMERLY, Giovanna. **Mulheres são a maioria entre novos mestres e doutores no Brasil**. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/grafico/2023/03/07/Mulheres-s%C3%A3o-a-maioria-entre-novos-mestres-e-doutores-no-Brasil?posicao-home-centro=3&utm_medium=Email&utm_campaign=NLDurmaComEssa&utm_source=nexoassinantes. Acesso em: 16 jun. 2023.

O papel do advogado público brasileiro na era da globalização

The role of the Brazilian public lawyer in the globalization

Paloma Meirelles Barretto Cunha

RESUMO

O presente estudo tem por proposta despertar a reflexão sobre o papel do Advogado Público brasileiro diante das transformações advindas do fenômeno da globalização. Será analisada a evolução histórica do conceito de Estado e a Globalização, bem como o novo conceito de Direito Global. Diante da nova ordem econômica mundial, o papel do Advogado Público brasileiro passa por evolução, em razão das interferências mundiais, exigindo uma atuação mais proativa e sempre objetivando a aplicação dos princípios fundamentais do Direito, especialmente o da transparência, dignidade da pessoa humana e demais regras humanitárias.

Palavras-chave: advogado público; globalização; direito global; nova realidade mundial; princípios.

ABSTRACT

The purpose of this study is to stimulate reflection on the role of the Public Lawyer in the face of the transformations arising from the phenomenon of globalization. It will analyze the historical evolution of the concept of State and Globalization, as well as the new concept of Global Law. Faced with the new world economic order, the role of the Brazilian Public Lawyer is evolving, due to global interference, requiring a more proactive and active action always aiming to apply the principles of transparency, dignity of the human person and other humanitarian rules.

Keywords: public lawyer; globalization; global law; new world reality; principles.



INTRODUÇÃO

A advocacia pública brasileira

A Constituição Federal de 1967 dispunha que competia ao Ministério Público da União a missão de representar a União em juízo, através dos Procuradores da República.

Constituição Federal de 1967/1969, artigo 138, parágrafo 2º:

O Ministério Público Federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República, o qual será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos Indicados no art. 113, § 1º.
¹ (Brasil, 1969)

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da organização dos poderes, passou a dispor sobre as funções essenciais à Justiça elencando, dentre elas, o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública e a Advocacia em sentido estrito. A partir de 1988 essas instituições passaram a figurar nas seções I, II e III do capítulo IV - "Das funções essenciais à justiça", do título IV - "Da organização dos poderes".

A Advocacia Pública foi tratada nos artigos 131 e 132, sendo o primeiro destinado à Advocacia-Geral da União, e o segundo aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

Art. 131: A Advocacia Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas (Brasil, 1988).

A nova configuração dada pela Carta de 1988 fez com que a função de representar judicialmente a União deixasse de ser do Ministério Público, como ocorria anteriormente, e passasse para a Advocacia-Geral da União. O mesmo passou a acontecer com relação aos Estados e Municípios, através das Procuradorias Estaduais e Municipais.

Como função essencial à justiça, sua atuação deverá zelar pela sociedade, pelo interesse público, na medida em que "Estado e a Advocacia de Estado são projeções institucionais permanentes de toda a sociedade, o que se reflete nas condições de suficiência e na própria natureza das respectivas investidas constitucionais" (Moreira Neto, 2005, p. 37).

Portanto, a partir de 1988 surge uma nova realidade. Surge a Advocacia Pública como uma das funções essenciais à justiça, porém com um papel extremamente importante, na medida em que assume responsabilidades não apenas judiciais, mas também administrativas.

Na esfera judicial, o advogado público terá a função de defender o Estado com fundamento na legalidade e nos princípios constitucionais, buscando garantir as políticas públicas e decisões eleitas pelos entes responsáveis.

¹ Constituição Federal de 1967/1969

No âmbito administrativo, a atividade de consultoria e assessoramento também possui um papel essencial, na medida em que exerce controle preventivo de legalidade dos atos do Poder Público, evitando possíveis ilegalidades, irregularidades ou desvios de conduta dos gestores.

Registre-se que, de acordo com a Emenda Constitucional nº 20, Reforma Administrativa, a função de qualquer um daqueles que prestem serviço público deverá estar estritamente vinculada ao princípio da eficiência, na medida em que sua atuação deve ser rápida e efetiva ao ponto de atingir a finalidade pública.

Odete Medauar ainda contrapõe eficiência à lentidão, ao descaso, à negligência, e à omissão (Medauar, 1999, p. 145).

Seria, portanto, a busca pelo sentido qualitativo da eficiência, ou seja, a busca pelo desempenho exíguo, por parte dos advogados públicos, das suas funções. E antes de tudo, atuando como representação do Estado, tem o dever geral de repudiar qualquer tipo de desvios éticos de conduta (Moreira Neto, 2005, p. 52-53)

A Lei Federal nº 13.327/2016 (que altera a remuneração de servidores públicos; estabelece opção por novas regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões; altera os requisitos de acesso a cargos públicos; reestrutura cargos e carreiras; dispõe sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações; e dá outras providências) ainda dispõe, no artigo 37, parágrafo 1º, que no exercício de suas atribuições, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo buscarão garantir a segurança jurídica das ações governamentais e das políticas públicas do Estado, zelando pelo interesse público e respeitando a uniformidade institucional da atuação.

Portanto, a atuação dos Advogados públicos, a partir da Carta de 1988, é pública, fundamentada no poder-dever que decorre da lei e rege as atuações públicas. Assim, o Advogado Público não é um profissional contratado pelo governante para representar seus interesses em juízo. A natureza pública de sua investidura no cargo impede tal exegese (Cruz Madeira, 2010). E sendo pública, deve atuar sempre com fundamento nos princípios da legalidade, supremacia do interesse público e eficiência para atender à sociedade com fim maior.

Boaventura de Souza Santos ensina que, diante das constantes mudanças da realidade, existem muitos desafios que devem ser superados. Aduz que:

Em vez de distância crítica, a proximidade crítica. Em vez de compromisso orgânico, o envolvimento livre. Em vez de serenidade complacente, a capacidade de espanto e revolta” (Souza Santos, 1994. p. 19).

Assim, diante desta nova realidade imposta pós Constituição de 1988, o Advogado Público passa a ter suas funções ampliadas, devendo defender o Estado judicialmente e administrativamente, porém sempre exercendo suas funções com base na legalidade e em prol do interesse público.

Porém, um novo fenômeno denominado Globalização passa a interferir na forma de atuação das Advocacias Públicas. Isto porque a globalização trouxe um novo

comportamento mundial que tem enormes reflexos no âmbito jurídico, especialmente no que tange às relações internacionais travadas entre os países e os Estados, ensejando uma postura diversa por parte dos Advogados Públicos.

A GLOBALIZAÇÃO

A ideia de Estado tem se modificado com o passar dos anos em razão dos diversos contextos e da dinâmica da sociedade. Segundo Azambuja (2001, p. 6-7), o termo *status* não possuía o mesmo significado que apresenta nos dias atuais.

Com efeito, existiram diversos conceitos de Estado, a exemplo do Estado medieval, do Estado grego conhecido como “*polis*” e do Estado romano denominado “*civitas*”.

Aristóteles e Platão trataram da relação entre o Estado e os indivíduos da seguinte forma:

Quanto às relações entre o Estado e os indivíduos, “enquanto Platão queria afastados os graus intermediários, absorvidos nele, Aristóteles os conserva, concebendo assim o Estado como a mais elevada síntese da convivência, mas síntese que não elimina os agregados menores, como a família, mesmo a tribo, ou os vilarejos (Del Vecchio 2006 p. 25-27).

Com o passar dos anos, o conceito de Estado foi ampliado, na medida em que passou a exercer diversas outras funções, especialmente as relacionadas com outros Estados soberanos no que tange às questões comerciais e de guerra.

O conceito jurídico de Estado, porém, originalmente, segundo Renelletti (1937, p. 3), é o de “um povo fixado num território e organizado sob um poder supremo originário de império, para atuar com ação unitária os seus próprios fins coletivos”.

