



**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS  
VOLUME 4**

**IV CONGRESSO  
INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA  
uma visão transdisciplinar**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

Série Simpósios do IV CIDHCoimbra 2019  
ISBN 978-65-86051-06-3



# IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

## ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA  
JÓNATAS MACHADO  
CARLA DE MARCELINO GOMES  
CATARINA GOMES  
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES  
LEOPOLDO ROCHA SOARES**  
(Organizadores)

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO IV  
CIDHCoimbra 2019  
VOLUME 4**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

**1ª edição**

**Jundiaí/SP - Brasil  
Edições Brasil / Editora Fibra / Editora Brasília  
2020**

© Edições Brasil / Editora Fibra / Editora Brasília - 2020

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes  
Capa: João J. F. Aguiar  
Edição eletrônica: João J. F. Aguiar, César A. R. Nunes, José R. Polli  
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo  
Revisão Geral: Comissão Organizadora do IV CIDHCoimbra 2019

Conselho Editorial Edições Brasil: João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins.

Conselho Editorial Editora Fibra: Maria Cristiani Gonçalves da Silva, Francisco Evangelista, Jean Camoleze, Jorge Alves de Oliveira, Sidnei Ferreira de Vares, Thiago Rodrigues, Guilherme de Almeida Prazeres, Cristiano Reis.

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadei, Elizabete David Novaes, Eduardo António da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9610 de 19/02/1998. Todas as informações contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos autores.

As figuras deste livro foram produzidas pelos autores, sendo exclusivamente responsáveis por elas. A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à edição eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto.

Cumpridas essas regras de autoria e edição, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato

Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo das mesmas com a obra.

A editora, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que o uso das mesmas resultará no esperado pelo leitor. Caso seja(m) necessária(s), as editoras disponibilizarão errata(s) em seus sites.

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do IV CIDHCoimbra 2019 - Volume 4 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs) [et al.] – Jundiá: Edições Brasil / Editora Fibra / Editora Brasília, 2020.

276 p. Série Simpósios do IV CIDHCoimbra 2019

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-86051-06-3

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica  
contato@edicoesbrasil.com.br / contato@editorafibra.com.br  
cnunes.adv@uol.com.br

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS  
IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE  
DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO  
TRANSDISCIPLINAR**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

**VOLUME 4 - Composição dos Simpósios:**

<b>Simpósio n.º 20</b>
RESOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE LITÍGIOS <b>Coordenadores:</b> Alessandra Balestieri e Patrícia Cardoso Dias
<b>Simpósio n.º 21</b>
ACESSO À JUSTIÇA: MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO SISTEMAS DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS <b>Coordenadores:</b> Álvaro Sérgio Cavaggioni e Antônio Isidoro Piacentin
<b>Simpósio n.º 22</b>
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS E/OU COLETIVIDADES VULNERÁVEIS NOS PAÍSES EM DE- SENVOLVIMENTO DA AMÉRICA LATINA E EM PORTUGAL: AVANÇOS E RETROCESSOS <b>Coordenadoras:</b> Regina Vera Villas Bôas e Marcelino Sato Matsuda
<b>Simpósio n.º 23</b>
JUSTICIABILIDADE DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS <b>Coordenadores:</b> Luiz Henrique B. de Souza e José Eduardo Figueiredo de A. Martins

**ISBN: 978-65-86051-06-3**

VOLUME 1 – ISBN: 978-65-86051-03-2

VOLUME 2 – ISBN: 978-65-86051-04-9

VOLUME 3 – ISBN: 978-65-86051-05-6

VOLUME 5 – ISBN: 978-65-86051-08-7

VOLUME 6 – ISBN: 978-65-86051-07-0

VOLUME 7 – ISBN: 978-65-86051-09-4

VOLUME 8 – ISBN: 978-65-86051-10-0

VOLUME 9 – ISBN: 978-65-86051-11-7

**COMISSÃO CIENTÍFICA DO IV CIDHCOIMBRA 2019:**

**Membros Titulares:**

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de  
Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Mestre César Augusto Ribeiro Nunes;  
e Mestre Leopoldo Rocha Soares.

**Membros Convidados:**

Prof. Doutor Rafael Mario Iorio Filho; Profa. Doutora Fernanda Duarte Lopes  
Lucas da Silva; Profa. Dra. Alessandra Benedito; Mestre Alexandre Sanches Cunha.

## SUMÁRIO

Apresentação .....	08
Eficácia Contra Terceiros da Mediação Privada Independente de Homologação Judicial .....	10
Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo e Edivaldo Alvarenga Pereira	
Mediação on line e Acesso À Justiça .....	23
Carla Maria Alcofra Tocantins e Bernardo José Ferreira Gicquel de Deus	
A Mediação entre Filhos de Pais Idosos no Brasil .....	30
Cláudia Amaral Lima	
Os Desafios da Negociação Coletiva para a Desocupação Pacífica da Seeduc – Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro .....	42
Diego El-Jaick Rapozo	
O Papel Ético do Advogado Privado na Era da Mediação .....	50
Fernanda Francisca Veras Carvalho	
Anulação da Sentença Arbitral à Luz dos Direitos Português e Brasileiro .....	63
Tayssa Simone de Paiva Mohana Pinheiro	
A Constelação Sistêmica Como Método Alternativo de Pacificação de Conflitos Jurisdicionais .....	76
Denise Teixeira Neri	
A Importância da Mediação nos Casos de Síndrome de Alienação Parental .....	87
Hosana Isabel Cortenove Moreira dos Santos e Thais de Carvalho Caruso	
Justiça Restaurativa – Estudo de Caso Sobre Briga de Vizinhos .....	95
Karen Mello Schivitz	
Acesso à Justiça: a mediação como prevenção à judicialização de conflitos .....	104
Vanessa Machado Terra	
Acesso à Justiça: métodos alternativos de solução de conflitos e a morosidade estatal .....	111
Maria Clara Giassetti	
A Efetividade do Direito à Saúde para as Mulheres Encarceradas .....	122
Flávia Soares de Sá Neves e Igor Daniel Lima de Souza	
Desafios à Concretização do Direito à Educação com Qualidade Voltados às Crianças e aos Adolescentes .....	136
Giovana Tognolo Vilela Macedo e Milena Sellmann	

Violação da Dignidade Humana dos Povos Amazônicos na Reserva Biológica do Gurupi .....	149
Flávia Viana Del Gaizo	
As Novas Normas de Licenciamento para os Clubes de Futebol no Brasil: o direito a igualdade no trabalho às mulheres .....	157
Higor Marcelo Maffei Bellini e Moaci Licarião Neto	
A (In)Efetividade do Direito Fundamental Social à Moradia no Brasil em Face de População Economicamente Vulnerável e o Cumprimento da Agenda Habitat .	166
Diogo Sandret da Costa Fonseca e Marina Maria Bandeira de Oliveira	
La Protección de los Derechos Fundamentales en Chile y la Necesidad de Tutela de los Derechos Sociales .....	178
Ivan Martins Motta e Priscila Machado Martins	
Terras Quilombolas: considerações acerca da regularização fundiária à luz dos direitos fundamentais .....	194
Déborha Souza Alves Gomes e Laís Barbosa Oliveira	
Trabalho Feminino no Brasil sob a Ótica da Ciência na Base de Dados da CAPES .....	206
Edilene Maria Oliveira	
Separados, Mas Iguais: a aplicação arbitrária da doutrina da situação irregular do menor no Brasil .....	218
Maria Eduarda Pereira Prado da Costa	
Necessidade da Efetivação das Normas Internacionais com Relação aos Aspectos da Violência Sexual Infantojuvenil no Brasil, Argentina, Chile e Portugal .....	229
Kathryn Aline de Oliveira Barbosa	
Judicialização no Direito de Família Brasileiro .....	237
Carlos Gabriel Galani Cruz e Janaina Galani Cruz Tomasevicius	
Base Erosion and Price Shifting como Potencial Violador de Direitos Sociais ...	242
Cristian Igor Ishibashi e Felipe Amoroso Manzano	
O Instituto do Estado de Coisa Inconstitucional (ECI) na Realidade Socioeconômica Brasileira: violações sistêmicas de direitos e a falha no acesso à saúde .....	252
Luis Cláudio Martins de Araújo e Rodrigo Augusto Fatudo Magalhães	
Da Necessária Superação da Visão Garantista Clássica, para Concretização das Liberdades Positivas .....	267
Guilherme Fernandes Cruz Humberto	

## APRESENTAÇÃO

Nesta quarta edição do *Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra: uma visão transdisciplinar* (IV CIDHCoimbra 2019), realizada no Auditório da Universidade de Coimbra, Portugal, entre os dias 16 e 18 de outubro de 2019, temos a profunda alegria de publicar, pela primeira vez desde 2016, este expressivo conteúdo científico, reunido na forma de **ANAIS de ARTIGOS COMPLETOS** do Congresso. Trata-se da reunião de mais de 200 pesquisas elaboradas e escritas pelos/as participantes do Congresso que estiveram inscritos/as nos inúmeros Simpósios decorridos durante os 03 dias de evento. Um número, sem dúvida, bastante expressivo de trabalhos publicados. Nesse momento, depois de um longo trabalho de revisão, formatação e diagramação dos artigos, apresentamos esta publicação em 09 volumes a toda a comunidade acadêmica do Congresso, a toda nossa rede de pesquisa em Direitos Humanos, composta de docentes, estudantes e profissionais das mais diversas áreas, assim como a todos/as os/as interessados/as.

Cada um dos 09 volumes compreende um número específico de Simpósios e seus respectivos artigos que, somados, constituem uma frutífera coleção de pesquisas, apuradas, inicialmente, através de um rigoroso processo de seleção de Resumos, conduzido por um seletivo grupo de Coordenadores/as de Simpósios. Importante lembrar que, a cada ano, temos recebido mais trabalhos para serem avaliados pelos/as referidos/as Coordenadores/as de Simpósios, fato este que revela o prestígio que o evento tem conquistado internacionalmente. Em muito nos honra, portanto, o interesse manifestado por diversos/as investigadores/as que submetem, todos os anos, suas pesquisas sempre inovadoras e de altíssima qualidade para serem avaliadas e, depois de aprovadas, apresentadas no Congresso. Além disso, temos registrado, ao longo de nosso evento, a realização de momentos únicos, em que participamos de um espaço privilegiado de discussões e de aprofundamentos teóricos sobre os Direitos Humanos. Por isso, definimos a entrega dos Artigos Completos, para data posterior ao evento, de modo que toda essa qualificada experiência do evento possa ser aproveitada na conclusão dos trabalhos enviados para os Anais de Artigos Completos.

O projeto de planejamento e realização de um evento internacional, como o IV CIDHCoimbra 2019, tem se revelado ser um trabalho de produção acadêmica de excelência. Ao fomentarmos a pesquisa e a produção teórica, na forma de um evento como este, alcançamos um dos objetivos mais fundamentais da pesquisa, qual seja: o compartilhamento do conhecimento científico. É nesse sentido que orientamos as nossas atividades, buscando en-

riquecer a relação de ensino e formação em Direitos Humanos, por meio da oferta de Simpósios variados, palestras com ilustres e referenciais nomes da Ciência, publicações de resumos e artigos, debates e discussões propositivas e, como não poderia deixar de ser, convivência harmoniosa entre todos | as os | as nossos | as participantes, equipes de trabalho e de organização.

Por fim, como última nota de apresentação desta 1ª Edição dos Anais de Artigos Completos do IV CIDHCoimbra 2019, gostaríamos de registrar a enorme satisfação que tivemos ao receber cada um | a dos | as participantes do Congresso em nosso Evento de outubro de 2019, vindos de mais de 10 países diferentes e cada qual com sua valiosa contribuição. Assim, e como dito antes, a cada ano temos recebido mais participantes e, por isso, temos criado a convicção do importante alcance que estes Anais terão aquando da sua divulgação. Pela atualidade e diversidade temática que identificamos nos artigos, temos certeza que esta publicação irá despertar o interesse da comunidade profissional e acadêmica à qual se destina, tornando-se uma fundamental fonte de pesquisa.

Complementarmente, não poderíamos deixar de agradecer, novamente, o apoio incondicional das equipes de trabalho das entidades realizadoras do Congresso, em Portugal, representado pelo *Ius Gentium Conimbrigae – IGC*/ Centro de Direitos Humanos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e, no Brasil, representado pelo Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos – INPPDH, sediado na cidade de Campinas-SP. Que esta publicação seja o início de uma rica e histórica série de pesquisas em Direitos Humanos, assim como tem sido o nosso Congresso.

Comissão Organizadora

IV Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra:  
uma visão transdisciplinar

# EFICÁCIA CONTRA TERCEIROS DA *MEDIAÇÃO* PRIVADA INDEPENDENTE DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL

## Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo

Foi Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Professor e Coordenador de Direito Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – Professor convidado dos cursos de pós-graduação do Instituto de Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUC/RJ) – Mediador Judicial certificado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Tabelião Registrador do 4º Ofício de Registro de Títulos e Documentos na cidade do Rio de Janeiro – Escritor jurídico e literário.

## Edivaldo Alvarenga Pereira

Facilitador de Diálogo - Mediador Judicial Sênior certificado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Especialista em Mediação e os Métodos Adequados de Solução de Conflitos - Pós-graduado em Direito Notarial e Registral e em Gestão Empresarial – Oficial Substituto do 4º Ofício de Registro de Títulos e Documentos na cidade do Rio de Janeiro.

## Resumo:

O artigo visa demonstrar a eficácia contra terceiros dos acordos de mediação entre particulares, independente de homologação judicial, invocando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que recusa homologar transações extrajudiciais. No Brasil, é usual homologar-se em juízo acordos objeto de negociações privadas, prática que os interessados buscam estender aos termos finais de mediação. A tendência à desjudicialização reforça o princípio da inafastabilidade da jurisdição, positivado na Constituição (art.5º, XXXV), por reservar juízes e tribunais ao julgamento dos casos indiscutivelmente litigiosos. A interconexão ao sistema notário-registral do título executivo extrajudicial, oriundo dos acordos de mediação, facilita o cumprimento das obrigações, dado os efeitos gerais da publicidade e fé pública, diferente do alcance da coisa julgada, restrita às partes do processo, e sempre pós-conflitual.

**Palavras-chave:** Mediação; Acordos; Homologação; Cumprimento; Registro Público.

## Nota Prévia

Com o advento da Lei 13.140/2015, que dispõe sobre *mediação* como meio sanatório de controvérsias entre particulares e no âmbito da Administração Pública, reforçada pelo novo Código de Processo Civil, que consagra o mesmo método, ganha o Direito brasileiro importante ferramenta no enfrentamento da litigiosidade forense, uma avalanche que põe em colapso os diversos órgãos de atuação do Poder Judiciário.<sup>1</sup>

Na dicção do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 13.140/2015, considera-se *mediação* a técnica destinada a obter soluções consensuais, exercida por pessoa imparcial, sem poder decisório, escolhida ou aceita pelas partes em litígio.

Se compararmos mediação e arbitragem, concluir-se-á, facilmente, que os árbitros prolatam o que a lei chama de *sentença arbitral*, obrigatória para as partes e seus sucessores, sendo equiparada às sentenças judiciais.<sup>2</sup> A mediação, a teor do artigo 20, da Lei 13.140/2015, impõe a lavratura de um *termo final* – se os envolvidos lograrem *acordo* que eles mesmos constroem com ajuda do mediador. Esse termo final é qualificado de título executivo *extrajudicial*, podendo transmudar em título judicial se for homologado em juízo.<sup>3</sup>

Por este estudo, o que se busca é tornar o *termo final de mediação* um instrumento plenamente eficaz, independente de homologação judicial. O objetivo é conferir aos termos finais *eficácia imediata*, para todos os efeitos jurídicos. Com esse atributo, uma vez estipulado o acordo, estaria o título executivo a salvo de providências complementares, reservando juízes e tribunais ao julgamento *tempestivo* das ações em curso, segundo o princípio da razoável duração dos processos<sup>4</sup>, que é uma das garantias do artigo 5º, da Constituição.

Reconhecida a eficácia geral dos termos finais de mediação, sem o manto homologatório, concretiza-se, em menor tempo, o ideal de justiça que todos perseguem. O projeto é ambicioso, a merecer compreensão e indulgência interpretativa dos exegetas mais afortunados.

## Perspectivas e Problema Metodológico

Diante da consolidação da mediação como técnica de pacificação de conflitos, com suas vantagens essenciais já bastante difundidas – valor da jus-

1 Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) indicam uma *epidemia* de mais de 100 milhões de ações judiciais, estabelecendo média de uma ação para cada dois brasileiros.

2 Cf. Lei 9.307, de 23/9/1996, alterada pela Lei 13.129/2015. “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

3 Informações prestadas pela Dra. Ana Freire, que preside uma das maiores câmaras privadas de mediação na cidade de São Paulo, dão conta da cultura ali dominante de homologar todos os termos finais. Esforço de pesquisa junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro revela a falta de controle do número de homologações.

4 Cf. Constituição da República, art. 5º, LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

tiça colaborativa sobre a adversativa; redução da litigiosidade de *ganhar* ou *perder*; desjudicialização – cabe perguntar qual é a perspectiva futura. A resposta surge de uma reflexão quanto aos desafios da mediação regulada pela Lei 13.140/2015, visando torná-la virtuosamente eficaz.

Inúmeros trajetos poderiam servir a tal propósito. A opção, todavia, é restringir o alcance desta investigação prospectiva à tábua principiológica do direito civil-constitucional, que oferece ao intérprete-aplicador, hoje, um arsenal de soluções criativas, a operar por obra de instituições seculares, como os cartórios do serviço das notas e registros públicos, que têm se mostrado eficientes no compelir ao cumprimento de obrigações, incluindo aquelas nascidas de conflitos familiares, como moradia, partilha e divórcio.<sup>5</sup>

Nesta seara tormentosa, uma perspectiva destaca-se com um problema metodológico. Em perspectiva, o aspecto crítico é acelerar os efeitos da mediação atermada, em proteção à dignidade humana, sob a crença de que conflitos tardiamente resolvidos tendem a multiplicar-se exponencialmente, estimulando atos de violência psicofísica, com rupturas custosas de reatar. O problema metodológico alude à proteção e segurança do direito civil-constitucional.

Vamos prosseguir com essas questões.

#### 1. ACESSO À JUSTIÇA, MEDIAÇÃO e DIGNIDADE HUMANA.

Em verdade, diz Luís Roberto Barroso, dignidade humana e direitos humanos são duas faces da mesma moeda, ou, na imagem corrente, são as duas faces de Jano: uma das faces, voltada à filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; outra face, voltada para o Direito regrado, traduz as posições jurídicas titularizadas pelos indivíduos, objeto de normas coercitivas.<sup>6</sup>

No plano estritamente jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a preservação de sua dignidade, recebendo cobertura dos direitos fundamentais, como o *direito à vida*, em torno do qual se discute pena de morte, aborto e morte assistida, e o *direito à igualdade* na lei, independente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social.

A lista é enorme, abrangendo integridade psicofísica, autonomia privada, valores comunitários, e até um *mínimo existencial*,<sup>7</sup> que não consta expres-

5 Considere-se, por exemplo, o valor coativo das notificações extrajudiciais, a cargo dos Serviços de Registro de Títulos e Documentos, o protesto de títulos cambiários e documentos de dívida, as escrituras de divórcio e inventário consensuais.

6 Cf. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*, in Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao professor Zeno Veloso. Coordenação: Pastora do Socorro Santos Leal. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014, p. 972.

7 A ideia do *mínimo existencial* foi cunhada na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, em várias decisões, conforme reporta Luís Roberto Barroso, ob. e loc. cit., p. 976, n. 116, explicitando o desenvolvimento do tema no Brasil, como os escritos de Ricardo Lobo Torres em *O direito ao mínimo existencial*, 2009. Em meio a outros, também sobressai abordagem de Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 223 e s.; e Eurico Bitencourt Neto, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, 2010. Na doutrina estrangeira, o conceito é empregado por John

so em textos constitucionais e internacionais, mas tem sido reconhecido que toda pessoa, para exercer sua cidadania, precisa do atendimento de necessidades vitais, pena de perecer.<sup>8</sup> Nessa linha, anota o ministro Celso de Mello, do STF, na ADPF 45/DF, em decisão monocrática, que é devido assegurar-se aos indivíduos a integridade de um *mínimo existencial*, afastado o “arbitrio estatal”.<sup>9</sup>

Na Constituição brasileira, o *mínimo existencial* insere-se no direito à educação básica, à saúde essencial, assistência aos desamparados e *acesso à justiça*.<sup>10</sup> Por integrar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o mínimo existencial tem eficácia direta e imediata, com a natureza de uma regra implícita, que dispensa elaboração legislativa. O direito de acesso à justiça não significa redução de alcance do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição. Ao contrário, aprofunda-o a partir da introdução de procedimentos de soluções consensuais de conflitos, como conciliação, mediação e arbitragem.

Desse modo, e com essa visão expansiva, o acesso à justiça compreende todo o aparato estatal concebido à concretização de direitos contemplados pelo ordenamento jurídico, o que é dizer: compreende todos os órgãos do Poder Judiciário, como também os tribunais de arbitragem, os mediadores e as câmaras de conciliação e mediação.

2. O PROBLEMA DA SEGURANÇA NO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. Uma das características do direito civil-constitucional é a aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas, tais como igualdade substancial, integridade psicofísica e solidariedade social, todos a gravitar no estuário da dignidade da pessoa humana.

Importa atribuir peso ponderável aos princípios nos processos de interpretação-aplicação dos direitos violados. Sua relevância decorre do caráter normativo dos princípios, ao lado das regras, segundo a distinção clássica de Ronald Dworkin.<sup>11</sup> Por essa teoria, as normas jurídicas podem ser agrupadas em regras, com maior grau de *coerção*, e princípios, com maior grau de *abstração*. Enquanto as regras reúnem o suposto fático e a consequência jurídica, os

---

Rawls, *Political liberalism*, 2005, p. 228-9, aí referindo ao mínimo social (*social minimum*); e Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre laicidade e validade*, 1997, v. 1, p. 160, que usa a expressão “direitos fundamentais e condições de vida” para significar o desfrute de todos os direitos fundamentais.

8 Ressalte-se, contudo, que a Constituição do Canadá, por exemplo, alude à “promoção de igualdade de oportunidades para o bem-estar dos canadenses” (art. 36). Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, prevê, em seu art. XXV, 1: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”.

9 Cf. RTJ 200/191.

10 Como é intuitivo, o acesso à justiça é instrumental: serve para obter as prestações relativas ao mínimo existencial quando não tenham sido entregues voluntariamente.

11 Valho-me de citação da professora Maria Celina Bodin de Moraes, in *Perspectivas a partir do direito civil-constitucional*, estudo em homenagem ao professor Zeno Veloso, ob. cit., p. 1006.

princípios anunciam valores concretizáveis, mormente ante os casos difíceis e complexos.

Nos países de tradição romano-germânica, o lugar por excelência de princípios jurídicos é o texto constitucional. A supremacia da Constituição prevalece na proclamação de soluções jurídicas definitivas.<sup>12</sup> Se a insegurança domina, na aplicação principiológica aberta, pela utilização de conceitos vagos e indetermináveis, a dubiedade reduz na presença de *mediadores particulares habilitados*, com respaldo na Lei 13.140/2015.

A explicação assenta numa premissa óbvia: o direito de acesso à Justiça, ao instaurar um procedimento autônomo de mediação, satisfaz ao mandamento constitucional do respeito à dignidade humana como fio condutor da plena e imediata eficácia do seu *termo final*, havendo de ser análoga à autoridade das decisões judiciais.<sup>13</sup>

Se a mediação é um método legalmente válido de resolução de conflitos, o mais acertado é que o termo final de *acordo* valha por si mesmo, independente de homologação judicial. Isso, de modo algum, fragiliza a aspiração de segurança jurídica, porquanto, com ou sem homologação judicial, a ocorrência de vícios sempre encontrará amparo no Poder Judiciário.

Todavia, em situações de normalidade, o que se alvitra é revestir os termos finais de mediação com os atributos de autenticidade e segurança das sentenças judiciais, permitindo às partes a rápida satisfação das obrigações estipuladas, como transferências de bens e quantias monetários, registros e averbações imobiliárias, exclusão e inclusão de sócios.

Dito assim, qual é o problema? O problema é fortalecer o exercício da autonomia da vontade, que é um valor inerente à dignidade humana,<sup>14</sup> não sendo admissível discriminar, com *desigualdades*, quem escolhe a mediação privada, decaindo do processo judicial.

## Homologação de Transações na Jurisprudência do STJ

No Brasil, como conduta padrão, as partes querem homologar em juízo os acordos objeto de negociações privadas. A razão da chancela judicial é obter título executivo albergado na coisa julgada, encurtando o tempo da demanda, no caso de embargos, visto que a impugnação cinge-se à regra do artigo 525, § 2º, do Código de Processo Civil, enquanto os títulos não judiciais facultam a suscitação de todas as matérias deduzíveis no processo de conhecimento, consoante estatuí o artigo 917, VI, do referido Código.<sup>15</sup> A fins

12 Aos olhos de ver, a interpretação e aplicação autônoma de princípios constitucionais garante a congruência valorativa do sistema jurídico. Considere-se, neste séc. XXI, que a supremacia da Constituição funda-se em princípios de democracia republicana, preocupados com a dignidade humana, máxime em sociedades desiguais como a nossa, onde o legislador faz escolhas arbitrárias.

13 Recorde-se que nas democracias republicanas todo o poder emana do povo e é exercido em seu nome.

14 Cf. art. 1º, III, da Constituição.

15 Cf. art. 525, § 2º - ; art. 917, VI -

práticos, o interesse de homologar acordos extrajudiciais é obstar manobras protelatórias dos executados.

Pesquisando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apura-se que acordos oriundos de transações desvinculadas de ações judiciais dispensam homologação em juízo, cabendo romper com a noção antiga, enfatiza a relatora, ministra Nancy Andrighi, “... *de que todas as lides devem passar pela chancela do Poder Judiciário, ainda que solucionadas extrajudicialmente*”.<sup>16</sup> No corpo da Ementa, confirma-se a eficácia dos instrumentos convencionais, atento à evolução do Direito, como se verifica na Europa, onde alguns países, a exemplo da Itália,<sup>17</sup> somente facultam ações judiciais após o prévio exame das pretensões por câmaras de mediação extrajudicial.

Há que se prestigiar a Lei 13.140/2015, que disciplina o procedimento de mediação extrajudicial, cercado de garantias de controle, validações e fiscalização pelo Poder Judiciário, como ilustra a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, cujas diretivas orientam a Seção V, do Capítulo III, na forma dos artigos 165 a 175, do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.<sup>18</sup>

É consabido que as homologações judiciais são um mero juízo de delibação e nunca análise substantiva das causas apresentadas, parecendo ilógico quanto utópico equiparar sentença homologatória a sentença judicial,<sup>19</sup> transformando o Judiciário num cartório a manusear carimbos,<sup>20</sup> como ressaltam os precedentes do STJ, a exemplo do acórdão no Recurso Especial nº 1.318.315 – AL, da Primeira Seção, relatoria do ministro Mauro Campbell Marques.

## **Obrigatoriedade de Homologação nas Hipóteses de Direitos Indisponíveis**

O artigo 3º, § 2º, da Lei 13.140/2015, impõe a formalidade de homologação em juízo, com oitiva do Ministério Público, toda vez que o acordo versar sobre direitos *indisponíveis*, isto é, direitos que o titular não pode transigir ou negociar soberanamente, por representarem um interesse legítimo da sociedade, sancionado em norma de ordem pública. Tal é a relevância dos direi-

16 Cf. Recurso Especial nº 1.184.151 – MS.

17 O Canadá e a Argentina também implantaram a mediação obrigatória. É crescente o movimento de trocar a cultura do litígio ou da sentença pela cultura da *pacificação*.

18 Cf. O art. 165 determina aos tribunais a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pelas sessões de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a *autocomposição*. Conciliadores, mediadores e câmaras privadas de conciliação e mediação, diz o art. 167 e §§, devem ser inscritos em cadastro nacional e cadastros dos tribunais de justiça e regionais federais, todos obrigados a manter registro dos profissionais habilitados por meio de curso específico, aprovado pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça.

19 É rematado absurdo atribuir efeitos de coisa julgada a sentenças homologatórias, à mínima de exame exauriente do mérito, amesquinhando, como diz a min. N. Andrighi, o papel do Judiciário.

20 Cf. Item 7 da Ementa do v. acórdão no REsp 1.184.151 – MS.

tos indisponíveis que para eles não valem os efeitos da *revelia*,<sup>21</sup> nem *convenções* quanto à distribuição dinâmica do ônus da prova nos processos.<sup>22</sup>

Na aceção jurídica, acresça-se que os direitos indisponíveis visam proteger o próprio titular do direito posto, a exemplo dos direitos da personalidade, como a *vida*, do que decorre a vedação de dispor de órgãos do corpo; tutela do nome civil; alimentos. Nestas hipóteses, e tantas outras, o Direito limita o exercício da autonomia da vontade.

A intervenção estatal, ao exigir homologação desses acordos, integra-se ao sistema constitucional, cioso em promover o respeito à vida, liberdade e dignidade humana. Em última razão, visa o convívio social harmonioso, prevenindo retrocessos indesejáveis.

## Eficácia Externa dos Termos Finais de Mediação

O consenso das partes, consubstanciado no termo final das mediações extrajudiciais, pode repercutir, eventualmente, na esfera jurídica de terceiros, como órgãos da Administração Pública, bancos, registro de imóveis, surgindo o interesse homologatório, para escoimar incertezas e revestir o acordo celebrado com a autoridade de sentença judicial.

A pergunta, entretanto, é saber qual a utilidade de homologar um acordo extrajudicial firmado por agentes capazes, tendo um ou vários direitos *disponíveis* como objeto de transação? Transformar os instrumentos respectivos em títulos judiciais é apego formal, visto como prática cognitiva inexistente, diz a ministra Nancy Andrichi.<sup>23</sup>

Urge evoluir com o tempo, atribuindo aos termos finais de mediação carga máxima de eficácia, sabido que a legitimidade do procedimento assenta na Lei 13.140/2015 e no Código de Processo Civil, contando com a participação, não apenas de mediadores habilitados, como também de advogados,<sup>24</sup> que a Constituição reputa indispensáveis à Justiça.<sup>25</sup>

É evidente a tendência ao alargamento das portas de acesso à justiça *concreta* dentro do Poder Judiciário, com abertura à conciliação e mediação, antes da resposta do réu,<sup>26</sup> e a qualquer tempo, no curso dos processos.<sup>27</sup> Prega-se a *democratização* do Direito com *desjudicialização*, valorizando o legislador contemporâneo negociações extrajudiciais como expressão de *autonomia da vontade*, que é um dos três elementos essenciais à dignidade humana, na lição de Luís

21 Cf. art. 344 e 345, II, do CPC.

22 Cf. art. 373, § 3º, I.

23 Cf. Recurso Especial nº 1.184.151 – MS, supra, nota 13.

24 Cf. Lei 13.140/2015, art. 10.

25 Cf. Art. 133. “O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

26 Cf. Art. 334, CPC.

27 Cf. CPC, art. 359. “Instalada a audiência (de instrução e julgamento), o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.”

Roberto Barroso,<sup>28</sup> convindo ultimá-las, portanto, sem concurso de autoridade judiciária.

A propósito, vem a calhar jurisprudência incensurável do Superior Tribunal de Justiça, acorde o voto pioneiro da ministra Nancy Andrichi, atrás reportado.

O termo final de mediação já nasce dotado de eficácia de título executivo extrajudicial, como determina o artigo 20, parágrafo único, da Lei 13.140/2015, sendo incompreensível, à míngua de controvérsia subjacente, ou caso de jurisdição voluntária, que as partes apelem ao Judiciário para homologações meramente formais.

Recomenda-se – este é o ponto – que os interessados diretos, bem como terceiros destinatários das obrigações contidas no título, observem cautelas de *prudência* ou de *legalidade* imperativa. Por exemplo, se o termo final de mediação cogita da transferência de um automóvel, as partes hão de cumprir as exigências dos organismos de trânsito, preenchendo formulários administrativos. Se o acordo objetiva aquisições imobiliárias, há de ir ao notário obter a escritura de compra e venda, levando-a ao registro de imóveis.

Ante a importância do Registro Público, convém avançar as anotações a seguir.

## Mediação e Registro Público: A Questão da Qualificação Registral

Abstraindo variadas situações, nas quais a execução dos termos finais de mediação projetam efeitos externos, a satisfazer perante órgãos da Administração Pública ou no vasto quadro das entidades particulares, como bancos, seguradoras e associações desportivas, vale a pena examinar a relevância institucional das *notas* e *registros públicos*, que cumprem função estatal mediante delegação, em caráter privado, conforme o artigo 236 da Constituição.

A perspectiva aberta e crítica do pensar jurídico, fragilizado, tantas vezes, pela arrogância acadêmica dos dogmas e miopia legislativa, aconselha, quanto ao Registro Público, por suas especialidades, aliado à fiscalização judiciária,<sup>29</sup> o agir ponderado para recepcionar *novíssimas* questões, pacificando dúvidas e controvérsias, de modo a contribuir ao ideal de segurança e efetividade das mediações extrajudiciais, fiel à matriz constitucional que se preocupa até com a duração dos processos, ordenando que acabem em *tempo razoável*.<sup>30</sup>

Se imaginarmos o *sistema de registro de imóveis*, por exemplo, na interconexão das *notas* e *registro de títulos e documentos*, com aceno aos *tabelionatos de*

28 Ob. e loc. cit., p. 972 e s. Os outros dois elementos são i) valor intrínseco da pessoa humana; e ii) valor comunitário.

29 O modelo de fiscalização deve focar na funcionalidade do sistema notário-registral, estimulando uma gestão colaborativa entre servidores e delegatários, no propósito integrado de otimizar a qualidade e permanente adequação social, econômica e jurídica de cada serviço especializado. O fim último será a maior eficácia dos *resultados*, com destaque à promessa de segurança real como *valor agregado*, chancelada pela *fé pública* de notários e registradores.

30 V. supra, nota 3.

*protesto e registro civil das pessoas naturais*, vamos identificar um dos mais frutuosos instrumentos *preventivos* de segurança jurídica do direito de propriedade e suas funções social, econômica e ambiental. Para além, todos os registros ainda realizam um *poder cautelar especialíssimo*, favor da oponibilidade geral, que supera o valor da própria *coisa julgada*, cujos efeitos restringem-se às partes do processo, e é pós-conflitual, diferente dos *registros públicos* que se dirigem à coletividade, operando com presunção de veracidade e fé pública relativamente às situações jurídicas existenciais, dominiais e obrigacionais.

Uma hermenêutica construtiva será vantajosa para sanar deficiências da lógica burocrática do sistema notário-registral, iluminando-o ao reconhecimento e *qualificação positiva* dos variadíssimos arranjos oriundos dos acordos de mediação, fruto das desventuras da condição humana, que engrossam o caldeirão dos direitos subjetivos, como sói acontecer, hodiernamente, no campo da liberdade de orientação sexual, tendo o Conselho Nacional de Justiça,<sup>31</sup> por maioria de votos, lamentavelmente, vetado a outorga de escrituras de uniões *poliafetivas*.

Na luta pelo Direito, o procedimento de mediação extrajudicial, ao lado da conciliação e arbitragem, pode valer-se do sistema notário-registral,<sup>32</sup> em reforço do cumprimento das obrigações pactuadas, infundindo nos títulos executivos maior carga de coerção.

Para ilustrar, tomemos acordo entre um casal e outra mulher, que se diz companheira. No termo final, o homem transfere à sua mulher, dele separada de fato, a *posse vitalícia* de um apartamento e certa soma em dinheiro, para custear despesas de condomínio, autorizando-a a sacar a totalidade do saldo de conta de poupança, com transferência ao seu nome de um carro, acrescida de indenização por dano moral de cinquenta mil reais. Em relação à companheira, consta a data do início da convivência, esclarecendo que todos os bens adquiridos, a contar dessa data, são *aquestos comunicáveis*, consoante o regime da comunhão parcial, mas excluindo, a seu favor, os bens imóveis por ela adquiridos com os ganhos da profissão, que serão *bens reservados*, na forma do regime de separação absoluta de bens.

Analisando esse termo final, ganhariam as partes se o levassem ao Registro de Títulos e Documentos, obtendo, com essa providência, direito de oponibilidade contra *terceiros*, nos termos dos artigos 1º, da Lei 8.935/1994,<sup>33</sup> e 224 do Código Civil.<sup>34</sup> A partir do registro, que é simples – e, em tese, mais

31 V. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. Relator min. João Otávio Noronha, j. 29.6.2018.

32 O RGI amiúde recusa o ingresso de sentenças *arbitrais*, convencido de que o art. 167, I, 23 e 24, da Lei 6.015/73, só permite sentenças judiciais, a despeito da regra do art. 31, da Lei 9.307/96.

33 Cf. Art. 1º. “Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a *publicidade*, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.”

34 Cf. Art. 221. “O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não operam, a respeito de *terceiros*, antes de registrado no registro público.”

barato do que o processo de homologação judicial – facilita-se, na ocorrência de *mora* ou *inadimplemento*, a imediata *notificação* do devedor<sup>35</sup> ou *protesto* da dívida,<sup>36</sup> podendo, ademais, *averbar* o termo final no registro de imóveis, invocando o artigo 246, da Lei 6.015/1973.<sup>37</sup>

Entenda-se a regra do artigo 246 como vetor de superação de um olhar saudosista dos juristas, tardios em admitir que “*a ordem jurídica não é uma estrutura estática e acabada, mas uma ordem evolutiva, uma resposta diferente a cada nova situação social*”,<sup>38</sup> que repele o gosto retrospectivo de amarrar a vida no passado.

É tempo de integrar a mediação extrajudicial ao registro público, desistindo da falsa segurança das homologações judiciais, que a jurisprudência do STJ rechaça com inteira razão,<sup>39</sup> para resolver, longe do dogmatismo manualista, inumeráveis questões da litigiosidade momentânea, sem olvidar a dimensão *prospectiva* da nossa Constituição,<sup>40</sup> frutuosa aos que intentam renovar o discurso jurídico na tarefa de criar um *novo* Direito,<sup>41</sup> livre de formalismos estéreis.

## Conclusão

### *Síntese das ideias centrais*

Ao final dessa breve exposição, cabe organizar didaticamente as principais ideias, tendo em conta o papel da *mediação* na cultura atual de pacificação dos conflitos.

1. Sendo a mediação um meio legal de realização da Justiça, que é um

35 V. Lei 6.015/73, art. 160. “O oficial será obrigado, quando o apresentante o requerer, a *notificar* do registro ou da averbação os demais interessados que figurarem no título, documento ou papel, e a quaisquer terceiros que lhes sejam indicados...”

36 V. Lei 9.492/97, art. 1º. “Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova o inadimplemento e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”. Nos termos dos arts. 12 e 14, da citada lei, o protesto é registrado dentro de três dias úteis, contados da protocolização do título ou documento de dívida, seguindo-se a *intimação* ao devedor.

37 Enuncia o art. 246: “Além dos casos expressamente indicados no item II, do artigo 167, serão *averbadas* na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro.”

38 Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito: Introdução e Teoria Geral; uma Perspectiva Luso-brasileira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978, p. 504.

39 Cf. Supra, item V, nota 18.

40 Cf. FACHIN, Luiz Edson. Questões de Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7. Na compreensão do mestre, o intérprete-aplicador deve examinar a Constituição sob triplice dimensão: i. *formal* (apreensão das normas e princípios do texto constitucional); ii. *Substancial* (apreensão orientada pelas decisões da Corte Constitucional e pela incidência de princípios implícitos que derivam dos princípios explícitos da Constituição); *prospectiva* (inspiração permanente e contínua de ressignificar os sentidos dos diversos significantes que compõem o discurso normativo, doutrinário e jurisprudencial, infundindo nas relações sociais a percepção da supremacia da Constituição).

41 Considere-se que a Constituição de 1988, encurtando a visão patrimonialista herdada do séc. XIX, assumiu, como meta inegociável, um elevado padrão que valora o desenvolvimento humano e a dignidade substancial das pessoas enredadas na teia de suas relações intersubjetivas, visando emancipá-las para usufruírem em plenitude os bens da vida.

valor inerente à dignidade humana, o cumprimento das obrigações objeto dos termos finais de acordos independe de homologação judicial, bastando-lhes o atributo de título executivo extrajudicial, conforme norma do parágrafo único, do artigo 20, combinado ao § 2º, do artigo 3º, da Lei 13.140/2015, mas não exclui a adoção de cautelas de *prudência*, como reconhecimento de firma, ao lado de *formalidades essenciais*, como escritura pública para transmissão de bens imóveis, por exemplo, levando-a, depois, ao registro público competente.

2. O direito de acesso à Justiça, realizado por câmaras e mediadores privados, satisfaz ao mandamento constitucional do respeito à dignidade humana, servindo de fio condutor à atribuição de plena e imediata eficácia aos termos finais de acordos, análoga à autoridade das sentenças judiciais, no que se atende ao princípio da razoável duração dos processos, com ganhos ao ideal de segurança jurídica, máxime em sociedades *desiguais* como a nossa, em que o método de subsunção dos fatos às leis pode mascarar escolhas injustas ou privilegiadas.

3. À exceção dos direitos *indisponíveis*, em que é obrigatório homologar em juízo acordos de mediação, ouvido o Ministério Público, impende reconhecer a autonomia da vontade das partes que optam pela mediação, abdicando de processos judiciais, posição essa que harmoniza à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que dispensa homologações de transações extrajudiciais, nos termos como foi abordado.<sup>42</sup>

4. O sistema notário-registral, se bem integrado ao procedimento de mediação extrajudicial, pode facilitar o cumprimento das obrigações, mercê da *publicidade*, aliada à coercibilidade de suas comunicações, como *notificação e protesto*, pelo que uma hermenêutica construtiva há de corrigir as deficiências da lógica burocrática que aflige a prática das notas e registros públicos.

### *Epílogo: Reflexão final*

Na origem, a dignidade humana decorria do *status* de certa posição social ou função pública. Ao correr dos séculos, porém, como se relatou, termina alçada à teoria dos direitos fundamentais, com vocação *igualitária* para todas as pessoas.

Na luta pelo Direito, uma perspectiva aberta e crítica do pensar jurídico, há de entender que a sociedade anela, individual e coletivamente, a imediata satisfação das pretensões amparadas em lei, toda gente a fugir de demandas judiciais, porque amiúde são onerosas, perturbadoras e sem data previsível de terminar em vida dos contendores.

Superar o dogmatismo manualista, no propósito de resolver questões da atualidade social e econômica, não é rendição; é, sobretudo, um imperativo ético ditado pela dimensão prospectiva da nossa Constituição cidadã, que ilumina os saberes jurídicos na concretização de um *novíssimo* Direito compro-

42 V. Supra, notas 13 e 22.

metido com a Justiça real, liberta de formalidades estéreis.

## Referências

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: Introdução e Teoria Geral; uma Perspectiva Luso-brasileira**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978.
- BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo, In **Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000. Relator: min. João Otávio de Noronha. Brasília, 29 de junho de 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão. REsp 1.184.151 – MS. 3ª Turma. Relator originário min. Massami Uyeda. Brasília. DJe, 09 de fevereiro de 2012.
- BRASIL. **Lei de Registro Público**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRASIL. **Lei de Serviços Notariais e de Registro**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CARMO, Jairo Vasconcelos Rodrigues. Regime das notificações no sistema de registro de títulos e documentos, In **Direito notarial e registral/** Coordenadora Vânia Gonçalves e André Gomes Netto. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CARVALHO, Afrânio de. **Registro de Imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973, com as alterações da Lei 6.216, de 1975, Lei 8.009, de 1990, e Lei 8.935, de 18.11.1994**. Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 1998.
- CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e Registradores Comentada**, 6ª ed. SP: Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registro de Imóveis**, 5ª. ed. SP: Saraiva, 2004.
- FACHIN, Luiz Edson. **Questões de Direito Civil Contemporâneo**. RJ: Renovar, 2008.
- HALE, Durval; BERNARDINA, Humberto Dalla; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Marco Legal da mediação no Brasil**. Atlas: São Paulo, 2015.
- LEAL, Pastora do Socorro Santos. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.
- LEITÃO, Fernanda. **União Poliafetiva. Por que não?** Disponível em: < <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100129558/artigo-uniao-poliafetiva-por-que-nao-por-fernanda-de-freitas-leitao> >. Acesso em: 6 de maio 2019.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Tratado dos Registos Públicos**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A: 1961.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Conselho Superior da Magistratura**. Processo nº 000.05.032549-3, julgado em 06.7.2005, publicado no DOE em 20.07.2005.

# MEDIAÇÃO ON LINE E ACESSO À JUSTIÇA

**Carla Maria Alcofra Tocantins**

Instituto dos Advogados Brasileiros – Advogada. Mediadora Judicial Sênior. Mediadora Certificada Pelo ICFML. Mestre em Mediação e Negociação pelo *Institut Universitarie Kurt Bosch*. Membro da Comissão de Mediação da Ordem dos Advogados do Brasil (Seccional do Rio de Janeiro). Coordenadora de Cursos e Palestras da Comissão de Mediação da Ordem dos Advogados do Brasil (Seccional do Rio de Janeiro). Integrante do Quadro de Mediadores do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada, Professora e Supervisora do Curso de Formação de Mediadores da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, da AB Câmara de Mediação e do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem

**Bernardo José Ferreira Gicquel de Deus**

Instituto dos Advogados Brasileiros – Advogado - Pós-Graduado pela Fundação Getúlio Vargas (MBA em Direito da Economia e da Empresa – 2000) - Pós-Graduado pela Escola Superior de Advocacia Pública (Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e Fundação Getúlio Vargas) em Direito Público (2003) - Especialista em Direito de Energia Elétrica (2005 - Universidade Cândido Mendes E Light) - Integrou o Departamento Jurídico da Light - Serviços de Eletricidade S/A, de 1997 a 1999 - Integrou e Foi Sócio do Escritório Fonseca Costa Advogados Associados, de 2000 a 2014 – Sócio Fundador do Escritório Bernardo Gicquel Advogados Associados, de 2015 até a presente data - Ex-Conselheiro da Associação Comercial do Rio de Janeiro. Presidente da Comissão de Direito da Energia Elétrica do Instituto dos Advogados Brasileiros – Vice - Presidente da Comissão de Petróleo, Gás e Minerais do Instituto dos Advogados Brasileiros – Secretário Geral da Comissão de Direito Digital do Instituto dos Advogados Brasileiros

## **Resumo:**

O Mundo está vivendo um momento “disruptivo”, com alterações de percepções e hábitos humanos, especialmente diante do avanço da tecnologia, ou seja, uma nova realidade está diante de nós, fato que por si só justifica a necessidade de novas reflexões jurídicas e políticas. Esse momento não tem mais volta e alterará por completo a vida, a rotina de todos. Logo, a sociedade está em um momento de mudanças significativas, sendo certo que também precisará de meios alternativos para solução dos conflitos, denominadas de ADR (*Alternative Dispute Resolution*), seja para solucionar novos temas, seja para viabilizar a solução de antigos problemas. Para contribuir, devem ser acrescentadas a esses métodos ferramentas digitais. As ODRS (*Online Dispute Resolution*), que

são o objeto da pesquisa, portanto, são mecanismos alternativos de resolução de conflitos, instrumentalizadas através do uso de comunicações eletrônicas, ou outras tecnologias de informação e comunicação.

**Palavras-chave:** Acesso; Justiça; Mediação; Tecnologia; “Disruptivo”.

## Introdução

O Mundo está vivendo um momento “disruptivo”, com alterações de percepções e hábitos humanos, especialmente diante do avanço da tecnologia, ou seja, uma nova realidade está diante de nós, fato que por si só justifica a necessidade de novas reflexões jurídicas e políticas.

Esse momento não tem mais volta e alterará por completo a vida, a rotina de todos, inclusive dos advogados.

O maior acesso à Internet, especialmente pelo uso dos smartphones, alteraram o cotidiano, já impactando alguns modelos econômicos tradicionais e, isso, é só o início.

São exemplos disso o Uber, Netflix, Whatsapp, Airbnb, Spotify, entre outros.

São dinâmicas “disruptivas”, em decorrência da alta velocidade e da intensidade como entram na vida de expressivo número de indivíduos.

No passado, o único acesso a Justiça era pela porta do Judiciário.

Esse modelo, além de não atender as necessidades da maioria dos conflitos, criou uma flagrante saturação no Judiciário, fazendo com que o tempo, por vezes, não permitisse uma solução satisfatória para as partes.

O alto custo, complexidade e longevidade do litígio tornam as demandas tradicionais irrealistas para muitas pessoas.

Além disso, o Judiciário não apresenta a confiabilidade de que a melhor decisão será alcançada, seja pela falta de especialização nos temas pelos julgadores, seja pela insatisfação que as partes chegarão ao final do litígio, pois em sua esmagadora maioria, as decisões são satisfatórias apenas para um dos lados e não pela estabilidade social ou entre as partes.

Com o advento dos métodos auto compositivos, como a mediação, conciliação e arbitragem, o acesso a justiça passou a ser muito mais presente a sociedade. As ADR's (*Alternative Dispute Resolution*) podem reduzir o tempo de litígio, trazem maior confiabilidade e estabilidade quanto ao resultado, diante da especialidade de quem conduz o trabalho de solução do conflito e acrescenta a confidencialidade, que, por vezes, é tão cara.

Entretanto, em especial, considerando-se a dinâmica atual e a necessidade de conveniência e praticidade em todos os âmbitos, mediação *on line* passou a ser uma solução mais adequada para os processos de grande demanda.

A mediação *on line* surge da combinação da aplicação dos princípios da mediação a ferramentas digitais.

Essas ferramentas vêm surgindo, cada vez mais plataformas de resolução onde as partes envolvidas e os respectivos advogados conseguem resolver seus conflitos, mesmo não estando no mesmo ambiente.

São as ODRs (*Online Dispute Resolution*), que, em síntese, são mecanismos alternativos de resolução de conflitos, instrumentalizadas através do uso de comunicações eletrônicas, ou outras tecnologias de informação e comunicação.

Há quem entenda que as ODR's são simplesmente uma forma de exprimir as ADRs, incorporando nessa feita o uso da internet, sites, comunicações por e-mail, transmissão de mídia e outras tecnologias da informação como parte do processo de resolução de disputas.

Todavia, o caminho digital é inevitável, pois diminui ainda mais o custo e facilita o acesso para a solução de um problema.

A mediação *on line* é um procedimento em que o mediador é uma pessoa imparcial e sem poder de decisão (que não é substituído por um software ou qualquer outra ferramenta), com suporte da tecnologia da informação e da comunicação, atuando como facilitador do diálogo para auxiliar pessoas em conflito a encontrarem soluções de ganho mútuo e construírem um acordo.

Todos os princípios da mediação se aplicam a modalidade *on line*, o fato de um mediador não estar no mesmo local físico das partes não o desobriga de seguir todos os princípios, como: imparcialidade, confidencialidade, boa-fé etc. O mediador *on line* tem, portanto exatamente o mesmo papel de um mediador convencional, apenas exercido de uma forma diferente, com o uso da tecnologia.

A tendência, inclusive, é que num segundo momento as resoluções, de acordo com o caso, sejam obtidas por mediação guiada por algoritmos, com o uso de inteligência artificial.

A mediação, bem como os demais métodos auto-compositivos, tem como principal objetivo fornecer amplo acesso à justiça para sociedade, sendo que a mediação *on line* tem o intuito de expandir ainda mais o acesso à justiça, dispondo de uma flexibilidade ainda maior para esse método, propiciando as partes que possam solucionar conflitos sem ter a necessidade de estar no mesmo local físico.

Logo, a mediação na modalidade *on line* traz para sociedade flexibilidade, conveniência, celeridade, eficiência e redução de custo.

A consequência natural disso é ter mais pessoas utilizando este método e, portanto, tendo acesso à Justiça, gerando significativa ampliação nesse âmbito.

## **A Mediação *On Line* Aplicada**

O processo da mediação *on line* consiste de 04 (quatro) etapas:

1) Envio do caso: a empresa envia uma base de casos, ajuizados ou não, para a plataforma.

2) Adesão: a plataforma envia o convite para a mediação. Se houver o aceite, a plataforma agenda uma sessão.

3) Sessão: o mediador realiza a mediação *on line* com as partes e advogados.

4) Acordo: as partes assinam digitalmente o acordo de mediação com validade jurídica.

Observe-se que todos os princípios da mediação convencional estão presentes, mas o processo de mediação *on line* apresenta algumas variações para ter que se ajustar ao uso da tecnologia.

Verificando-se as etapas, é possível ver que todas elas têm um grande potencial de ganho de tempo e eficiência em relação ao processo tradicional de mediação.

Senão vejamos: o envio dos casos e a adesão são feitos *on line*, reduzindo o tempo para o início do processo. A sessão (ou sessões) é feita *on line*, podendo ser agendada e executada com muito mais celeridade. E, por fim, o acordo também ocorre remotamente entre as partes, novamente garantindo grande eficiência e agilidade ao processo.

Importante destacar que o advogado deve estar presente sempre, garantindo a orientação para o seu cliente, ou seja, acrescentando total segurança jurídica e certeza de se está diante da melhor solução.

Não é demais lembrar que as soluções físicas e até mesmo as tradicionais não devem ser afastadas, mas devem ser incentivados os meios digitais diante das mudanças que já vivenciamos.

Ressalta-se que atualmente já há exemplos reais de mediações *on line* extremamente bem-sucedidas.

Um dos mais destacados recentemente, no Brasil, foi o da empresa de telecomunicações OI - Telemar.

A empresa se encontra em recuperação judicial, tendo ocorrido uma grande quantidade de mediações com credores por todo Brasil, após parecer do promotor do Ministério Público e posteriormente encaminhado pelo próprio Juiz do processo de Recuperação Judicial.

Na hipótese em exemplo, foi criada uma plataforma *on line* pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, que se constituiu em um projeto pioneiro, que conseguiu solucionar conflitos entre a empresa Recuperanda e mais de 20.000 credores.

A mediação permitiu que os credores interessados recebessem valores de até R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), negociados com rapidez e simplicidade, sem a necessidade de participação de todas as etapas de um processo judicial, com economia de tempo e de recursos para todos os envolvidos.

Cabe ressaltar, ainda que este não é o único caso solucionado por meio de mediação *on line*.

Outro exemplo, também no Brasil, é o de um processo judicial em fase de recurso, encaminhado para mediação, diante de um objeto de relação continuada, dissolução de sociedade, onde uma parte se encontrava residindo no

exterior.

Nesse caso, até a solução, foram realizados seis encontros, sendo 03 (três) deles virtuais.

Como dito, estando uma parte no exterior, a mediação somente foi possível com o uso da tecnologia para vencer a barreira da distância, sendo isso que proporcionou o atingimento da solução.

Além desses exemplos, no restante do Mundo, há diversos outros de uso de ODR's, podemos citar:

1. Kleros (<https://kleros.io/>) – Dispute Resolution Layer, em que com uso da tecnologia *blockchain* garante a segurança de uma arbitragem totalmente *on line*;

2. Money Claim (<https://www.moneyclaim.gov.uk/web/mcol/welcome>)– que permite o “ajuizamento” de cobranças até determinado valor em “cortes virtuais” que são capazes de resolver até 60.000 casos ao ano;

3. Equivant (<https://www.equivant.com/>) – sistema de ferramentas *on line* para dar suporte nas decisões, integrando todas os sistemas de acesso à justiça;

4. Square Trade (<http://www.squaretrade.com/>) - um dos sistemas pioneiros da ODR, utilizado pela eBay, gigante do comércio eletrônico, para resolver as disputas entre os usuários que se utilizam da sua plataforma de compra e venda (*consumer to consumer* ou C2C). O sistema de resolução de disputas permite que compradores e vendedores insatisfeitos abram reclamações a custo zero. Por meio de algoritmos, o *software* guia os usuários através de uma série de perguntas e explicações a fim de ajudá-los a alcançar uma solução amigável.

Importante sempre observar que as plataformas *on line* deverão observar as regras de uso e proteção de dados no Mundo.

Em agosto de 2018 foi sancionada no Brasil, pelo Presidente da República a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Com a decisão, o Brasil passa a fazer parte do grupo de países que tem proteção quando o assunto é cobertura de informações e proteção de dados, ampliando as possibilidades de negociações com os que exigiam diretrizes presentes na legislação - assim como toda a Europa, por exemplo, com o GDPR (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados<sup>1</sup>), que serviu de inspiração para a Lei brasileira.

A LGPD, assim como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia, é uma norma baseada em princípios e, ao regular a

1 REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

proteção dos dados pessoais, garante direitos aos cidadãos e estabelece regras sobre as operações de tratamento desses dados realizadas por órgãos públicos ou privados.

O intuito é o de proporcionar um ambiente seguro e controlado.

Logo, visa a garantia dos direitos à privacidade, à imagem e à individualidade de cada pessoa, ao mesmo tempo que tem como objetivo ampliar as redes de informação e o desenvolvimento tecnológico do país, proporcionando uma maior segurança.

## Base Legal no Brasil

A mediação *on line* está fundamentada no parágrafo único do artigo 46 da Lei 13.140/15:

Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

Parágrafo único. É facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas nesta Lei.

## Organização das Nações Unidas – ONU – Agenda 2030

A ONU (Organização das Nações Unidas) em setembro de 2015 estabeleceu os novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Globais, empenhada em alcançar o desenvolvimento sustentável nas suas três dimensões – econômica, social e ambiental – de forma equilibrada e integrada até 2030.

Entre os objetivos da Agenda 2030, o de número 16 (dezesseis) aponta: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”

Portanto, é um objetivo global proporcionar o acesso à justiça.

## Conclusão

Está evidente que estamos diante de uma nova era, em que as relações estão sendo alteradas pelas inovações tecnológicas.

Assim, as soluções dos conflitos também devem ser ajustadas para atender ao bem maior, a pacificação social, sendo o uso de ODR's o caminho natural.

Os exemplos acima citados ilustram a utilização dos métodos auto-compositivos realizados pela *internet* com a permissão das partes envolvidas que permitiram a transação à distância, conforme rege o artigo 46 da Lei 13.140/15.

Além disso, o acesso à justiça amplo, visando a pacificação da sociedade e o desenvolvimento sustentável, objetivo global até 2030, conforme estabelecido pela ONU, aumenta a importância da mediação *on line* pelo seu alcance e

sustentabilidade.

Resta claro, que as ODR's já são uma realidade no nosso cotidiano. Faz-se necessário agora o aprimoramento e amadurecimento das mesmas.

Isso se dará através da consolidação dos seus benefícios e da atuação estruturada no enfrentamento dos desafios por elas gerado.

Podemos falar que o principal desafio na utilização de uma ODR é a necessidade de maior preparo técnico do terceiro facilitador.

Além da capacidade técnica, precisam também de capacidade e conhecimento tecnológico, além de maior sensibilidade e atenção para lidar com a tecnologia inserida no processo.

Por outro lado, deverão ser explorados os diversos aspectos positivos das ODRs: facilidade de acesso, celeridade, redução de custo e eficácia.

Em resumo, a utilização da mediação *on line* permite na resolução de conflitos onde a *Alternative Dispute Resolution* - ADR convencional não traz uma resposta ou não possui o acesso.

Como se vê, os métodos *online* (plataforma, smartphone, etc) adequados de resolução de conflitos podem ser utilizados a qualquer tempo e dependem basicamente da vontade das partes e de seus advogados.

Quanto a esses últimos, os advogados, entendemos que a participação é relevante, possivelmente não como se observa hoje, sendo que ajustes nas respectivas atuações poderão ser necessários, mas é essencial que estejam sempre presentes nas ODR's para a garantir a segurança de que a decisão, por um ou outro caminho, será a melhor para as partes envolvidas.

# A MEDIAÇÃO ENTRE FILHOS DE PAIS IDOSOS NO BRASIL

**Cláudia Amaral Lima**

Advogada graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Mediadora Judicial Sênior certificada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Mediadora da Ordem dos Advogados do Brasil – Rio de Janeiro; Especialista em Mediação de Conflitos com Ênfase em Conflitos Familiares, pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro.

## **Resumo:**

Este artigo apresenta a mediação como uma forma de viabilizar a comunicação e a pacificação dos conflitos entre os filhos de pais idosos, trazendo um olhar sobre as razões que influenciam no distanciamento entre irmãos. Em regra, as discussões entre filhos de pais idosos têm origem em fatos da vida familiar anteriores não resolvidos ou mal resolvidos, os quais emergem justamente no momento em que o pai idoso se encontra fragilizado e exigindo cuidados. Ademais, neste artigo são destacadas as normas aplicáveis tanto ao instituto da mediação como da proteção ao idoso. Igualmente, traz luz à mediação como o canal de comunicação pelo qual pessoas em conflito são escutadas com atenção e respeito, onde podem expressar seus sentimentos, dialogarem ou decidirem por si próprias sobre determinado problema que as aflige. Reconhece-se, por fim, a mediação como o método que prima pela não litigância, trazendo valor e efetividade à dignidade da pessoa humana idosa.

**Palavras-chave:** Mediação; Filhos; Pais; Família; Idoso.

## **Introdução: A Família e o Idoso**

Nascemos em uma família, crescemos sonhando em ter nossa própria família; quando a construímos, ela floresce, se ramifica, frutificando novas famílias.

A família é um sistema composto por pessoas, de diversas gerações e diferentes personalidades. É o ambiente no qual evoluímos e crescemos, seja apenas com um pai e seus filhos, seja com uma mãe e filhos, seja com companheiros sem filhos. Existe uma família de uma só pessoa. Fato é que, em todas essas novas formas de família, o sentimento de pertencimento estará sempre presente, posto que é um valor inerente ao indivíduo.

A melhor definição de família é aquela que a traduz como um patrimônio afetivo que construímos, como a expressa no Dicionário Houaiss: “o núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária”.

Segundo CERVENY e BERTHOUD (1997), em todas as fases do ciclo vital as pessoas que fazem parte da família estão em “processo de aquisição”. Sendo que a primeira fase do ciclo vital familiar é dedicada à constituição dos objetivos primários e exemplificam citando “encontrar o lugar para morar, o emprego que proporcione condições de sobrevivência, os acessórios domésticos que facilitam a vida, o carro, o seguro saúde, muitas vezes até a complementação educacional”.

Os filhos pequenos são “aquisições” arroladas pelos citados autores nessa primeira fase, ressaltando que esse é o momento em que se inicia a aquisição de um modelo familiar próprio, adotando para o seu casamento, ou convivência, um dos modelos adquiridos em suas famílias de origem.

E os citados autores prosseguem:

na fase de maturidade, adultos, pais e filhos desenvolvem suas interações, organizam e desorganizam, integram e desintegram, constroem e desconstroem padrões, normas, regras, valores e crenças familiares. Preenchem as lacunas de seu desenvolvimento com fatos que se perpetuam intergeracionalmente, transmitidos pelas lealdades de vínculos, afetos e sangue, destacam os citados autores.

GOLDSMID e FÉRES-CARNEIRO (2011) afirmam que, apesar da importância do irmão na constituição do sujeito e na formação do laço social, somente por volta do ano 2000 os autores contemporâneos passaram a mostrar um interesse maior pelo estudo da relação fraterna.

Ocorre, todavia, que a literatura registra mais os comportamentos de competição, ciúmes, disputas patrimoniais e rivalidade entre irmãos do que à boa convivência e solidariedade. Por sua vez, registra-se que nas famílias em que os irmãos são solidários, companheiros ou cúmplices, a relação afetiva familiar espraia-se entre tios, sobrinhos e primos.

Como última fase do ciclo vital, surge o envelhecimento. Nesta fase, a intergeracionalidade proporcionará à família novos comportamentos, quebra de paradigmas, novas expectativas ou, talvez, a reedição de antigas crenças. Por certo será constatada a reestruturação de papéis nas relações familiares, sendo comum perceber-se o despertar da maturidade do filho cuidador diante do ocaso do envelhecimento de um pai idoso.

A dinâmica do ciclo vital é implícita na família longeva. O afeto será o sentimento que unirá seus membros para seguirem em frente, amparando-se mutuamente, mas em contrapartida gera direitos e obrigações entre pais, filhos e irmãos.

O presente artigo visa, pois, discorrer sobre a importância da mediação para a boa convivência entre irmãos e para a paz na família, pois a harmonia

entre eles frutificará cuidado e felicidade para os pais idosos.

## **A proteção da pessoa idosa e a mediação de conflitos**

Longo caminho percorreu-se até que restassem consolidados os princípios da independência, da participação (inclusão), do cuidado, da autorrealização e da dignidade da pessoa idosa.

Novos rumos foram traçados a partir da Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre Envelhecimento, em Madrid, em 2002, cujo objetivo foi estabelecer uma Política Internacional para o Envelhecimento no Século XXI, com a adoção, inclusive, da Declaração Política e o Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento, com recomendações para a realização de ações de prioridade e desenvolvimento da pessoa idosa, para a melhora da sua saúde, bem-estar na velhice, habitação e ambientes de apoio.

Tais normas internacionais integram o plano normativo brasileiro, agregando o arcabouço constitucional que, desde 1988, impõe à família, à sociedade e ao Estado o “dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.” (Art. 230, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Nesse diapasão, o Estatuto do Idoso no Brasil (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) estabeleceu direitos e garantias para que a pessoa com mais de 60 anos tenha um envelhecimento saudável e em condições de dignidade, dispondo o envelhecimento como um direito personalíssimo e a sua proteção, um direito social.

A população brasileira tem envelhecido rapidamente e vivido mais tempo com a mesma velocidade, e não demorou muitos anos para que o legislador estabelecesse maior prioridade aos idosos com menos mobilidade, ou seja, aqueles com mais de 80 anos. Fato é que os idosos na faixa dos 60 a 79 anos estão se superando e conquistando um aumento da sua expectativa de vida, tanto que estão sendo denominados de “jovens idosos”.

As novas tecnologias, por sua vez, muito contribuíram para que o idoso viva de forma mais independente e digna e se inclua na sociedade e em sua família, facilitando, aliás, o aparecimento dos “jovens idosos”, os idosos “anteados”, capazes de se socializarem e acompanharem o dia-a-dia da sua família, através do seu telefone celular ou por seu computador doméstico. Um exemplo é o uso por idosos dos aplicativos de mensagens, das redes sociais, do monitoramento de sua saúde e de seus compromissos, por aplicativos ou robôs.

Quando a pessoa idosa passa a não ser mais invisível à sociedade, exercendo seus direitos, por si ou por seus representantes, surgem correlatos deveres a outrem que, acaso descumpridos, implicam em conflitos dentro e fora da família, e em se tratando de ambiente familiar, considera-se o instituto da mediação como o mais adequado para facilitar o diálogo entre a família da

pessoa idosa.

A mediação não surgiu repentinamente no Brasil. Houve um estímulo ao consenso introduzido pela Lei nº 7.244/1984 (Juizados de Pequenas Causas) e, posteriormente, pela Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) que, mesmo tendo revogado a primeira, manteve o procedimento simplificado visando envolver as partes (as pessoas) em conflito para um acordo.

O Judiciário Brasileiro sofreu uma reforma, em 2004, visando reorganizar a competência dos tribunais e promover modificações institucionais voltadas à celeridade e melhor entrega da prestação jurisdicional, mas o jurisdicionado ainda não percebia mudanças no acesso à justiça.

Com o estímulo, principalmente ao consenso, à celeridade e eficiência, diversos projetos voltados aos métodos autocompositivos foram apresentados, até culminar na aprovação, pelo Conselho Nacional de Justiça do Brasil, da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos (Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010), visando, prioritariamente, modificar a imagem do Poder Judiciário moroso e ineficaz.

Buscava o legislador brasileiro o acesso à justiça guiado nos moldes do “tribunal multiportas”, como idealizado por Frank Sander, na década de 1970, nos Estados Unidos da América, redefinindo-se o Poder Judiciário na sociedade.

Este impulso normativo que faltava para que os tribunais de justiça estaduais se organizassem e passassem a interagir junto ao seu jurisdicionado, tanto que, hoje, o Poder Judiciário Brasileiro pode ser considerado como uma das “portas” à escolha daquele que busca uma solução para o seu problema, seu conflito.

O jurisdicionado brasileiro pode se dirigir ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) mais próximo ao seu domicílio, para realizar sessões de conciliação e mediação, solicitar a prática das Oficinas de Pais e Filhos, de Constelação Familiar, entre outros, de participar de programas assistenciais oferecidos pelos tribunais locais.

Em 2015, foram publicadas duas leis que sedimentaram as práticas autocompositivas existentes no ordenamento jurídico: o novo Código de Processo Civil Brasileiro (CPC- Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) e posteriormente a Lei de Mediação (nº 13.140, de 26 de junho de 2015).

Por definição, a mediação é “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (parágrafo único, do artigo 1º, da Lei de Mediação).

Traduz-se como um método de solução de conflitos adequado para enfrentar questões conflituosas oriundas de relações duradouras e contínuas, tal qual a relação entre familiares, nelas incluídas as relações em empresas familiares, em virtude do ténue limite físico e sentimental entre a casa e a empresa, quando é necessário resolver um problema que aflige os familiares sócios.

O novo Código de Processo Civil Brasileiro manteve o estímulo à auto-

composição existente no código anterior, cuidando de enfatizar sua relevância nas questões de família. Como exemplo deste cuidado do legislador, verifica-se a expedição do mandado de citação desacompanhado da petição inicial (§1º, art. 695, do CPC), visando criar uma ambiência de colaboração entre os familiares na sessão de mediação ou de conciliação, quando poderão conversar e expor, em viva voz, de corpo e alma, seus interesses e necessidades.

No processo de mediação há liberdade e flexibilidade, sendo norteado por princípios que amparam, igualmente, a conduta do mediador e das partes em conflito, tais como: (i) imparcialidade do mediador; (ii) isonomia das partes; (iii) oralidade; (iv) informalidade; (v) autonomia da vontade das partes; (vi) busca do consenso; (vii) confidencialidade; (viii) boa-fé.

No escólio de HALE, PINHO e CABRAL (2015), “os princípios são valorizados no processo de aplicação da lei e como normas finalísticas, estabelecem um fim a ser atingido, devendo guiar a interpretação das demais normas e complementá-las”.

## **Os mediadores de conflitos nas questões familiares e suas ressonâncias pessoais**

As mediações de relações entre familiares são aquelas que mais exigem equilíbrio emocional do mediador, além do bom uso de suas técnicas e ferramentas, pois quando ele se conecta com as questões postas pelos familiares, passa a integrar o sistema a que estes pertencem.