Nos dias atuais, com a Globalização, que é a abertura comercial dos Estados/países para exportar e importar bens, serviços e tecnologias, uma nova realidade passa a surgir. As relações entre os países demonstram uma interdependência maior, especialmente na área econômica, tendo o conceito de soberania passado por uma redefinição na medida em que passam a existir efetivas restrições (limites) às soberanias nacionais em razão de novas realidades, como o agrupamento de países em blocos.

Com efeito, num sentido mais amplo, globalização seria:

Um processo de integração mundial, em que o espaço planetário adquire unidade, traduzida numa unificação nos diversos setores, especialmente da economia, mas que imprevisíveis as suas consequências na sua plenitude (Larrúbia, 2018, p. 12).

Seria, portanto, um fenômeno resultante da revolução tecnológica, da formação de blocos regionais e de conglomerados financeiros mundiais, que passa a interferir no modo de relacionamento entre os países e entre os próprios indivíduos.

Com a globalização, os Estados e as pessoas não possuem mais limitação geográfica e nem fronteiras como limites para suas ações. De um só lugar, por exemplo, é possível relacionar-se com inúmeras outras pessoas, assinar contratos, efetuar reuniões entre países de modo virtual.

O comércio constitui um dos principais fundamentos da globalização econômica. Segundo Luís Campos Sara Canavezes:

Numa perspectiva histórica mais contemporânea, e como já se referiu, a liberalização do comércio mundial tem sido promovida desde o pós 2ª Guerra Mundial. As negociações multilaterais para remoção de obstáculos ao comércio internacional foram pela primeira vez institucionalizadas a nível mundial em 1947 com a assinatura do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio), uma organização internacional que inicialmente integrou 23 países e que atualmente integra mais de uma centena de países. A liberalização do comércio internacional não é, no entanto, um processo linear. Por exemplo, nos anos 80, os distintos blocos econômicos – ASEAN (Associação de Nações do Sudoeste Asiático), UE (União Europeia), NAFTA (Acordo de Livre Comércio da América do Norte) - competiam entre si e, neste quadro, procuravam remover as barreiras existentes entre os respectivos membros, mas continuavam a ser protecionistas relativamente aos restantes países. O chamado Uruguay Round das negociações do GATT (1993), relativo à agricultura, serviços e barreiras alfandegárias, foi o mais difícil de todos, por atenção à divergência de interesses dos diferentes países. No entanto, o crescimento global do comércio mundial tem sido contínuo. Neste contexto, pode dizer-se que os blocos regionais de comércio proliferaram proporcionalmente à intensificação do comércio global (Canavezes, 2007, p. 26).

O DIREITO GLOBAL E A INTERFERÊNCIAS MUNDIAIS

Diante das inovações surgidas com a Globalização, uma nova seara do Direito passa a existir.

Com efeito, o Direito Internacional Público é o ramo do Direito que surge para organizar as relações internacionais, pregando, inclusive, a ética nas transações comerciais, e, impondo sanções legais àqueles que infringirem seus preceitos.

O Direito Global, por sua vez, é diferente do Direito Internacional, na medida em que o primeiro regula as organizações internacionais, os Estados e as sociedades, enquanto o segundo é direito aplicável aos Estados.

Segundo Carlos Ari Sunfeld e Oscar Vilhena Vieira, a internacionalização dos direitos humanos, a integração regional e a globalização econômica são alguns setores atingidos pelos avanços do final do século XX e que passam a ser estudados pelo Direito Global (Direito Global, 199, p 33).

Vê-se, portanto, que com o avanço da Globalização, o Direito Internacional não é mais suficiente para regular todas as relações entre os países e também entre os particulares, cedendo espaço para o Direito Global, com regras mais complexas envolvendo regras de direito internacional, transnacional e nacional, a exemplo das normas de proteção aos refugiados, energia nuclear, internet, regras de financeiras, dentre outras.

As questões ambientais também ultrapassam, em inúmeros casos, os limites das nações constituindo problemas supranacionais. Isto porque embora em alguns casos tenham uma origem espacialmente localizada, as suas consequências resvalam para um global. Podemos citar o desmatamento da Amazônia no Brasil que, embora em área localizada, traz consequências mundiais no que tange, por exemplo, ao extermínio da flora e da fauna.

Importante ressaltar que nos últimos 12 meses, a Floresta Amazônica perdeu quase

quatro mil quilômetros quadrados de mata nativa, uma área que tem 13 vezes o tamanho de Belo Horizonte. Segundo o Imazon, o desmatamento aumentou 39% em relação ao período anterior. A destruição foi maior em áreas privadas ou sem destinação, assentamentos e unidades de conservação (Portal G1, Desmatamento na Amazônia aumentou nos últimos 12 meses, São Paulo).

Outra situação abordada pelo Direito Global é a Organização Mundial do Comércio - OMC, ou World Trade Organization – WTO, que é uma organização internacional que estabelece e trata das regras do comércio internacional, tendo como objeto é reduzir consideravelmente as barreiras ao mercado global, facilitando o acesso das empresas à economia dos países. A OMC, portanto, tem por objetivo estabelecer um marco institucional comum para regular as relações comerciais entre os diversos Membros que a compõem, estabelecer um mecanismo de solução pacífica das controvérsias comerciais, tendo como base os acordos comerciais atualmente em vigor, e criar um ambiente que permita a negociação de novos acordos comerciais entre os Membros do Itamaraty

Segundo Luiz Flávio Gomes ,em artigo denominado “Estado de Direito Global e o governo da globalização”, no âmbito criminal já aparecem os primeiros sinais do Estado de Direito global com o Tribunal Penal Internacional, o Tribunal Internacional de Justiça (órgão judicial máximo da ONU) etc. Cita que um chefe de governo, por exemplo, pode ser preso, no exercício do poder, por crimes contra a humanidade, genocídio e crimes de guerra. O TPI vem sinalizando que todos devemos respeitar os direitos humanos e que ninguém, nem sequer chefes de Estado, gozam de imunidade nesses crimes que violam o “ius humanitário”(Gomes, 2008, p. 2).

A questão dos refugiados é outra das situações que versam sobre a questão da globalização e suas influências no novo Direito Global.

Recentemente tivemos ciência do navio Aquarius, navio humanitário da organização não-governamental SOS Mediterrâneo. Segundo a Organização não-governamental Médicos sem Fronteiras, o navio, com cerca de 629 imigrantes a bordo, foi proibido de atracar na Itália, em 10 de junho de 2018, pelo Governo Italiano. Diante da crise humanitária, a Espanha aceitou receber os imigrantes.

Portanto, diante da nova realidade, o Mundo passa a vivenciar situações que o Direito interno não consegue solucionar.

No mundo, e em especial, no Brasil e na Bahia, a Advocacia Pública (através da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Federal, e da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, respectivamente) têm buscado conhecer os fenômenos externos e estudar as repercussões que podem advir das novas condutas internacionais, tendo sempre como objetivo o cumprimento do interesse público e a observâncias dos princípios fundamentais.

O PAPEL DO ADVOGADO PÚBLICO NO NOVO CENÁRIO MUNDIAL

Como já sinalizado, a Globalização interfere nas relações entre os países, e, no que tange às relações públicas entre os Estados e entre conglomerados regionais, como a União Européia, também compete aos Advogados Públicos a tarefa de fazer cumprir a leis,

tratados, acordos, bem como os novos meios de comunhão de interesses, observando os princípios fundamentais que devem nortear as relações multilaterais.

Há, portanto, uma necessidade de perseguir o interesse da coletividade, o interesse global e público, existindo a necessidade de os Advogados Públicos atuarem na busca de um dos fundamentos do próprio Direito Global que é justamente a promoção e proteção dos direitos humanos.

Sr. Michel Camdessus, diretor-gerente do Fundo Monetário Internacional, na abertura da reunião conjunta do Fundo com o Banco Mundial (Bird), estando presentes os ministros da Fazenda dos 182 países que compõem a organização, leu o seguinte texto:

Em Bruxelas, dois adolescentes africanos da Guiné foram encontrados mortos de frio, dentro do compartimento do trem de aterrissagem de um jato da empresa belga Sabena, onde viajavam clandestinamente. Tentaram fugir para a Europa, para uma realidade diferente da existente em seu país. Nos bolsos dos jovens congelados, encontraram uma mensagem para os dirigentes europeus que, em resumo, dizia: “Nós sofremos enormemente na África. Ajudem-nos... Não temos direitos como crianças. Nós temos guerras e doenças, e nos falta comida... Queremos estudar e pedimos a vocês que nos ajudem a estudar, para que possamos ser como vocês, lá na África.” (São Paulo, 2010).

Ao final, concluiu que “chegou a hora de humanizar a globalização”.

Portanto, compete aos países e organizações, bem como a seus representantes, a busca incansável para solução pacífica de conflitos, sempre tendo atuação prioritária na preservação dos direitos humanos e dos princípios basilares do Direito.

A UNESCO, por exemplo, tem como objetivo a interação entre Governos e sociedade civil, o que constitui uma das chaves para que as políticas públicas democráticas se materializem, buscando alternativas de soluções para os inúmeros problemas que impedem o exercício pleno da cidadania” Defende o combate à exclusão social, a erradicação da pobreza, o desenvolvimento humano, a democracia e a construção de uma cultura de paz são o foco primordial de suas ações (UNESCO, 2004, p. 36).

O Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD), mais conhecido como Banco Mundial, também elenca a necessidade de observância de princípios fundamentais nas suas relações. Efetivamente o BIRD surgiu com o objetivo de reestruturar os países destruídos pela Segunda Guerra Mundial (Arruda, 2003). Em seu site oficial, aduz que dentre as suas funções há:

Ajuda governos em países em desenvolvimento a reduzir a pobreza por meio de empréstimos e experiência técnica para projetos em diversas áreas – como a construção de escolas, hospitais, estradas e o desenvolvimento de projetos que ajudam a melhorar a vida das pessoas. [...] oferece apoio aos governos membros em seus esforços para investir em escolas e centros de saúde, fornecimento de água e energia, combate a doenças e proteção ao meio ambiente (World Bank, 2007).

A nova realidade mundial exige que as advocacias públicas, chamadas a auxiliar os Governos e as Organizações multilaterais nas questões que envolvam direitos, observem, no que compatível, a legislação interna, mas especialmente os tratados, normas internacionais e demais regramentos, conforme princípios maiores referentes às questões humanitárias, de modo a não ferir a dignidade humana e demais regras consideradas supranacionais.

Diante da globalização e da necessidade de observância de regras internacionais

para a solução de conflitos, às advocacias públicas têm sido reservado um papel essencial na medida em que existe um dever ético e moral de atuação equilibrada. Deve-se, pois, prevalecer a globalização sem exclusão através da conciliação de interesses. De um lado, o desenvolvimento econômico, de outro, a preservação da dignidade da pessoa humana.

Em suma, como afirma a professora Juliana Jota, no artigo “*A Soberania Nacional e a Proteção Ambiental Internacional*”:

Não ocorre o menosprezo ao princípio da soberania estatal; ocorre, todavia, a mitigação de sua densidade axiológica, não mais configurada como prioridade para o Estado e respectiva sociedade (Jota, 2009, p. 105).

André-Jean Arnaud, em monografia que examina o fenômeno da globalização, indaga sobre o que será a profissão de advogado daqui a cinquenta anos, e responde aduzindo que:

O escritório de advocacia vai se tornar – se ele ainda não o é – um dos locais em que os operadores do direito virão sistematicamente projetar suas ações antes mesmo de empreendê-las, e de solucionar amigavelmente os assuntos contenciosos entre partes cada vez mais dispostas a transigir, e cada vez menos dispostas a transitar pelas vias “normais” judiciárias ou administrativas dos conflitos (Arnaud, 1999, p. 3)..

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Aline Paola C. B. Câmara de Almeida e Flávio Amaral Garcia, no trabalho intitulado “*O Futuro da Advocacia Pública: A Ação Preventiva e Proativa*” deve-se transportar tais ensinamentos aos órgãos das Advocacias Públicas, especialmente com relação aos meios de resolução de conflitos extrajudiciais, buscando-se uma atuação proativa para evitar a eclosão de demandas judiciais (Moreira Neto, 2005, p. 11).

A esse entendimento pode-se concluir que a atuação proativa também poderá evitar conflitos entre países e organizações internacionais.

Milton Santos, ao tratar da globalização, propõe que o mundo contemporâneo seja interpretado de forma multidisciplinar, dando especial enfoque a questões hodiernas como a informação e a circulação de capitais(Santos, 2000, p. 5)

Sobre o tema, o presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Ophir Cavalcante, em 26/03/2010, na abertura do VI Congresso da Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho (Jutra), na cidade de Porto, em Portugal, já afirmara que o papel estratégico dos operadores do Direito no mundo atual “*é atuar de forma equilibrada e firme no sentido de fazer prevalecer a globalização sem exclusão*».

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo, o advogado público deverá primeiramente conhecer os acontecimentos globais e seus impactos no direito interno, porém sempre buscando a conciliação do desenvolvimento econômico com os princípios basilares relacionados à ética, igualdade, de modo a garantir os direitos sociais e a direito da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre modernidade e globalização: lições “losó”cas do Direito e do Estado**. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.

ARRUDA, Marcos. **ONGs e o Banco Mundial: é possível colaborar criticamente?** In: TOMMASI, Lívia de; WARDE, Mirian Jorge; HADDAD, Sérgio (orgs.). *O Banco Mundial e as políticas educacionais*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2003.

ALMEIDA, GARCIA E NETO. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Aline Paola C. B. Câmara de Almeida e Flávio Amaral Garcia. **O Futuro da Advocacia Pública: Ação Preventiva e Proativa**1 Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 7, p. 11-36, 2016.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado** – 4ª. Ed. – São Paulo: Globo, 2001.

CAMPOS, Luís; CANAVEZES, Sara. **Introdução à Globalização**. Repositório Universidade de Évora, Editora Instituto Bento de Jesus Caraça, abr. 2007. Disponível em: <<http://dspace.uevora.pt/rdpc/bitstream>. Acesso em: 16 abr. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. VILHENA, Oscar. **Direito Global**, Editora: Max Limonad, 199.

BRASIL. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.327**. Brasília, 2016.

CRUZ MADEIRA, Danilo. **O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito**, 2010. <http://www.juridicohightech.com.br/2011/01/o-papel-da-advocacia-publica-no-estado.html>. Acesso em 27 de outubro de 2018, 16:40.

FLÁVIO GOMES, Luiz. **Estado de Direito Global e o Governo da Globalização**. <https://jus.com.br/artigos/11568/estado-de-direito-global-e-o-governo-da-globalizacao>. Acesso em 7 de novembro, 12:30.

G1. GLOBO. <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/08/24/desmatamento-na-amazonia-aumentou-40-nos-ultimos-12-meses-diz-instituto.ghtml>.

ITAMARATY. <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/132-organizacao-mundial-do-comercio-omc>, Brasília, 2018.

JOTA, Juliana, **A Soberania Nacional e a Proteção Ambiental Internacional**. São Paulo, Ed. Verbatim, 2009..

LARRÚBIA, Frank. O processo de globalização e a sua influência no direito interno. **Advocacia Geral da União**. Disponível em www.agu.gov.br/page/download/index/id/874244. Acesso em 20 de julho de 2018, 14:25.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito**. Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados

da União, São Paulo, 2005. https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63400/advocacia_estado_revisitada_moreira.pdf. Acesso em 04 de setembro de 2018.

RENELLETTI, Oreste. **Istituzioni di Diritto Pubblico**, Parte Geral, Ed. Giuffrè, Milão, 1955.

RELATO da situação a bordo do navio aquarius no mediterrâneo. **Médicos sem fronteiras**. Disponível em <https://www.msf.org.br/noticias/leia-o-relato-da-situacao-bordo-do-navio-aquarius-no-mediterraneo>. Acesso em 7 de novembro de 2018

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização. Do pensamento único à consciência universal**. São Paulo, Record, 2000.

SOUZA SANTOS, Boaventura. **Pela Mão de Alice – O Social e o político na Pós-Modernidade**. Cortez Editora, 1994.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948.

VECCHIO, Giorgio Del. **História da filosofia do direito**. Tradução e notas de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Editora Líder, 2006. p. 25-27

WORLD BANK, 2007.