O mediador deve continuar agindo conforme os princípios e a ética, tendo, todavia, consciência de que é um ser humano, uma pessoa que está inserida em uma família e conseqüentemente sente emoções. Por isso, se faz tão importante ter autoconhecimento e controle das próprias emoções.

Como bem assinalou VICENTE (2014), o mediador “deve ter consciência de si mesmo e de como sua história pessoal e familiar interfere em seu modo de entender a realidade e relacionar-se com ela”, trazendo interessantes trechos reflexivos:

*Coitadas, eu entendo, não é fácil estar na idade dela passando por isso*: O mediador pode identificar-se com uma das partes por compartilhar do mesmo ciclo de vida pessoal.

*Fiquem tranquilos, Deus vai ajudar*: O mediador mobilizado e angustiado com a problemática da família pode querer se livrar do próprio sofrimento tentando atenuar o sofrimento da família com que seria útil a ele, aqui, no caso, uma crença religiosa.

*Parem de brigar, deem as mãos, vocês são uma família e se amam*: O mediador deve evitar narrativas sociais absolutas e que geralmente representam as vivências particulares.

*Doutora, você é ótima... sei que vai resolver todos os meus problemas...* ou *Não sei por que estou vindo aqui, essa mediadora não fala nada, só faz perguntas*: Essas duas vinhetas, embora antagônicas, tratam de uma mesma problemática. As partes veem o mediador como o depositário

de seus conflitos e, simultaneamente, como o especialista que deve resolvê-los.

Com efeito, nas mediações de família, por envolverem sentimentos e emoções, há grande risco das ressonâncias pessoais aparecerem, em especial quando os mediadores, em certo nível, veem a si mesmos diante da narrativa concreta.

Em vista disso, o mediador deve estar preparado para neutralizar suas emoções caso se espelhe de forma prejudicial ao desenvolvimento de auxílio e estímulo à questão apresentada pelo mediando.

Ainda VICENTE (2014) discorre que:

diante de um caso parecido com sua história pessoal, o mediador pode frustrar a mediação quando ressoam em problemas pessoais do mediando. As partes falam, o mediador se lembra da sua história! Se forem parecidos e graves, como o abandono parental, a alienação parental, luto por um divórcio ou mesmo a violência intrafamiliar, entre outros, serão perturbadores e de difícil condução. O mediador pode ficar paralisado quando um caso evoca seus problemas familiares, além de poder apresentar uma série de indicadores de que fatores pessoais estão interferindo na sua capacidade de conduzir a sessão de mediação, tais como: postura refratária, inflexibilidade no pensamento, mudança brusca de postura ou de tema, foco e intensidade inapropriados, dispersão, irritação, cansaço, sono etc.

As ressonâncias pessoais são invocadas pela teoria sistêmica como um “fator de risco” para o mediador, pois ao escutar a história do familiar sentirá desconforto ou abalo, identificando-se com sua própria história.

Cada pessoa se encontra inserida em um sistema, tal qual uma família, possuindo uma relação de interdependência com os membros que participam desse sistema, o que justifica a necessidade da boa qualidade da comunicação e comportamento entre familiares.

Em regra, a proximidade do mediador a uma das partes é considerada prejudicial ao procedimento pela possibilidade de trazer desconforto e incerteza quanto à isenção frente aos sentimentos envolvidos. A confiança no trabalho e na conduta do mediador são fatores essenciais para que os mediados compartilhem seus interesses, suas intimidades e necessidades. A “afinidade”, o denominado “rapport”, deve ser construído em bases sólidas, o que exige um cuidado especialíssimo do mediador, seja ele um amigo ou contratado.

O mediador constrói sua relação de afinidade naturalmente, sem imposição, escutando ativamente os mediados, pois somente com uma escuta apurada, ele terá condições de identificar quais são as posições de cada familiar, “o querer cristalizado pelos envolvidos no conflito”, seus reais interesses e suas efetivas necessidades para, após, elaborar as pautas subjetiva e objetiva que servirão de norte para o trabalho de mediação que irá realizar e, ao final, alcançar o consenso entre as partes mediandas, os familiares.

O sigilo das sessões de mediação atende ao princípio da confidencialidade, contudo, revela-se na prática, na maioria das vezes, como um grande facilitador, uma cautela para que os familiares exponham ao mediador, sem timidez ou medo, as questões conflituosas.

Enfim, os mediadores ou qualquer um dos presentes à(s) sessão (ões) somente poderão revelar os fatos nela(s) tratados, caso tais fatos revelem a prática de um crime. Neste caso, a sessão deve ser interrompida pelo mediador, que comunicará o fato criminoso à autoridade competente, no caso de mediação extrajudicial, ou ao juiz competente, em caso de mediação judicial, para apreciação do Ministério Público.

Diante de todo o contexto apresentado, a mediação possibilita um ambiente propício para que os familiares conversem e decidam sobre suas vidas, pois estarão juntos em uma mesa voluntariamente, amparados por um procedimento sigiloso e auxiliados por profissional capacitado (o mediador) que conduzirá a reunião de mediação.

## **O conflito familiar e a relação entre irmãos**

A comunicação de forma eficaz ou o resgate da capacidade de comunicação dos familiares proporcionado pela mediação não é imediato, exigindo, principalmente, a habilidade do mediador de utilizar técnicas e ferramentas por ele desenvolvidas.

Falar sobre a vida, as emoções e sentimentos não é fácil para ninguém, sendo entendido em geral como uma exposição de suas “fraquezas”. As queixas mais comuns entre irmãos, por exemplo, consistem na dificuldade do outro ouvir e refletir sobre algo que queiram obter. Quando os irmãos têm percepções distintas sobre um mesmo fato, bloqueiam sua capacidade de escuta e de entendimento.

TARTUCE e GONÇALVES (2013) mencionam que:

na mediação, as partes são convidadas a falar para expor sua visão dos fatos e propor saídas para os impasses verificados; sobreleva destacar a estratégia de combinar que cada um fale na primeira pessoa, buscando explicar como atuou e o que sentiu sem apontar culpa para outro. A “escuta ativa” configura importante técnica da mediação, por meio dela, busca-se valorizar o sentido do que é dito com vistas a compreender o que foi exposto pelo interlocutor.

Importantíssima a utilização da ferramenta da “escuta ativa” pelo mediador, para a identificação e captação do que foi dito por um irmão ao outro sobre o pai idoso. Entretanto, a compreensão do que foi dito dependerá da entrega de cada um ao procedimento da mediação, envolvendo-se no resgate do relacionamento com boa-fé e afeto. Ouvir para compreender, e não para responder, requer um exercício constante de desenvolvimento pessoal.

ALMEIDA (2009), ao tratar sobre o caráter prejudicial do conflito nas

relações duradouras e a adequação da mediação, afirma que:

a permanência do conflito possibilita a construção de novos entendimentos ou de novos litígios; esgarça o tecido social entre as pessoas envolvidas em uma discordância e entre as redes sociais que as apoiam e das quais fazem parte. A permanência do conflito é, portanto, terreno fértil para manter latente a possibilidade de novas discórdias e o ânimo de desavença entre os grupos sociais de pertinência dos litigantes. Por dedicar-se ao restauro da relação social e à desconstrução do conflito que lhe confere caráter preventivo de amplo alcance social, a mediação vem sendo considerada como método de eleição ideal ou mais apropriado para desacordos entre pessoas cuja relação vai perdurar no tempo seja por vínculos de parentesco, trabalho, vizinhança ou parceria.

Na relação pai-filho, desde o nascimento, há uma relação hierarquizada e a superioridade do pai sobre o filho é vista como natural. Os irmãos, desde a tenra idade, disputam a atenção e o amor dos pais. O nascimento de um novo irmão enseja ciúmes, considerados pela psicanálise como sendo “derivados do sentimento de rivalidade reprimido em relação ao amor dos pais”.

No vínculo fraternal pode até haver uma dominação de um irmão sobre o outro, mas pode se inverter em algum momento da vida, facilitando a relação entre irmãos, quando enxergam que suas semelhanças e diferenças os complementam, em ações de colaboração e não competitivas.

Como acentua LISA PARKINSON (2016), “a mediação oferece oportunidades para as famílias colocarem um fim nos ciclos negativos da comunicação ou comportamento sem obrigá-los a fazer o que não desejam”.

Não são poucas as disputas entre irmãos submetidas ao Poder Judiciário com conflitos enraizados e subjacentes, conflitos que não possibilitam uma decisão objetiva e imparcial pelo juiz, o que faz prolongar o processo judicial por até longas décadas, como o exemplo a seguir:

O processo judicial submetido à mediação encaminhava duas irmãs que discutiam a convivência de uma irmã privada de ver sua mãe, bem como a gestão do patrimônio desta. Uma irmã cuidava e convivia com a mãe, administrando seu patrimônio, por sua vez, privando a outra da convivência, não escutando ou respondendo às perguntas financeiras da outra irmã. O conflito começou quando a irmã privada da convivência sob a acusação de que era “mesquinha” e “pobre”, vez que exprimia os frascos de cremes e pomadas, até o final, ao invés de comprar outros novos antes do esvaziamento dos frascos, e que não queria a curatela porque amava a mãe, mas sim porque queria o dinheiro de sua mãe. A irmã privada do convívio da mãe requereu em juízo a destituição do encargo da irmã cuidadora, requerendo a curatela, com o convívio pleno e a administração dos bens de sua mãe. A irmã cuidadora era acusada de ser perdulária, pois gastava além da conta, utilizando da pensão da mãe para gastos particulares. Nas sessões de mediação, as irmãs

puderam conversar, em sessões conjuntas e individuais. As pautas subjetivas e objetivas foram cumpridas. Alternativas e opções apresentadas por ambas foram palco de um difícil diálogo entre irmãs, trazendo as sessões episódios havidos na infância que não perdoados. Informações distorcidas que foram transmitidas pela genitora às suas filhas, com o objetivo de manter o controle e a dependência das filhas, levaram-nas a sucessivas discussões e afastamento. Não foram sessões fáceis, mas as irmãs compreenderam que não haveria uma ganhadora ou uma perdedora na disputa judicial. Ambas perderiam. Portanto, firmaram um acordo de convivência e curatela compartilhada. Resgataram o diálogo, muito embora não tivessem conseguido restabelecer o afeto entre irmãs.

Presume-se que no caso acima o Juiz tenha submetido o processo à mediação por entender que o diálogo entre as irmãs e uma solução construída por ambas seria a melhor do que qualquer decisão judicial. De outra forma, a transferência dos cuidados da mãe de uma filha para a outra, sem provas de maus tratos ou de ilícito, seria realizada com base apenas em percepções e argumentos de convencimento, os quais talvez não revelassem a realidade dos fatos.

Como o mediador não toma nenhuma decisão pelos familiares (as filhas ou irmãs nesse caso), nem tampouco sugere soluções para o problema, as partes envolvidas no conflito chegam ao entendimento, por elas próprias, conscientes dos reflexos que tal decisão trará em suas vidas.

O resultado da mediação na vida daqueles que alcançam um entendimento será sempre positivo, isto porque as partes, no caso os familiares, seguirão em frente e não precisarão reviver os fatos que lhes causam tristeza ou ansiedade. Um olhar para frente será sempre melhor do que não ter o controle de mudar o passado e prever o futuro. Deixar o passado para trás, porque este não pode ser mudado, sem dúvida, é uma boa medida. Corroborando tal entendimento, a doutrina de MOORE (2003) nos ensina que:

Devido ao caráter nocivo do conflito e aos custos físicos, emocionais e financeiros que frequentemente resultam das disputas, as pessoas têm sempre buscado maneiras de resolver suas diferenças. Ao procurar administrar e resolver suas diferenças tem tentado desenvolver procedimentos que sejam eficientes que lhes permitam satisfazer seus interesses, que minimizem seus sofrimentos e que controlem gastos desnecessários de recursos.

Outrossim, os tribunais registram conflitos sucessivos entre irmãos para que os juízes decidam qual o melhor tratamento/cuidado médico para o idoso detentor de doença terminal.

Recordo-me da discordância de dois irmãos com relação à decisão de prolongar o tratamento de uma doença terminal de seu pai, a saber:

Os irmãos, juntos, haviam consultado vários especialistas para a cura da doença de seu pai. No momento em que a doença se agravou, não conse-

guiam entrar em acordo sobre entubar e prolongar a vida por tempo indeterminado ou proceder a cuidados paliativos. Para não ingressar com ação judicial em face do seu irmão, aquele que decidia pelos cuidados paliativos solicitou mediação pré-processual para conversar com seu irmão que estava irredutível, ameaçando entrar com pedido liminar. Em sessão conjunta, ambos decidiram na sessão de mediação prolongar a vida do pai para que pudessem desfrutar da companhia deste por tempo, mesmo indefinido. Traçaram objetivos e responsabilidades mútuas, mas precisavam “conhecer o sentimento” do outro irmão para ajudá-lo, e conseqüentemente prestar cuidado ao pai idoso.

Mais uma vez constatou-se que a solução amigável através da mediação é mais adequada e menos onerosa emocionalmente do que uma decisão judicial.

ROSENBERG (2006) resume que:

a empatia é a compreensão respeitosa do que os outros estão vivenciando. Em vez de oferecermos empatia, muitas vezes sentimos uma forte urgência de dar conselhos ou encorajamento e de explicar nossa própria posição ou nossos sentimentos. Entretanto, a empatia requer que esvaziemos nossa mente e escutemos os outros com a totalidade de nosso ser.

A mediação não pode ser considerada uma terapia, muito embora produza efeitos terapêuticos, mas falar, desabafar, ser escutado, criar novas alternativas e opções para determinado problema, principalmente ao lado de quem compartilhou sua vida desde a infância, é uma atitude revitalizadora e renovadora.

## Conclusão

A facilitação do diálogo entre os filhos de pais idosos traduz uma prática do mediador. No entanto, quando os conflitos estiverem cristalizados, o mediador deverá se utilizar de técnicas específicas.

Isto porque o relacionamento entre irmãos não é construído em pouco tempo. Traduz uma história pessoal, valores e reflexões sobre a vida familiar que tiveram.

Ressalta RUFO (2003) que o acesso ao “banco de memórias” compartilhado pelos irmãos possibilita a eles um resgate da história de cada um, independente do tempo passado, ao passo que para OLIVEIRA (2005) a memória construída pelos irmãos de forma compartilhada proporciona a eles um senso de identidade pessoal e familiar.

Envelhecer é um processo natural que ocorre com todos, muito embora se manifeste de forma distinta para cada um devido à influência de aspectos biológicos, psicológicos, sociais, culturais, ambientais.

As discussões longas e infrutíferas entre irmãos perante o Judiciário podem ser presenciadas ou percebidas pelos pais idosos, quando conscientes do

afeto familiar. Percebendo, os idosos se fragilizam e entram em depressão, em prejuízo à sua saúde física e emocional.

Os frutos positivos colhidos desde a instituição da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos são reconhecidos pela difusão dos meios consensuais nos tribunais brasileiros nos dias de hoje.

A mediação revela-se como o método mais adequado de facilitação do diálogo entre familiares, onde os sentimentos e lembranças influenciam diretamente no relacionamento e comportamento de todos que estão inseridos no sistema familiar. Viver cercado de afeto e compreensão proporciona o bem viver da pessoa idosa e de seus familiares, permitindo que suas limitações sejam ultrapassadas com dignidade e gentileza.

Nas palavras de SATIR “Curando a família, eu curo o mundo”.

## Referências

ALMEIDA, Tania. Mediação e Conciliação: dois paradigmas, duas práticas diversas. In: SOUZA, Luciane Moessa de; CASELLA, Paulo Borba (Coord.) **Mediação de Conflitos: Novo Paradigma de Acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

CERVERLY, C e BERTHOUD, B. **Família e Ciclo Vital**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997.

COOLEY, John W. **A advocacia na Mediação**, 1ª. ed., Brasília: UnB, 2001.  
EIGUER, A. (2001). Y si Narciso tuviera una hermana? In Hermanos, psicoanálisis de las configuraciones vinculares. Revista de la Asociación Argentina de Psicología y Psicoterapia de Grupo, 44, 15-30.

GOLEMAN, Daniel. **Foco: a atenção e seu papel fundamental para o sucesso**. 1ª. ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

GOLDSMID, Rebeca e FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. **Psicol. USP**, vol.22, no.4, São Paulo, Oct. /Dec. 2011, Epub Nov 21, 2011- <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-65642011005000031>

HALE, Durval. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MUNIZ, M e FÉREZ CARNEIRO, T. **Função Fraternal: reflexões a partir do filme “Príncipe das Marés**. Psicologia em Revista, Belo Horizonte, v. 18, n.1, p.41-56, abril.2012.

OLIVEIRA, A. (2005). Irmãos, meio-irmãos e coirmãos: a dinâmica das relações fraternas no recasamento. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-graduação em Psicologia Clínica, São Paulo. In: MUNIZ, M e FÉREZ CARNEIRO, T. **Função Fraternal: reflexões a partir do filme “Príncipe das Marés**. Psicologia em Revista, Belo Horizonte, v. 18, n.1, p.41-56, abril.2012.

PARKINSON, L. **Mediação Familiar**. Belo Horizonte. Del Rey, 2016.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não-Violenta: técnicas para aprimorar**

relacionamentos pessoais e profissionais. 2ª.ed. São Paulo: Ágora, 2006.

RUFO, M. (2003). **Irmãos: como entender essa relação**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. In: MUNIZ, M e FÉREZ CARNEIRO, T. **Função Fraternal: reflexões a partir do filme “Príncipe das Marés**. Psicologia em Revista, Belo Horizonte, v. 18, n.1, p.41-56, abril.2012.

SATIR, V. **O Livro da Psicologia**. Tradução de Clara M. Hermeto e Ana Luisa Martins. São Paulo:Globo, p.147, 2012

TARTUCE, Fernanda. **Técnicas da Mediação**. In: GONÇALVES, Luciana Aboim Machado (org). Mediação de Conflitos, 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VICENTE, Reginandréa Gomes. Ressonâncias Pessoais na Mediação em Crime de Gênero e Família. In: **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, Ano XXXIV, nº123.

# OS DESAFIOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA PARA A DESOCUPAÇÃO PACÍFICA DA SEEDUC – SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**Diego El-Jaick Rapozo**

Supervisor de mediação no Programa de Indenização Mediada com atuação em casos relacionados ao rompimento da barragem de Fundão, sob a coordenação do escritório Faleck & Associados. Mediador Judicial do Estado do Rio de Janeiro, atuou como funcionário do Núcleo Permanente de Métodos Alternativos de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Instrutor de Mediação judicial e extrajudicial. Instrutor de negociação. Instrutor de mediação coletiva. Possui LLM em Direito Corporativo pelo IBMEC-Brasil. Mediador Certificado pelo Instituto de Certificação de Mediadores Lusófonos

## **Resumo:**

Através de um estudo empírico, o artigo retrata a importância do uso da mediação coletiva diante da ocupação do prédio da Secretaria de Educação Estadual por estudantes secundaristas. Um cenário onde múltiplas partes fizeram uso de reuniões de negociação coletivas, utilizando o apoio de mediadores com o objetivo de ampliar o diálogo entre estudantes secundaristas e Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro atendendo aos mais diversos interesses e culminando, por fim, na desocupação pacífica da referida secretaria e de todos os colégios que se encontravam ocupados naquele momento.

**Palavras-chave:** Mediação coletiva; Construção de consenso.

## **Introdução**

A utilização de métodos alternativos de soluções de disputas em sua maior amplitude é o tema trazido neste trabalho após uma análise empírica de um conflito de múltiplas partes envolvendo estudantes secundaristas e a Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro.

A ocupação de escolas públicas em 2016, que culminou com a ocupação do prédio da secretaria de educação do Estado do Rio de Janeiro, foi o contexto complexo em que se utilizou da mediação e de construções de consenso para se buscar não só a saída pacífica dos estudantes dos prédios públicos ocupados e a normalização das aulas, mas também para restabelecer o diálogo

entre a secretaria e estudantes, resultando em múltiplos acordos capazes de ampliar os ganhos de todos os envolvidos no conflito.

O artigo demonstra que a utilização dos métodos alternativos de solução de disputas pode gerar, em relações conflituosas de maior ou menor complexidade, a estruturação do equilíbrio de poder, seja procedimental ou material, levando em consideração a tomada de decisão para as partes. Essa decisão co-construída é evitada do sentimento de justiça procedimental, pois a solução foi buscada, trabalhada e tomada pelas partes envolvidas no conflito com o apoio de um mediador ou grupo de mediadores neutros e imparciais.

Como mediador representante do NUPEMEC - Núcleo Permanente de Métodos Alternativos de Solução de Disputas - do Estado do Rio de Janeiro, participei da facilitação do diálogo entre secundaristas e Secretaria de Educação.

Com o objetivo de diminuir as tensões existentes entre os dois polos do conflito, entender os reais interesses e necessidades, bem como contribuir para a efetiva saída, sem o uso de qualquer tipo de violência, física ou moral, dos secundaristas do prédio da referida Secretaria, realizamos a construção de um consenso, ao longo de inúmeras reuniões, que gerou resultados capazes de atender a múltiplos interesses e necessidades.

Tratou-se de um projeto de extrema importância social, com partes representando o Estado de um lado e do outro, grupos de estudantes das classes sociais mais baixas de nosso Estado, mães dos alunos, além de outros elementos externos que trouxeram ainda mais complexidade às negociações.

Um fato marcante e histórico de migração emocional do medo de determinada classe social, tida sempre como marginal, para a esperança através da busca da conscientização do pertencimento social e humano.<sup>1</sup> A conscientização por parte do grupo de alunos da necessidade do querer fazer parte desse

---

1 SANTOS, Boaventura de Sousa. O fim do império cognitivo: afirmação da epistemologia do sul. Belo Horizonte: Autêntica, 2019, pág.407. Em sua obra o mestre Boaventura inicia sua conclusão em uma análise sobre as emoções básicas dos seres humanos, o medo e a esperança. Afirma: “Segundo Spinoza, as duas emoções básicas dos seres humanos são o medo e a esperança. A incerteza é a forma como experienciamos as possibilidades que surgem das múltiplas relações entre medo e esperança. O medo e a esperança não são distribuídos de uma forma igual por todos os grupos sociais ou períodos históricos. Existem grupos sociais nos quais o medo se sobrepõe a esperança numa tal proporção que o mundo acontece a essas pessoas sem que tenham a possibilidade de fazer acontecer o mundo. Vivem na expectativa, mas sem expectativas. Estão vivos hoje, mas em tais condições que bem poderão estar mortos amanhã. Alimentam os filhos hoje, mas não sabem se conseguirão os alimentar amanhã. A incerteza que vivem é uma incerteza descendente, porque o mundo lhes acontece de formas que pouco dependem deles. Quando o medo é tal que todo a esperança se perde, a incerteza descendente torna-se no seu contrário, ou seja, na certeza do destino de ter de sofrer o mundo, por mais injusto que seja. Existem outros grupos sociais para os quais, pelo contrário, a esperança excede o medo numa tal proporção que o mundo lhes é oferecido como um campo de possibilidades que podem gerir ao seu bel-prazer. Para esses, a incerteza é ascendente, ou seja, é uma incerteza relativa às opções que na maior parte dos casos levam a resultados desejados. Quando a esperança é extrema ao ponto de se perder todo o sentimento de medo, a incerteza ascendente torna-se no seu contrário, na certeza que têm por missão apropriar-se do mundo.

mundo e não de simplesmente nele estar fez com que surgisse, na visão deles, a necessidade dessa ocupação, uma ocupação não-violenta. É a conscientização o que possibilita, como afirma o mestre Paulo Freire<sup>2</sup>, que o indivíduo se insira no processo histórico, como sujeito, evite os fanatismos e se inscreva na busca de sua afirmação.

A mediação foi o método utilizado para ampliar o diálogo através de cooperação mútua, possibilitando que as partes se inserissem no processo decisório de suas demandas. Assim, participando do processo decisório, os estudantes alcançaram a sensação de pertencimento a um grupo social, uma vez que foram ouvidos e tiveram inúmeros interesses atendidos ao longo das negociações coletivas.

## A Complexidade de uma Interação Inicial

Havia naquele momento pouco mais de oitenta escolas ocupadas no estado, além do prédio da secretaria de educação. O movimento dos estudantes tinha força nas redes sociais e nesse cenário percebemos uma alteração comum a qualquer conflito de múltiplas partes: alternância do sentido de poder. O poder é sempre relativo e está atrelado a uma situação concreta ou mesmo aparente. Naquele momento, o poder era manifestado através da posse do prédio da Secretaria pelos alunos.

Sabíamos que não poderíamos focar na relevância e alternância de poder para resolver qualquer disputa, mas precisávamos, através da mediação, equilibrar as relações utilizando o diálogo na busca pela identificação dos interesses.

O professor Diego Faleck<sup>3</sup> fala sobre o uso do poder para resolver disputas ao trazer uma comparação entre três enfoques básicos para gerenciar conflitos, quais sejam, enfoque nos interesses, nas regras (direito) e no poder:

O uso do poder para resolver disputas é um enfoque ainda mais custoso, pois implica batalhas de imposição de custos entre as partes e retaliações, que resultam em danos e em perdas decorrentes de deteriorização de relacionamentos e reputação. Muitas vezes, vencedores em disputas de direitos e poder saem quase tão devastados quanto os perdedores.

Deveríamos, então, aplicar o processo de mediação da melhor forma e no menor tempo. Filtrar condutas não colaborativas e fazer com que todos focassem na busca pela satisfação de seus interesses e necessidades. Para isso era necessário ir ao local e entender as reivindicações, descobrir os reais interesses, mapear o conflito, mapear os *stakeholders*, buscar o diálogo e interagir com os envolvidos para que fossem construídas soluções de ganhos mútuos.

2 FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 60ªed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016, pág. 54.

3 FALECK, Diego. Manual de design de sistemas de disputas. Criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pág. 90.

Estávamos diante de um cenário complexo e não tínhamos, a princípio, muito tempo para nos dedicar a uma preparação adequada de negociação.

Imprensa, professores, mães dos alunos, e muitas outras pessoas estavam na frente do prédio da Secretaria ocupada.

Sendo assim, ainda na frente do prédio, em conjunto com os demais mediadores que estavam atuando no conflito, foi realizada uma análise imediata dos principais cenários concomitantes com base na perspectivas do conflito como ensina o professor José Augusto Wanderley:<sup>4</sup>

(...) devemos considerar três cenários. O primeiro é aquele onde ocorre a negociação. O segundo é o constituído por todos os personagens e fatores organizacionais que, de uma forma ou de outra, influenciam os atores do primeiro cenário. O terceiro, pelos fatores externos à organização, que podem ser de natureza econômica, financeira, jurídica, social e ecológica.

Era preciso focar em todos os detalhes para conseguir ter uma visão macro dos principais cenários. Havia um fervor e um medo de possíveis enfrentamentos entre estudantes e policiais. Com múltiplos atores, múltiplos interesses e com as mais diversas possibilidades de resultado, sabíamos que nesse primeiro momento o uso da mediação tinha o objetivo de restabelecer a comunicação entre os envolvidos e, como mediadores, trabalhávamos para ter a validação da escolha dos métodos pelas partes envolvidas com a concretização de um papel neutro e imparcial.

### **Primeiras Interações Diante de um Grupo Raivoso**

Com a participação de outros atores importantes conseguimos realizar a interação com o grupo que ocupava o prédio para possibilitar a nossa entrada.

No auditório repleto de estudantes encapuzados tivemos nosso primeiro contato. Os estudantes demonstraram logo que tinham a necessidade de evidenciar seu poder e nos deram a ordem para que ficássemos quietos. Respeitamos, nesse primeiro momento, essa necessidade.

Através de um *rapport* exercido com qualidade, uma empatia qualificada e uma visão verdadeiramente humanizada do conflito fomos, aos poucos, nos aproximando dos estudantes. É importante olhar no olho e ter alguns apoiadores da sua atuação diante desse cenário ainda adverso. Afinal, estávamos dentro de um local com cerca de quarenta estudantes que lutavam sem nenhuma segurança, a não ser a confiança em nossa palavra.

Em processos de construção de consenso, principalmente quando pode haver algum real perigo com a possível prática de atos de violência, é necessário que o mediador utilize um verdadeiro *rapport*, buscando se aproximar dos envolvidos e identificar dentre os grupos pessoas que estejam mais abertas ao diálogo e que, inclusive, possam defender sua posição caso fique fragilizada

4 WANDERLEY, José Augusto. *Negociação total*. São Paulo: Gente, 1998, pag. 69.

a sua segurança. Nesse primeiro contato já comecei a identificar *stakeholders* traçando um verdadeiro mapa quanto aos possíveis interesses individuais e coletivos daquele grupo que estava ali.

Somente após algumas horas, com a chegada do grupo de negociadores da Secretaria, conseguimos realizar uma “reunião” conjunta.

Nessa interação inicial fomos percebendo que, nesse momento, o que mais os incomodava era a percepção de terem alguns acordos iniciais não cumpridos. No jogo de posições, percebemos distintos sentimentos entre os secundaristas como mágoa, rancor e raiva, o que gerava ao outro lado medo, insegurança e afastamento. A primeira tarefa era fazer uma verdadeira reformulação desses sentimentos e motivar a busca pela razão que gerou essa possível quebra de expectativa e quais interesses e necessidades deixaram de ser atendidos.

## **Principais Técnicas de Mediação Utilizadas nas Reuniões Coletivas Diante de um Contexto Amplo**

Diante das múltiplas verdades inerentes a qualquer conflito, os mediadores devem se utilizar das mais variadas técnicas na busca do consenso e do melhor resultado possível. Tudo deve ser devidamente analisado.

Para analisar as múltiplas verdades, além de ferramentas como escuta ativa e ventilação de emoções, foram de extrema eficiência o incentivo a que cada parte experimentasse o lugar do outro. Esse procedimento de empatia foi realizado em todo o processo e praticamente em todas as reuniões que se sucederam ao longo do tempo. Como afirmam Ury, Patton e Fischer<sup>5</sup>:

*A capacidade de ver a situação tal como o outro vê, por mais difícil que seja, é uma das mais importantes habilidades que um negociador pode possuir. Não basta saber que eles vêem as coisas de maneira diferente. Se você quiser influenciá-los, precisará também compreender empaticamente o poder do ponto de vista deles e sentir a força emocional com que acreditam nele.*

Questões sociais traziam o sentimento de urgência àquele conflito. Os estudantes secundaristas que ocupavam os prédios sentiam-se poderosos diante da ocupação. Trata-se, na verdade de uma ação não violenta que, segundo o professor Christopher W. Moore<sup>6</sup>, pode servir para “...despertar a consciência de um oponente ou trazer a público práticas que a parte não-violenta considera injusta ou desonestas. A ação não-violenta pode ser conduzida por um indivíduo ou por um grupo e pode ser pública ou privada.”

Com a ocupação, os jovens estavam definitivamente se sentindo “em

---

5 FISCHER, Roger. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton: tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2ªed. Rio de Janeiro: Imago, 2005, pág.41.

6 MOORE, Christopher W. O processo de mediação. Estratégias práticas para a Resolução de Conflitos. 2ª Ed. São Paulo:Armed, 2002, pág.25.

casa”. Conseguiram despertar a consciência do “oponente” e, com a presença da mídia e dos entes estatais, conseguiram levar a público o que entendiam como necessário naquele momento.

Qualquer negociação para a saída deles devia levar em conta esses sentimentos e não poderia ser, de forma alguma, realizada de maneira coercitiva.

Era preciso basear-se nos interesses e não nas posições e, através da mediação, conseguimos iluminar todos os interesses envolvidos.

Segundo o mestre William Ury<sup>7</sup> “Interesses são necessidades, desejos, receios – algo de que gostamos ou que queremos – e estão subjacentes às posições assumidas pelas pessoas – as coisas tangíveis que dizem querer.” Continua o autor: “Não é fácil conciliar estes interesses, sendo necessário investigar preocupações muito profundas, idealizar soluções criativas e fazer concessões quando são antagônicos.”

Foram utilizadas reuniões individuais com cada grupo – os *caucus* – que trouxeram à luz sentimentos de ambas as partes mediandas, sendo possível assim elevar o nível de consciência do que era tangível e possível de ser realizado por cada parte no objetivo de atingir seus interesses. O que se vê, na maioria das vezes, é que a realização do interesse de uma das partes facilita a realização do interesse do outro.

## Das Negociações Coletivas à Desocupação Pacífica da SEEDUC

Desde os primeiros contatos, analisando todas as fontes de informação possíveis, todo olhar, toda posição exposta e cada interesse por trás da cortina da desconfiança que vige durante esses longos e tensos processos, conseguimos realizar um verdadeiro mapeamento do conflito e de seus principais *stakeholders*. É natural que a primeira alternativa aos participantes de um embate dessa monta seja o ancoramento em posições. Cabe a nós mediadores entender a razão e os interesses que permeiam essa conduta e levantar esse “véu”.

Importante frisar que, no caso narrado, o processo de mediação foi validado pelos estudantes e por todas as instituições que faziam parte, de algum modo, das negociações.

Com a realização de inúmeras reuniões que duravam uma média de dez a doze horas por dia entre estudantes secundaristas, membros da Secretaria e equipe de mediadores, os resultados vistos como positivos por ambos envolvidos foram acontecendo.

As reuniões ocorreram nas escolas ocupadas e, na maioria das vezes, possuíam dois tipos de pautas, as pautas particulares de cada escola e as pautas gerais que envolviam todos os estudantes da rede pública do Estado. Agendas de trabalho foram construídas em todas as reuniões e negociações bem sucedidas foram acontecendo.

---

7 URY, William, BRETT, Jeanne e GOLDBERG, Stephen. Concepção de sistemas para reduzir custos dos conflitos. Resolução de conflitos. Portugal: Actual, 2009, pág. 37 e 38.

Com a concretização das negociações, chegou a hora da Secretaria solicitar desocupação pacífica dos estudantes do prédio da Secretaria. Um momento difícil para os estudantes, mas entendido por sua maioria como inevitável diante das bem sucedidas negociações.

Chegou o dia da desocupação. Foi combinado dia e hora para a saída. Estudantes movimentaram apoiadores externos através das redes sociais. O grupo de mediadores acompanhou de dentro do prédio a movimentação dos estudantes para a realização da saída. Percebemos múltiplos sentimentos por parte deles. Medo. Confiança. Sentimento de vitória e conquista.

Como combinado, não havia polícia na frente do prédio. Seria uma saída pacífica por ambos os envolvidos. E assim foi.

Foi aos gritos de “Povo forte é povo unido, não teme a luta, não teme a morte!” que os estudantes saíram do prédio de forma pacífica sem nenhum ato de violência. Mais um acordo realizado com sucesso.

As negociações continuaram nas escolas ocupadas que gradualmente foram sendo desocupadas pelos estudantes. Os interesses foram sendo atendidos, as necessidades satisfeitas e a comunicação foi reestabelecida. Isso só foi possível com a concretização, acompanhamento e monitoramento de todo o processo pelo grupo de mediadores responsáveis por essa construção coletiva.

## Conclusão

Conflitos envolvendo múltiplas partes são comuns em todas as sociedades contemporâneas. Esse tipo de conflito pode surgir por diversas razões, como por exemplo: insatisfação de determinado grupo social com alguma política pública, reposta a algum ato político, acidentes aéreos, desastres ambientais, dentre outras tantas hipóteses.

O caso da desocupação pacífica da SEEDUC trouxe, por sua complexidade, a possibilidade de dar início a um estudo focado na resolução de conflitos com múltiplas partes através do processo de mediação e construção de consenso.