O adiamento e o cancelamento de contratos de consumo relacionados ao turismo e à cultura em decorrência da pandemia da covid-19: uma análise a partir das normas do CDC e da Lei nº 14.046 de 2020

Letícia de Jesus Pereira

Advogada. Assessora Jurídica na Procuradoria do Estado do Maranhão. Professora Universitária. Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR). Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Formação Docente em Práticas Educativas (UFMA)

RESUMO

A presente pesquisa tem como objeto o adiamento e o cancelamento de serviços de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública decorrente da pandemia da covid-19, em análise às disposições do CDC e da Lei nº 14.046 de 2020. A partir disso, fixou-se o seguinte problema: como se dá a proteção do consumidor nos casos de cancelamento e adiamento de serviços de turismo e cultura no Brasil em decorrência dos impactos provocados pela pandemia da covid-19? O objetivo geral da pesquisa é analisar o adiamento e o cancelamento de contratos de consumo relacionados ao turismo e a cultura em decorrência da pandemia da covid-19 a partir das disposições do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 14.046 de 2020. Os procedimentos metodológicos adotados consistem em estudos bibliográficos, amparados em livros, artigos científicos e demais textos acerca da pandemia provocada pelo coronavírus, bem como na pesquisa documental, especialmente dos textos normativos que tratam acerca da temática objeto de estudo. Apresenta-se uma pesquisa com abordagem qualitativa apoiada em uma análise construída a partir de um estudo do conhecimento na área. Percebe-se, portanto, que o legislador relativizou a proteção conferida ao consumidor na tentativa de equilibrar as relações jurídicas que acabam gerando grandes conflitos entre as partes, o que nos permite afirmar que, de fato, a proteção ao consumidor não é um direito absoluto, menos ainda se considerar um fato imprevisto tal como uma pandemia.

Palavras-chave: direito do Consumidor; pandemia; turismo e cultura.



INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor “estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social”, conforme previsão em seu art. 1°. Nesse compasso, diz-se que a parte vulnerável, a mais fraca da relação é o consumidor, posto que somente adere à vontade do fornecedor, formalizada, na grande maioria das vezes, por meio de um contrato de adesão.

Quando há um conflito entre consumidor e fornecedor, primando pelos princípios da informação, transparência, boa-fé objetiva, geralmente a decisão é favorável aos interesses da parte que se encontra em situação de desvantagem. Por tais motivos é que os contratos muitas vezes são revisados, por ter o fornecedor inserido nele, cláusulas excessivamente onerosas, chamadas de abusivas ou mesmo por estarem as partes diante de um fato imprevisto, que torne inexecutível a prestação anteriormente firmada.

É nesse contexto que se insere a pandemia provocada pelo novo coronavírus, pois os efeitos acabaram desequilibrando várias relações jurídicas, principalmente diante dos incontáveis decretos de restrição a eventos, abertura de comércios como casas noturnas, bares, restaurantes, parques temáticos, shows, etc. As restrições para conter a transmissão do vírus consistem basicamente em estimular o distanciamento social, e para que isso aconteça, nada que possa promover aglomerações é tolerado. Mas como equilibrar essa relação para que os prejuízos sejam os menores possíveis para todas as partes envolvidas no negócio jurídico?

A presente pesquisa busca, portanto, fazer uma abordagem acerca do adiamento e do cancelamento de serviços de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública decorrente da pandemia da covid-19, em análise às disposições do CDC e da Lei nº 14.046 de 2020.

A partir disso, o problema fixado é: como se dá a proteção do consumidor nos casos de cancelamento e adiamento de serviços de turismo e cultura no Brasil em decorrência dos impactos provocados pela pandemia da covid-19?

O objetivo geral é analisar o adiamento e o cancelamento de contratos de consumo relacionados ao turismo e à cultura em decorrência da pandemia da covid-19 a partir das disposições do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 14.046 de 2020. Como objetivos específicos foram fixados: a) estudar os conceitos da pandemia para fins de entender os motivos pelos quais a covid-19 foi assim caracterizada; b) identificar, a partir das disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor, os serviços de cultura e turismo como elemento objetivo da relação de consumo; c) analisar as disposições da Lei n. 14.046 de 2020 acerca do adiamento e cancelamento de contratos relacionados ao turismo e à cultura fazendo uma correlação com a proteção do consumidor prevista no CDC.

Os procedimentos metodológicos adotados consistem em estudos bibliográficos, amparados em livros, artigos científicos e demais textos acerca da pandemia provocada pelo coronavírus, bem como pesquisa documental, especialmente com a análise de textos normativos que tratam acerca da temática, objeto de estudo. Apresenta-se uma pesquisa com abordagem qualitativa, apoiada em uma análise construída a partir de um estudo do conhecimento na área.

O estudo está estruturado em três seções, além desta introdução e conclusão. Na primeira seção busca-se abordar os conceitos da pandemia e as principais características da covid-19. O segundo refere-se à constituição dos elementos da relação jurídica de consumo de acordo com a análise das normas consumeristas. O terceiro consiste na análise da Lei n. 14.046 de 2020 acerca do adiamento e cancelamento de contratos relacionados ao turismo e à cultura, somente no que concerne ao direito do consumidor.

O CONTEXTO PANDÊMICO PROVOCADO PELO CORONAVÍRUS

Dentre tantos fatos marcantes que aconteceram no século XXI, nenhum deles será tão nefasto quanto a pandemia provocada pelo Coronavírus ou covid-19. Para melhor compreender a gravidade do que isso significa, especialmente os mais de 709 mil casos de óbitos no Brasil e mais de seis milhões em todo o mundo, faz-se necessário evidenciar o conceito de pandemia (Brasil, 2021).

De acordo com Rezende (1998), pandemia pode ser conceituada como uma epidemia de grandes proporções, a qual se espalha em vários países e em mais de um continente. Em outros termos, uma pandemia não afeta apenas uma região, é um surto que se espalha por diferentes continentes, com níveis alarmantes de contaminação em massa, podendo se estender em um ano ou mais, com gravidade variável.

Entretanto, diferente do que muitos pensam, a pandemia provocada pelo coronavírus não foi a primeira na história do Brasil, menos ainda em todo o mundo. Acredita-se que a gripe espanhola (H1N1) chegou no Brasil em 1918, sendo considerada como a maior e mais devastadora das doenças que se deu no século XX, infectando mais de seiscentos milhões de pessoas, morrendo de quarenta a cinquenta milhões de pessoas em todo o mundo (Lemos, 2013).

Outra pandemia que também acometeu o Brasil foi provocada pela influenza A, subtipo H1N1, cujas primeiras notificações aconteceram em março de 2009, no México, provocando rapidamente um número elevado de casos e aumento das internações por pneumonia grave de pessoas de faixa etária atípica, além de óbito em paciente jovens e sem comorbidades prévias (Lemos, 2013).

Nesse contexto, declarou-se o alerta pré-pandêmico, com medidas para evitar os níveis de contaminação como, por exemplo, evitar aglomerações, usar máscaras, higienizar as mãos constantemente com sabão e álcool, praticar o distanciamento social, bem como fechar escolas e estabelecimentos comerciais, incluindo, neste caso, qualquer ambiente que pudesse ter uma quantidade considerável de pessoas, como festas e outros eventos destinados ao lazer.

Em 11 de junho de 2009 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a influenza A como pandemia, em decorrência da rapidez com a qual se espalhou pelo mundo. No primeiro ano de circulação do vírus, 12.800 pessoas morreram, com maior taxa de óbito no continente americano, cerca de 76,9 mortes a cada 10 mil pessoas (Bellei; Melchior, 2011).

No Brasil foram 44 mil casos confirmados da doença, com 2.051 óbitos, com maior

incidência nas regiões Sul e Sudeste, e em crianças menores de 2 anos e adultos com idade entre 20 e 29 anos, enquanto a população de idosos apresentou grau de proteção com produção de anticorpos neutralizantes e reação cruzada contra a cepa pandêmica. Na segunda onda, em 2010, houve o predomínio de óbitos na região Norte e Nordeste, afetando com maior gravidade as mesmas pessoas quando da primeira onda (Bellei; Melchior, 2011).

Ultrapassados 10 anos, uma nova doença começou a infectar pessoas de todos os países, era a doença provocada pelo coronavírus, que foi declarada como pandemia em 11 de março de 2020 pela OMS, tendo em vista terem aumentado os casos da China em 13 vezes e os países infectados triplicado naquela época, com mais de 118 mil infecções em 114 países distintos. Destaca-se que a mudança de classificação da doença provocada pelo vírus não se deu em razão da gravidade, mas em decorrência da rápida disseminação geográfica, corroborando assim com o conceito acima evidenciado acerca de pandemia (OPAS, 2020).

Importante salientar que embora difundido com maior intensidade, devido às consequências que a doença provocou, a expressão “novo coronavírus” foi adotada porque já existia anteriormente vários tipos de coronavírus, encontrados em animais como camelos, gatos, gado e morcegos, os quais são pertencentes à família *Coronaviridae* e subfamília *Coronavirinae* e já vinham sendo estudados há anos em pesquisas. Esse vírus, segundo estudos, pode provocar uma variedade de doenças graves, tais como gastroenterites e doenças do trato respiratório (Sousa Júnior, *et al*, 2020).

No Brasil, a primeira contaminação em humanos tem registro em 1937, mas somente em 1965, com os avanços da microscopia, é que os cientistas conseguiram descrever pela primeira vez esse tipo de vírus, recebendo o nome de corona por aparentar uma coroa. Essa nova variação, no entanto, foi identificada pela primeira vez em Wuhan, na China, em dezembro de 2019, denominada SARS-CoV-2, apelidada de covid-19, sendo, a partir de então, disseminada e transmitida de pessoa a pessoa, cujo quadro clínico pode variar, causando infecções assintomáticas ou evoluir a casos graves, provocando a morte (Brasil, 2020).

De acordo com o Ministério da Saúde, muito embora os sintomas possam variar, os mais comuns são: “tosse, febre, coriza, dor de garganta, dificuldade para respirar, perda de olfato (anosmia), alteração do paladar (ageusia), distúrbios gastrintestinais (náuseas/vômito/diarreia), cansaço (astenia), diminuição do apetite (hiporexia) e dispneia (falta de ar)”. Dependendo do organismo, esses sintomas podem se apresentar como um resfriado, uma Síndrome Gripal-SG ou mesmo uma pneumonia severa, sendo transmitido principalmente pelo contato próximo por meio de “toque do aperto de mão contaminada, gotículas de saliva, espirro, tosse, catarro, objetos ou superfícies contaminadas, etc.” (Brasil, 2020).

Por essa razão é que, assim como na Influenza A, as medidas para evitar a contaminação pelo coronavírus são praticamente as mesmas, que consistem basicamente no distanciamento social. Entretanto, para que isso realmente seja possível, outras medidas precisam ser tomadas, como, por exemplo, o fechamento de escolas, templos religiosos, bares, restaurantes, casas noturnas, estabelecimentos comerciais, etc.

De outro lado, tais medidas de restrições repercutem de forma veemente na

economia, tendo em vista que o isolamento social, adotado por muitos estados da federação para estimular o distanciamento social, e, portanto, diminuir os índices de contaminação, tiraram as pessoas das ruas, e é esse mesmo o objetivo, inclusive com o comércio fechado. Por outro lado, isso afeta a todos que dependem do comércio para sobreviver.

Esse possível conflito de interesses polarizou-se o discurso no Brasil, pois de um lado estavam aqueles que defendiam o fechamento dos estabelecimentos para a preservação da vida, e do outro lado estavam aqueles que enfrentavam essas medidas como um risco à economia. Apesar dos posicionamentos diversos, em quase todos os estados da federação tivemos Decretos no sentido de minimizar a disseminação do vírus, e isso se deu com a ordem de fechamento de lugares que pudessem ter aglomeração de pessoas.

Destarte, shows previamente agendados tiveram que ser cancelados. Viagens compradas tiveram que ser adiadas. Planos tiveram que ser refeitos ou desfeitos. Nessa inconstância encontram-se, de um lado, as empresas, do outro lado os consumidores, que precisaram entender, mais do que nunca, quais eram os seus direitos em decorrência do fato imprevisto provocado pela pandemia, caracterizado como caso fortuito ou força maior para a revisão de muitos contratos.

ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8078/1990, prevê em seus arts. 2º e 3º, os elementos da relação jurídica de consumo, quais sejam, consumidor, fornecedor, produto ou serviço.

Os elementos subjetivos são: consumidor e fornecedor. Para o conceito de consumidor o Código destaca ser todo aquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final, podendo ser uma pessoa física ou jurídica, denominado de consumidor padrão, de acordo com a doutrina, em análise ao art. 2º, caput, do CDC. Há também as modalidades de consumidores por equiparação, em três categorias, quais sejam: consumidor em sentido coletivo, consumidor *bystander* e consumidor virtual.

O consumidor equiparado em sentido coletivo está disciplinado no art. 2º, em seu parágrafo único como sendo “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (Brasil, 1990). Em outros termos, é o conjunto, grupo, classe ou categoria de consumidores de produtos e serviços que se encontram em situação iminente de sofrer um dano.

Consumidor *bystander* são todas as vítimas do evento danoso, de acordo com o art. 17 do CDC. É a pessoa que não adquire um produto ou contrata um serviço, mas que sofre algum prejuízo (moral, patrimonial ou estético), em decorrência do serviço ou produto defeituoso. Se, por exemplo, uma aeronave cai sobre uma casa, atingindo pessoas e bens que ali se encontram, constituirá, nesse caso, uma relação jurídica de consumo em relação às vítimas, cabendo a proteção nos termos do CDC (STJ, REsp 1.281.090, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJ 15/03/12)

O consumidor virtual ou também denominado consumidor potencial está previsto

no art. 29 do Código como todos aqueles que estejam expostos às práticas comerciais, tais como oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas, bancos de dados e cadastros de consumidores e proteção contratual. Dessa forma, “[...] quem quer que seja exposto à publicidade abusiva, mesmo sem ter adquirido o produto ou usado o serviço, pode, amparado nesse artigo, reivindicar a proteção peculiar ao consumidor” (Braga Netto, 2020, p. 162).

Entretanto, para que de um lado se tenha uma pessoa (física ou jurídica) adquirindo produto ou serviço ou mesmo sendo consumidor equiparado, do outro lado precisasse de alguém para disponibilizar esses objetos ou a prestação do serviço no mercado, denominado, nesse caso, de fornecedor, nos termos do art. 3º do CDC como sendo “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem[...]” qualquer atividade para atender às necessidades do mercado.

O elemento primordial para a caracterização do fornecedor é a atividade desenvolvida com profissionalidade, ou seja, com habitualidade, direcionada ao mercado. Isso nos remete ao conceito de empresário, previsto no art. 966 do Código Civil como sendo aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (Brasil, 2002).

Nesse contexto, se, por acaso, um professor resolve vender o seu carro para comprar um novo, na relação com aquele que decidir pela aquisição do bem usado não há como incidir as normas do CDC, pois o professor não exerce a atividade de venda de veículos com habitualidade, não faz disso a sua profissão. Acaso o bem apresente algum vício, as normas a serem aplicadas ao caso serão as do Código Civil de 2002, por restar descaracterizado um dos elementos subjetivos da relação de consumo, qual seja, o fornecedor.

Quanto aos elementos objetivos, podem eles ser um produto ou um serviço. Produto está previsto no §1º do art. 3º como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”; enquanto serviço é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”, nos termos do §2º, também do art. 3º (Brasil, 1990). Sobre este último é o objeto deste artigo, já que serviços de cultura e turismo podem ser considerados como elemento objetivo da relação jurídica de consumo.

Conforme previsto na norma, para que haja a incidência das normas de proteção ao consumidor, imprescindível que o serviço seja prestado mediante remuneração, a qual pode ser de forma direta ou indireta, de acordo com os ensinamentos de Tartuce (2018, p. 117), para o qual “apesar de a lei mencionar expressamente a remuneração, dando um caráter oneroso ao negócio, admite-se que o prestador tenha vantagens indiretas, sem que isso prejudique a qualificação da relação consumerista”.