Nesses casos será sempre necessário que o grupo de mediadores atue de modo a conquistar a confiança dos participantes no processo de mediação. Será preciso enfrentar barreiras comuns a estes tipos de conflitos tais como o ancoramento de posições, dificuldades de separar pessoas do problema a as múltiplas verdades refletidas em posições estanques. Para isso o grupo de mediadores utilizará as mais diversas técnicas de mediação e negociação, ferramentas de comunicação para criar um procedimento próprio e eficaz para resolver o conflito.

O uso da mediação como método adequado de resolução dessa disputa, com a o trabalho desenvolvido pelo grupo de mediadores em todos os colégios ocupados e, simultaneamente, na própria secretaria de educação foi capaz de restaurar relações e concretizar acordos talvez impensáveis anterior-

mente. Com a mediação foi ampliada a sensação de um procedimento justo em que todas as partes envolvidas foram ouvidas e participaram do processo decisório.

O sentimento de pertencimento no processo decisório foi um dos diferenciais do procedimento que levou à satisfação dos envolvidos nos resultados alcançados.

Com a observância dos melhores métodos a serem utilizados nos mais diversos tipos de conflitos existentes, chegamos mais perto de alcançar a satisfação social. Ampliamos a sensação participativa no diálogo em todo o processo de negociação, bem como nos diversos momentos de tomada de decisão e, por fim, ampliamos o objetivo de devolver à sociedade o poder de decidir seus próprios caminhos.

## Referências

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas**. Criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

FISCHER, Roger. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Roger Fisher, Willian Ury e Bruce Patton: tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2ªed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 60ªed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**. Estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2ªed. São Paulo: Artmed, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O fim do império cognitivo**: afirmação da epistemologia do sul. Belo Horizonte: Autêntica, 2019

URY, Willian, BRETT, Jeanne e GOLDBERG, Stephen. **Concepção de sistemas para reduzir custos dos conflitos**. Resolução de conflitos. Portugal: Actual, 2009.

WANDERLEY, José Augusto. *Negociação total*. São Paulo: Gente, 1998.

# O PAPEL ÉTICO DO ADVOGADO PRIVADO NA ERA DA MEDIAÇÃO

**Fernanda Francisca Veras Carvalho**

Psicóloga, formada pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro em 1988. Advogada, formada pela Universidade Cândido Mendes em 2016. Pós-graduada em Processo e Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes -UCAM (2018) e pós-graduada em Mediação Judicial, pelo IUPERJ-Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ/UCAM (2019). Mediadora Judicial em formação no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) do Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro

## **Resumo:**

A preocupação básica deste estudo é refletir sobre a importância do papel do advogado privado para a sessão de mediação, primordial para a divulgação e aceitação pela sociedade da cultura de solução de conflitos pelos métodos autocompositivos. O objetivo é demonstrar como a ética advocatícia se expande para outras formas de atuação profissional que busca evitar litígios e orientar o cliente para ser o real protagonista da solução de suas questões, por meio de princípios como o da cooperação e o da decisão informada. Realizou-se pesquisa bibliográfica considerando as contribuições filosóficas de Rawls e Habermas, entre outros autores que escreveram sobre Mediação, por meio da qual procurou-se enfatizar a contribuição advocatícia privada para melhores resultados desse método autocompositivo.

**Palavras-chave:** Mediação; Autocomposição; Ética advocatícia; Princípios.

## **Introdução**

O preâmbulo da atual Constituição Federal do Brasil define a busca por uma sociedade “fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (Preâmbulo, CRFB/1988).

Trata-se de uma mensagem que foi absorvida pelo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), construindo, ao longo dos anos seguintes, um movimento em prol da pacificação de conflitos pelos métodos da autocomposição, que vem se ampliando igualmente perante a sociedade, com a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, em todo o país.

Quando ouvimos uma pessoa falar que “quer que a Justiça seja feita”,

é comum que essa expectativa ainda recaia sobre a tutela heterocompositiva jurisdicional, com pouca ou nenhuma aproximação entre os envolvidos.

No entanto, abriu-se um espaço processual para a solução dos conflitos de modo autocompositivo, com desfecho a ser encontrado pelas próprias partes, sob a perspectiva do diálogo, do entendimento e da busca por melhores resultados para ambos os envolvidos, reforçando a necessidade de uma mudança cultural tanto na sociedade quanto nos operadores do Direito acerca da solução do litígio e alcance da justiça.

Nesse contexto, as discussões sobre o papel do advogado diante dos métodos autocompositivos se tornaram presentes nos meios jurídico, institucional e acadêmico.

O objeto de análise desse artigo é demonstrar que a postura do advogado é fundamental para o método autocompositivo denominado Mediação (Código de Processo Civil, art. 165 e ss) e pode significar um salto qualitativo na prática advocatícia, no que tange à busca do equilíbrio no provimento da justiça, considerando ainda sua função social, constante da Constituição Federal (CRFB/88, art.133) e do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94, arts.1º e 2º).

Ademais o art. 2º, parágrafo único, inciso VI do Código de Ética e Disciplina da OAB (Res.02/2015) dispõe que um dos deveres do advogado é estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.

Ressalte-se que o Código de ética da Ordem dos Advogados do Brasil, anterior ao vigente, só falava em conciliação, o que demonstra a extensão que igualmente tomou a mediação na vida profissional do advogado.

No entanto, essa indispensabilidade causídica nas sessões de mediação não consta da Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tampouco da Lei de Mediação nº 13.140/2015, tendo o assunto sido analisado, no ano de 2018, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que relativizou a imprescindibilidade do advogado, motivo que faz com que as discussões sobre o papel ético do advogado privado nesta era da mediação se tornem presentes no meio jurídico e acadêmico.

A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica no ordenamento jurídico brasileiro, nos livros sobre Mediação e Deontologia Jurídica, em sítios jurídicos e artigos da internet.

Na primeira seção, tem-se o enfoque filosófico segundo as teorias da justiça social e da ética discursiva, de Rawls e Habermas, respectivamente, para em seguida, dar-se ênfase à Deontologia Jurídica. Na terceira seção, dispõe-se sobre uma nova forma de atuação advocatícia, que pode perceber o conflito de forma holística, na busca de melhor entender o seu cliente em suas relações e oferecer-lhe o meio mais adequado para lidar com a lide, seguindo-se com as considerações finais acerca da contribuição do advogado para a sedimentação dessa prática mediativa judicial e extrajudicial, promovendo autonomia de decisão ao seu cliente.

## Teorias da Justiça Social de Rawls e da Ética Discursiva de Habermas

Iniciamos o presente artigo abordando brevemente a teoria da justiça social de John Rawls e a ética discursiva de Habermas, para basear a reflexão sobre a ética do advogado privado voltada para evitar o litígio, de acordo com o seu código de ética profissional, com foco na sessão de mediação, seja judicial ou extrajudicial.

A ética contemporânea, com sua objetividade, enfocou vários paradigmas, dentre eles, “a ética discursiva, a ética da reciprocidade, a ética da justiça, a ética dos direitos humanos e a ética da utilidade (utilitarismo)” (PEGORARO, 2010, p. 11).

Nesse contexto, a teoria da justiça social de Rawls, filósofo norte americano, repousa sobre algumas características como a existência de um contrato justo entre o Estado e os indivíduos, a visão de justiça como equidade baseada nos princípios da liberdade e da igualdade e o respeito à Constituição.

Para Rawls, o contrato social é considerado justo se as necessidades de todos os indivíduos envolvidos forem tratadas igualmente. Para ele, “os homens devem decidir, previamente, as regras pelas quais vão arbitrar suas reivindicações mútuas e definir a carta fundadora da sociedade” (PEGORARO, 2010, p. 125), demonstrando a capacidade de realização conjunta dos homens sobre as questões e assuntos que lhes cercam.

Em sua teoria, os princípios da justiça são construídos pelos participantes do debate, numa situação de plena liberdade e total imparcialidade, para que possam surgir novas bases de uma sociedade bem ordenada e equitativamente justa. São dois princípios: o da liberdade igual para todos, com direito à vida, à orientação política e religiosa e o da distribuição equitativa dos bens produzidos pela sociedade, de forma que nenhum cidadão fique sem a garantia de um conjunto mínimo de bens essenciais, que ninguém fique em situação de injustiça, ou seja, que ninguém fique abaixo das condições mínimas de justiça.

Quando Rawls (1997, apud SOLER, 2015) se reporta à justiça como equidade, ele fala de uma noção razoável de justiça, que nos permita mediar a convivência política através do contrato (fazendo acordos mútuos entre as pessoas em iguais condições). A ética da justiça é igualmente uma construção consensual. Segundo J. Rawls, “ela é o princípio fundamental das estruturas sociais de uma sociedade bem ordenada” (PEGORARO, 2010, p. 12). Para ele, sua teoria busca determinar o que é justo, não se voltando para o que seja moral, ético ou bom.

Habermas, filósofo alemão, em sua abordagem sobre a ética reflexiva, almejava com o discurso reflexivo, construir, com a participação de todos os interessados, “a ética do consenso, que garante que as normas aceitas como válidas são aquelas e, exclusivamente, aquelas, que expressam a vontade de todos, sendo, assim, conformes à lei universal (o princípio da universalização)”

(PEGORARO, 2010, p. 11).

Para Habermas, o discurso reflexivo é uma instância comunicativa que integra a esfera da racionalidade teórica (princípio da universalização) com a da racionalidade prática (vida cotidiana), ou seja, existe uma base cultural (mais universal) que acaba por ajudar as pessoas a definirem sobre o que lhes cerca.

Distintamente do que ocorre com a filosofia da consciência, o que é paradigmático para a racionalidade comunicativa de Habermas é

[...] a relação intersubjetiva, que sujeitos que falam e atuam, assumem quando buscam o entendimento entre si, sobre algo. Ao fazer isto, os atores comunicativos movem-se por meio de uma linguagem natural, valendo-se de interpretações culturalmente transmitidas e referem-se a algo simultaneamente em um mundo objetivo, em seu mundo social comum e em seu próprio mundo subjetivo (HABERMAS, 1984, p. 392, apud PINTO, 1995, p. 1).

Isto nos faz refletir sobre as condições existentes durante uma sessão de mediação, considerando-a como um microssistema capaz de absorver esses alicerces individuais, conforme Rawls e culturais conforme Habermas em seu campo de atuação. Para Rawls, “os cidadãos devem possuir algumas idéias do direito e da justiça, possuindo uma base objetiva para sua reflexão” (SILVEIRA, 2007, p. 184). Ele considera, objetivamente, que todos possuem esse mínimo necessário. Para Habermas, há algo acima do que objetivamente cada cidadão possui que é o saber que advém da cultura em que estão mergulhados.

A nossa Constituição Federal consolidou o Estado Democrático de Direito, disseminando as garantias e direitos fundamentais, precisamente no caput do art. 5º referentes ao direito inviolável à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Traçando um paralelo com a Mediação, encontramos a liberdade e a igualdade inseridas nos princípios da autonomia da vontade das partes e da isonomia entre as partes, respectivamente.

De fato, estamos diante de uma transição institucional trazendo à tona garantias e direitos fundamentais sob novas propostas na lida dos conflitos, protagonizando seus interlocutores e isto perpassa a ética advocatícia e suas instituições. A teoria da justiça social de Rawls (1997, apud SOLER, 2015) defende que “para assegurar tratamento igual, as instituições sociais devem ser justas: devem ser acessíveis a todos e redistribuir onde for necessário; assim apenas instituições justas podem produzir uma sociedade promissora”.

Portanto, para esse filósofo, a justiça é a primeira virtude das instituições sociais. Por se tratar de um modelo liberal, tanto o princípio da liberdade quanto o da igualdade são tidos como critérios de julgamento para observar a justiça das instituições básicas da sociedade, que regulam a distribuição de direitos, deveres e demais bens sociais e podem ser aplicados para julgamento da constituição política, das leis ordinárias e das decisões dos tribunais (SOLER, 2015, p. 1).

Para Habermas, existe embutida na estrutura da linguagem cotidiana uma exigência de racionalidade, pois “com a primeira frase proferida, o homem já manifestava uma pretensão de ser compreendido, uma busca de entendimento” (PINTO, 1995, p. 1).

Na prática da mediação, isso nos remonta ao princípio da busca do consenso (art. 2º, VI, Lei 13.140/15), pois na vida, a todo instante negociamos; há negociação em várias situações do dia-a-dia e chega-se ao consenso final pelo diálogo, expressando um entendimento comum das partes acerca de algo antes litigioso. Isso reforça a reflexão acerca da postura ética do advogado, seja público seja privado, nessa era da mediação.

É notório que o Estado garante a condição de segurança jurídica ao definir as leis e a sua aplicação, mas nem sempre esgota em si a solução de um litígio. O que se depreende diante das alterações implementadas nos últimos anos, no ordenamento jurídico nas mais variadas frentes (códigos, estatutos, resoluções) é que se pretende menos a participação exclusiva estatal (na pessoa do juiz de direito) e mais o protagonismo das partes na solução do litígio. É o que se observa na Lei 13.105/15 (CPC/15), art. 166, § 4º, que dispõe que a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais, para as quais a presença do advogado ganha tons de colaboração.

Nessa esteira, igualmente ressalta o art. 190 do mesmo código:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Dá-se a entender que o discurso que oportuniza consensos não significa ainda um Estado (personificado no juiz de direito) totalmente recuado a fim de que deixe protagonizar somente o interesse privado dos mediandos (personificando um saber básico individual e/ou cultural), nem significa muito menos a ausência do advogado (personificando um saber técnico). Para uma sociedade democrática, como a brasileira, o entendimento é de que pode haver composição entre diferentes pensamentos:

Os cidadãos estão envolvidos na cooperação social, escolhendo o pertencimento a uma comunidade moral e isso representa compreender as pessoas como livres e iguais do ponto de vista normativo, isto é, com duas faculdades morais: faculdade de ter um senso de justiça, que é a capacidade de compreender e aplicar os princípios de justiça que determinam os termos equitativos da cooperação e agir

a partir deles e a faculdade de ter uma concepção de bem, que é a capacidade de ter, revisar e buscar alcançar uma concepção de bem de modo racional (SILVEIRA, 2007, p. 188).

Na mediação, dessa forma, espera-se obter como questão primordial, por meio de uma postura de cooperação de todos os envolvidos, o resgate da comunicação para viabilizar o diálogo efetivo, baseado nos interesses em comum, pautados também nos princípios da boa-fé, imparcialidade do mediador, decisão informada e confidencialidade.

O mediador e os advogados podem imprimir, igualmente entre si, uma atmosfera favorável ao bom andamento da sessão de mediação, conquistada por reuniões prévias à sessão de mediação, com a predisposição de quem reconhece tratar-se de uma oportunidade ímpar para o diálogo, a negociação, o entendimento entre as partes, a fim de que busquem entabular um acordo sustentável, por si próprios, gerando e garantindo benefícios mútuos, em um ambiente acolhedor e seguro juridicamente para todos. Ao se buscar alcançar a justiça por suas mais diversas frentes, trataremos na seção seguinte acerca da ética do advogado privado na mediação, diante das expectativas por parte da sociedade e do meio jurídico.

## **A Deontologia Jurídica na Era da Mediação**

Tão importante quanto ressaltar as mudanças legais ocorridas no próprio direito processual sobre os métodos de autocomposição, é igualmente priorizar ações em prol da mudança cultural no trato da lide, que vem se apresentando à sociedade e que deságua igualmente no Código de Ética do advogado, instando-o a assumir essa nova postura consensual, sempre que possível, nesse cenário cotidiano.

O Código de Ética e Disciplina da OAB (Res 02/2015) dispõe no art. 2º, em seus princípios fundamentais, que o advogado é indispensável à administração da Justiça, bem como deve primar por uma conduta compatível com a sua elevada função pública.

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes.

E acrescenta no parágrafo único, inciso VI, dentre os deveres do advogado:

Parágrafo único, inciso VI - estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.

Ademais, os dois primeiros artigos do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994) destacam as atividades prioritárias da advocacia, dentre elas a consultoria e assessoria jurídicas, além de reforçarem a sua função social e sua indispensabilidade à administração da Justiça.

Porém, o disposto no art. 2º, § 2º da referida Lei, ao mencionar que o advogado contribui ao convencimento do julgador, merece uma reflexão diante da postura que se requer do advogado nessa era da mediação.

Art. 2º [...]

§ 2º. No processo judicial, o advogado contribui na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

Essas atribuições constantes do mencionado artigo e que conferem protagonismo ao advogado não são características da sessão de mediação, pois as questões passam a ser tratadas pelas partes, os reais protagonistas, que vão dialogar para buscar um acordo de mútuo favorecimento. Os advogados passam a observar a situação sob vários lados e não exclusivamente sob o ponto de vista do seu cliente e auxiliam no acordo que possa ser firmado.

A prática do Direito nos remete ao pensamento do professor Silvio de Macedo (MACEDO, 1982, apud REALE, 2002, p. 163), ao afirmar:

O homem, pelo Direito, adquire uma inserção no processo social e adquire uma consciência aguda da transformação da comunidade. Não é ele apenas o técnico do Direito, quando tem vocação deontológica. O Direito não se exaure como função técnica, porque se completa deontologicamente. E essa auto-consciência reflexa não é uma imposição profissional, e sim algo além do pragmatismo jurídico, um privilégio de quem tem algo a dar à humanidade.

O advogado possui direitos e deveres para com a sua profissão e para com a sociedade, devendo exercê-la com ética e sabedoria. Ao perceber em seu entorno as mudanças que vão se apresentando na sociedade e na legislação que reflete esses anseios, é instado a modernizar as suas práticas advocatícias para a defesa efetiva dos direitos e garantias fundamentais, próprias de um Estado democrático de direito.

Complementamos esse entendimento com as palavras de Paulo Lôbo (citado por FERREIRA, 2014):

*[...] o advogado realiza a função social quando concretiza a aplicação do direito (e não apenas da lei) ou quando obtém a prestação jurisdicional e quando, mercê de seu saber especializado, participa da construção da justiça social.*

A indispensabilidade do advogado à administração da justiça foi igualmente reconhecida pelo art. 133 da Constituição Federal de 1988, de forma

balizadora, corroborada pelo art. 334 § 9º (CPC/15) em que as partes devem estar acompanhadas na audiência de mediação por seus advogados ou defensores públicos, de forma aplicada.

Para Almeida e Pantoja (2016, p. 149), a Lei processual civil quis garantir a atuação dos advogados como assessores jurídicos, vez que “não se pode correr o risco de realizarem avenças inexecutíveis, ou mesmo temerárias, nas quais os participantes disponham de direitos de que não sabiam sequer ser titulares”.

No entanto, essa indispensabilidade causídica como acompanhante das partes na sessão de mediação não foi prevista no art. 11 da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), nem no art.10 da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015). O assunto acabou sendo analisado, em 2018, pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou como relativa a imprescindibilidade do advogado, motivo que faz com que as discussões sobre o papel do advogado seja privado seja público, nessa era da mediação, se tornem presentes no meio jurídico e acadêmico.

## **Uma Nova Postura Advocatícia e os Princípios da Cooperação e da Decisão Informada**

É comum abordar que a postura profissional do advogado brasileiro é mais voltada para a beligerância, atribuindo-se a causa ao perfil de sua formação acadêmica. Os cursos de graduação priorizam o ensino da litigância e judicialização de demandas como a única forma de resguardar o cumprimento das obrigações perante os seus clientes.

Recentemente, nesse contexto de promoção de mudanças e solidificação de uma nova cultura para lidar com a solução dos conflitos, o Conselho Nacional do Ministério da Educação revogou a resolução nº 9, de setembro de 2004, conforme publicação no Diário Oficial da União (DOU) de 25/10/2018, na forma do Parecer CNE/CES 635/2018, criando novas diretrizes nacionais que passam a ser o novo marco regulatório para o Curso de Graduação de Direito, cujas instituições de ensino deverão cumprir, doravante, grade obrigatória para garantir a capacitação de seus alunos em quatorze competências, com destaque para “desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos”.

Trata-se, portanto, de uma nova forma de advogar, com o intuito de sentir-se inserido na atmosfera do diálogo, munido de uma compreensão holística do problema apresentado pelo cliente. Na sessão de mediação, por exemplo, deixam de ser interlocutores – como é a *praxi* nas audiências perante o juiz –, para se comportarem como ouvintes das partes, reais protagonistas na construção da solução do litígio. Entende-se como um desafio para os advogados que ainda estão processando essa mudança de paradigma profissional. Observa-se, no entanto, que há predisposição para essa mudança cultural, por todos os movimentos que se somam a cada dia, sejam pelas leis, sejam

pelas próprias práticas judiciais e extrajudiciais.

Destaca-se que o próprio Código de Processo Civil (CPC/15), em seu art. 6º determina que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si, para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Nos casos em que as partes possuem vínculo anterior e continuado, quis o legislador que o conflito fosse resolvido, preferencialmente, pela mediação (art. 165 § 3º, CPC/15).

A mudança paradigmática do Código de Processo Civil (CPC/15), ao atravessar no início do caminho processual a audiência de mediação (primeiro ato presencial), anteriormente à apresentação da contestação por parte do réu, promove ao advogado e às partes a oportunidade de uma postura não adversarial, numa perspectiva negocial denominada “ganha-ganha”, para que as partes, mutuamente, busquem uma solução satisfatória, a partir de uma melhor compreensão das questões litigiosas subjacentes.

Assim, como bem afirmaram Almeida e Pantoja (p. 151, 2018) “após ouvirem sobre as vantagens de utilização do método, compete às partes escolher se permanecerão em mediação ou buscarão outro caminho”, porque se o cliente e o advogado almejam tão somente a solução do problema por meio da sentença do juiz, não haverá cooperação entre os envolvidos e restará prejudicada a sessão de mediação. É preciso despertar para novas possibilidades de atuação na busca do deslinde da desavença, ainda mais sabendo que manter-se no procedimento da mediação não é algo obrigatório, pois ali vale a autonomia das partes.

Nessa dinâmica, o advogado privado procura entender o conflito de forma mais ampla e proativa, verifica se não é o caso de propor a permanência na solução autocompositiva e orienta o seu cliente para essa nova forma de tratar os litígios. O advogado exerce o seu papel de orientador jurídico, somado à competência e habilidades que deve procurar adquirir para compreender o propósito e a forma de participar em uma audiência de mediação, onde se utilizam técnicas específicas de escuta ativa qualificada, análise e definição de necessidades e interesses mútuos dos mediandos.

Com essa visão diferenciada sobre o conflito e observando igualmente a legislação, o advogado torna-se um profissional proativo. A assessoria jurídica para a adoção de práticas adequadas ao assunto que lhe é apresentado pelo cliente, com a observância do que a Lei lhe assegura, traz em seu bojo a possibilidade de tratar o conflito sem necessariamente judicializá-lo. Trata-se da ideia de iniciar o seu trabalho, perguntando ao seu cliente o que é, para ele, resolver o litígio.

[...] antes mesmo do ingresso em juízo, cogitar da possibilidade de utilização de um dos meios consensuais e identificar, a partir do exame da natureza da relação entre as partes e dos elementos do conflito, o que melhor se ajusta, *a priori*, à sua resolução (ALMEIDA E PANTOJA, 2018, p. 147).

Portanto, por questão ética, o advogado, quando possível, deve prevenir a judicialização de litígios e assumir uma postura proativa e prospectiva diante do conflito. Ele se pautará pelo Princípio da Cooperação e proverá o seu cliente das informações necessárias para a decisão que possa tomar. Por conseguinte, pelo Princípio da Decisão Informada, o seu cliente saberá conduzir-se no diálogo com o outro, durante a sessão de mediação, o que nos remonta ao pensamento de Rawls, para quem as partes deveriam possuir minimamente uma noção de seus direitos e obrigações para buscarem um acordo justo, sob a tutela jurisdicional colaborativa.

Assim, o papel dos advogados seria de transmitir esse conhecimento para que os mediandos possam conversar entre si, com liberdade e igualdade, a fim de se reaproximarem para o diálogo e, possivelmente, criarem juntos um acordo que os satisfaçam mutuamente.

Segundo o Manual de Mediação Judicial, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, o princípio da decisão informada é considerado:

[...] o corolário do princípio da autonomia de vontades ou consensualismo processual que estabelece como condição de legitimidade para a autocomposição a plena consciência das partes quanto aos seus direitos e a realidade fática na qual se encontram (Manual de Mediação Judicial, 2016, p. 251).

Contudo, para que seja considerada legítima a resolução de uma disputa mediante a renúncia a um direito por uma das partes, orienta o mencionado Manual sobre a necessidade de consciência plena pela parte renunciante desse direito subjetivo, sobretudo “por razões mais bem explicadas pela psicologia cognitiva, em que as partes têm suas percepções quanto aos fatos ou aos seus interesses alteradas em razão do envolvimento emocional de uma disputa” (Manual de Mediação Judicial, 2016, p. 252).

Complementarmente, a cultura da pacificação dos litígios tornou-se imperiosa para que as partes tenham em si a valorização desse conhecimento básico voltado para uma postura conciliatória, o que nos remonta ao pensamento de Habermas, quando nos fala da cultura e da lei universal, que expressa a vontade de todos e que suplanta o individualismo.

Diante desse contexto, os advogados presentes à sessão de mediação, como fundamentalmente cooperativos, permitirão os esclarecimentos necessários ao bom andamento e consecução dos resultados, seja um acordo, seja o resgate do diálogo entre as partes como ponto crucial para posterior deslinde do conflito.

## **Considerações Finais**

Apesar da controvérsia quanto à presença do advogado na audiência de mediação, o Código de Ética e Disciplina da OAB (Res 02/2015), prevê em seu artigo 2º, inciso VI, que dentre os deveres do advogado está “estimular a

conciliação e mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.

Sob o enfoque filosófico das teorias da justiça social de Rawls e da ética discursiva de Habermas, buscou-se refletir sobre a ética do advogado privado voltada para evitar o litígio, focando na mediação, preconizada no novo código de ética profissional. Nesse contexto, pela teoria de Rawls, os cidadãos devem possuir, minimamente, uma idéia do direito e da justiça como uma base objetiva necessária para sua tomada de decisão. Para Habermas, há algo acima do que objetivamente cada cidadão possui que é o saber cultural no qual estão mergulhados.

Sob o olhar de dois dos princípios que regem a mediação – cooperação e decisão informada – a ética advocatícia se expande para uma atuação profissional que busca evitar litígios e orientar o cliente para ser o real protagonista da solução de suas questões. Isso nos fez refletir sobre as condições existentes na sessão de mediação, considerando-a como um microsistema, capaz de absorver esses alicerces individuais conforme Rawls e culturais e universais conforme Habermas.

Pelo princípio da decisão informada e pelo pensamento filosófico de Rawls, os advogados devem proporcionar aos mediandos uma noção de seus direitos e obrigações para reunirem esse conhecimento básico e buscarem um acordo justo. Ademais, pelo princípio da cooperação e pensamento filosófico de Habermas, devem primar pela cultura da pacificação dos litígios, ajudando para que as partes tenham em si a valorização desse conhecimento básico voltado para uma postura conciliatória.

Ressalte-se que o Código de ética anterior fazia menção somente à conciliação, portanto a mediação tornou-se igualmente relevante na vida profissional do advogado brasileiro. Tanto a mediação quanto a conciliação são regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais, portanto a presença do advogado ganha tons de cooperação, como um profissional que possui uma visão holística da questão apresentada pelo cliente e que busca uma solução do litígio com preservação da relação, que está acima dos interesses individuais.

O advogado é além do saber técnico, um vocacionado para trazer algo de transformação para a comunidade, que tem a ver com a sua inserção no processo social e sua função pública, de acordo com o artigo 133 da própria Constituição Federal (CRFB/1988). Ademais, a prática da mediação demanda do advogado conhecer das técnicas e características dessa nova abordagem profissional, abrindo-lhe um novo campo de trabalho, inclusive como mediador.

Portanto, os advogados são primordiais para a divulgação dos meios adequados de solução de conflitos, a fim de promoverem à sociedade o acesso à Justiça em sua concepção ampliada e não somente visando a sentença judicial.

Por fim, sob esses pensamentos filosóficos e éticos, concluímos ressal-

tando a importância da assessoria a ser prestada pelo advogado privado ao seu cliente, seja na fase da pré-mediação, na própria sessão de mediação ou a qualquer tempo do processo, no sentido de auxiliá-lo a tratar o conflito não somente dentro dos conceitos jurídicos, mas a mesclar outros saberes, conferindo-lhe autonomia para uma melhor decisão, mediante a sua cooperação profissional.

## Referências

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A mediação no novo código de processo civil** coordenação Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja, Samantha Pelajo. – 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6º Ed. Brasília, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. **Parecer CNE/CES Nº: 635/2018**, aprovado em: 4/10/2018. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=100131-pces635-18&category_slug=outubro-2018-pdf-1&Itemid=30192)

[download&alias=100131-pces635-18&category\\_slug=outubro-2018-pdf-1&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=100131-pces635-18&category_slug=outubro-2018-pdf-1&Itemid=30192)>. Acesso em: 10/03/2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125/2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 05/04/2019.

\_\_\_\_\_. Ordem dos Advogados do Brasil. Código de Ética e Disciplina. **Resolução 02/2015**. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em: 05/04/2019.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.906**, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 02/03/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.105**, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 13/04/2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.140**, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 25/03/2019.

FERREIRA, A.O. **Munus público da advocacia é respeito ao cidadão e interesses da sociedade**. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-18/antonio-ferreira-munus-publico-advocacia-respeito-cidadao>>. Acesso em 15/03/2019.

LEITE, Gisele; PEREIRA, Edivaldo A. **O advogado na mediação**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55528/o-advogado-na-mediacao>>. Acesso em 12/03/2019.

PANTOJA, Fernanda Medina: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de;

PELAJO, Samantha. (Coord). **A mediação no novo código de processo civil**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEGORARO, *Olinto*. **Ética dos maiores mestres através da história**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

PINTO, José Marcelino de Rezende. **A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-863X1995000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X1995000100007)>. Acesso em 24/03/2019.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVEIRA, Denis Coitinho. *John Rawls Theory of Justice: between liberalism and communitarism*. In: **Revista Trans/Form/Ação**. São Paulo, v. 30 (1), 2007, pp. 169-190. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v30n1/v30n1a11.pdf>>. Acesso em 24/03/2019.

SOLER, Leonor G.O **Conceito de justiça em John Rawls**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63758/o-conceito-de-justica-em-john-rawls>>. Acesso em 03/04/2019.

# ANULAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL À LUZ DOS DIREITOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

**Tayssa Simone de Paiva Mohana Pinheiro**

Mestranda da Universidade Autônoma de Lisboa, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, Bacharel em Administração pela Universidade Estadual do Maranhão. Advogada

## **Resumo:**

O presente trabalho faz um breve estudo da sentença arbitral nos Direitos Português Brasileiro, em especial às causas de anulação. Analisou-se primeiramente a sentença arbitral: natureza jurídica, características e requisitos constantes nas legislações dos dois países. Posteriormente, analisaram-se as hipóteses de anulação da sentença. Por fim, foram apresentadas algumas jurisprudências do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal e do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, em que constatou que muitas causas são levadas ao Judiciário como forma de rediscutir o mérito, com os principais argumentos de falta de fundamentação das decisões e violação à ordem pública. Assim, concluiu-se que tanto o Judiciário Português, quanto o Brasileiro agiram com acerto ao manter as sentenças proferidas pelos tribunais arbitrais, quando nelas não incorreu qualquer vício formal, pois a ação de anulação é destinada tão somente a realizar o controle da legalidade formal da decisão, estando excluída a apreciação do mérito.

**Palavras-chave:** Sentença arbitral; Anulação da sentença arbitral; Lei de Arbitragem Voluntária; Lei de Arbitragem Brasileira; Jurisprudência.

## **Introdução**

Os chamados meios alternativos de resolução de litígios, em especial a arbitragem, têm obtido notório destaque como instrumento de resolução alternativa de conflito em um período no qual a efetiva resposta à administração da justiça tem sido altamente suscitada, não só pela celeridade na obtenção da tutela pretendida, mas também por alguns aspectos inerentes aos mesmos, tais como sigilo, autonomia, economia, dentre outros.

A Lei de Arbitragem Voluntária, doravante apenas LAV, Lei nº. 63/2011, permitiu que a arbitragem ganhasse mais força no Direito Português ao am-

pliar o rol dos litígios que podem ser submetidos à arbitragem, substituir o critério vago da disponibilidade dos direitos pelo da patrimonialidade dos interesses, robustecer a convenção de arbitragem e atribuir novos contornos à sentença arbitral.

Em especial recorte à sentença arbitral, a qual será objeto de estudo do presente trabalho, convém suscitar que ela opera os mesmos efeitos que a sentença judicial produz. Em que pese a consolidação da eficácia da sentença arbitral advinda da sua irrecorribilidade, muitos jurisdicionados se valem das ações de anulação como meio para reformar uma sentença arbitral que lhes fora desfavorável.

Neste desiderato, este trabalho objetiva analisar as causas de anulação da sentença arbitral por meio de um breve estudo das hipóteses de cabimento nos Direitos Português e no Brasileiro.

Para o fim de atingir o objetivo apresentado, o primeiro capítulo deste trabalho irá estudar a sentença arbitral, a sua natureza e eficácia para os dois sistemas jurídicos analisados na presente pesquisa. Posteriormente, serão observadas as hipóteses elencadas na Lei de Arbitragem Voluntária que subsidiam o pedido de anulação da sentença, bem como as hipóteses de nulidade previstas na Lei de Arbitragem Brasileira. Por fim, serão apresentadas algumas decisões recentes proferidas pelo Poder Judiciário Português e Brasileiro, com o fim de verificar o que tem sido levado à tutela judicial atinente exclusivamente à anulação da sentença arbitral.

## Sentença Arbitral

Preliminarmente, convém esclarecer que a sentença arbitral põe fim ao litígio que foi submetido ao exame do Tribunal Arbitral, seja por analisar o mérito ou algum outro ponto que demande o exaurimento da instância, tal como pedido de desistência, inutilidade do procedimento ou até mesmo formalização de acordo entre as partes<sup>1</sup>.

A LAV destina o seu capítulo VI para traçar aspectos atinentes à sentença arbitral. Da leitura do artigo 42.º, número 7 da LAV ao aduzir que «a sentença arbitral de que não caiba recurso e que já não seja susceptível de alteração nos termos do artigo 45.º tem o mesmo carácter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado e a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual», pode-se constatar a equiparação que Diogo Lemos e Cunha realiza da sentença arbitral com qualquer decisão prolatada por um tribunal de primeira instância<sup>2</sup>. O referido autor acrescenta que os tribunais são equiparados aos judiciais por força do artigo 209.º, n.º 2 da Constituição Portuguesa, bem como pelos artigos 705.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, doravante apenas CPC, e 42.º, n.º 7 da LAV

1 CUNHA, Diogo Lemos e – Da forma conteúdo e eficácia da sentença arbitral. In. **Themis** p. 209

2 Idem – **Op. cit.** p. 210

que propugna que ao transitar em julgado, a sentença arbitral constitui título executivo com força vinculante<sup>3</sup>.

Esclarece-se que a força executória foi primeiramente conferida à sentença arbitral por Justiniano, no Direito Romano; o Código Justiniano proíbe a interposição de apelação da sentença arbitral que fora proferida por árbitro que prestou compromisso, se legalmente instituído<sup>4</sup>.