Nesse sentido, Tartuce (2018) cita como exemplo o caso dos estacionamentos gratuitos em lojas, shoppings centers, supermercados e afins, os quais sempre invocam a irresponsabilidade nos casos em que há um defeito no serviço, entretanto, responde a empresa que é beneficiada pelo serviço, que serve como atrativo aos consumidores.

Em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo afirma-se o seguinte entendimento:

NO SHOW. CANCELAMENTO DOS DEMAIS TRECHOS. PRÁTICA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Os precedentes da Egrégia Corte Paulista e do Colendo Superior Tribunal de Justiça são uníssonos em afirmar que o cancelamento decorrente automaticamente do no show é prática abusiva. Daí segue tratar-se de ato ilícito, com reparação de danos. 3. Recurso nominado a que se conhece e ao qual se nega provimento. (TJ-SP-RI: 10116242020198260016 SP101162420.2019.8.26.0016, Relator: Chistopher Alexander Roisin, Data de Julgamento: 30/07/2020, Sétima Turma Cível, Data de Publicação: 30/07/2020)

Assim, resta evidente que nos casos de espetáculos, eventos, shows, há uma relação jurídica de consumo, tendo em vista a presença do fornecedor, aquele responsável pela organização e disponibilização do serviço, e de outro lado tem-se aquele que contrata, ou seja, o consumidor, de modo que havendo uma prática abusiva, resolve-se a celeuma com a aplicação do CDC.

Quanto ao serviço de turismo não é outro o entendimento senão pela incidência do CDC, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO. NEGATIVAS DE EMBARQUE. PASSAGEIRA ESTRANGEIRA SEM VISTO DE RESIDÊNCIA NO BRASIL. 1. Polêmica em torno da responsabilidade civil da agência de turismo e da companhia aérea emitindo bilhetes de viagem internacional sem informar à consumidora adquirente – estrangeira sem visto de residência no Brasil –, acerca da necessidade de comprovação, quando do embarque, da compra da passagem aérea de retorno ao país de origem. 2. Informações inadequadas e claras acerca do serviço a ser prestado constituem direito básico do consumidor (art. 6º, III, do CDC). 3. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos (art. 14, caput, do CDC). 4. Ausência de advertência acerca dos riscos que, eventualmente, poderiam frustrar a utilização do serviço contratado. 5. Procedência da demanda, restabelecendo-se as parcelas indenizatórias concedidas pela sentença. 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ – Resp: 1799365 MG 2019/0040058-2, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJe 01/10/2019)

No caso acima evidenciado, a decisão se pautou na ausência de informação, direito e princípio básico consumerista, o qual, se ofendido, acentua o grau de vulnerabilidade do consumidor, tendo em vista que é o fornecedor quem detém de todas as informações acerca daquilo que disponibiliza no mercado, devendo prestá-las de forma lisa, proba, honesta, corroborando com outro princípio básico, o da boa-fé objetiva.

Analisados os elementos da relação jurídica de consumo, os quais são interdependentes, ou seja, é necessário que sempre esteja presente, pelo menos, um fornecedor e um consumidor, contratando um produto ou serviço, passa-se à abordagem da Lei n. 14.046/2020, a qual relativizou alguns direitos consumeristas previstos no Código de Defesa do Consumidor, considerando a situação excepcional pela qual o mundo estava passando.

ANÁLISE DA LEI N. 14.046 DE 2020 ACERCA DO ADIAMENTO E CANCELAMENTO DE CONTRATOS RELACIONADOS AO TURISMO E À CULTURA

Em data de 20 de março de 2020, por meio do Decreto Legislativo nº 6, o Congresso Nacional reconhece, para fins da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública até a data de 31 de dezembro de 2020, conforme solicitado pelo então Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, encaminhado por meio da Mensagem nº 93 de 18 de março de 2020.

As consequências de se decretar estado de calamidade pública refletem em muitas searas, mas principalmente na possibilidade de gastos públicos que não seriam permitidos se acaso estivesse em tempos normais. Assim, considerando esse estado excepcional, bem como medidas de distanciamento social, incentivadas principalmente pelo isolamento, algumas leis foram criadas no intuito de equilibrar relações jurídicas colapsadas em decorrência da pandemia provocada pelo novo coronavírus.

A Lei nº 14.046 de 2020 foi um desses mecanismos de ajustes para estabelecer o equilíbrio em contratos atingidos pelas medidas de restrição dos governos, em vários níveis (federal, estaduais, distrital e municipais). A lei trata sobre o “adiamento e o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e de cultura em razão do estado de calamidade pública reconhecida pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020” bem como da “emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19”, nos termos do art. 1º da Lei (Brasil, 2020).

A Lei se aplica, de acordo com o art. 3º, aos “prestadores de serviços turísticos e sociedades empresárias a que se refere o art. 21 da Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008; e cinemas, teatros e plataformas digitais de vendas de ingressos pela internet” (Brasil, 2020).

Convém ressaltar que as pessoas descritas na citada Lei nº 11.771/08, em seu art. 21 são aquelas que exercem as seguintes atividades econômicas, remuneradas, relacionadas ao turismo: hospedagem, agências de turismo, transportadoras de eventos, parques temáticos e acampamentos turísticos. Além dessas, a Lei também estabelece a possibilidade de outras pessoas comporem a cadeia produtiva do turismo, como, por exemplo, restaurantes, cafeterias, bares, centros de convenções e/ou festas, casas de espetáculos e equipamentos de animação turística, organizadores, promotores e prestadores de serviços de infraestrutura, locadoras de veículos para turistas, etc., conforme dita o parágrafo único da norma (Brasil, 2008).

Nesse diapasão, todos os adiamentos de atividades por essas pessoas disponibilizadas no mercado de consumo passam a se valer das disposições da Lei nº 14.046/20, principalmente no que concerne à restituição de valores pagos, como demonstrado a seguir.

O art. 2º da Lei nº 14.046/20 prevê que o prestador de serviços ou a sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores eventualmente pagos pelo consumidor nas hipóteses de adiamento ou de cancelamento de serviços, de reservas e de

eventos, inclusive shows e espetáculos, em razão do estado de calamidade compreendido do dia 20 de março à 31 de dezembro, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da covid-19, desde que assegurem “I – a remarcação dos serviços, das reservas e dos eventos adiados; ou II – disponibilização de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços, reservas e eventos disponíveis nas respectivas empresas.”

Pelo que se extrai do comando em análise, esta seria uma norma, em tempos normais, que poderia ser considerada ofensiva aos interesses e proteção dada ao consumidor, haja vista a impossibilidade de restituição da quantia paga quando o serviço não for prestado da forma como o tenha sido divulgado, o que se infere da inteligência do art. 20 do diploma consumerista que dita que quando o serviço não corresponder à oferta ou mensagem publicitária, pode o consumidor exigir do fornecedor, à sua própria escolha “a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos” (Brasil, 1990).

Assim, caberia ao consumidor, levando em consideração apenas as disposições do CDC, escolher entre aceitar nova data para o serviço que tenha contratado, ficar com crédito na empresa ou mesmo ter seu dinheiro restituído, monetariamente atualizado. Entretanto, conforme dito anteriormente, o intuito da Lei nº 14.046 de 2020, editada em estado de calamidade, é primar pelo equilíbrio da relação, para que ambos tenham o menor prejuízo possível.

De acordo com a Lei em comento, os valores só deveriam ser restituídos na seguinte hipótese:

Art. 2º [...]

§ 6º O prestador de serviço ou a sociedade empresária deverão restituir o valor recebido ao consumidor no prazo de 12 (doze) meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, somente na hipótese de ficarem impossibilitados de oferecer uma das duas alternativas referidas nos incisos I e II do caput deste artigo (Brasil, 2020).

Assim, somente nos casos de impossibilidade de remarcação de nova data dos serviços e dos eventos ou quando não for possível a disponibilização de crédito para uso em outros serviços, reservas e eventos ofertados pela empresa, é que terá ela a obrigação de devolver os valores pagos ao consumidor, no prazo de 12 meses após o término do estado de calamidade, ou seja, o início de contagem desse prazo se dá a partir do dia 31 de dezembro de 2020.