No Direito Brasileiro, a Lei de Arbitragem, doravante apenas LARB, em seu artigo 29.º reveste de poder finalístico a sentença proferida pelo Tribunal Arbitral ao aduzir que a mesma põe fim à Arbitragem<sup>5</sup>. E, no art. 31.º, a equipara à sentença proferida pelo Poder Judiciário e lhe confere força de título executivo judicial.

Dentre os requisitos exigidos pela legislação brasileira para a sentença arbitral, elencam-se os dispostos no artigo 26.º: relatório, com os nomes das partes e breve relato do litígio; os fundamentos da decisão, e sobre este ponto a legislação exige expressamente a indicação da opção pelo julgamento por equidade; o dispositivo, no qual constará a resolução das questões postas aos árbitros e o prazo para cumprimento da decisão; e, por fim, a data e o lugar em que fora proferida<sup>6</sup>.

No que tange ao prazo para ser notificado às partes a sentença final, enquanto no Direito Português é previsto o prazo de 12 meses após a aceitação do último árbitro, se não for convencionado prazo diverso pelas partes – artigo 43.º, n.º 1 da LAV –; no Direito Brasileiro, este prazo é mais exíguo, sendo apenas de seis meses contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro – artigo 23.º da LARB.

## As Causas de Anulação da Sentença Arbitral

Ante as características da sentença arbitral apresentadas no capítulo anterior, principalmente a que a equipara à sentença judicial, a LAV admite que as mesmas sejam anuladas, controladas e até mesmo substituídas pelos tribunais estaduais. Todavia, essa possibilidade é amparada por diversas restrições que a legislação portuguesa impõe, as quais passarão a ser estudadas no presente capítulo.

A sentença arbitral pode ser impugnada via recurso ou via ação de anulação. A possibilidade de interposição de recurso perante o tribunal estadual é prevista no artigo 39.º, número 4 da LAV, tão somente se acordado em convenção de arbitragem pelas partes e se o árbitro, ao julgar o litígio, não tiver se

3 Idem – **Op. cit.** – p. 235.

4 GOTOFREDO, Dionisio apud NERY, Ana Luisa Barreto de Andrade Fernandes – **Class Arbitration**: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual p. 31-32.

5 LEI N.º 9.307 de 1996, dispõe sobre arbitragem. [ Em linha]. **Diário Oficial da União**, de 24 de setembro de 1996. [Consult. 26 mar. 2018]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

6 Idem - **Ibidem**

valido da equidade ou, ainda, se as partes não tiverem firmado uma transação amigável<sup>7</sup>.

Rui Ferreira alerta para o fato de que os interessados podem optar pela dispensa do recurso; todavia, ressalta que o pedido de anulação é um direito irrenunciável que os litigantes possuem<sup>8</sup>. Em outro giro, Isabel Gonçalves defende que a ação de anulação é subsidiária ao recurso – não obstante configure um direito irrenunciável<sup>9</sup>.

As hipóteses que subsidiam o pedido de anulação da sentença arbitral estão previstas no artigo 46.º, número 2 da LAV.

A primeira causa de anulação prevista na legislação portuguesa relaciona-se com a convenção de arbitragem. Destarte, se uma das partes for incapaz, se a convenção for inválida perante a lei que a rege, ou, até mesmo, se não houver qualquer disposição a esse respeito, verifica-se fundamento para a parte interessada intentar um pedido de anulação<sup>10</sup>.

A violação a qualquer dos princípios fundamentais que regem o processo arbitral dispostos no artigo 30.º, número 1 da LAV, desde que interfira de maneira decisiva na resolução do litígio, representa causa para anular a sentença arbitral<sup>11</sup>.

Sentenças que julguem assuntos fora do litígio da convenção de arbitragem ou, até mesmo, se ultrapassarem o seu limite, devem ser anuladas; assim como os pedidos que forem apreciados em montante superior ou objetivo diverso pelo tribunal arbitral, ou, ainda, questões conhecidas por este de que não podia conhecer ou que deixou de pronunciar-se<sup>12</sup>.

A irregularidade na constituição do tribunal e a violação à forma, conteúdo e eficácia da sentença, tal qual visto no capítulo anterior, em especial ao dever de fundamentação da decisão, bem como a forma reduzida a escrito e a assinatura dos árbitros, conforme disposto nos números 1 e 3 do artigo 42.º da LAV também estão entre o rol das hipóteses para anular a sentença<sup>13</sup>.

No tópico anterior, foi visto que o procedimento arbitral requer um prazo para que a sentença seja proferida e notificada às partes – 12 meses – assim sendo, não pode ser extrapolado o referido prazo, nem violar as demais determinações contidas no artigo 43.º da LAV, sob pena de estar afrontando o

7 LEI n.º 63/2011. **Diário da República** n.º 238/2011, Série I de 2011-12-14. [Em linha]. [Consult. 26 mar. 2018] . Disponível em <http://data.dre.pt/eli/lei/63/2011/12/14/p/dre/pt/html>

8 FERREIRA, RUI – Anulação da sentença arbitral taxatividade dos fundamentos de anulação. In **Análise de jurisprudência sobre arbitragem**. p. 202

9 GONÇALVES, Isabel – A não arbitrabilidade como fundamento de anulação da sentença arbitral na lei de arbitragem voluntária. In **Análise de jurisprudência sobre arbitragem**. p. 149

10 LEI n.º 63/2011. **Diário da República** n.º 238/2011, Série I de 2011-12-14. [Em linha]. [Consult. 26 mar. 2018] . Disponível em <http://data.dre.pt/eli/lei/63/2011/12/14/p/dre/pt/html>

11 Idem - **Ibidem**

12 Idem - **Ibidem**

13 Idem - **Ibidem**

disposto no artigo 46.º, número 1, “vii” do referido diploma legal<sup>14</sup>.

Por fim, dentre as hipóteses de anulação que cabem ser conhecidas oficiosamente pelos tribunais, tem-se a arbitrabilidade do litígio dentro do direito português, assim como a afronta aos princípios da ordem pública internacional do Estado Português pelo conteúdo da sentença<sup>15</sup>.

Sobre a arbitrabilidade do litígio como fundamento para a ação em liça, Isabel Gonçalves destaca que a necessidade de discernir as matérias que são arbitráveis das não arbitráveis reside na imprescindibilidade de proteção dos interesses fundamentais do ordenamento jurídico português<sup>16</sup>. Assim, quanto maior a abertura para as causas que são passíveis de arbitragem; maior, também, será a intervenção da impugnação das mesmas.

Outrossim, soa impossível para Isabel Gonçalves desvincular a análise da indisponibilidade dos direitos envolvidos na arbitragem do mero controle de legalidade formal a ser exercido na ação de anulação, já que para verificar se houve afronta a tais direitos há necessidade de analisar o mérito da decisão impugnada<sup>17</sup>.

Manuel Perreira Barrocas adverte para que não se confunda (in) arbitrabilidade dos litígios com a violação à ordem pública internacional; enquanto este se relaciona com os interesses e valores de um determinado país ou comunidade que não são pre determinados no direito positivado, devendo ser analisados no caso concreto; aquele advém de uma opção do legislador ao determinar, no art. 1.º, números 1 e 2 da LAV, quais litígios podem ser submetidos a arbitragem<sup>18</sup>. E acrescenta que somente matérias arbitráveis podem ser avaliadas como concernentes à ordem pública internacional ou não.

É de todo modo importante acrescentar que, não pode ser utilizado como fundamento em ofensa à ordem pública quando o árbitro cometer um *error in iudicando*, não só ao errar na aplicação da norma legal, mas também quando interpretar mal os contratos<sup>19</sup>.

É possível perceber que se trata de um conceito abstrato, que irá balizar princípios. Todavia, essa noção de ordem pública não está regulamentada pela norma positivada e a avaliação da sua violação fica a depender do critério de subjetividade<sup>20</sup>.

Analisadas as causas de anulação que podem ser reconhecidas oficiosamente

---

14 Idem - **Ibidem**

15 LEI n.º 63/2011. **Diário da República** n.º 238/2011, Série I de 2011-12-14. [Em linha]. [Consult. 26 mar. 2018]. Disponível em <http://data.dre.pt/eli/lei/63/2011/12/14/p/dre/pt/html>

16 GONÇALVES, Isabel – A não arbitrabilidade como fundamento de anulação da sentença arbitral na lei de arbitragem voluntária. In **Análise de jurisprudência sobre arbitragem**. p. 147

17 Idem – **Op. cit.** p. 150-151

18 Idem – **Op. cit.** p. 248

19 CAMELO, António Sampaio – Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública. In **Revista de Arbitragem e Mediação**. p. 143

20 BARROCAS, Manuel Pereira – A ordem pública na arbitragem. In **Revista de Arbitragem e Mediação**. p.248

mente pelo Tribunal, convém acrescentar o pensamento de Isabel Gonçalves ao propugnar que quando a referida ação tiver como fundamento a não arbitralidade do litígio ou a violação da ordem pública, o mérito será analisado pelo juiz, mesmo que de uma forma restrita, porém imprescindível à medida que permitirá decidir sobre a (im) procedência do argumento invocado de modo a prevenir que se mantenha uma sentença arbitral que conflitue com princípios e regras essenciais à preservação da ordem jurídica<sup>21</sup>.

Após apresentado o panorama da ação de anulação da sentença arbitral no Direito Português, insta expor como a referida matéria é tratada no Direito Brasileiro.

A Lei de Arbitragem n.º 9.307/96, no artigo 32.º expõe oito causas em que a sentença arbitral será nula. São elas: se a convenção de arbitragem for nula; oriunda de árbitro incompetente; não apresentar os requisitos exigidos pela lei no artigo 26.º; ultrapassar os marcos da convenção de arbitragem; ter sido proferida comprovadamente por meio dos crimes de prevaricação, concussão ou corrupção passiva<sup>22</sup>; não obedecer ao prazo para sua prolação, 6 meses, se não acordado de maneira diversa pelas partes; desrespeitar os princípios previstos no artigo 21.º, § 2º do referido diploma legal, quais sejam igualdade das partes, contraditório, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento<sup>23</sup>.

Percebe-se, portanto, que, em virtude da força executória que a sentença arbitral possui e a natureza do papel desenvolvido pelo árbitro, necessita-se de uma imposição de limites, de modo que não se tenha julgamento que viole direitos, nem seja tendencioso para uma das partes<sup>24</sup>.

A lei brasileira aduz que, no que tange às hipóteses de anulação da sentença arbitral antecedentes ao desenvolvimento da arbitragem<sup>25</sup>, estas devem ser suscitadas pela parte prejudicada na primeira oportunidade que tiverem para se pronunciar após a instauração do procedimento<sup>26</sup>.

A primeira causa de anulação apontada pelo artigo 32.º da LARB é a nulidade da convenção de arbitragem, o que pode atingir tanto o compromisso quanto a cláusula arbitral.

Em que pese a discussão gerada na doutrina acerca da taxatividade ou

---

21 GONÇALVES, Isabel – A não arbitralidade como fundamento de anulação da sentença arbitral na lei de arbitragem voluntária. In **Análise de jurisprudência sobre arbitragem**. p. 152

22 O Código Penal Brasileiro define tais crimes, respectivamente nos artigos 319, 316 e 317.

23 LEI n.º 9.307 de 1996, dispõe sobre arbitragem. [Em linha]. **Diário Oficial da União**, de 24 de setembro de 1996. [Consult. 26 mar. 2018]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

24 ROSSETO, Guilherme Ferreira; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa – Controle judicial da arbitragem: competência para julgar ação anulatória de sentença arbitral. In **Revista de processo**. p. 452

25 São elas: competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem.

26 LEI n.º 9.307 de 1996, dispõe sobre arbitragem. [Em linha]. **Diário Oficial da União**, de 24 de setembro de 1996. [Consult. 26 mar. 2018]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

não do rol do artigo 32.º, impõe esclarecer que o inciso I do dispositivo ora discutido amplia o leque das causas que devem ser analisadas para fundamentar a nulidade da sentença arbitral; pois, para estudar o que leva à nulidade da convenção de arbitragem, por sua natureza negocial, deve ser, também, sopesado o que enseja a nulidade do negócio jurídico, tal qual disposto no artigo 166.º do Código Civil Brasileiro<sup>27</sup>.

Sobre a capacidade do árbitro, importante lembrar que, se fora estabelecido, em sede de convenção de arbitragem, os requisitos desejáveis do árbitro – tal como profissão, experiência, entre outros – e não for expressamente suscitada tal exigência na primeira oportunidade que tiveram as partes após a instauração da arbitragem, tal impossibilidade de atuação do árbitro não pode ser posteriormente arguida em sede de acção anulatória, pois a matéria já estará preclusa<sup>28</sup>.

Dentre os princípios apresentados no artigo 12 da LARB que não podem ser desrespeitados, vale dizer que são preceitos de ordem pública, que não podem ser afastados pela vontade das partes.

Os aspectos processuais da acção anulatória devem observar, de forma subsidiária, ao que vem disposto no Código de Processo Civil Brasileiro.

Há de acrescentar que a sentença arbitral proferida em sede de acção anulatória gera efeitos *ex tunc*, explica Luiz Fernando Guerrero que, em regra, ela não atinge a vontade que fora manifestada pelas partes para se valer do procedimento arbitral, todavia, pode gerar tal consequência se o fundamento para a acção anulatória for a convenção de arbitragem<sup>29</sup>.

Verificadas as causas autorizadoras da anulação da sentença arbitral tanto no Direito Português, quanto no Direito Brasileiro, passar-se-á a analisar as jurisprudências dos países objeto do presente estudo, de modo a verificar como a matéria vem sendo tratada pelos tribunais dos referidos ordenamentos jurídicos.

## **A Posição Adotada Pelos Tribunais Superiores nas Jurisprudências Portuguesa e Brasileira**

Hodiernamente, a constante busca pela efetividade da tutela jurisdicional vem, inclusive, afetando os meios alternativos de resolução de litígios que entraram no ordenamento jurídico como forma de desafogar o Judiciário. Ocorre que, em virtude das legislações permitirem formas de anular a sentença arbitral, quando nestas forem constatadas as causas de nulidade anteriormente estudadas, há, ainda, partes que se valem de tais meios de impugnação como forma de rediscutir o mérito da sentença arbitral, quando esta lhe fora desfavorável. O presente tópico tem, portanto, o objetivo de analisar algumas

27 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. p. 206-208.

28 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. P. 210

29 GUERRERO, Luis Fernando – Ensaio sobre a lógica do art. 33 da Lei de Arbitragem. A acção anulatória e a efetivação das sentenças arbitrais. In **Arbitragem: estudos sobre a Lei** n. 13.129, de 26-5-2015. p.340.

decisões proferidas pelas justiças portuguesa e brasileira, como forma de verificar o posicionamento dos tribunais sobre a matéria.

O Supremo Tribunal de Justiça, doravante apenas STJ, em 26 de setembro de 2017, julgou o processo 1008/14.4YRLSB.L1S1, que trata de ação anulatória de acórdão proferido no âmbito de uma arbitragem realizada em Lisboa. Resumindo os fatos subjacentes a este acórdão, as autoras da ação anulatória foram condenadas a pagar à parte adversa «a título de prestações acessórias as quantias de € 25.319.314,41 e € 468.876,19, correspondentes à diferença entre o valor que já haviam pago a tal título e o valor máximo que estavam obrigadas a pagar, no contexto da concessão do Túnel do Marão e na sequência na frustração de tal projecto»<sup>30</sup>.

Ao ajuizar a ação anulatória, a parte autora embasou sua pretensão na falta de fundamentação da decisão arbitral e na violação à ordem pública do Estado Português ao estabelecer um desequilíbrio na regulação dos interesses das partes e por violar os princípios da liberdade de estabelecimento e iniciativa econômica, boa fé, autonomia da vontade e abuso de direito ao cominar soluções desproporcionais e desequilibradas que atentem à justiça material e impliquem atribuição de risco de frustração de uma atividade a cada uma das partes envolvidas<sup>31</sup>.

Ao recusar o pedido de anulação e manter a decisão recorrida, o STJ propugnou que o controle realizado pelo juiz de modo a apurar a ofensa à ordem pública internacional diverge de revisão da sentença, uma vez que o controle realizado pelo Judiciário não resulta em julgar de outra forma o caso para constatar se o julgamento seria diverso; mas tão somente apurar se o resultado que consta na sentença fere os princípios elencados como essenciais para a ordem jurídica portuguesa<sup>32</sup>.

No essencial, a decisão do STJ defendeu que não há colisão dos montantes apontados pela parte autora com os bons costumes, já que a ordem de grandeza não pode ser sopesada separadamente dos riscos inerentes ao proveito que eles esperariam receber do investimento que consciente e deliberadamente se propuseram quando exerceram sua autonomia privada e liberdade de iniciativa econômica<sup>33</sup>.

A decisão em liça esclareceu que, por verificar se houve afronta aos princípios da ordem pública, necessitou analisar os argumentos constantes no acórdão recorrido; todavia, esta reanálise não implicou em um reexame do mérito, pois o dispositivo da sentença não possuía conteúdo suficiente para se entender o raciocínio percorrido pelo órgão julgador<sup>34</sup>.

---

30 REIS, Alexandre relat. - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 1008/14.4YRLSB.L1S1, de 26 de setembro de 2017, [Em linha]. [Consult. 24 mar. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/894fdeda111f211d802581a70050acc6?OpenDocument>

31 Idem – **Ibidem**.

32 Idem – **Ibidem**.

33 Idem – **Ibidem**.

34 REIS, Alexandre relat. - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número

Na sequência, infirma os pontos levantados pelo recorrente ao suscitar que, para a ação de anulação, o direito que está sendo aplicado na demanda é apático, ou seja, o que interessa é averiguar se o conteúdo da sentença recorrida afronta os princípios da ordem jurídica ao ponto de não ser possível admitir que figure como solução válida e vinculativa para o litígio.

Por fim, ao decidir pela improcedência do recurso, o STJ afirmou que «a questionada sentença arbitral não conduziu a um resultado chocante, intolerável e inassimilável pela ordem pública internacional do Estado português»<sup>35</sup>.

Insta trazer a baila outro julgamento recente realizado pelo STJ. Trata-se do processo nº 2455/13.4YYLSB-A.L1.S1 julgado em 13 de julho de 2017, que negou a revista pelo Tribunal Superior ao recurso das partes que, não só renunciaram ao recurso para que a causa fosse decidida por equidade, como também não ajuizaram a ação anulatória no prazo estabelecido na LAV<sup>36</sup>.

Versou-se, portanto, de clara tentativa de rediscussão do mérito, já que, ao invocar a «anulação da sentença arbitral envolvendo a aplicação da lei no tempo, a possível ofensa dos princípios da ordem pública internacional do Estado Português e a prescrição vistam nessa envolvência», a recorrente olvidou-se que na cláusula compromissória de arbitragem tinha autorizado os árbitros a julgar de acordo com a equidade, além de renunciar ao recurso<sup>37</sup>.

Nesta senda, o STJ entendeu que a violação a ordem pública e contrariedade à lei não se confundem, de modo que a ilegalidade que fora invocada pela parte recorrente não incide sobre qualquer princípio que estructure a comunidade nacional. Assim, para apreciar a contrariedade da lei, o meio correto de impugnar a sentença arbitral seria o recurso; ocorre que, ao se valer da autonomia da vontade em dois momentos – primeiro, ao optar pela arbitragem; segundo, ao escolher as regras que conduziriam o procedimento arbitral, no que diz respeito a permitir o julgamento pela equidade, e renunciar ao recurso – as partes não podem devolver para o tribunal estadual o litígio como forma de reexaminar a matéria constante na sentença arbitral, ainda que alegue violação a ordem pública<sup>38</sup>.

O que se pode perceber, portanto, é que, em Portugal, não obstante a opção pela arbitragem à jurisdição judicial, ainda há um grande número de litígios que são levados à apreciação do tribunal estadual de forma errônea,

---

1008/14.4YRLSB.L1S1, de 26 de setembro de 2017, [Em linha]. [Consult. 24 mar. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/894fdeda111f211d802581a70050acc6?OpenDocument>

35 Idem – **Ibidem**.

36 PIÇARRA, António relat. - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 2455/13.4YYLSB-A.L1.S1, de 13 de julho de 2017, [Em linha]. [Consult. 24 mar. 2018] Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d2b4ccf5cf391c6a8025815c00494681?OpenDocument>

37 Idem – **Ibidem**.

38 PIÇARRA, António relat. - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 2455/13.4YYLSB-A.L1.S1, de 13 de julho de 2017, [Em linha]. [Consult. 24 mar. 2018] Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d2b4ccf5cf391c6a8025815c00494681?OpenDocument>

ou seja, arcam com os custos e tempo no procedimento arbitral; mas, ao obterem um resultado diverso do esperado, valem-se dos meios impugnatórios da sentença arbitral previstos na LAV, em especial da ação anulatória, sob a alegação, em sua maioria, de ofensa à ordem pública – já que seu conceito é muito abstrato – como forma de revisitar o mérito da questão.

A partir deste momento, passar-se-á a colacionar algumas jurisprudências brasileiras de forma a verificar como a matéria é tratada pelo Superior Tribunal de Justiça, doravante apenas STJ.

O Recurso Especial, doravante apenas RESP, 1636113 / SP tem como gênese a execução de sentença arbitral, na qual as recorrentes ajuizaram, em paralelo, ação visando invalidar o título executivo arbitral, de modo que a referida ação fosse revestida dos efeitos do cumprimento de sentença para suspender o processamento da ação executória enquanto não fosse julgada a ação anulatória<sup>39</sup>.

Em que pese a Corte admita que a ação de invalidação da sentença arbitral tenha o mesmo tratamento da impugnação ao cumprimento de sentença, desde que oferecida garantia àquela execução; no caso em liça, o STJ não deu provimento ao RESP pois a ação de anulação não tem perspectiva de êxito já que a sentença arbitral, ao contrário do sustentado pelas recorrentes, estava devidamente fundamentada, pautada nos princípios que regem o direito civil brasileiro, bem como não se desvirtuou das postulações propostas pelas partes, já que estas tem a liberdade de escolher as regras que irão reger o procedimento arbitral. E concluiu que o mero inconformismo do mérito da sentença não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário<sup>40</sup>.

Em outro RESP levado a julgamento para o STJ, RESP 1500667 / RJ, o recorrente fundamentou seu pedido na violação ao princípio do contraditório quando do indeferimento da realização de prova pericial. Em que pese na primeira instância a ação anulatória tenha sido julgada procedente para declarar a nulidade da sentença arbitral e a sentença tenha sido confirmada pelo tribunal estadual; a Corte Superior deu provimento ao recurso para julgar improcedente a anulatória e manter a sentença arbitral, pois, para o STJ o indeferimento de realização de prova pericial pelo juízo arbitral não representa violação ao princípio do contraditório, mas respeito ao princípio do livre convencimento motivado, sendo incabível, a pretensão de ver declarada a nulidade da sentença arbitral com base em tal argumento, representaria incursão do Judiciário no mérito da decisão arbitral<sup>41</sup>.

---

39 CUEVA, Ricardo Villas Bôas relat. - Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com número 2014/0196171-2, de 13 de junho de 2017, [Em linha]. **Diário de Justiça Eletrônico** de 05 de setembro de 2017. [Consult. 27. Mar. 2018] Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1612862&num\\_registro=201401961712&data=20170905&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1612862&num_registro=201401961712&data=20170905&formato=PDF)

40 Idem – **Ibidem**.

41 NORONHA, João Otávio de relat. - Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com número 2013/0229745-5, de 09 de agosto de 2016, [Em linha]. **Diário de Justiça Eletrônico** de 19 de agosto de 2016. [Consult. 27. Mar. 2018]. Disponível em <https://>

Destarte, percebe-se, que cabe ao Estado, por meio do Poder Judiciário, realizar o controle legal da arbitragem, entretanto, não tem o condão de adentrar no fundo da causa, ou seja, no mérito da questão; ficando ele adstrito tão somente «à roupagem formal que reveste a sentença, e que revestiu o procedimento arbitral desde a sua instauração»<sup>42</sup>.

## Considerações Finais

Conforme discutido no decorrer do presente trabalho, a arbitragem tem configurado um dos meios de solução alternativa de litígios amplamente utilizados hodiernamente não só por ser mais célere, mas também por incorrer em custos inferiores às partes que se levados à apreciação da jurisdição judicial.

Não obstante a autonomia da vontade das partes, é comum verificar, tanto no Judiciário Português, quanto no Brasileiro, o questionamento acerca da validade da sentença arbitral.

Ocorre que, como foi averiguado no capítulo terceiro quando da apresentação de alguns julgados tanto da Suprema Corte Portuguesa, quanto da Corte Superior do Brasil, existem muitas ações anulatórias que são levadas a julgamento com o único propósito de realizar o reexame do mérito da sentença arbitral; todavia, revestem-se de argumentos com supedâneo nos requisitos legais.

Constatou-se, no decorrer deste trabalho, que os fundamentos mais suscitados para subsidiar um pedido de anulação da sentença arbitral, tanto no ordenamento jurídico português, quanto no brasileiro é a falta de fundamentação das decisões, violação à ordem pública, violação aos princípios basilares que regem o direito civil.

Brilhante e acertadamente tem atuado os Judiciários Português e Brasileiro ao manter a sentença proferida pelos tribunais arbitrais, não permitindo que as ações de anulação da sentença arbitral figurem como forma de reexaminar o mérito da sentença arbitral quando é desfavorável para a parte que a ajuíza. A uma, pois às partes foi conferida a faculdade de livremente optar por esta forma de resolução alternativa de litígios. A duas, pois presume-se que, quem opta pelo procedimento arbitral tem prévio conhecimento de todas as regras que regem a arbitragem, tal como a liberdade de escolha dos árbitros, definir as normas do processo, renunciar ao recurso, este último previsto somente na legislação portuguesa; em suma, obter as vantagens inerentes à arbitragem.

Nesta senda, soa desarrazoado pregar por discursos de desjudicialização

---

[ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1528345&num\\_registro=201302297455&data=20160819&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1528345&num_registro=201302297455&data=20160819&formato=PDF)

42 NASSER, Paulo Magalhães – Apontamentos sobre o desenvolvimento da arbitragem comercial e o controle de legalidade das sentenças arbitrais por meio de ação anulatória e impugnação ao cumprimento de sentença. In **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. p. 478.

de demandas e, ao mesmo tempo, levar para a jurisdição judicial causas de anulação/invalidação de sentença arbitral quando não se tem qualquer fundamento a amparar tais pleitos.

## Referências

BARROCAS, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 54. São Paulo: Editora Revista dos tribunais (Jul - Set 2017), p. 179 – 261.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. [Em linha] [Consult. 09 abr 2018] Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

\_\_\_\_\_. LEI nº 10.406 de 2002, institui o Código Civil. [Em linha]. **Diário Oficial da União**, de 11 de janeiro de 2002. [Consult. 10 abr. 2018]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)

\_\_\_\_\_. LEI nº 9.307 de 1996, dispõe sobre arbitragem. [Em linha]. **Diário Oficial da União**, de 24 de setembro de 1996. [Consult. 26 mar. 2018]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

\_\_\_\_\_. LEI nº. 63/2011. **Diário da República** n.º 238/2011, Série I de 2011-12-14. [Em linha]. [Consult. 26 mar. 2018] . Disponível em <http://data.dre.pt/eli/lei/63/2011/12/14/p/dre/pt/html>

CARAMELO, Antonio Sampaio. Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 32. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. (Jan - Mar 2012), p. 133 – 173.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas relat. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com número 2014/0196171-2, de 13 de junho de 2017, [Em linha]. **Diário de Justiça Eletrônico** de 05 de setembro de 2017. [Consult. 27. Mar. 2018] Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1612862&num\\_registro=201401961712&data=20170905&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1612862&num_registro=201401961712&data=20170905&formato=PDF)

CUNHA, Diogo Lemos e. Da forma conteúdo e eficácia da sentença arbitral – **Themis**. [Em linha], ano XV, n.ºs 26/27, 2014. P. 207-243. [Consult. 26 mar. 2018]. Disponível em <http://www.arbitragem.pt/estudos/da-forma-conteudo-e-eficacia-da-sentenca-arbitral--diogo-lemos-e-cunha.pdf>

FERREIRA, RUI. Anulação da sentença arbitral taxatividade dos fundamentos de anulação. In **Análise de jurisprudência sobre arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4429-3. p. 201-233.

GONÇALVES, Isabel. A não arbitrabilidade como fundamento de anulação da sentença arbitral na lei de arbitragem voluntária. In **Análise de jurisprudência sobre arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4429-3. p. 135-166.

GOTOFREDO, Dionisio apud NERY, Ana Luisa Barreto de Andrade Fernandes. **Class Arbitration**: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual. [Em linha] São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015. Tese de Doutorado em Direito

[Consult. 27 mar. 2018] Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7003/1/Ana%20Luiza%20Barreto%20de%20Andrade%20Fernandes%20Nery.pdf>

GUERRERO, Luis Fernando. Ensaio sobre a lógica do art. 33 da Lei de Arbitragem. A ação anulatória e a efetivação das sentenças arbitrais. In **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015** – São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-02-62529-7. p. 337-353.

NORONHA, João Otávio de relat. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com número 2013/0229745-5, de 09 de agosto de 2016, [Em linha]. **Diário de Justiça Eletrônico** de 19 de agosto de 2016. [Consult. 27. Mar. 2018]. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1528345&num\\_registro=201302297455&data=20160819&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1528345&num_registro=201302297455&data=20160819&formato=PDF)

NASSER, Paulo Magalhães. Apontamentos sobre o desenvolvimento da arbitragem comercial e o controle de legalidade das sentenças arbitrais por meio de ação anulatória e impugnação ao cumprimento de sentença. In **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015** – São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-02-62529-7. p. 475-492.

PIÇARRA, António relat. **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 2455/13.4YYLSB-A.L1.S1**, de 13 de julho de 2017, [Em linha]. [Consult. 24 mar. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d2b4ccf5cf391c6a8025815c00494681?OpenDocument>

REIS, Alexandre relat. **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 1008/14.4YRLSB.L1.S1**, de 26 de setembro de 2017, [Em linha]. [Consult. 24 mar. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/894fdeda111f211d802581a70050acc6?OpenDocument>

ROSSETO, Guilherme Ferreira; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Controle judicial da arbitragem: competência para julgar ação anulatória de sentença arbitral. **Revista de processo**. Vol 265. Ano 42. São Paulo: Editora Revista dos tribunais (março 2017) P. 445-468

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. (p. 216-230) ISBN 978-85-309-5452-9

SILVA, Paula Costa e. A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras. **Revista da Ordem dos Advogados**. [Em linha]. Ano 67, vol. II, set. 2007. [Consult. 26 mar. 2018]. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-ii-set-2007/doutrina/paula-costa-e-silva-a-execucao-em-portugal-de-decisoes-arbitrais-nacionais-e-estrangeiras/>

WALD, Arnald. A validade da sentença arbitral parcial nas arbitragens internacionais. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. [Em linha]. N.º. 23 (2003), p. 9-24. [Consult. 27 mar. 2018]. Disponível em <http://www.ablj.org.br/revistas/revista23/revista23%20%20ARNOLDO%20WALD%20-%20A%20validade%20da%20sentença%20arbitral%20parcial%20nas%20arbitragens%20internacionais.pdf>

# A CONSTELAÇÃO SISTÊMICA COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS JURISDICIONAIS

**Denise Teixeira Neri**

Bacharelanda em Direito e Conciliadora  
Centro Universitário Salesiano de São Paulo

## **Resumo:**

Atualmente o Direito encontra grandes dificuldades para quem o recorre devido à morosidade e custos processuais, que, em detrimento a desigualdade social, falta de acessibilidade e conhecimento, faz com que muitos renunciem de seus direitos constitucionalmente tutelados. Nesse sentido, foram implantados no sistema judiciário métodos alternativos de Resolução de Conflitos como a Conciliação, Mediação e Arbitragem, sendo, ferramentas que auxiliam as partes litigantes a construir um acordo através do restabelecimento do diálogo visando à paz social. A Constelação Sistêmica como instrumento pacificador de conflitos jurisdicionais tem o objetivo de auxiliar situações em que os métodos autocompositivos encontram limitações. O termo Direito Sistêmico criado pelo Juiz Sami Storch define a aplicabilidade da Constelação no âmbito jurisdicional, como um viés terapêutico de modo a humanizar os litígios encontrados nas vias judiciais.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Direitos Fundamentais; Justiça Restaurativa; Mediação; Constelação.

## **Introdução**

O presente estudo visa denotar a aplicação da técnica de Constelação Sistêmica como instrumento pacificador de conflitos jurisdicionais tendo como pilar os métodos alternativos que auxiliam a justiça através de meios consensuais de resolução de conflitos. Para o poder judiciário, o novo Código de Processo Civil enfatiza a busca de uma autocomposição consensual de modo a incentivar o uso da Conciliação, Mediação e Arbitragem devido à morosidade no sistema judicial, sendo incorporada a fim de desobstruir o fluxo de demandas judiciais.

A justificativa norteia o acesso à justiça como princípio fundamental do cidadão, adotando meios alternativos de soluções de conflitos para proporção-

nar acessibilidade a todos de forma que este direito não seja violado. A partir desta premissa, emerge as Constelações Sistêmicas no âmbito jurisdicional, sendo conhecido como Direito Sistêmico, tendo como prisma a aplicabilidade da ciência jurídica sob uma ótica terapêutica, embasado nas dinâmicas e vivências, proporcionando a humanização e eficácia nas autocomposições judiciais.

Utiliza-se a metodologia da pesquisa bibliográfica e documental, fundamentadas nas leis o qual pretende refletir à luz do Direito brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais 9.099/1995, a Lei da Arbitragem 9.307/1996, pela Lei 13.129, Lei de Mediação 13.140/2015 e a incorporação da Conciliação e Mediação no Código de Processo Civil na Lei 13.105/2015 e Julgados de Paz.

Aborda-se os pactos Internacionais da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 e da Convenção Americana do Pacto de San José da Costa Rica de 22 de novembro de 1969. Foram utilizadas obras de Mediação e Conciliação sendo equiparado com a obra de Bert Hellinger, pioneiro das técnicas de Constelação Sistêmica.

O objetivo será levantar os aspectos jurídicos sobre os métodos alternativos de auxílio à justiça; denotar os benefícios dos meios consensuais de resolução de conflitos para o poder judiciário; analisar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional garantido ao cidadão o acesso à justiça e assegurando seus direitos fundamentais.

A aplicação da Constelação Sistêmica no âmbito jurisdicional tem sua proposição instaurada pelo Magistrado brasileiro Sami Storch, que se baseou na teoria da Constelação Sistêmica desenvolvida pelo psicoterapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger, que originou as vivências de constelações familiares, e hoje, se estende em diversas áreas do Direito como nas Varas de Família, Criminais, Empresariais e Organizações, que recorrem desta técnica em busca de efetivar o litígio de forma pacífica.

## **O Acesso à Justiça**

Devido ao processo evolutivo do Direito almejando reprimir a auto-composição como forma de solução de conflitos, surge o poder atribuído ao Estado sobre o direito de punir, conhecido como jurisdição. Assim exemplifica Tourinho Filho: “é aquela função do Estado consistente em fazer atuar, pelos órgãos jurisdicionais, que são os Juízes e Tribunais, o direito objetivo a um caso concreto, obtendo-se a justa composição da lide” (TOURINHO FILHO, 2008. p. 49).

Assim, investe na autoridade do juiz o poder de julgar as partes litigantes do processo representando a figura do Estado, possibilitando e validando a função jurisdicional.

O acesso à justiça tem como princípio basilar a inafastabilidade da jurisdição e o direito de ação, sendo constitucionalmente tutelado pelo artigo 5º,

XXXV de 1988, o qual determina que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Fora, sem dúvida, a partir desse conceito legal que permitiu o acesso à justiça de modo que pessoas com poucos recursos tenham oportunidade de recorrer seus direitos através da justiça gratuita colocando os desiguais no mesmo pé de igualdade da parte litigante que pode arcar com a custa processual. Assim, segundo o artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, reforça o conceito que: “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele” (Assembleia Geral da ONU, 1948). Todavia, aqueles que sentirem o seu direito ameaçado, poderão recorrer por vias judiciais o reparo do dano.

O artigo 8º, inciso I, da Convenção Internacional Interamericana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica elucida estas garantias judiciais:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Mediante a morosidade do sistema judiciário, devido à grande quantidade de demandas, bem como os custos para dar marcha aos processos judiciais, o Poder Judiciário adotou métodos alternativos para resolver conflitos buscando uma justiça mais acessível e célere a todos que recorrem. Nesse sentido, foi instaurado no ordenamento jurídico o instituto da Conciliação, Mediação e Arbitragem como auxiliares da justiça. A resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deliberou os métodos alternativos de resolução de conflitos visando apoiar os tribunais tendo um novo conceito de justiça, trazendo mais celeridade e humanização nas disputas judiciais. Com o advento da Lei 13.105 de 16 de março de 2015, apresentou diversas mudanças, dentre elas a relevância dos mecanismos autocompositivos sendo incorporado preliminarmente da decisão do juiz, sendo designada a audiência de Conciliação, onde o artigo 165 do novo Código de Processo Civil–CPC traz expressamente: 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.

Entende-se como Conciliação o instrumento utilizado em conflitos judiciais, onde a relação das partes litigantes é estritamente processual, não possuindo vínculo anterior a lide, tendo um facilitador imparcial designado, que oferece sugestões às partes para que juntos possam solucionar o conflito. No entendimento de Galvão e Galvão Filho: “A conciliação se aplica quando não

há vínculo anterior entre as partes e visa harmonização, não podendo o conciliador se valer de qualquer modalidade de constrangimento ou intimidação para alcançar o acordo” (GALVÃO; GALVÃO FILHO. 2015, p. 73).

Diferentemente da Conciliação, a Mediação ocorre em casos nos quais há vínculo anterior entre as partes, não oferecendo sugestões, mas sim, restabelecendo o diálogo entre as partes através de reflexões que motivou a divergência.

Assim pontifica Fredie Didier: *Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares* (DIDIER JR. 2014, p. 276).

A Arbitragem encontra respaldo na Lei nº. 9.307/1996 posteriormente alterada pela Lei nº 13.129/2015, que se trata de um procedimento extrajudicial de solução de controvérsias, permitindo às partes a autonomia de vontade, sendo menos burocrático, evitando que o processo dependa do poder judiciário para ser resolvido. Por este motivo, o processo se torna mais econômico por não se estender em longo prazo. No caso da Arbitragem, as partes litigantes conferem a um terceiro imparcial devidamente preparado e especialista no conflito questionado, poderes para decidir através do bom senso e entendimento técnico do assunto demandado.

De acordo com o artigo 3º da Lei de Arbitragem: “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. Portanto, a arbitragem se trata de um instrumento heterocompositivo, decorrente da vontade das partes em atribuir a competência a um julgador que possui habilidade técnica para decidir sobre o objeto demandado.

## **A Constelação Sistêmica como Método Alternativo**

A Constelação Sistêmica é um método terapêutico desenvolvido pelo filósofo e psicoterapeuta alemão Bert Hellinger para solucionar conflitos emocionais familiares. Desse modo, a técnica ensina através de uma dinâmica esclarecer o que permanece oculto nos relacionamentos familiares, atuando nas emoções e energias inconscientes que impulsionam nas decisões. Através da participação como missionário católico na África do Sul, Hellinger (HELLINGER, 2004, p.3) desenvolveu o método da Constelação a partir de observações dos padrões comportamentais repetitivos que ocorrem no sistema familiar e que perpetuam por gerações.

A partir de tais ensinamentos, é possível compreender que existe a necessidade de pertencimento através de um vínculo familiar, o qual não se permite a exclusão de nenhum membro. Quando ocorre, os pertencentes excluídos são inconscientemente substituídos por outros membros da família. O sistema se restabelece quando o Constelado reconhece os que foram excluí-

dos como pertencentes à família através das ordens amor, fazendo com que o padrão de comportamento deixe de ser repetitivo.

## Ordens do Amor

Dentro de um sistema familiar existem ordens que regem o vínculo de permanência, que quando são alteradas causam o desequilíbrio e desarmonia nas relações.

Nas palavras de Hellinger:

Existe uma hierarquia baseada no momento em que se começa a pertencer a um sistema: esta é a ordem de origem, que se orienta pela sequência cronológica do ingresso no sistema. Por essa razão, no sistema de Hartmut, a primeira mulher tinha precedência sobre a segunda, e o filho mais velho sobre seus irmãos mais novos. Quando se dispõe uma família de acordo com essa ordem, por exemplo, num círculo, as pessoas que ocupam posição inferior ficam, no sentido horário, à esquerda das pessoas que ocupam posição superior. O ser é definido pelo tempo e, através dele, recebe seu posicionamento. O ser é estruturado pelo tempo. Quem entrou primeiro num sistema tem precedência sobre quem entrou depois. Da mesma forma, aquilo que existiu primeiro num sistema tem precedência sobre o que veio depois. (HELLINGER, 2004, p.25)

Quando um membro da família passa ocupar o lugar de outro pertencente, ocorre a exclusão causando o desequilíbrio da ordem. O mesmo ocorre quando um filho passa assumir responsabilidades do pai ausente, ele deixa de ocupar o lugar de filho e passa a ocupar o lugar do pai, fazendo com que se sinta responsável pelas obrigações que de fato não são suas, o que faz com que a falta de amor se transforme em um fardo permanente.

Assim preconiza Dias:

Um excluído é algum participante do sistema que sofreu a grave injustiça de ter sido negada sua inclusão no grupo. Muitas vezes um participante mais recente deste grupo tende a representar o participante excluído através de uma “pressão sistêmica”, de modo a restaurar o equilíbrio interno do grupo, passando a cumprir as funções que o excluído exercia na dinâmica do todo. Isto acontece através das identificações, também nomeadas envoltimentos ou emaranhamentos ao longo dos trabalhos de Hellinger (DIAS, 2014, p. 8).

Entende-se nas ordens sistêmicas, que uma criança foi concebida por dois genitores, portanto pertence metade a mãe e a outra metade ao pai. Ambos os genitores, possuem sua memória celular, que são características da personalidade de ambos. Os pais estão eternamente vinculados a este filho e após a concepção não é mais possível romper este vínculo. O casal pode vir a romper o relacionamento conjugal por não conseguir sustentar a convivência

com o outro, no entanto, os vínculos com o seu filho permanecem unidos por suas gerações. Rupert Sheldrake descreve este fenômeno como ressonância mórfica.

Assim menciona:

“Campo mórfico” é uma expressão genérica que inclui todos os tipos de campos que têm uma memória inerente dada pela ressonância mórfica de sistemas similares anteriores. Campos morfogenéticos, motores, comportamentais e sociais são campos mórficos, e todos são essencialmente habituais (SHELDRAKE, 2014, p. 109).

A lei do equilíbrio nas ordens sistêmicas representa a importância para o funcionamento da ordem familiar de maneira geral. Entende-se que os pais dão a vida aos seus filhos. Os filhos, por sua vez não podem dar a vida aos seus pais, mas pode dar continuidade ao sistema familiar gerando seus próprios filhos como forma de compensação.

Nas palavras de Bert Hellinger:

Os pais dão aos filhos aquilo que eles próprios são. A isso nada podem acrescentar, disso nada podem tirar. Por isso, os filhos só podem aceitar os pais como eles são. Ao que receberam dos pais nada podem acrescentar, do que receberam deles nada podem tirar. Isso é simplesmente assim. Tem uma qualidade totalmente diversa de quando presenteio a alguém o que tenho. Este é o primeiro ponto. Assim, cada um precisa tomar seus pais; quando aceita isso, ele os tem e está completo em si mesmo. Por outro lado, os pais dão aos filhos algo mais, além da vida, pois cuidam deles por muitos anos e de muitas maneiras. Isso os filhos também tomam. A soma de tudo isso resulta num desnível tão grande entre pais e filhos que estes jamais poderão compensar e retribuir. Sob a pressão desse desnível eles se desprendem dos pais, pois não suportam essa situação. Assim, esse desnível leva os filhos a se soltarem dos pais. Então passam adiante o que receberam deles, aos próprios filhos ou a outras pessoas, pelo engajamento social. É esta então a compensação (HELLINGER, 2004, p. 92).

Contrariamente a relação entre pais e filhos onde apenas uma das partes recebe inexistindo a necessidade de retribuir, no relacionamento entre o casal, a compensação ocorre através da troca onde um complementa o outro com algo que lhes falta. Hellinger (2010) explicou que: “quando, num relacionamento, um parceiro dá mais e recebe menos que o outro, o relacionamento fracassa.” Contudo, a primeira medida a ser observada em terapia de casais é quem está recebendo mais na relação, para então restabelecer o equilíbrio entre o dar e receber.

## **Direito Sistêmico**

Denomina-se como Direito Sistêmico a terminologia criada pelo juiz

Sami Storch para abordar as constelações sistêmicas sob a ótica do Direito, utilizando as técnicas de constelação para as resoluções de conflitos no sistema judiciário. A utilização da técnica encontra amparo na resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o qual deliberou o uso dos métodos alternativos de solução de conflitos. Em determinados casos específicos, o conflito não se resolve apenas com a sentença, sendo necessário buscar apoio em métodos alternativos para solucionar efetivamente o problema. Tendo em vista os meios alternativos como a Conciliação e Mediação são eficazes em determinadas situações, tais métodos se tornam limitados por suas técnicas, o qual aborda as partes litigantes do conflito sobre uma pretensão.

Assim, Storch exemplifica:

O direito sistêmico se propõe a encontrar a verdadeira solução. Essa solução não poderá ser nunca para apenas uma das partes. Ela sempre precisará abranger todo o sistema envolvido no conflito, porque na esfera judicial – e às vezes também fora dela – basta uma pessoa querer para que duas ou mais tenham que brigar. Se uma das partes não está bem, todos os que com ela se relacionam poderão sofrer as consequências disso (STORCH, 2010).

Embora o Direito Sistêmico seja abordado no Direito de família, outros ramos da ciência jurídica buscam soluções de litígios através dos métodos das Constelações, tendo como exemplo o Direito penal, empresarial e organizações, entre outros.

O Tribunal de Rondônia em parceria com a ONG de Acuda realizam as vivências de Constelação sistêmica como forma de humanização do sistema penitenciário (SEDEP). Para que seja permitida a participação nas Constelações, apenas os presos com bom comportamento e que esteja há mais de um ano em regime fechado podem participar da vivência.

Tendo como base nos resultados auferidos pelo Conselho Nacional de Justiça que enaltece a humanização das Constelações como um instrumento de apoio das mediações. Na Vara Cível de Família, Órfãos e Sucessões do Distrito Federal, foram realizados cerca de cinquenta e dois processos atingindo o índice de acordos de 86%, no fórum de Leopoldina/RJ, o número de acordos subiu de 55% para 86% após 300 processos passarem pelas constelações familiares no ano de 2017. A comarca de Goiânia foi premiada pelo CNJ em 2015 por utilizar as constelações em mediações judiciais, tendo o índice de solução de 94% das disputas familiares.

A busca da humanização na composição da lide tem sido cada vez mais frequente pelos operadores do Direito. A Ordem dos Advogados Brasileiros (OAB) reconheceu os métodos das Constelações como uma via eficaz na pacificação de conflitos. Foi realizado na OAB seccional do Distrito Federal o seminário internacional de Direito sistêmico, onde operadores do Direito apresentaram o uso da técnica das constelações na solução de conflitos judiciais. Assim, o presidente da OAB/DF Délio Lins e Silva Junior, declarou:

“Criamos um comitê para que os advogados possam conhecer as novas áreas do Direito e o Direito Sistêmico tem papel de destaque nesta intenção”. Nessa perspectiva, operadores do direito utilizam as diretrizes de Hellinger à luz da Constelação sistêmica, como suporte em escritórios de advocacia com o desígnio de conscientizar o cliente antes ou durante a disputa judicial, sendo reconhecida como advocacia sistêmica.

## Técnicas Sistêmicas

A técnica sistêmica aborda uma análise mais aprofundada no tocante as relações familiares. As Constelações consistem em uma dinâmica na qual o Constelado apresenta uma abordagem a ser trabalhada, a partir de então, o constelador realiza uma entrevista onde obtém informações sobre a vida dos membros familiares para identificar a existência de heranças emocionais, como por exemplo: divórcio, filhos ou irmãos de outros casamentos, assassinato, suicídio, doenças hereditárias, dentre outros.

Assim, esclarece Nadia Oliveira:

O facilitador e o titular da questão entram em sintonia e depois o cliente expõe muito brevemente a questão que deseja trabalhar. Não se faz necessário detalhar ou descrever sobre os relacionamentos ou dinâmicas vivenciadas, pois o campo é ciente e busca sua própria solução. O detentor da questão escolhe entre os participantes do workshop alguém para representar a si próprio e outros para que representem os membros ou peças da família ou empresa. O detentor da questão, então, ‘configura’ (posiciona fisicamente) cada representante, um de cada vez, no espaço do círculo central. A relação espacial que é revelada por essa colocação simples é aquela da imagem interna que o cliente tem de sua família ou empresa. Essa representação espacial também fornece ao facilitador informações imediatas sobre o grupo familiar com uma imagem visual e viva das relações intrafamiliar. O detentor da questão começa a ver literalmente como está vinculado ao sistema familiar mais amplo e aos indivíduos dentro do sistema nesse quadro tridimensional e em movimento da família. Lentamente, a imagem muda as posições dos representantes e afloram sensações, através destes movimentos e impulsos que surgem das informações do campo, o facilitador aplica técnicas de restauro para o campo trabalhado, respeitando o cliente em suas limitações sem querer instaurar algo forçado, assim percebe-se claramente o momento onde ocorre a mudança e harmonia. (OLIVEIRA, 2018, -online)

Existem diversas formas para realizar as técnicas de Constelação. No entanto, as mais utilizadas são as vivências coletivas e individuais. Na coletiva, o constelador convida participantes para representar o tema apresentado pela pessoa que será constelada. Quanto às constelações individuais, possuem a mesma eficácia, podendo ser utilizado em qualquer lugar não havendo neces-

cidade de recrutar outras pessoas para realizar a vivência. No entanto, nesta técnica trabalha a partir da percepção do constelado que pode distorcer o resultado do método.

Nas palavras de Jakob Schneider:

A principal desvantagem quando comparado a uma constelação em grupo é que um terapeuta pode frequentemente encontrar dinâmicas sistêmicas ocultas através de afirmações bastante surpreendentes dos representantes. Especialmente em casos difíceis, com dinâmicas novas e incomuns, isso é crítico. Por exemplo, se uma pessoa no sistema está sendo levada a ir no lugar de outra, isso é frequentemente algo que não fica imediatamente claro numa constelação. É o relato dos representantes que pode fornecer indicações dessa dinâmica. Se um terapeuta tem uma suspeita sobre algo desse tipo, é mais fácil checar isso num grupo. A energia e participação dos membros do grupo que observam a constelação também dão importantes indicações sobre a acurácia das hipóteses levantadas (SCHNEIDER, 2000. p. 7).

Nos casos de constelações individuais, os participantes serão substituídos por bonecos sendo criado o mesmo campo de energia que seria utilizado na constelação coletiva. No entanto, as constelações coletivas são mais usuais, considerando que a presença dos participantes faz com que a interação facilite no processo de identificação das questões emocionais colocando o constelado sob a ótica de telespectador.

## Considerações Finais

A partir do contexto apresentado, observou que as relações jurídicas evoluem de acordo com as necessidades humanas. O Estado democrático de direito visou integrar diversos métodos alternativos específicos para cada circunstância a fim de humanizar o convívio social, por meio de mecanismos autocompositivos convenientes a problemas enfrentados que vão além da esfera judicial. As ferramentas de conciliação e mediação permitem as partes a solucionarem o conflito em comum acordo e de maneira amistosa, contribuindo com a economia processual e a paz social.

O Direito Sistêmico, com base na resolução 125/2010 do CNJ, apresenta as Constelações como uma ferramenta eficaz para solucionar conflitos quando as técnicas de autocomposição se encontram limitadas em determinadas situações.

Foi possível obter mais acordos em audiências de conciliação junto à aplicação das técnicas das Constelações Sistêmicas, o que enfatiza a sua eficiência no âmbito jurisdicional.

Assim, outros ramos do Direito integraram os métodos das Constelações como aqui supracitados, o que estimulou profissionais do ramo do Direito, como magistrados e advogados, a buscarem a especialização sistêmica, a

fim de obterem acordos mais consolidados.

Por fim, se conclui que a Constelação Sistêmica é considerada a ferramenta mais eficaz que auxilia em audiências autocompositivas, tendo como objetivo primordial a pacificação social junto à humanização da justiça.

## Referências

BRASIL. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010.**

CIDH. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica**, 1969. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)> Acesso em: 10 de Nov. 2019

CNJ. **Constelação ajuda humanizar práticas de conciliação no judiciário.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>> Acesso em: 30 de out. 2019

DIAS, Cristiana Kaipper. **As contribuições da teoria sistêmica de Bert Hellinger para a compreensão das relações humanas e resolução de conflitos.** Disponível em <srv02.fainor.com.br › revista › index.php › memorias › article ›> Acesso em 30. Out. 2019.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 16ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. Vol. 1.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 03 de Nov. de 2019

GALVÃO, Fernanda Koeler; GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. **Da mediação e da conciliação na definição do novo Código de Processo Civil:** art. 165. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 33-108.

HELLINGER, Bert. **A simetria oculta do amor:** porque o amor faz os relacionamentos darem certo. São Paulo: Cultrix, 2012.

\_\_\_\_\_. **Ordens do Amor:** um guia para o trabalho com constelações familiares. 2ª edição. São Paulo: editora Cultrix, 2004.

**O que é Direito Sistêmico?** Disponível em: <<http://direitosistemico.com.br/pt-services/o-que-e-direito-sistemico/>> Acesso em: 06 de Nov. 2019

OAB DF. **Especialistas em Direito Sistêmico propõem novas formas de julgar e advogar.** Disponível em: <<http://www.oabdf.org.br/sem-categoria/especialistas-em-direito-sistemico-propoem-novas-formas-de-julgar-e-advogar/>> Acesso em: 10 de Nov. 2019

OLIVEIRA, Nádia. **O que é constelação sistêmica.** Disponível em: <<https://www.nadioliveira.com/sobre-a-tecnica>> Acesso em: 05 de Nov. 2019.

**Resolução 125,** CNJ. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao\\_n\\_125-GP.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf)> Acesso em: 03 de Nov. 2019

Schneider, Jakob. **Usando Figuras para fazer constelações familiares com**

**clientes individuais.**

SEDEP. **Constelação Familiar no cárcere:** semente para uma Justiça melhor. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/noticias/constelacao-familiar-no-carcere-semente-para-uma-justica-melhor/>> Acesso em: 07 de Nov. 2019

SHELDRAKE, Rupert. **Uma nova ciência da vida:** a hipótese da causação formativa e os problemas não resolvidos da biologia / Rupert Sheldrake; tradução Marcello Borges. Ed. 1 – São Paulo: Cultrix, 2014.

STORCH, Sami. **O que é Direito Sistêmico?** 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** Ed. 30. São Paulo: Saraiva, 2008.

WEBER, Gunthard: Praxis des Familien-Stellens. **Figuras** Disponível em: <<https://sistematicaconsultoria.com/wp-content/uploads/2017/12/USANDO-FIGURAS.pdf>> Acesso em: 08 de Nov. 2019.

# A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NOS CASOS DE SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Hosana Isabel Cortenove Moreira dos Santos  
Thais de Carvalho Caruso

## Resumo:

A disputa de guarda dos filhos em uma separação matrimonial gera muitas vezes a discórdia, podendo ocorrer a manipulação de uma das partes para influenciá-lo a seu favor, desencadeando um transtorno psicológico denominado Síndrome de Alienação Parental. Mediante esta situação a utilização da mediação como método alternativo de solução de conflito vem sendo valorizada como forma eficiente e célere comparada a utilização da justiça tradicional. O método a ser utilizado para atingir o objetivo proposto nessa pesquisa qualitativa será o exploratório, utilizando como forma de organização a dedução, permitindo que a partir de princípios gerais os fatos particulares sejam deduzidos. Far-se-á uma leitura, extraindo os temas mais relevantes para a pesquisa através de um levantamento bibliográfico por meio de artigos, doutrinas, teses e legislação. O presente trabalho pretende identificar se a mediação pode ser de grande valia, na solução de lides na área de família, para minimizar o impacto negativo da Síndrome de Alienação Parental, em seus diferentes estágios. A violência psicológica, por não ter marcas físicas, torna-se difícil sua constatação no processo de Alienação Parental. A razão pela qual ela aparece, em casos de disputa de guarda, ocorre devido a não aceitação de um dos cônjuges do divórcio ou por sentimentos adversos. Uma das possíveis consequências desse conflito é o surgimento da Síndrome de Alienação Parental. Esta síndrome refere-se a sintomas apresentados por crianças e adolescentes, constatada a partir do momento em que são afetados pela influência do genitor alienador, ocasionando consequências negativas. Em 1980, o termo Alienação foi definido por Richard Gardber como uma “lavagem cerebral” exercida sobre a vítima, realizada pelo alienador, com o intuito de rejeição para com o alienado. Nos processos atuais de disputa familiar, considerando que o direito brasileiro adota o sistema adversarial, sua resolução da lide leva tempo e custos elevados. Uma das modalidades para resolver esse impasse é a mediação que é um instrumento de pacificação de natureza voluntária e autocompositiva, na qual um terceiro, imparcial, que age de forma ativa ou passiva, de modo a facilitar o diálogo entre as partes, para que elas tentem solucionar o conflito. O papel do mediador é cooperar, ensinar e conscientizar as partes a

resolverem os conflitos pessoais pendentes, buscando a satisfação das mesmas com um acordo justo. A lei 13.140/15 (Lei da Mediação) traz diversas inovações e regras com objetivo de facilitar sua aplicação, sendo a imparcialidade do mediador o princípio norteador, pois, sobretudo as partes devem ter total autonomia sobre suas decisões. Assim, a mediação é o meio mais adequado para solucionar as controvérsias decorrentes da disputa de guardas de crianças e adolescentes, no qual se identifica sinais de alienação parental. No campo do Direito da Família, a mediação atua como forma de priorizar a abertura de diálogos entre as partes, formando um acordo sem consequências psicológicas negativas aos filhos. Ao trazê-la para a resolução das lides torna-se de grande valia para a proteção da criança e adolescente, conforme previsto no Artigo 227 da Constituição Federal, garantindo seu direito fundamental.

**Palavras-chave:** Alienação Parental; Mediação; métodos alternativos de resolução de conflito.

## Introdução

Muitas famílias que vivem em relacionamentos conturbados anseiam, em virtude disso, a separação conjugal. Neste processo de separação, manter um lar com brigas e discussões constantes pode trazer resultados para seus integrantes, especialmente para as crianças que passam a ter duas casas e muitas vezes passam a conviver em um lar com constantes agressões e as próprias crianças muitas vezes são o objeto do conflito.

Nesse meio há muitas formas de degradação como abuso emocional, tanto na agressividade, quanto na sutileza, visto que muitos pais difamam um ao outro para a criança sem pensar nas consequências que isso pode gerar e é neste momento que se inicia a Alienação Parental.

Alienação Parental (AP) é um fenômeno que ocorre em disputa de guarda envolvendo crianças e adolescentes, cujo uso emocional abusivo é utilizado pelos pais tanto em disputas de guarda em processos judiciais quanto nos casos em que os cônjuges mantem um relacionamento, visando o favorecimento de um e a desvantagem de outrem nestes casos.

O presente trabalho tem como intuito realizar um estudo sobre as intervenções diante da Alienação Parental, apresentando a mediação, um processo que tem como objetivo a construção da resolução do conflito pelas partes, como uma das possíveis soluções nesses casos.

## Problema de pesquisa

A mediação familiar pode contribuir para minimizar ou até mesmo evitar os efeitos da Síndrome da Alienação Parental?

## Justificativa

Com o aumento relevante do fim de uma vida conjugal no Brasil, a disputa de guarda dos filhos dessa relação é um dos principais fatores para que ocorra discórdia, tendo como consequência a manipulação das partes com o intuito de influenciar na decisão do filho no que diz respeito com quem pretenderá manter os vínculos diários e moradia, desencadeando um transtorno psicológico devido ao impacto sofrido por ter que tomar uma decisão tão árdua em um ambiente instável.

Esse transtorno foi denominado Síndrome da Alienação Parental que é motivo de grande preocupação, pois gera sofrimento e compromete o desenvolvimento psicológico e social da criança. Devido a essas graves consequências torna-se importante o debate e a proposição de medidas para a prevenção desse problema.

Ha necessidade de conscientizar que ela existe e gera danos de ordem emocional. Por esse motivo a dificuldade em relacionar a alienação com o direito dá-se por não se tratar de algo mensurável de modo que a dor não é palpável pois trata-se de um sentimento interno de cada indivíduo.

Mediante a esta situação a utilização da mediação como solução de conflitos familiares vem sendo valorizada como forma eficiente e célere comparada a utilização da justiça tradicional.

## Objetivo

Esta pesquisa tem como objetivo identificar se a mediação familiar pode ser um instrumento eficiente para minimizar ou impedir o impacto negativo da Síndrome de Alienação Parental, em seus diferentes estágios.

## Referencial Teórico

A violência psicológica, por não ter marcas físicas, torna-se difícil sua constatação no processo de Alienação Parental. A razão pela qual ela aparece em casos de disputa de guarda ocorre devido a não aceitação de um dos cônjuges do divórcio ou por sentimentos adversos a esse processo. Uma das possíveis consequências desse conflito é o surgimento da Síndrome de Alienação Parental.

A alienação parental é uma dinâmica que se faz presente em alguns contextos de separação conjugal que normalmente um dos genitores acaba utilizando a criança como forma de ataque ao outro.

Fermann (2015), Gauer (2015) e Amato (2014) relatam que, de acordo a Lei 12.318/2010 a Alienação Parental é a interferência psicológica no menor induzida pelo responsável ou genitor que tem a guarda, com o intuito que a criança se volte contra o outro, dificultando a relação que deveria existir entre eles.

Goudard (apud CABRAL, 2014, p. 30) apresenta as características do

significado de alienação:

O termo Alienação remete à etimologia latina, alienatio ou alienationis, que significa: transmissão legal de uma propriedade, alienação, cessão, venda; desvio de conduta, alienação (do espírito), loucura; distanciamento, defecção, desafeto, desinteligência, desunião, separação, ruptura, divisão, aversão.

Em 1980, este termo foi definido por Richard Gardber como uma lavagem cerebral exercida sobre a vítima, realizada pelo alienador, com o intuito de rejeição para com o alienado. Surgindo assim, a denominação “Síndrome de Alienação Parental”. Para Richard (apud FERMANN, 2015, p. 9-10) há oito critérios para identificar a manifestação da SAP:

(1) Existência de uma campanha de desqualificação, (2) rechaço relacionado ao genitor alienado, (3) falta de ambivalência afetiva com figuras parentais, (4) existência de um “fenômeno del pensador independente”, no qual aparentemente a criança/adolescente demonstra essa desqualificação pelo genitor alienado como sendo 10 comportamentos originados dela, sem influência do outro genitor, (5) apoio ao genitor com quem a criança/adolescente está aliada em qualquer circunstância, (6) ausência de culpa na criança/adolescente em relação ao rechaço estabelecido ao genitor alienado, (7) presença nos relatos das crianças/adolescentes de fatos que não foram realmente vivenciados ou que não poderiam se recordar, e (8) extensão da desqualificação do genitor para outros familiares.

O feito da Síndrome pode ser doença psicossomática, aquela que tem efeito primário psicológico, e como consequência doenças físicas, ansiedade, depressão, nervosismo, tornando a criança mais agressiva, ocasionando uma desorganização mental e até mesmo um transtorno de identidade diante disso o familiar alienado precisa tomar medidas para proteger o direito fundamental da própria criança ou adolescente.

Ainda assim, devido à dificuldade na avaliação dos sintomas apresentados, há discussões acerca sobre a consideração das consequências da Alienação Parental como síndrome, uma vez que são sintomas que podem ser encontrados no período de separação dos pais, sem que haja a manipulação psicológica de alguma parte, ou ainda podendo ocorrer em famílias que não estão passando pelo processo do divórcio.

Esta síndrome refere-se a sintomas apresentados por crianças e adolescentes em decorrência da Alienação Parental, é constatada a partir do momento que o filho é afetado pelas influências do genitor alienador ocasionando consequências negativas.

Por ter adquirido uma marca muito forte, a SAP passa a ter relação direta em que todos os filhos de pais divorciados poderão desenvolver uma síndrome, podendo ser incluída no DSM-V (Manual Diagnóstico de Transtornos

Mentais) mas não são reconhecidas como transtornos mentais, pois outros profissionais que não atuam na área podem tirar conclusões equivocadas, uma vez que os interesses judiciais e os clínicos são distintos.

Houve uma época no Brasil, em que o Estado e as Leis eram insuficientes na resolução de conflitos, estes eram resolvidos através da autotutela, pelos próprios meios encontrados por cada indivíduo, era aplicada a justiça privada. Nesse antigo sistema, também eram utilizadas outras formas para a resolução desses conflitos, segundo Leal (apud FERREIRA, 2016, p. 18) “apresentava quatro formas: desistência, renúncia, submissão (renunciar a resistência oferecida à pretensão) e transição (ambas as partes cedem)”. Modalidade que ainda existe no direito atual por meio da conciliação e mediação.

Já nos processos atuais de disputa familiar, considerando que o direito brasileiro adota o sistema adversarial, o juiz acaba sendo visto como aquele que irá tomar partido por uma das partes envolvidas e a partir dessa interpretação buscam convencê-lo através de todos os meios possíveis para influenciar sua decisão.

Dentro desse processo existem muitas formalidades, que tendem a aumentar o tempo e os custos até a resolução desses conflitos. Consequentemente inicia-se a busca de formas alternativas que sejam eficazes e ao mesmo tempo econômicas. Uma das modalidades encontradas para resolver esses conflitos familiares é a mediação.

A mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, na qual um terceiro, imparcial, atua de forma ativa ou passiva, de modo a facilitar o diálogo entre as partes, para que elas tentem solucionar o conflito. Ela visa ao diálogo amigável entre as partes (OLIVEIRA; SILVEIRA apud, FERREIRA, 2016, p. 19).

Esse processo tem como objetivo, a construção da resolução do conflito pelas partes. Nesses casos o papel do mediador é cooperar, ensinar e conscientizar as partes à resolverem os conflitos pessoais pendentes, buscando a satisfação das partes com um acordo justo. O processo da mediação visa, portanto, a redução no acúmulo de demandas no Judiciário.

Segundo Bomfim (2016, p. 102) “a mediação é o meio mais adequado para solucionar as controvérsias decorrentes da disputa de guardas de crianças e adolescentes, onde se identifique sinais de alienação parental”.

Para obter êxito o processo de mediação, o mediador tem de assumir um papel que mantenha em equilíbrio tanto seu conhecimento psicológico, quanto o sociológico. E ainda assim, não impor seu ponto de vista para com os pais presentes no caso, tendo somente que ouvir e analisar de modo passivo, e posteriormente apresentar a suposta solução para o caso.

O mediador, segundo Melo (2017), para executar seu papel com excelência, tem que ter como características em seu perfil: sua dignidade, tranquilidade e sensibilidade, para se juntar aos mediados. A legitimação é a base para

que o mediador seja escolhido no mercado (mediação extraprocessual) ou ser aceito pelas partes.

Outro requisito é ser um indivíduo neutro, que transpasse a tranquilidade e plenitude para com os mediandos. Destacando que a raiva, rancor e sentimento de vingança sentido por eles naquele momento, se for exposto, poderá não só não contribuir com eles, mas também os prejudicar em suas intenções. Pois o mediador, nada mais é que um instrumento de negociação, no qual é eficaz para as duas partes do negócio. Então ele será primordial para a interpretação dos perfis requerentes, colocando a mesa os interesses em comum, e ajudando a conciliar os interesses opostos, antes da judicialização.

Visto que, ao contrário do mediador, que analisa o caso de forma social nos mínimos detalhes, o juiz analisará o caso de forma mais sucinta, somente o caso exposto, sem contar com os valores morais e sociais. Situação na qual os pais entram em conflito, em um jogo de acusações um ao outro, nas quais ficam em um longo processo de tramitação, tornando-se algo cansativo e desgastante.

Segundo Bomfim (2016, p. 102) “a mediação é o meio mais adequado para solucionar as controvérsias decorrentes da disputa de guardas de crianças e adolescentes, onde se identifique sinais de alienação parental”.

Existem duas espécies de mediação, a extrajudicial, em que as partes poderão escolher qualquer pessoa de sua confiança como mediador, porém este deverá ser capaz e imparcial; e a judicial, o mediador será escolhido pelo judiciário e não pelas partes, nesses casos além de ser pessoa capaz, deverá ter diploma em curso superior há mais de dois anos e ter feito um curso de mediação.

A nova lei, 13.140/15 (Lei da Mediação), trata da mediação como um meio alternativo para a resolução de conflitos, trazendo diversas inovações e regras com objetivo de facilitar sua aplicação. Ela traz em seu texto a orientação através de alguns princípios, como: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, autonomia da vontade, entre outros. Sendo a imparcialidade do mediador o princípio norteador, pois, sobretudo as partes devem ter total autonomia sobre suas decisões, não podendo o mediador decidir por elas.

A partir do estudo realizado sobre o papel do mediador nos casos de Alienação Parental, conclui-se que no campo do Direito da família, a mediação familiar é uma das mais eficaz, por priorizar a abertura de um diálogo entre as partes, para que deixem de lado suas mágoas, frustrações e rancores, tendo como consequência nas disputas de guarda de filhos uma possível reconciliação do casal, ou até mesmo uma separação amigável com um acordo entre as partes, ocasionando assim um ambiente em que o filho não seja afetado negativamente. Nesse procedimento faz com que as partes compreenda a dinâmica e dá a elas a escolha para que resolvam o problema e tenham a ciência do poder de trabalhar com o movimento empático para que os filhos tenham lugar nesta relação, tendo em vista que o foco principal para os casos de alienação parental é a proteção da criança, respeitando e garantindo assim

a prática do princípio da dignidade da pessoa humana conforme previsto no Artigo 227 da Constituição Federal.

## Procedimentos Metodológicos

Esta é uma Pesquisa qualitativa, com o objetivo exploratório, visando torna-la mais explícita. Por meio de um levantamento bibliográfico no Portal da Capes e no IBICT, acessando: artigos, doutrinas, teses e legislação. Após esse levantamento, fez-se uma leitura, extraindo os temas mais relevantes para a pesquisa.

O trajeto temático permite, desta maneira, construir o trabalho a partir de determinações produzidas pela materialidade específica das obras que servirão de referência. Aborda-se a linha desde o processo do divórcio, o aparecimento da Síndrome, aplicação da norma e principalmente a importância de soluções para prevenção do aparecimento da Síndrome.