Vale destacar outra disposição da Lei, prevista no art. 5º, sobre o tratamento dada à situação pandêmica. A hipótese levantada foi que tal situação caracteriza-se como caso fortuito ou força maior, não sendo cabível, portanto, danos morais, aplicação de multas ou imposições das penalidades previstas no Código de Defesa do Consumidor em desfavor do fornecedor (Brasil, 2020).

Temos aqui mais um artigo limitador do direito do consumidor, que se diga, mais uma vez, só se aplica por se tratar de uma situação excepcional de calamidade pública decorrente da pandemia provocada pela covid-19, constituindo-se, conforme dita a lei, caso fortuito ou força maior.

Nesse sentido, cite-se o seguinte aresto:

RECURSO INOMINADO – CONTRATOS DE TURISMO E TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIRO – CDC – LEIS 14.034/2020 E 14.046/2020 – TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES – REGÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL ENTABULADA ENTRE AS PARTES PROCESSUAIS PELOS TRÊS DIPLOMAS LEGAIS – DISPONIBILIZAÇÃO DE CRÉDITO PELAS RECORRENTES PARA UTILIZAÇÃO FUTURA – MANIFESTAÇÃO DE DESINTERESSE PELA RECORRIDA, ANTE A ANTECIPAÇÃO DE SUAS FÉRIAS POR SUA EMPREGADORA, EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA DO COVID 19, O QUE NÃO PODE SER IMPUTADO AOS PRESTADORES DE SERVIÇOS CONTRATADOS – **CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR A ENSEJAR A RÉSCISÃO CONTRATUAL SEM CULPA – MULTA INEXIGÍVEL – ART. 5º DA LEI 14.046/2020 – MONTANTES DESEMBOLSADOS PELA REQUERENTE DEVEM SER RESTITUÍDOS INTEGRALMENTE NO PRAZO DE ATÉ 12 MESES DO FIM DO ESTADO DE CALAMIDADE** – CADEIA DE CONSUMO QUE CONDUZ AO RECONHECIMENTO DA NATUREZA SOLIDÁRIA DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SP-RI: 10026909420208260127 SP 1002690-94.2020.8.26.0127, Relator : Rafael Meira Hamatsu Ribeiro, Data do Julgamento: 30/11/2020, Segunda Turma Cível, Data de Publicação: 30/11/2020) (Deu-se destaque)

Percebe-se, no entanto, que se a decisão não fosse pautada na Lei n. 14.046/2020, mas tão somente nas disposições do CDC, outro seria o entendimento, conforme se evidencia pela seguinte decisão, datada de 03 de agosto de 2016:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CANCELAMENTO DE PACOTE TURÍSTICO. CRUZEIRO MARÍTIMO. DANOS MORAIS. RAZOABILIDADE DO VALOR ARBITRADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação de que é admissível o exame do valor fixado a título de danos morais em hipóteses excepcionais, quando for verificada a exorbitância ou a índole irrisória da importância arbitrada, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 2. A Corte de origem, ao dirimir a controvérsia, entendeu pela configuração da responsabilidade civil da operadora de turismo em razão do cancelamento de cruzeiro marítimo adquirido quase um ano antes da viagem programada, razão pela qual não se afigura exorbitante a indenização por danos morais fixada no montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a ser dividido equitativamente entre os agravados. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ – AgInt no AREsp: 857072 SE 2016/0033559-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 28/06/2016, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/08/2016)

Em tempos de normalidade, o cancelamento de serviço enseja ao consumidor a possibilidade de restituição da quantia já paga, bem como eventuais perdas e danos, como no caso em espécie tem-se a indenização arbitrada considerando a extensão do dano provocado pela agência de turismo. Porém, frise-se, a edição da Lei nº 14.046 de 2020 considerou a excepcionalidade do momento, conferindo ao fornecedor a possibilidade de eximir-se ou atenuar a sua responsabilidade ao alegar que os prejuízos experimentados pelo consumidor não se deram em razão de ação ou omissão por ele causada, mas de caso fortuito ou força maior causada pela pandemia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia do Covid-19 provocou mudanças severas na vida de muitas pessoas do Brasil e do mundo. Mudanças na rotina, nos hábitos, nos comportamentos, no modo de ver e viver a vida. Tantas mudanças, por certo, repercutiriam no direito, mais especificamente nos contratos e, principalmente, nos contratos de consumo.

Quando se faz uma análise isolada do CDC percebe-se que se trata de norma extremamente protecionista, mas a razão de ser assim é por corresponder a uma proteção necessária, conferida à parte mais vulnerável da relação que é o consumidor.

Entretanto, conforme evidenciado alhures, a responsabilidade do fornecedor de serviços de turismo e cultura foram modificadas em certo grau, tudo no sentido de minorar os impactos relacionados ao adiamento e ao cancelamento de shows, eventos, pacotes turísticos, etc.

Essa relativização da responsabilidade ocorre principalmente na impossibilidade de devolução da quantia paga pelo consumidor, conferindo ao fornecedor outras alternativas, como a remarcação dos serviços, reservas ou dos eventos ou mesmo a constituição de um crédito perante a empresa responsável pelo serviço adiado ou cancelado. Somente quando não puder uma dessas alternativa, fica a empresa obrigada a devolver o valor pago, em até 12 vezes, a contar do término de vigência do estado de calamidade (31 de dezembro de 2020).

Percebe-se, portanto, que o legislador relativizou a proteção conferida ao consumidor na tentativa de equilibrar as relações jurídicas que acabam gerando grandes conflitos entre as partes, o que nos permite afirmar que, de fato, a proteção ao consumidor não é um direito é absoluto, menos ainda se considerar um fato imprevisto tal como uma pandemia.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 15 ed. – Salvador: Ed. Juspodvm, 2020.

BRASIL, **Código Civil**. (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 10 de dez de 2020.

BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor** (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 10 de dez. de 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 06 de 2020**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em 04 de jan de 2021

BRASIL. **Lei n. 11.771 de 17 de setembro de 2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11771.htm#art21. Acesso em 05 de jan de 2021.

BRASIL. **Lei n. 14.046, de 24 de agosto de 2020**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14046.htm. Acesso em 15 de jan de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Corona vírus Brasil**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 13 de janeiro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ – AgInt no AREsp: 857072 SE 2016/0033559-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 28/06/2016, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/08/2016. Acesso em 10 de jan de 2021

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ REsp: 1799365 MG 2019/0040058-2, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJe 01/10/2019. Acesso em 05 de jan de 2021

BELLEI, Nancy; MELCHIOR, Thaís Boim. **H1N1**: pandemia e perspectiva atual. J. Bras. Patol. Med. Lab., Rio de Janeiro , v. 47, n. 6, p. 611-617, Dec. 2011 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-24442011000600007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15 jan. 2021.

LEMOS, Daniele Rocha Queiroz. **Cenários da pandemia de Influenza A (H1N1) 2009 no Ceará: padrões de morbimortalidade**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará, 2013. Disponível em <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/5524>. Acesso em 10 de janeiro de 2021.

OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde – Organização Mundial da Saúde. **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia**. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em 10 de jan de 2021.

REZENDE. Joffre Marcondes. **Epidemia, Endemia, Pandemia. Epidemiologia**. Revista de Patologia Tropical / Journal of Tropical Pathology, 27. Disponível em <https://revistas.ufg.br/iptsp/article/view/17199>. Acesso em 10 de janeiro de 2021

SÃO PAULO, **Tribunal de Justiça**. TJ-SP-RI: 10116242020198260016 SP101162420.2019.8.26.0016, Relator: Chistopher Alexander Roisin, Data de Julgamento: 30/07/2020, Sétima Turma Cível, Data de Publicação: 30/07/2020

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. TJ-SP-RI: 10026909420208260127 SP 1002690-94.2020.8.26.0127, Relator : Rafael Meira Hamatsu Ribeiro, Data do Julgamento: 30/11/2020, Segunda Turma Cível, Data de Publicação: 30/11/2020

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

Organizadora

Fernanda Miler Lima Pinto

Doutoranda em Ciências Sociais na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), com bolsa FAPEMA/SECTI/Governo do Maranhão. Mestra em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Licenciada em Ciências Sociais (ETEP). Possui especialização em Direito Penal (FDDJ), em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UNINTER), em Metodologia do Ensino na Educação Superior (UNINTER) e em Diplomacia, Políticas Públicas e Cooperação Internacional (UNINTER). Advogada OAB-MA.

Índice Remissivo

A

abordagem 12, 14, 20
abordagem dedutivo 48
ações judiciais 127
advogado público 192, 193, 199
âmbito prisional 32, 40
arbitragem 122, 125, 126, 127, 128, 129, 132, 133, 134, 135
assistente social 35, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46
ato criminal 13
atos processuais 90, 93, 94
auxílio reclusão 48, 49, 50, 51, 54, 55, 58, 59, 61, 62

B

benefício 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 59, 60, 61, 62

C

caráter social 16
carcerária 18, 33, 34, 37, 41, 46
carcerárias 12, 13, 33, 35
carcerários 12, 13, 14
ciência 18, 94, 109, 113, 122, 160, 168, 177, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 189
conciliação 125, 126, 127, 128, 129, 132, 133, 135
constitucional 24, 26, 29, 31, 50, 52, 58, 59, 61, 63, 64, 77, 78, 80
criminalidade 13, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 33, 34, 41, 49, 56
criminoso 13, 22, 34, 36, 56

D

defensoria pública 161
desenvolvimento 12, 13, 15, 16, 17, 34
desigualdade 33, 41, 48, 62
desrespeito 42, 65, 67, 68, 75
detentos 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22
dignidade humana 16, 18, 73, 78, 79, 80, 81, 82
direito 23, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 41, 45, 46, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64,

65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 77, 78, 79, 80,
81, 82, 83, 84, 85, 86, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 97,
98, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 110,
111, 112, 113, 114, 115, 116, 119, 120, 122, 123,
124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 132, 134, 135,
137, 141, 144, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152,
153, 155, 156, 157, 158, 160, 163, 171, 174, 175,
177, 179, 183, 185

direito ambiental 137, 148

direito à personalidade 76, 78, 80, 81, 82

direito civil 65, 76, 85, 86

direito constitucional 24, 31

direito fundamental 24, 25, 29, 59, 62, 112, 126, 141,
147, 163, 171

direito global 192

direito internacional 149, 151, 153, 156, 160

direito material 89, 90, 97, 102, 103, 104, 105, 106, 109,
110, 112

direito penal 23, 24

direito processual 88, 91, 94, 98, 102, 103, 104, 105,
108, 111, 115, 116, 120, 123, 124

direitos 16, 21, 26, 27, 28, 32, 33, 34, 35, 36, 40, 41, 42,
43, 44, 45, 46

direitos fundamentais 26, 59, 62, 64, 67, 77, 78, 111,
141, 161, 162, 163, 165, 166, 167, 168, 171, 172, 173

direitos humanos 21, 32, 33, 34, 35, 36, 41, 42, 45, 66,
77, 79, 80, 83, 84, 85, 86, 112, 147, 151, 156, 161,
164, 165

direitos sociais 49, 54, 58, 59, 62

E

escravidão 149, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 157, 158,
159, 160

estado democrático de direito 101, 104

F

feminismo 177, 178, 179, 180, 183, 185, 188, 189, 190

flexibilização procedimental 87, 88, 92, 93, 94, 95, 96,
97, 98, 99

G

gerenciamento privativo 12, 14, 21
gestão 20, 42, 131
globalização 152, 192, 194, 195, 196, 197, 198, 199,
200, 201

H

homoafetivas 50

I

inconstitucional 61, 161, 173
infrações 16
infratores 14, 15, 16, 21
inserção 32
instrumento 44, 56, 59, 89, 102, 104, 105, 106, 109, 112
instrumentos técnicos 44

J

jurídica 28, 29, 34, 38, 39, 41, 44, 70, 76, 77, 78, 79, 80,
84, 88, 89, 90, 92, 96, 99, 101, 102, 103, 104, 105,
106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 116, 120,
122, 123, 124
jurídicas 26, 68, 70, 71, 80, 90, 91, 96
jurídico 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 42, 47, 55,
56, 68, 69, 77, 78, 83, 84
jurídicos prisional 32
jurisdição 103, 104, 108, 109, 111, 112, 113, 120
jurisprudência 28, 30, 84, 87, 88, 95
jus cogens 149, 152, 153, 154, 159
justiça 15, 42, 59, 78, 90, 101, 102, 103, 104, 105, 109,
111, 112, 115, 116, 117, 120, 121, 122, 124, 126,
128, 135, 152, 161, 168, 173, 175, 176

L

legislação 29, 30, 31, 42, 50, 53, 55, 58, 60, 65, 66, 67,

68, 72, 73, 87, 88, 92, 94, 95, 98
legislativas 48, 52, 62
lei 20, 25, 27, 29, 34, 41, 42, 52, 54, 59, 60, 64, 69, 72,
73, 74, 77, 80, 85
liberdade 14, 15, 18, 19, 20, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30,
31
litisconsórcio 87, 88, 96, 97, 98, 100

M

marginalização 49
maternidade 54, 60, 66, 72
mediação 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134,
135
meio ambiente 64, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143,
144, 145, 146, 147, 148
meio social 12, 13, 14, 16, 17, 18, 21
mulher 52, 58, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73

N

negligência 49, 65, 69, 70
neonatal 68
norma 27, 29, 41, 60, 89, 93, 95, 97, 104, 105, 107, 108,
111, 112, 113, 116
normas processuais 102, 104, 106, 107, 120, 121, 122

O

orçamento público 161, 165
ordenamento jurídico 24, 25, 28, 30, 33, 55, 56, 69,
90, 93, 96, 98, 102, 104, 106, 120
ótica constitucional 137, 138

P

parto 65, 67, 68, 71, 72, 73, 75
patriarcado 177, 178, 181, 183, 186, 188, 190
penal 20, 23, 24, 27, 29, 31, 34, 35, 39, 43, 44, 46, 56,
57, 58, 59, 62
penitenciária 34, 39, 43, 57

personalidade jurídica 80
políticas públicas 35, 37, 42, 47, 68, 73, 161, 166, 167,
169, 171, 172, 173
político 12, 13
previdenciária 49, 50, 51, 60, 61
princípios constitucionais 76
princípios processuais 102, 111
prisão 14, 15, 17, 19, 33, 37, 39, 41, 49, 54, 55, 56, 57,
58, 61
privação de liberdade 14, 56
procedimento 72, 76, 82, 83, 84, 87, 88, 89, 90, 91, 92,
93, 94, 95, 96, 98, 99
processo estrutural 161, 162, 171, 172, 173, 174, 175,
176
processo judicial 52
processo legal 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 110,
111, 112, 114, 118, 120, 121, 122, 123
processuais 84, 90, 91, 93, 94, 95, 98, 99, 101, 102,
104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113,
114, 115, 117, 120, 121, 122
processual civil 87, 88, 94, 96, 98
psicólogos 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39

R

reclusão 15, 22, 38, 48, 49, 50, 51, 54, 55, 56, 57, 58,
59, 60, 61, 62
redes sociais 25, 28, 29
registro civil 76, 77, 80, 81, 82, 83, 84
registros públicos 78, 85
responsabilidade civil 65, 66, 68, 69, 70, 73, 74, 75
ressocialização 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21,
22, 33, 34, 35, 37, 40, 41, 42, 45, 46, 56
risco social 49, 54

S

segurança jurídica 89, 90, 101, 102, 103, 104, 105,
106, 107, 110, 120, 122, 124
serviço social 36
serviços públicos 70, 71, 161, 165
sistema 5
sistema judiciário 128
sistema penitenciário 34, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46
sistema prisional 12, 13, 14, 16, 17, 18, 21, 32, 33, 34,
35, 36, 37, 38, 39

sistemas prisionais 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22
situação jurídica 90, 92

T

tecnologia 25, 177, 179, 180, 181, 186, 189, 190
tutela jurisdicional 88, 90, 102, 108, 109, 110, 112, 113

U

universalismo 149, 151, 152, 159

V

violência 24, 28, 33, 38, 39, 46, 49, 65, 66, 67, 68, 70,
71, 72, 73, 74, 75
violência obstétrica 65, 66, 67, 68, 70, 71, 73, 74, 75



AYA EDITORA

2024