## Referências

AMATO, Gabriela Cruz. **Alienação Parental**: uma discussão a partir dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. 2014. 26 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/5803/1/000457607-Texto+Parcial-0.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

BOMFIM, Ana Paula Rocha do. **Conflito Familiar e Mediação**: por uma efetiva resolução das controvérsias matizadas por contornos de alienação parental. 2016. 228 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Família na Sociedade Contemporânea, Programa de Pós-graduação, Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2016. Disponível em: <<http://ri.ucs.br:8080/jspui/bitstream/prefix/366/1/TESEANAPAUULA.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2018.

CABRAL, Camila Buarque. **Alienação Parental**: a necessária interlocução entre as medidas judiciais e extrajudiciais para uma efetiva proteção no ambiente familiar. 2014. 120 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/15175/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Camila%20Buarque%20Cabal.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

COELHO, Maria Isabel Saldanha dos Martins. **A Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010)**: concepções e práticas de psicólogos peritos. 2013. 194 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Programa de Pós-graduação, Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2013. Disponível em: <[https://uolp.unifor.br/oul/conteudosite/F75760920180409155037969826/Dissertacao\\_Isabel.pdf](https://uolp.unifor.br/oul/conteudosite/F75760920180409155037969826/Dissertacao_Isabel.pdf)>. Acesso em: 13 maio 2018.

FERMANN, Ilana Luiz. **Avaliações Psicológicas e Decisões Judiciais em Processos de Alienação Parental**. 2015. 20 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Programa de Pós-graduação, Universidade Católica do Rio Grande do

Sul, Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/7834/1/000477405-Texto+Parcial-0.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

FERMANN, Ilana Luiz et al. *Perícias Psicológicas em Processos Judiciais Envolvendo Suspeita de Alienação Parental*. 2016. 37 v. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Ciência e Profissão, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: <[file:///C:/Temp/11.Pericias em processos suspeita alienação parental - 2017 \(2\).pdf](file:///C:/Temp/11.Pericias%20em%20processos%20suspeita%20aliena%C3%A7%C3%A3o%20parental%20-2017%20(2).pdf)>. Acesso em: 19 maio 2018.

FERREIRA, Nayara Souza. *Mediação familiar: fundamentos e regulamentação pela nova lei da mediação*. **Revista do curso de direito do UNIFOR**, formiga, v. 7, n. 2, p.16-28, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://doaj.org/article/e3c94d0cb4984d889536d31db2425133>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

GAUER, Patricia Inglez de Souza Machado. **Alienação Parental: as falsas acusações e o efeito alienador na atuação do poder judiciário**. 2015. 29 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/7866/1/000477760-Texto+Parcial-0.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

MELO, Alessandra Ribeiro. **Da Mediação Extra Processual à Mediação Paraprocessual: abordagem sobre a efetividade da mediação de conflitos brasileira a partir da processualística moderna**. 2017. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político e Econômico, Programa de Pós-graduação, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/3375>>. Acesso em: 14 maio 2018.

SOUSA, Analícia Martins de; BRITO, Leila Maria Torraca de. *Parental alienation syndrome: from the North-American theory to the Brazilian new law*. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 31, n. 2, p. 268-283, 2011. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932011000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932011000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 18 maio 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932011000200006>.

# JUSTIÇA RESTAURATIVA – ESTUDO DE CASO SOBRE BRIGA DE VIZINHOS

**Karen Mello Schivitz**

Mestre em Ciências Criminais, Especialista em Antropologia Social, Especialista em Mediação, Conciliação e Arbitragem, Psicóloga e Advogada. É Mediadora Cível e Família e Instrutora e Facilitadora de Círculos de Construção de Paz. Atua como Psicóloga da Superintendência de Serviços Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul

## **Resumo:**

O presente artigo aborda um caso real de briga de vizinhos, que foi atendido no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania/Justiça Restaurativa – Núcleo da Paz, do Foro Central II, de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil, a partir da técnica de Círculo de Construção de Paz. Para este trabalho utilizou-se a metodologia de Estudo de Caso. Conclui-se, no caso em tela, que o Círculo de Construção de Paz proporcionou o resgate dos valores da Justiça Restaurativa aos envolvidos, como o respeito, a honestidade, a humildade, o compartilhamento, a coragem, a inclusão, a empatia, a confiança, o perdão e o amor, alcançando a Dignidade da Pessoa Humana, enquanto princípio e valor fundamental.

**Palavras-chave:** Justiça Restaurativa; Resolução de Conflitos; Círculos de Construção de Paz.

## **Introdução**

A vida em sociedade é pautada por indivíduos que entram em conflito pelas mais diversas situações. Este fato inerente à condição humana, muitas vezes acaba por desaguar nos tribunais, palco onde estas disputas ecoam.

Em 2010, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça/Brasil (CNJ) estabeleceu uma Política Pública Nacional para Resolução Adequada de Conflitos, buscando disseminar a Cultura da Paz e o estímulo à prestação de serviços autocompositivos.

Esta resolução entende os serviços autocompositivos como um processo, onde as partes em disputa são auxiliadas por um terceiro imparcial, isento, que auxiliará na composição amigável da resolução de conflitos (Azevedo, 2015).

Neste caminho, esta proposição foi amplamente recepcionada no Novo

Código de Processo Civil de 2015, buscando além de maior celeridade ao procedimento civil, uma mudança do foco litigioso, para o foco da cultura da pacificação social.

Desta forma, na Resolução nº125 do CNJ, nos artigos 7º e 8º, foram instituídos a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) para otimização destes serviços.

No Estado do Rio Grande do Sul, em 2014, o “Egrégio Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça” aprovou parecer da Corregedoria-Geral da Justiça, que propôs a criação do projeto sobre Justiça Restaurativa no primeiro grau da Justiça Estadual, passando esta a compor o rol dos serviços oferecidos pelos CEJUSCs (Justiça para o Século 21).

Mas os procedimentos restaurativos do Judiciário no Rio Grande do Sul/Brasil, remontam sua realização a partir de 2002, sistematizando-se em 2005 estas práticas na 3ª Vara do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, com o “Projeto Justiça para o Século XXI” encabeçado pelo juiz Leoberto Brancher (Brancher & Silva, 2008).

Ao mesmo tempo, segundo Grecco (2014), no contexto nacional desenvolvia-se no Ministério da Justiça em 2005 o projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro” em parceria com o “Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento” (PNUD), estando o projeto gaúcho inserido.

Em 2015 o “Projeto Justiça para o Século 21” tornou-se efetivamente um Programa do Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, “promovendo estratégias de pacificação social baseadas nos princípios das práticas restaurativas para prevenção e transformação de conflitos” (Projeto Justiça para o Século 21, 2015: p.23).

A partir de então, efetivou-se a implantação destas práticas nas unidades jurisdicionais, além da sua divulgação nas comunidades e nas políticas públicas.

## **Justiça Restaurativa - Histórico e Conceituação**

A Justiça Restaurativa assenta suas origens nos povos indígenas, mais especificamente nos povos das primeiras nações do Canadá e dos Estados Unidos e nos Maori da Nova Zelândia (Zehr, 2014).

O termo Justiça Restaurativa segundo Souza e Zuge (2011), foi concebido em 1975 pelo psicólogo americano Albert Eglash, no artigo “Beyond Restitution - Creative Restitution” publicado na obra “Restitution in Criminal Justice: A Critical Assessment of Sanctions”, onde estabelecia um novo tipo de resposta ao crime, a resposta restaurativa centrada na reparação do dano.

Em 1989 conforme Maxwell (2005) a Nova Zelândia despontava com a aprovação de um plano piloto e a aprovação de lei, que instituía a Justiça Restaurativa em seu país, sendo utilizada nos Sistemas de Proteção à Criança e

na Justiça Juvenil. Nesta época, embora esta lei não utilizasse especificamente da terminologia Justiça Restaurativa, ela era amplamente amparada em valores restaurativos.

Em 1990 Howard Zehr lança o livro paradigmático “Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça” onde estabelecia as bases da Justiça Restaurativa. Definindo-a como:

1. Tem foco nos danos e consequentes necessidades da vítima, mas também da comunidade e do ofensor;
2. Trata das obrigações resultantes desses danos (obrigações do ofensor, mas também da comunidade e da sociedade);
3. Utiliza processos inclusivos e cooperativos;
4. Envolve todos os que tem interesse na situação (vítimas, ofensores, a comunidade e a sociedade);
5. Busca corrigir os males (Zehr, p.259).

Contudo, a definição mais utilizada de Justiça Restaurativa veio com Tony Marshall em 1996, que conceituou: “Justiça Restaurativa é um processo pelo qual todas as partes envolvidas em um delito reúnem-se para resolver coletivamente como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro (Marshall, 1999, p.05).

Esta definição passou a ser utilizada oficialmente pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas na Resolução nº 12/2002, que trata sobre “Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal”.

Neste contexto, para Pallamolla (2011), a partir da consolidação do arcabouço teórico, o campo prático da Justiça Restaurativa começou a se delinear na Justiça Criminal, desenvolvendo-se a partir de técnicas como Mediação Vítima-Ofensor, Conferências (metodologia Zwelethemba/África do Sul, Conferências de Grupos Familiares/Nova Zelândia) e Círculos (círculos de construção de paz, círculos restaurativos baseados na CNV).

Entretanto, para Zehr (2014), passados mais de 20 anos do lançamento de sua obra “Trocando as Lentes: Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça”, o campo de atuação da Justiça Restaurativa se ampliou, sendo utilizada no mundo tanto em casos de violência grave, como fora do campo da justiça criminal. Nestes casos, o autor denomina como “Abordagem Restaurativa” a sua aplicação nas escolas, nos locais de trabalho, no âmbito social e em situações pós-conflito.

## **O Círculo de Construção de Paz**

O Círculo de Construção de Paz conforme Grecco (2014), é uma técnica desenvolvida por Barry Stuart (juiz de Vancouver/Canadá), Kay Pranis (implementadora de Justiça Restaurativa no Departamento de Correções de Minnesota/USA) e Mark Wedge (mediador e capacitador de círculos).

Caracteriza-se segundo Pranis (2010), por combinar princípios e práticas contemporâneas de construção de consenso, diálogo e resolução de conflitos às tradições ancestrais, sendo embasado em princípios restaurativos de igualdade de voz entre todos, inclusão, respeito às diferenças, e responsabilização coletiva por danos e decisões.

Círculos são uma forma de estabelecer uma conexão profunda entre as pessoas, explorar as diferenças ao invés de exterminá-las e ofertar a todos igual e voluntária oportunidade de participar, falar e ser ouvido pelos demais sem interrupção (Pranis, 2010, p. 11).

Sistematiza-se para a autora, com os participantes sentados em formato de roda, colocando-se de forma opcional algum objeto com significado especial para o grupo no seu centro. Além disso, o círculo deve se basear na voluntariedade da participação dos envolvidos, podendo ocorrer desistência em qualquer etapa do processo.

A técnica se estrutura para Amutz (2012) a partir de uma cerimônia, com atividades de abertura e fechamento que delimitam o círculo como uma prática no tempo. Necessita de um bastão de fala, que passa entre os participantes de forma sucessiva, onde somente a pessoa que segura o bastão pode falar, sendo respeitado o direito ao silêncio. Requer para seu funcionamento, um facilitador ou dois que facilitam o diálogo, ajudando a manter o espaço seguro, conduzindo as etapas do processo e das atividades. E, apresenta orientações, onde os próprios participantes criam as diretrizes e premissas de como o diálogo deverá ser conduzido, finalizando com o processo decisório consensual (quando for um círculo para este propósito).

É fundamentado, segundo Pranis (2010), em valores centrais universais como: Respeito, Honestidade, Humildade, Compartilhamento, Coragem, Inclusão, Empatia, Confiança, Perdão e Amor.

No cerne dos Círculos está a importância de reconhecer o impacto do nosso comportamento sobre os outros, bem como a interconexão de nossos destinos. O mal praticado contra um é um mal para todos. O dano de um, é um dano para todos. O bem praticado a um é um bem para todos (Pranis, p. 42).

Ademais, os Círculos de Paz são baseados no processo de contação de histórias, momento em que cada pessoa tem a liberdade de colocar suas idéias, a sua vida, propiciando-se a escuta respeitosa entre todos os participantes, fato que desencadeia uma conexão a partir da humanidade (Mumme, 2016).

Estas características conforme referem as autoras Boyes & Pranis (2011), fazem com que os círculos possam ser utilizados para diferentes fins e propósitos, sendo os mais conhecidos os círculos de diálogo, os de compreensão, os de restabelecimento, os de sentenciamento, os de apoio, os de construção de senso comunitário, os de resolução de conflitos, os de reinte-

gração e os de celebração.

Para sua efetivação, Pranis (2010) estabelece que o processo circular deve seguir uma sequência de estágios, que são:

1º - verificar sua aplicabilidade, se a técnica é compatível para a situação e se as partes estão interessadas em participar, ou seja, sua adequação;

2º - realizar a preparação do evento, onde se familiarizam as partes sobre o processo, explicando-se o funcionamento da técnica, sua história, os seus princípios;

3º - realizar o encontro entre todos os envolvidos e o desenvolvimento de objetivos ou acordos e responsabilidades;

4º - realizar o acompanhamento do acordo e a avaliação dos mesmos (se tiver sido um círculo para este fim).

Estes estágios para a autora sistematizam-se como: Pré-Círculo (preparação do encontro, aceite das partes e escuta), Círculo (encontro das partes) e Pós-Círculo (acompanhamento).<sup>1</sup>

Neste contexto, os Círculos de Paz apresentam-se como uma técnica democrática, encontrando no Judiciário um campo amplo de atuação, principalmente no que tange à resolução de litígios dos mais diferentes campos, como nas áreas de família, cível e penal.

E foi no campo de atuação do judiciário, Cejusc/Justiça Restaurativa - Núcleo da Paz do Foro Central II, de Porto Alegre/RS, que ocorreu o estudo apresentado seguir.

## O Estudo de Caso

Em agosto de 2017 foi encaminhado para o CEJUSC/Justiça Restaurativa - Núcleo da Paz, Foro Central II - Porto Alegre/Rio Grande do Sul, um processo cível, onde o objeto da ação era um pedido de indenização por Danos Morais, que versava sobre uma briga de vizinhos.

O trabalho foi desenvolvido por uma funcionária do judiciário, capacitada como facilitadora de Justiça Restaurativa, Círculos de Paz, juntamente com uma facilitadora voluntária, igualmente capacitada.

O caso que ensejou esta abordagem restaurativa, ocorreu em um condomínio fechado de casas em Porto Alegre, onde um novo morador, denominado "A", descontente com a administração do condomínio por parte da antiga síndica, denominada "B", e da vice - síndica, "C", passou a contestá-las em suas ações e na prestação de contas da gestão de ambas.

Em vista disso, os ânimos no condomínio ficaram exaltados, ocorrendo de ambos os lados brigas, inclusive na frente de outros vizinhos, passando a ocorrer episódios de agressões verbais mútuas.

Em determinado momento, o morador A escreveu no livro de ocorrências do condomínio sua insatisfação com relação à gestão da síndica e vice -

1 Estas etapas denominam-se na Resolução nº125, artigo 1º, §1º, IV, do CNJ como sessões restaurativas.

síndica, com palavras agressivas, fato que agravou as relações já deterioradas e desencadeou o processo judicial.

Na eleição seguinte para administração do condomínio, o morador A acabou por assumir o cargo de síndico.

Com os desentendimentos frequentes, uma parte dos condôminos ficou ao lado de A, e outra parte dos moradores ao lado de B e C. O clima segundo relatos ficou tão tenso, que todos os envolvidos tinham que se policiar, seja ao utilizar o salão de festas do condomínio, seja ao falar em casa, ao receber visitas ou ao passear com seus filhos e animais de estimação nas áreas de interesse comum.

Neste imbrincado contexto, a técnica do Círculo de Construção de Paz desenvolveu-se. Ocorreram seis encontros de Pré-Círculos, com duração de uma hora cada, efetivados entre agosto de 2017 e julho de 2018, onde foram esclarecidos os objetivos da técnica, sendo os participantes ouvidos em suas demandas e inquietações. Posteriormente, foram ouvidos também seus apoiadores, três (03), que foram as pessoas de confiança que os acompanhariam no Círculo propriamente dito.

Os fatos trazidos por todos os envolvidos na questão, vieram à tona nos Pré-Círculos, momento em que, espontaneamente todos deram o aceite para continuar na abordagem restaurativa.

Com os Pré-Círculos realizados, partiu-se para a efetivação do Círculo de Construção de Paz, com a presença de todos os envolvidos e seus apoiadores (esposa de A e amigas de B e C).

O Círculo de Paz ocorreu em agosto de 2018, transcorrendo num período de quatro horas de duração. Com início tenso, os ânimos aos poucos foram se acalmando, sendo que cada participante foi colocando a sua versão dos fatos e o quanto aquele conflito havia impactado as suas vidas. Foi corrente o sentimento de estarem vivendo em uma prisão. Ante a toda situação exposta, os apoiadores tiveram uma participação efetiva.

Na fase final do processo de abordagem restaurativa, com muito diálogo e escuta, houve a construção do consenso entre os integrantes. Do diálogo partiu-se para a ação, ocorrendo o pedido formal de desculpas por parte de A e a responsabilidade dele em formular uma carta de desculpas para B e C, a ser lida na reunião de condomínio por sua esposa. Este fato foi formalizado na construção do documento, termo judicial do acordo, trazendo um sentimento de reparação, conforto e alívio aos participantes, uma vez que, este conflito chegava ao fim para todos.

O caso continuou sendo acompanhado mensalmente, fase do Pós-Círculo, sendo realizadas ligações telefônicas aos participantes, como forma de se monitorar os combinados, transcorrendo este período dentro da normalidade e vindo cada pessoa a seguir sua vida normalmente.

## **Análise do Caso e Conclusão**

Como o processo que ensejou este Estudo de Caso era de origem Cível, fora da esfera Criminal, não se utilizou o termo Justiça Restaurativa propriamente dita, mas foi trabalhado segundo Zehr (2014), com a conceituação de “Abordagem Restaurativa”, nome dado às práticas fora do âmbito penal.

Considerando que o estudo de caso tratou de uma situação fática de origem conflitiva, briga de vizinhos, e mesmo que, a palavra conflito traga a carga emocional de ser um fenômeno negativo nas relações sociais, como perdas e desentendimentos, constatou-se que do conflito podem emergir mudanças e transformações sociais, segundo Salm & Stout (2011), situação que foi verificada no caso ora analisado.

Como refere o antropólogo Gilberto Velho (2007), a vida em sociedade carrega dinamismo e constantes mudanças, sendo o conflito um fator inerente à vida social. Por outro lado, para o autor, os embates tornam-se muitas vezes maximizados pela heterogeneidade dos estilos de vida que convivem nos ambientes das grandes metrópoles.

Exemplificando este pensamento, nas relações do condomínio constatou-se visões divergentes de gestão por parte dos síndicos e moradores, de opiniões e de visões de vida, que foram o motor propulsor dos conflitos que eclodiram.

Ao mesmo tempo, situações de desentendimento como a trabalhada no Círculo de Construção de Paz, iniciam a partir de uma progressiva escalada de relações conflituosas e falta de diálogo assertivo, estabelecendo um círculo vicioso de ação e reação, criando “Espirais do Conflito”, segundo Rubin & Kriesberg (apud Azevedo, 2015).

Contudo, no Judiciário, a partir da Resolução nº125 do CNJ, a possibilidade de se trabalhar questões conflitivas com a Justiça Restaurativa e a Abordagem Restaurativa, entre outras técnicas, abriram espaço para uma democracia participativa na resolução de conflitos, assentada na Constituição Federal de 1988. (Teófilo & Braga, 2013)

Consolidou-se desta forma, o acesso à Justiça, presente no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, onde o cidadão, de forma voluntária e a partir do diálogo, torna-se o protagonista de suas decisões e de seu destino.

Neste sentido, o pedido de indenização por Danos Morais do processo, resultou no acordo do Círculo de Paz, em pedido formal de desculpas de A para B e C, estabelecendo-se o que Garapon (apud Achutti & Leal, 2017) conceitua como um “fato gerador de Justiça” entre os participantes.

Logo, a técnica do Círculo de Paz foi importante, porque deu espaço, voz e visibilidade para os participantes colocarem suas visões do fato e de todos os impactos sofridos, e ao mesmo tempo, também com ações propositivas, buscou-se construir um novo passo no relacionamento entre os vizinhos, agora com relações pautadas pelo respeito e focadas no futuro, ou seja, no

que seria um condomínio ideal para todos viverem.

Em decorrência, os participantes colocaram que a partir do Círculo, não se tornariam os melhores amigos, mas que o espaço de cada um seria respeitado, dentro das combinações feitas durante a técnica.

Em vista disso, constatou-se que no decorrer da abordagem restaurativa o conceito de cidadania consolidou-se, ocorrendo o que Gilberto Velho (1996) denomina como “negociação da realidade”, ou seja, quando na diferença, estabelece-se um pacto social de coexistência, convívio, interação e respeito mútuo entre as pessoas.

Conclui-se, no caso em tela, que o Círculo de Construção de Paz proporcionou o resgate dos valores da Justiça Restaurativa aos envolvidos, como o respeito, a honestidade, a humildade, o compartilhamento, a coragem, a inclusão, a empatia, a confiança, o perdão e o amor, alcançando a “Dignidade da Pessoa Humana”, enquanto princípio e valor fundamental.

Como refere Sarlet (2008), citando Habermas, estabeleceu-se entre os participantes, a Dignidade na acepção moral e jurídica, a partir do alcance da simetria das relações humanas, estando as relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito, a partir da restauração do diálogo.

## Referências

ACHUTTI, Daniel & LEAL, Maria Angélica. Justiça Restaurativa no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania: da Teoria à Prática. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Maranhão, v. 3, n.2, p. 84-100, julho-dez.2017.

AMSTUTZ, Lorraine; MULLET, Judy H. **Disciplina restaurativa para escolas: responsabilidade e ambientes de cuidado mútuo**. São Paulo: Palas Athena, 2012

AZEVEDO, André Gomma de (ORG.). **Manual de Mediação Judicial**, 5<sup>a</sup> Edição, 2015.

BRANCHER, Leoberto; SILVA, Susiâni. (Org.). **Justiça para o século 21: instituindo práticas restaurativas: semeando justiça e pacificando violências**. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 11 de set. de 2019.

BOYES-WATSON, C. & PRANIS, Kay. **No coração da esperança – guia de práticas circulares**. Porto Alegre: TJ do Estado do Rio Grande do Sul, 2011.

JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21: Instituindo Práticas Restaurativas, **Manual de Práticas Restaurativas/Compilação, sistematização e redação**. Leoberto Brancher, Tânia Benedetto Todeschini, Cláudia Machado. – Porto Alegre, RS: AJURIS, 2008.

GRECCO, Aimeé e outros. **Justiça Restaurativa em Ação: Práticas e Reflexões**.

São Paulo: Dash Editora, 2014.

MARSHALL, Tony F. **Restorative justice: an overview**. Londres: Home Office, Information & Publications Group, 1999. Disponível em: <[http:// https://fbga.redguitars.co.uk/restorativeJusticeAnOverview.pdf](http://redguitars.co.uk/restorativeJusticeAnOverview.pdf) > Acesso em: 11 de set. 2019, p.05.

MAXWELL, Gabrielle. A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia. In: SLAKMON, Catherine, (org.) et al. **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p.280.

MUMME, Mônica Maria Ribeiro; PENIDO, Egberto de Almeida; ROCHA, Vanessa Aufiero da. Justiça restaurativa e sua humanidade profunda. In: CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord.). **Justiça137 Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225**. Brasília: CNJ, 2016.

PALLAMOLLA, Rafaela. **Justiça restaurativa e mediação penal: afinal, qual a relação entre elas?** Disponível em: < <http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/justica-restaurativaemediacao-penal-afinal-qualarela...> >, Acesso em: 11 de set.2019.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares**. São Paulo: Palas Atena, 2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Programa Justiça Restaurativa para Século 21**, 2014. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/corregedoria\\_geral\\_da\\_justica/projetos/projetos/justica\\_sec\\_21/J2](https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/justica_sec_21/J2). Acesso em 08 de set. de 2019.

SALM, J. B.; STOUT, M. What restorative justice might learn from administrative theory. *In: Contemporary Justice Review*, v. 14, n. 2, p. 203-254, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUSA, Edson Luiz André de; ZUGE, Márcia Barcellos Alves. **Direito à palavra: interrogações acerca da proposta da justiça restaurativa**. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 31, n. 4, p. 826-839, 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932011000400012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932011000400012&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 11 Sept. 2019.

TEOFILO, Ana Mayra; Rômulo Braga. **Educação em Direitos Humanos e Justiça Restaurativa**. PRIMA FACIE, João Pessoa, v. 12, n. 22, ano 12, jan-jun, 2013.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: Um novo Foco sobre o Crime e a Justiça**. São Paulo: Palas Atena, 2014.

VELHO, Gilberto. **Cidadania e Violência**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ/Editora FGV, 1996.

VELHO, Gilberto (Org.). **Rio de Janeiro: Cultura, Política e Conflito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2007.

# ACESSO À JUSTIÇA: A MEDIAÇÃO COMO PREVENÇÃO À JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS

**Vanessa Machado Terra**

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Acadêmica do 10º semestre do curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Estagiária do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região. Foi estagiária na Vara do Júri de Campinas e no Ministério Público Estadual. Coautora do Livro “Princípios da Administração Pública – Teoria e Prática” com o artigo *A proteção a Probidade Administrativa à luz da ação popular: aspectos controversos a respeito da delimitação das condutas violadoras da Moralidade Administrativa*. Pesquisa acadêmica na área de *Criminal Compliance*.

## **Resumo:**

Os conflitos fazem parte da vida do homem desde o primórdio dos tempos. Entretanto, o que mudou no decorrer dos anos foi a forma de solucionar tais conflitos. A mediação é um procedimento conhecido a bastante tempo, mas que obteve maior alcance com o advento do Código de Processo Civil de 2015, ganhando mais força, chegando a conhecimento e com acesso fácil à população. O maior objetivo de trazer esse procedimento para o dia a dia foi desafogar o Judiciário, trazer maior celeridade ao processo e maior satisfação às partes na participação da solução do conflito. Mas o que é mediação? É um procedimento em que não há adversários, as partes são chamadas para resolver suas divergências. O objetivo desse trabalho foi realçar como os métodos de resolução de conflitos podem ser benéficos não somente às partes envolvidas, mas a todo o Judiciário, diminuindo o número de lides a serem analisadas pelo juiz togado. E, conseqüentemente, dar oportunidade para que processos que, realmente, precisam de análise judicial possam ser resolvidos com a devida celeridade e justiça. O método de pesquisa é o dedutivo, que é sustentado com bases em pesquisas comprovadas como artigos e livros científicos. Os resultados atingidos foram que o Código de Processo Civil de 2015 deu importância considerável aos métodos alternativos de resolução de conflito, isto é, esses procedimentos devem ser utilizados sempre possível. Além disso, ao diminuir os processos do Judiciário, cumpre os direitos humanos a um processo justo, com andamento em tempo razoável e análise judicial necessária para solucionar o problema com justiça.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; mediação; litígio; direito humano.

## Introdução

Será apresentada neste artigo a necessidade da utilização de métodos alternativos de conflitos, com enfoque na *mediação*. O Judiciário brasileiro é muito demandado para solucionar problemas que seriam resolvidos de forma muito mais célere, menos onerosa e mais consensual entre os litigantes.

A principal causa da superlotação do Judiciário é a cultura da litigiosidade presente não só no Brasil, mas em todo mundo. Essa alta litigiosidade acarreta na violação dos Direitos Humanos e Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e nos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos os quais o Brasil ratificou e introduzidos no artigo 5º da Carta Magna com equivalência de emenda constitucional.

O Princípio do Acesso à Justiça, previsto na Constituição de 1988 como garantia fundamental, sendo um dos princípios com maior relevância, eis que propicia o acesso à justiça nas mais variadas formas: o acesso ao Poder Judiciário, a Justiça Social e o amplo acesso à justiça, conforme as “ondas” desenvolvidas por Cappelletti.

No decorrer do texto chegamos ao dilema se os métodos alternativos de solução de conflitos são realmente efetivadores dos Direitos humanos ao acesso à justiça.

## Princípios da Mediação

### Previsão Constitucional do Acesso à Justiça

O acesso à Justiça encontra respaldo no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. É um direito considerado fundamental no nosso ordenamento jurídico, eis que se caracteriza como inerente ao ser humano, uma vez que não há dignidade da pessoa humana sem a efetivação de seus direitos (PAULICHI; SALDANHA, 2016).

Conforme nos orienta Canotilho, o princípio do acesso ao direito e aos tribunais é outro princípio geral que postula não só o reconhecimento da possibilidade de uma defesa sem lacunas, mas também o exercício efetivo desses direitos (CANOTILHO, 2003).

Para Mauro Cappelletti, o acesso à justiça é inseparável da Justiça Social, uma vez que é difícil definir um e outro. Por isso, o referido autor divide o acesso à justiça em três “ondas” diferentes que são: a assistência judiciária, a representação jurídica para os interesses difusos e o enfoque mais amplo de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

JÁ Antônio Herman V. Benjamin, classifica o acesso à justiça com dois enfoques: um restritivo e outro amplo, o primeiro contempla o acesso à justiça e a jurisdição, o segundo diz respeito a direitos ou interesses violados. Mas nos dois casos o acesso à justiça pode ter natureza preventiva, repressiva ou reparatória (PAULICHI; SALDANHA, 2016; BENJAMIN, 1996).

O acesso à justiça já foi outrora um privilégio daqueles que podiam ar-

car com as custas de um processo, um advogado e todos os outros dispêndios advindos do litígio. No sistema *laissez-faire* o Estado não se preocupava nem um pouco com as condições financeiras dos indivíduos. Por outro lado, com o advento do modelo Econômico *Welfare State*, muitas mudanças aconteceram, a maior delas foi a adequação à realidade social (PAULICHI; SALDANHA, 2016).

Ainda sobre o tema disserta Cappelletti e Garth (1988, p. 10-11):

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram pra trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento faz-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos.

## As Três Ondas Renovatórias do Direito Processual Civil

Agora passemos a analisar as ondas renovatórias supracitadas que foram criadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth aplicadas ao direito brasileiro.

A primeira onda diz respeito à assistência judiciária aos pobres e está relacionada ao obstáculo econômico do acesso à justiça. No Brasil, essa onda renovatória ganhou consistência jurídica com o advento da Lei 1.060/1950 e, mais de quarenta anos depois, em 1994, a instituição da Defensoria Pública da União, Territórios e Distrito Federal.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a assistência jurídica integral passou a fazer parte dos Direitos e Garantias Fundamentais, conforme ilustra o artigo 5º, LXXIV. No mesmo diploma legal ainda conta o artigo 134 que dispõe exclusivamente sobre a Defensoria Pública, alegando que a Instituição não pode ser suprimida do ordenamento jurídico (CARVALHO, 2016).

Além disso, ainda vale lembrar da Ação Popular, instituída pela Lei 4.717/1965, considerada o maior instrumento processual de tutela de direitos metaindividuais. A Ação Civil Pública, com vigor em 1995 e o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, juntos formaram um microsistema de tutela dos interesses de massa.

A segunda onda renovatória trata da representação dos interesses difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça, neste sentido, para os criadores dessa teoria, é necessário que haja um representante adequado para agir no interesse da coletividade, ainda que não litiguem individualmente, todos os afetados em um processo poderiam manifestar-se separadamente. Com isso, surgiu a ideia de flexibilização da coisa julgada (CARVALHO, 2016).

Já a terceira onda renovatória é denominada de “o enfoque do acesso à

justiça”, pois detém a concepção mais ampla de acesso à justiça e tem como objetivo instituir técnicas mais adequadas e melhores para preparar os operadores do direito. Nesse sentido, visa, diminuir as formalidades e burocracias que dificultam a efetividade da jurisdição. O magistrado deixa de ser um mero expectador do processo e passa a conduzir os feitos (CARVALHO, 2016).

## A Mediação no Código de Processo Civil de 2015

Mediação vem do latim *mediare*, que significa “ficar no meio de dois pontos”, “pertencer a média”. É um procedimento em que não há adversários, as partes são chamadas para resolver suas divergências, e um terceiro conduz o ato, de forma imparcial, afim de chegar a uma solução favorável a ambas às partes.

Mediação é o mecanismo de solução de conflitos que tem como premissa o diálogo entre as partes litigantes, de forma cooperativa e consensual. O mediador é um terceiro imparcial que auxilia nas negociações entre as partes, mas não propõe ou sugere uma solução (SALES, 2016a).

No mesmo sentido disserta Almeida quando diz que a mediação pode ser definida como um processo negocial, em que um terceiro não interessado e sem poder decisório, auxilia as partes para que cheguem a uma solução comum e com benefícios mútuos (ALMEIDA, 2005 apud SALES, 2016b).

O autor supracitado ainda destaca três elementos fundamentais da mediação: o protagonismo das partes, o papel do mediador como condutor da negociação e a dupla finalidade das negociações, a primeira de solucionar o problema e a segunda de restaurar a comunicação entre os litigantes.

Em 2015, no Brasil, foram promulgadas duas legislações: a Lei de Mediação (Lei nº13.140/2015) e o Código de Processo Civil (Lei nº13.105/2015). Para a primeira, a mediação é uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, escolhido ou aceito pelas partes, que auxilia na solução do conflito. Tem princípios básicos como a imparcialidade, a isonomia a oralidade, a informalidade e autonomia da vontade entre as partes, a confidencialidade e, por fim, a boa-fé (SALES, 2016a).

Já o Código de Processo Civil fomenta a realização da conciliação e mediação guiada pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (SALES, 2016a).

O Conselho Nacional de Justiça disponibilizou o material didático dos cursos para mediadores, analisando os conteúdos, em geral, há uma forte intenção em aumentar as discussões, sobre o tema e as técnicas a serem utilizadas, principalmente nos cursos de graduação e pós-graduação nas Faculdades de Direito.

As negociações estão presentes no cotidiano das pessoas que necessitam tomar decisões constantemente. Para isso, a autonomia da vontade é imprescindível para que as partes envolvidas em um litígio fiquem satisfeitas com o

que estão decidindo. Há uma carência humana em ter justificativas para as situações da vida, principalmente quando envolve problemas e as suas soluções.

O objetivo principal do Código de Processo Civil, ao trazer os métodos alternativos de resolução de conflitos, é aumentar a celeridade no trâmite de processos que realmente precisam da análise do juiz (ZANINI, 2017). Os conflitos objeto da mediação são aqueles que versam sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação, neste último, o consenso entre as partes deve ser homologado por um juiz na presença de um representante do Ministério Público (NASCIMENTO, 2017).

Os artigos 2º e 3º do Código de Processo Civil, tidos como norma fundamental, estabelecem que sempre que possível o Estado promoverá a solução consensual de conflitos. O artigo 3º ainda dá preferência aos métodos alternativos de resolução de disputas, como a conciliação e a mediação (ZANINI, 2017).

Mais adiante o Código ainda preocupou em citar que os centros judiciários, criados pelos tribunais, devem realizar sessões e audiências de conciliação e mediação, como também auxiliar e estimular a autocomposição (TARTUCE, 20--).

O doutrinador Roberto Portugal Bacellar (1999) nos ensina que estes institutos trazem o desafogamento do Judiciário, permitindo que os julgadores se voltem para questões realmente complexas e relevantes, analisando atenciosamente e fundamentando de forma adequada.

O Código de Ética do Advogado do Brasil também já dispõe acerca do assunto dizendo que o operador do direito deve estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios judiciais. “Estimular” talvez seja um vocabulário equivocado, por permitir mais de uma interpretação. O intuito é promover o meio consensual através da liberdade e da autonomia da vontade das partes, valores essenciais à negociação (TARTUCE, 20--).

## Princípios

O Código de Processo Civil 2015 disciplinou na Seção V, Capítulo III, Título IV, Livro III, os institutos da conciliação e mediação. Reforçou o direito à justiça, fortalecendo os métodos alternativos de resolução de disputas. Para tanto estabeleceu normas e princípios comuns aos institutos da mediação e conciliação que passaremos a analisar (NASCIMENTO, 2017).

O princípio da imparcialidade em que o mediador ou conciliador não devem tomar partido na solução do litígio, devem apenas orientar as partes a chegarem a um acordo (NASCIMENTO, 2017). Neste sentido vale diferenciar conciliador de mediador, o primeiro possui vínculo anterior com as partes que estão no litígio, enquanto o segundo é uma pessoa que não possui vínculo anterior. Nos dois casos, ambas as partes precisam concordar na escolha do terceiro que intermediará as negociações.

O segundo princípio conversa com o primeiro, eis que é o princípio da independência que se relaciona com a autonomia do mediador perante as negociações da parte.

A confidencialidade foi mencionada em dois parágrafos do artigo 166, do CPC, esse princípio garante às partes e ao mediador o sigilo das reuniões de negociação. Entretanto esse princípio não é absoluto, eis que as técnicas de mediação podem ser aprimoradas através de estudos acadêmicos, desde que haja autorização prévia das partes (NASCIMENTO, 2017).

Ainda vale lembrar que o mister dos métodos alternativos de resolução de conflitos é a celeridade do fim do litígio. Nesse sentido é importante mencionarmos os princípios que corroboram para que essa celeridade ocorra, são eles: oralidade, informalidade, informação. A autonomia da vontade é o princípio que faz acontecer as negociações, talvez seja o princípio mais relevante (NASCIMENTO, 2017).

O Conselho Nacional de Justiça também disciplinou alguns princípios no artigo 2º, da Lei 13.140/2015: “Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé” (BRASIL, 2015).

A isonomia entre as partes e a boa-fé foram acrescentados aos princípios previstos no CPC.

## Conclusão

Para que o direito humano do acesso à justiça seja efetivado são necessárias mudanças de algumas posturas: maior acesso à informação acerca dos métodos alternativos de resolução de disputas e uma postura diferente dos operadores do direito, juízes, promotores e advogados para que deem preferência a soluções consensuais.

No entanto, para que isso ocorra, a legislação brasileira deve evoluir no mesmo dinamismo da sociedade. Isto é, dando preferência ao diálogo que para o litígio.

O acesso à justiça é um direito fundamental que está cada vez mais associado às formas alternativas de resolução de conflitos que visa garantir a todos uma solução satisfatória. O intuito é mudar, paulatinamente, o paradigma litigioso para o consensual, com preferência às formas de diálogo entre as partes, tornando o sistema judiciário mais ágil, acessível e econômico.

## Referências

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. **REPRO: Revista de Processo**, São Paulo, n. 95, jul./set. 1999.

BENJAMIN, Antônio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do ambiente e do consumidor. In: CEJ (CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS). **Textos. Ambiente e Consumo**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1996. v. 1.

BRASIL. Lei 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jun. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm)>. Acesso em: 8 out. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Fabio Rodrigues de. As 3 (três) ondas renovatórias do direito processual civil. **SQI no Direito**, ano 3, jun. 2016. Disponível em: <<http://sqinodireito.com/as-3-tres-ondas-renovatorias-do-direito-processual-civil/>>. Acesso em: 8 out. 2019.

NASCIMENTO, Meire Rocha do. Mediação como método de solução de conflitos: definição, modelos, objeto, princípios, previsão no CPC 2015, fases e técnicas, papéis do advogado e o Ministério Público. **Revista FONAMEC**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 321-337, maio 2017.

PAULICHI, Jaqueline da Silva; SALDANHA, Rodrigo Roger. Das garantias processuais do acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição para efetivação dos direitos da personalidade. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 68, p. 399-420, jan./jun. 2016.

SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos: lidando positivamente com as emoções para gerir conflitos. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 965-986, set./dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Técnicas de mediação de conflitos e técnica da reformulação: novo paradigma e nova formação para os profissionais do direito. **Revista novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 21, n. 3, set./dez. 2016.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. **Fernanda Tartuce**, [s. l.], [20--].

ZANINI, Ana Carolina. O acesso à justiça e as formas alternativas de resolução de conflitos à luz do novo código de processo civil. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 12, n. 1, p. 9-26, jul. 2017.

# ACESSO À JUSTIÇA: MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A MOROSIDADE ESTATAL

**Maria Clara Giassetti**

Graduanda de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **Resumo:**

É cediço que a prestação jurisdicional no Brasil é extremante demorada. Tal fato se dá em razão de inúmeros fatores, fazendo com que o Judiciário culmine em ineficiência e incapacidade, afrontando diretamente direitos humanos. A dignidade da pessoa humana abrange todos os aspectos da vida do ser humano a fim de preservar condições para uma vida minimamente digna e conferir autonomia à vontade de cada pessoa. O acesso à justiça é um requisito fundamental, portanto, para a promoção de um sistema jurídico igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. O fato é que a morosidade estatal na garantia dos direitos do indivíduo repercute diretamente no acesso à justiça. Este, outrossim, não pode ser entendido exclusivamente como a possibilidade de um cidadão contatar o Poder Judiciário, devendo, em verdade, ser ampliado à solução de maneira justa e eficiente dos conflitos a ele levados. Insta salientar que o acesso à justiça possui desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro, tais quais, as garantias à razoável duração do processo legal, à eficiência e à efetivação da tutela executiva, os quais são, conseqüentemente, desrespeitados. Os métodos alternativos de resolução de conflitos têm se destacado exatamente pela falha cima aduzida, à medida em que o problema em questão é solucionado mais célere, eficiente e economicamente, uma vez que as partes entram em acordo, deixando de ser necessário submetê-las ao Judiciário. Relevante apontar o caráter restaurativo dos métodos alternativos, porquanto, ao não se arrastarem ao longo do tempo, costumam gerar menor desgaste e maior conforto emocional aos envolvidos. Há elevada preocupação com a limitação do poder discricionário de juízes e afins frente à legalidade, olvidando-se, todavia, que o processo não tem sido apto a produzir os efeitos práticos dele esperados. Finalmente, a tese que se pretende produzir é a de que o desafogamento do Judiciário por meio dos métodos alternativos de resolução de conflitos proporciona maior atenção e eficiência do órgão a casos que dele realmente necessitem, garantindo, assim, a dignidade humana a todos e o acesso à justiça aos que dele necessitam, com qualidade na prestação da tutela jurisdicional. Posto isso, o objetivo

que permeará a presente pesquisa tange a afronta ao acesso à justiça e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana, em razão morosidade estatal. Partindo desse pressuposto, quer-se debater como os métodos alternativos e preventivos de resolução de conflitos garantem que os referidos princípios sejam efetivados. Outrossim, a demora do Estado na prestação jurisdicional se mostra o problema de pesquisa. Sobre este, pretende-se discutir brevemente algumas semelhanças entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português no que tange métodos alternativos de resolução de conflitos, garantindo, por meio destes, direitos fundamentais e humanos. Por fim, o procedimento técnico utilizado será de pesquisa bibliográfica, pelo método dedutivo, com procedimento empírico observacional, dos quais serão extraídos dados qualitativos e quantitativos.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; Métodos alternativos de solução de conflitos; Razoável duração do processo legal.

É certo que um dos maiores desafios atuais é concretizar os direitos codificados de cada cidadão a fim de que estes não se tornem apenas letras mortas. O grande abismo existente entre o ideal e a realidade é demasiado grande e não adianta existirem leis sem que estas sejam respeitadas. Ou seja, é evidente que os direitos não prosperam se não forem garantidos.

O acesso à justiça possui em sua essência exatamente o escopo de evitar tal situação de inobservância dos direitos. Tinha-se que, a partir do momento que o Estado não pudesse eximir-se de apreciar determinado caso a ele levado - prestando, assim, sua jurisdição - não mais haveriam injustiças e desigualdades ou, ao menos, os direitos conferidos a outrem seriam razoavelmente garantidos. Esta visão, ante à atual crise judiciária, demonstra-se inverossímil.

Como bem colocou CROCI (2017, p. 13), acerca dos direitos positivados, estes

[...] apenas sua previsibilidade em norma, não tem a capacidade de demonstrar a sua eficácia. E, assim, a conservação do bem-estar social necessita da efetivação dos direitos do cidadão, por meio de ações condizentes aos preceitos de cidadania e justiça. O direito fundamental de acesso à justiça deve ser garantido como uma alternativa para tentar impedir o desrespeito aos direitos básicos de cidadania, sendo que o desconhecimento de seus direitos por parte dos cidadãos e a existência de poucos lugares próprios para a satisfação de direitos básicos, reforçam a inviabilidade de uma justiça social igualitária.

Sobre o acesso à justiça, seu conceito clássico, segundo CAPPELLETTI (1988, p. 9) tange a concepção de um direito natural – ou seja, anterior ao próprio Estado - e que, portanto, não necessitava de ação positiva do Estado para sua proteção, sendo restrito à sua preservação. Importante dizer, ainda,

que o direito ao acesso judicial essencialmente formal, até meados dos séculos XVIII/XIX, era restrito a propor ou contestar uma ação. Posto isso, não havia preocupação em tornar o acesso formal à justiça alcançável a todos, motivo pelo qual este não correspondia ao efetivo acesso à justiça, visto que esse último apenas podia ser alcançado “por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo, eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte” (CAPPELLETTI, 1988, p. 9).

Nessa toada conclui-se, o acesso à justiça não pode corresponder exclusivamente à possibilidade de um cidadão contatar o Judiciário, mas também das pessoas terem as mesmas oportunidades de ver seus conflitos solucionados de maneira justa e eficiente dos conflitos a ele levados (MILLION, 2007, p. 34).

A doutrina ensina que há dois sentidos para a expressão “acesso à justiça”. Por um lado, preconiza “justiça” como sinônimo de “poder judiciário”, ou seja, revela-se como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário; por outro lado é visto como uma escala de valores e direitos fundamentais para o homem, transcendendo a justiça estatal e não se esgotando no Judiciário (SILVA, 2005, p. 96)

Ademais, o acesso à justiça não pode ser compreendido como equivalente ao acesso ao Poder Judiciário. Segundo XAVIER (2002, p. 1), fazê-lo é restringir seu conceito, porque, “acesso à justiça” além de corresponder à garantia de acesso ao Poder Judiciário, também corresponde à “solução de disputas, estatal ou não, e assessoria jurídica, expressa por educação jurídica e consultoria”.

Corroborando tal entendimento, CINTRA (1991, p. 34) explica que, tradicionalmente, a garantia constitucional esculpida no artigo 5º, XXXV<sup>1</sup>, da CF/88 é entendida como acesso ao Poder Judiciário, sendo relacionada à ideia de ajuizamento de ações, com o regular desenvolvimento processual, etc. XAVIER (2002, p. 2), outrossim, conclui, ainda, estar a noção de Acesso à Justiça amplamente “relacionada à busca do valor de Justiça pela sociedade”.

No mais, TERHORST (2009, p. 9.003) argumenta que, “ao vincular o acesso à justiça a um conceito axiológico de justiça, há a possibilidade de buscar a justiça através de outros meios além do Poder Judiciário, quais sejam, a mediação e a arbitragem; ressaltando, que estas precederam a jurisdição”.

Posto isso, como já mencionado, não se pode olvidar que o conceito de acesso à justiça se desdobra em diversas esferas, sendo os aspectos relacionados à demora e à qualidade da prestação jurisdicional, decorrentes deste. Isso por que, como explica BASTOS (2014, p. 302), o acesso à justiça deve produzir, por meio da prestação jurisdicional, uma ordem jurídica justa e qualificada.

Ademais, a morosidade do Estado na prestação jurisdicional já não é mais uma questão meramente hipotética. Nessa senda, recentemente, o Judi-

---

1 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

ciário Brasileiro passou por uma grande reforma, introduzida pela Emenda Constitucional 39/2004, juntamente com diversos posicionamentos do CNJ, visando melhorar o aproveitamento do órgão, de modo a torna-lo mais célere, eficaz e eficiente. Outrossim, é cediço que o CNJ vem se posicionando no sentido de fomentar métodos alternativos de resolução de conflitos - que são o cerne do presente artigo.

Outrossim, ROCHA (1993, p. 33) também é categórica ao dizer que o direito à jurisdição se apresenta em três fases complementares, quais sejam, a) acesso ao poder estatal prestador da jurisdição, b) a eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição e c) a eficácia da decisão jurídica.

Ainda sobre a efetividade, vale ressaltar o entendimento de RIBEIRO (2011, p. 17), que entende ser esta é um dos elementos do Estado, porquanto “contribui para a construção de uma sociedade justa, baseada na dignidade da pessoa humana, pois, de acordo com Rui Barbosa, *a justiça prestada de forma tardia equivale à injustiça qualificada*”.

Nessa toada, ÁLVAREZ (2003, p. 36), em sua obra “La mediación y el acceso a justicia”, enfatiza a efetividade da justiça na forma de mediação:

En el ámbito de la justicia, los prejuicios contra el sistema están sostenidos, muchas veces, por experiencias negativas que han sufrido los justiciables. Una justicia carente de medios, desprestigiada ante la ciudadanía, lenta, cara y con una creciente desconfianza generalizada que proviene del público usuario que percibe al sistema judicial como ajeno, en lugar de sentir que le pertenece, pues la justificación de su existencia es prestar el servicio de justicia a la sociedad.

É evidente que o processo não tem sido apto a produzir os efeitos práticos dele esperados. Assim, é nas falhas do Judiciário que os métodos alternativos de solução de conflitos têm se destacado e ganhado força – principalmente por razões de morosidade estatal -, à medida em que o problema em questão é solucionado mais célere, eficiente e economicamente, uma vez que as partes entram em acordo, deixando de ser necessário submetê-las ao Judiciário.

Sobre a efetividade do acesso à justiça, esta deve ser analisada em, pelo menos, três momentos distintos. O primeiro diz respeito à ocasião da propositura da ação. A obra de CAPELLETTI (1988), embora extemporânea, aduz sobre os obstáculos que permeiam a seara da acessibilidade jurisdicional, arguindo sobre os altos importes processuais – relacionando aqui, também, o pagamento de honorário sucumbencial – e demais recursos financeiros; o conhecimento dos direitos e deveres inerentes a cada cidadão - ou, como CAPELLETTI (1988, p. 22) alcunha, “aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa” -, ou sua ausência, bem como os difusos e sobre os incapacitados profissionais da área – ou ainda sobre os que, embora capacitados, malfazem sua função como tal. Em síntese, a primeira análise sobre a efetivação do acesso à justiça se refere ao valor, muitas vezes inacessíveis, para

se levar uma lide à apreciação do Judiciário e ao desconhecimento dos direitos que podem motivar uma ação judicial, entre outras hipóteses aqui cabíveis.

Em um segundo momento da linha temporal processual aqui traçada, e considerando ainda a superação dos obstáculos da etapa antecedente, há que se falar nos atos praticados no decorrer da ação. Neste ponto, o principal dificultador é a própria morosidade, o tempo, a duração muitas vezes estendida e exagerada do processo que, muito embora eu não pretenda me alongar nesse aspecto, vez que já foi dedicado capítulo específico para tal, cabe questionar sobre os prazos processuais e o respeito a eles, sobre os princípios, que por vezes se mostraram obstáculos para um transcorrer dos atos em tempo hábil e razoável, a quantidade de recursos cabíveis, etc.

O fato é que os princípios se tornam obstáculo quando a burocracia imposta ao feito é exacerbada.

O terceiro período de análise do acesso à justiça e sua eficaz implementação é quando do adimplemento da pretensão estabelecida em exórdio. O aspecto aqui tratado tange a resolução justa e que cumpra seus objetivos de chancela aos direitos individuais e coletivos positivados. Caso haja alguma irregularidade em alguma estação supra descrita, tal defeito desencarratará ausência de efetivação do acesso à justiça em instância final.

A ocasião de efetivação da tutela pretendida – aqui tratada como instância final - vale salientar, não se pode tecer olhar apenas para o autor de um pedido, mas também para o réu, porquanto o direito a ser tutelado pelo Estado pode ser em prol do autor ou do réu - se difere dos momentos anteriores uma vez que pode acontecer, sem prejuízo da efetivação da chancela aos direitos de um cidadão, que seja ferido o princípio da razoável duração do processo legal, ou haja extrema dificuldade, de alguma forma, em ingressar com um pedido perante a Justiça. Exemplo prático da afirmação feita são os casos em que uma pessoa necessita - e tem direito para tanto – de um benefício previdenciário ou assistencial e que se faça necessária a propositura de uma ação judicial para a concessão do mesmo. Ora, há a possibilidade de que uma breve demora (que não persista demasiado) na chancela desse direito prejudique momentaneamente o cidadão, porém, ao receber uma resposta positiva do Estado, esta fará cessar e indenizar a flagrante afronta aos direitos fundamentais da pessoa.

Há, entretanto, os casos que, em mesma situação, a morosidade na prestação jurisdicional é tamanha e demasiada que o cidadão não resiste a demora, vindo, não raras as vezes, a compor espólio, não conseguindo exercer seu direito em vida e tornando irreparável e impossível de indenizar a afronta a seus direitos.

Não parece razoável equiparar as duas hipóteses, sendo necessário, desarte, momentos diferentes para análise de acessibilidade à justiça.

Sobre a dignidade da pessoa humana, resta cristalino que está presente intrinsecamente em toda a discussão aqui discorrida, do primeiro ao último momento analisado. Ora, afiançar o acesso à justiça é uma forma de se che-

gar à dignidade da pessoa humana, assim como a garantia de um processo de qualidade em tempo razoável e a efetivação da tutela jurisdicional justa – e, insisto, em tempo hábil – perfazem meio/caminho para a dignidade da pessoa humana.

Ou seja, o acesso à justiça é a base. A dignidade da pessoa humana é a finalidade. A dificuldade para atingi-la é o processo, seja a) no conhecimento para a propositura da ação, b) na prática dos atos necessários em tempo hábil e razoável ou c) a efetivação da prestação jurisdicional de forma justa e concisa.

Ante todo o exposto, resta evidente a problemática intrínseca ao processo.

Ademais, a fim de ilustração, segundo os dados do CNJ, em seu relatório intitulado Justiça em Números, publicado no ano de 2019 – que se refere a 2018 -, um processo dura em média, da petição inicial à sentença de 1º grau, na justiça estadual, 4 anos e 10 meses; na justiça federal, outrossim, para os mesmos parâmetros, 6 anos e 8 meses.

Não obstante, o tempo médio de duração entre a petição inicial até a sentença, nas fases de execução nos tribunais de 1º grau é de 3 anos e 5 meses, na justiça estadual e de 6 anos e 11 meses na justiça federal.

Aqui não evidenciamos o tempo de duração do processo em grau recursal, importante salientar.

Ainda dentro dos índices apresentados pelo relatório Justiça em Números (2019, p. 84), em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 11.796 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2018”, sendo nesse indicador excluídos da base de cálculo as execuções judiciais iniciadas, computando-se somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais. São, portanto, cerca de 1.497 processos novos por magistrados apenas no ano de 2018, na justiça estadual de 1º grau, e 1.980, na federal.

Sobre os dados do final do ano de 2018, (p. 79):

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,1 milhões, ou seja, 17,9%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2018 existiam 64,6 milhões ações judiciais.

A conclusão é que “mesmo que não houvesse ingresso de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 6 meses de trabalho para zerar o estoque”.

O que se pode extrair de todo o exposto é que o acesso à justiça não tem sido alcançado e garantido.

Por outro lado, o mesmo relatório salienta que o percentual de senten-

ças homologatórias de acordo, comparativamente ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas, no ano de 2018, foi de 11,5%, sendo que na fase de execução corresponderam a 6%, e na fase de conhecimento, a 16,7% (p. 142).

Ou seja, o índice de conciliação na justiça estadual foi de 10,4% e, na federal, de 11,5%.

Os métodos alternativos de solução de conflitos, abarcando-se no presente raciocínio apenas métodos autocompositivos (mediação e conciliação), têm se mostrado grande instrumento para efetivação do acesso à justiça. Isso porque, conforme já mencionado anteriormente, o conceito de “acesso” não se limita ao direito de levar uma demanda a juízo, “mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva” (MARINONI apud TAVARES, 2011, p. 733).

Há que se pontuar, ainda, que as soluções trazidas na aplicação dos métodos alternativos são interdisciplinares, uma vez que a atuação do mediador, por exemplo, como explica FONTELLA, (2014, p. 4), é composta por conhecimentos de direito, psicologia, assistência social, etc., utilizando-os sempre de forma a convergir na resolução do conflito de forma adequada e com menor desgaste emocional possível.

É certo que os métodos alternativos de resolução de conflitos persistem em fase de crescimento no Brasil, todavia, conforme os números expostos demonstram, há grande perspectiva de colheita de bons resultados.

Ainda nesse interim, precisamos mencionar a maior probabilidade de os métodos alternativos gerarem sentimento restaurativo e o contentamento que os métodos, quando comparados ao Judiciário. Isso por que, com a judicialização dos conflitos, o que a parte ingressante busca é, na maioria das vezes, o sentimento de justiça – atualmente descreditado em razão de tantos óbices à resolução da demanda.

É pacífico que o grande número de demandas “simples” corrobora a crise judiciária. Nesse sentido o apontamento do ex-ministro Teori Zavascki (in DELLORE, 2017):

Claro que a carga de trabalho é enorme. Para dar vazão ao volume de processos, necessariamente tem que se sacrificar a qualidade do julgamento. Ou se busca vencer a quantidade ou se prioriza a qualidade. Não tem milagre. [...]. Eu tenho muito mais processos no gabinete do que eu gostaria. Mas eu também não posso ceder à tentação de simplesmente julgar de qualquer jeito.

Nesse sentido, GOUVEIA (2014, p. 21 *apud* SOARES, 2017, p. 2) aduz as resoluções alternativas de litígios darem respostas mais realistas, informalizando a justiça e mitigando os conflitos sociais de forma rápida e concreta. SOARES (2017, p. 6) conclui que, tendo em vista o afogamento em processos do Poder Judiciário em processos com atraso na satisfação jurisdicional,

“a criação dos Julgados de Paz trouxe a justiça mais próxima da população e deu condições ao juiz de paz desenvolver interpretação e aplicação das leis de modo mais equânime”.

Segundo o Conselho dos Julgados de Paz, estes são tribunais portugueses incomuns, que possuem como suporte legal a Lei 78/2001 – Lei de Organização, Competência e Funcionamento dos Julgados de Paz – e na Constituição, no artigo 209. Os Julgados de Paz foram adotados à título de projeto experimental, visando o fomento aos métodos alternativos de resolução de conflitos “assentes em modelos agilizados e eficazes de jurisdição, em estreita colaboração com o Poder Local (autarquias) e numa perspectiva de proximidade entre a jurisdição e os cidadãos”. Ou seja, os Julgados de Paz são fruto da parceria pública entre o Estado e as autarquias.

Ademais, segundo o próprio veículo, há um procedimento processual próprio dos Julgados de Paz, mais simples e em que as partes podem, inclusive, apresentar peças processuais oralmente. Assim, “os litígios que dão entrada nestes Tribunais podem ser resolvidos na decorrência de mediação, conciliação, transação ou por meio de julgamento e consequente sentença”.

A competência atual dos Julgados de Paz é restrita a apreciar e decidir ações declarativas cíveis, com exceção das que envolvam matérias de direito da família, direito das sucessões e direito do trabalho, cujo valor não ultrapassasse os € 15.000, nos termos do disposto no artigo 9.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, e das respectivas alterações introduzidas pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho.

Resta salientar, ainda que os Julgados de Paz são caracterizados, tanto pela doutrina, quanto pelo Comunicado do Conselho de Ministros, como “instâncias alternativas nas soluções de litígios que tornam mais rápido, barato e eficaz o acesso à justiça, permitindo aos cidadãos resolver litígios sem recorrer aos tribunais e sem terem que se deslocar” (SOARES, 2017, p. 6).

Enfim, sobre a mediação, esta é citada no art. 2.º da já referida Lei n.º 78/2001 como “justa composição dos litígios por acordo das partes” e adquiriu maior visibilidade em Portugal após a adoção dos Julgados de Paz, nos quais cada estrutura conta com um serviço de mediação. GUERRA e CUNHA (2014, p. 121) frisam que “esta forma não jurisdicional significa que a mediação não visa a decisão dos litígios, pois isso está reservado aos juizes de paz, mas sim a obtenção da justiça, da paz justa, motivo pelo qual a lei fala em “justa composição [...] por acordo das partes”.

A pesquisa de campo desenvolvida por GUERRA e CUNHA (2014) concluiu, quanto ao serviço de mediação, que a percepção de utilidade deste pelos agentes envolvidos – no caso, um de juizes de paz, um de mediadores e outro de advogados – é de 91,5% (do total de sujeitos da amostra). Sendo assim, o dado corrobora o apresentado pela doutrina, que afirmam que “a mediação é considerada como um procedimento que apresenta vantagens reconhecidas (procedimento célere, informal e de custo reduzido) quando comparado com o da via judicial”. (GUERRA e CUNHA, 2014, p. 125).

Por outro lado, ao considerarem os resultados apenas do grupo de mediadores entrevistados, estes salientaram, além do enriquecimento pessoal e profissional da prática da mediação, grande satisfação e sentimento de realização por “contribuírem para uma cultura de paz, uma sociedade mais construtiva e menos conflituosa”, bem como para “o estabelecimento de um diálogo assertivo” e de um acordo satisfatório, que respeite os interesses e objetivos dos propósitos da mediação.

Tal relato é de extrema importância, uma vez que corrobora o apontado pela doutrina, como salientam GUERRA e CUNHA (2014, p. 128), no sentido de que a promoção do diálogo, pela mediação, permite a diminuição da degradação das relações sociais, bem como do desgaste emocional que envolve um conflito judicial, permitindo que os envolvidos tenham autonomia de seu próprio futuro. Ou seja, para os autores mencionados, a mediação, corresponde a uma “alternativa eficaz a sistemas prescritos baseados exclusivamente na discussão, apresentando-se como um procedimento vantajoso por ser, nomeadamente, célere, informal e de custo reduzido, quando comparado com o da via judicial”.

## Conclusão

Por todo o exposto e tendo em vista que o processo judicial não tem sido apto a atingir suas finalidades, deixando de efetivamente entregar a tutela jurisdicional aos que dela necessitam e ferindo, destarte, entre outros direitos fundamentais, o acesso à justiça em sentido amplo, fica claro que os métodos alternativos de solução de conflitos são hábeis a auxiliar o Poder Judiciário em sua atual crise, conservando os recursos deste último para casos que realmente não possam ser solucionados de forma extrajudicial, ou que, em razão de demasiada complexidade, demandem maior disposição de tempo e atenção do julgador.

É demasiado importante evidenciar que tais práticas de resolução estimulam a garantia ao acesso à justiça, porquanto solucionam cada lide da maneira mais adequada, célere e eficaz possível, visto analisarem as peculiaridades de cada caso de maneira interdisciplinar.

Nessa toada, principalmente no que se refere a conforto emocional, é impossível não citar a Justiça Restaurativa e o Direito Sistêmico, com as Condições Familiares, como exemplos de métodos alternativos eficazes.

Finalmente, como ficou demonstrado, a morosidade do Poder Judiciário na prestação jurisdicional é um dos principais argumentos que fortalecem a utilização, pelo Estado, dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Isso se dá também em razão do fato de que a aplicação destes proporciona a possibilidade de o órgão direcionar maior atenção aos casos que dele realmente necessitem – como já mencionado -, garantindo, assim, a dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça a todos, bem como o acesso ao Judiciário aos que dele necessitarem, com qualidade e eficiência na prestação da tutela

jurisdicional.

Por último, tendo em vista a experiência portuguesa com os Julgados de Paz, os quais são extremamente bem aceitos pela sociedade e mostram-se eficazes ao que se propõe, - ou seja, a resolução de lides simples, dentro dos limites traçados pela legislação -, a tendência é que, com o fomento à aplicação dos métodos alternativos, estes mostrem resultados extremamente positivos em alguns anos – afinal, podemos olvidar que o estímulo à utilização de tais meios é recente, tendo crescido somente em 2004, com a Emenda Constitucional 39.

Assim, concluímos pelo inestimável valor dos métodos alternativos de resolução de conflitos enquanto garantidores do acesso à justiça em sentido amplo.

## Referências

ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación y el acceso a justicia**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003. p. 36.

BASTOS, Antônio Adonias. **A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à justiça e para o desenvolvimento econômico**. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 227, p. 295-316, jan. 2014. Disponível em < <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3053/2206>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: RT,1991.

CROCETTA, Bruna Baggio. **A Casa da Cidadania: o acesso à justiça por meios alternativos**. 2017. 172 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Socioeconômico, Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/5387/1/BRUNA%20BAGGIO%20CROCETTA.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

DELLORE, Luiz. **Repercussão Geral para o Recurso Especial**. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/03/27/repercussao-geral-para-o-recurso-especial/>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

PRESTES, Fabiane da Silva; FONTELLA, Ellen Zambeli. A prática interdisciplinar da mediação no Direito de Família. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça, Dourados**, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <<https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/671/637>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

GOUVEIA, Mariana França. Curso de resolução alternativa de litígios. 3.<sup>a</sup> ed. Almedina, 2014, p. 21. *Apud* SOARES, Matias Gonsales. **Análise comparativa entre os Julgados de Paz em Portugal e os Juizados Especiais no Brasil na área cível**. 2017. Disponível em: <<https://www.migalbas.com.br/dePeso/16,MI268338,71043-Analise+comparativa+entre+os+Julgados+de+Paz+em+Portugal+e+os>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

GUERRA, Lurdes; CUNHA, Pedro. A Mediação nos Julgados de Paz: Perspectivas de Alguns Atores da Justiça em Portugal. **Revista de Sociologia: Configurações**, v. 13, n. 2461, p.119-131, jun. 2014. Semestral. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/configuracoes/2461>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Justiça em Números 2019**. 2019. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf)>. Acesso em: 28 out. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme In TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARIONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. P. 20-21.

MILLION, Lara Vanessa. **Princípio da dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça**. 2007. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007. P. 34.

PAZ, Conselho dos Julgados de. **Informação ao Cidadão**. Disponível em: <<http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

RIBEIRO, Darcy Guimarães. A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais. **Revista Jurídica de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo. Ano 58. n. 399. p 11-31. Jan, 2011.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Direito Constitucional a Jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As Garantias do Cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário**. Barueri, Manole, 2005. P. 26 e 95

SOARES, Matias Gonsales. **Análise comparativa entre os Julgados de Paz em Portugal e os Juizados Especiais no Brasil na área cível**. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI268338,71043-Analise+comparativa+entre+os+Julgados+de+Paz+em+Portugal+e+os>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

TERHORST, Danyelle Bezerra. **O Acesso à Justiça e o Poder Judiciário**. São Paulo: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009. P. 9002 a 9018. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2716.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2716.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2019.

XAVIER, Beatriz. Um novo conceito de acesso à justiça: propostas para uma melhor efetivação de direitos. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, [s.l.], v. 7, n. 01, p.57-66, 2002. Fundação Edson Queiroz. <http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2002.v07n1p57>.

# A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE PARA AS MULHERES ENCARCERADAS

**Flávia Soares de Sá Neves**

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestranda em Direitos Difusos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

**Igor Daniel Lima de Souza**

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Assessor jurídico adjunto do Comando do Oitavo Distrito Naval – Marinha do Brasil

## **Resumo:**

As mulheres que vivem privadas de liberdade nos presídios brasileiros estão sujeitas a constantes violações dos seus direitos humanos. O presente estudo tem o objetivo de analisar as condições do encarceramento e a falta de efetividade do direito fundamental à saúde dentro dos estabelecimentos prisionais femininos. Para tanto, será utilizada a pesquisa exploratória, por meio da técnica de revisão bibliográfica. Neste contexto, o presente artigo constata a distância entre a utopia legal que envolve os direitos das mulheres em condição de cárcere e a realidade dentro dos estabelecimentos penais brasileiros, envolvidos pela falta de efetividade de inúmeros direitos, entre eles o direito fundamental à saúde. Conclui-se que para alcançar a efetividade do direito à saúde para as mulheres encarceradas o Estado deve implantar políticas públicas que levem em consideração as especificidades do gênero feminino, assegurando as condições mínimas que promovam a dignidade desse grupo vulnerável e evitando a discriminação de gênero e a ausência de isonomia de tratamento, que acabam gerando graves violações aos direitos e garantias das mulheres reclusas.

**Palavras-chave:** Efetividade; Saúde; Encarceramento; Mulheres; Gênero.

## **Introdução**

A precariedade do sistema prisional brasileiro é uma realidade inconteste e preocupante. Como consequência dessa realidade, tivemos o surgimento de debates sobre as constantes violações de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade. Com o tempo, também observamos o fortalecimento

da preocupação em torno da humanização da pena, por meio da busca pelo oferecimento de um ambiente prisional salubre e digno.

O fortalecimento das discussões em torno da humanização do sistema penitenciário e da pena se deram porque, apesar dos cárceres serem locais em que o acesso aos serviços básicos e ao ambiente saudável devam ser garantidos, ainda temos a não observância desse quadro ideal, como acontece com o fornecimento dos serviços de saúde às mulheres encarceradas, grupo vulnerável que será o objeto de estudo do presente artigo.

Esse estudo se mostra ainda mais importante em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, uma vez que as prisões desses locais não costumam fornecer uma qualidade de vida digna aos detentos. Esses países possuem mais obstáculos a serem superados nessa matéria que os países desenvolvidos, uma vez que são marcados por uma escassez crônica de recursos financeiros e humanos. Logo, dificilmente as condições dos cárceres nos países subdesenvolvidos irão estar de acordo com o que é esperado pelos acordos e tratados internacionais.

Outro fator que contribui para o agravamento dos problemas nos sistemas penitenciários é o aumento da população carcerária de alguns países, como acontece no Brasil. Esse aumento se deve muito às crises econômicas e às políticas públicas sem sucesso, que contribuem para o aumento da criminalidade dos países. Em Portugal, por sua vez, nos últimos anos pudemos observar a diminuição da população carcerária em números absolutos, segundo os dados fornecidos pela Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais.

Apesar de ter ocorrido um crescimento da população carcerária brasileira em números absolutos, o aumento da população carcerária feminina foi um fenômeno que se destacou. Um importante motivo que pode ser citado como gerador do aumento dessa população foi a entrada da mulher no mercado de trabalho, passando a desenvolver atividades que antes eram consideradas como exclusivas do homem, alterando as tradicionais estruturas patriarcais. As mulheres saíram do ambiente doméstico e, muitas delas, passaram a ser as provedoras da família, fator social que contribui para o aumento do número de mulheres no mundo do crime.

Quando observamos os dados fornecidos sobre a população carcerária, podemos constatar a presença de milhares de mulheres nas penitenciárias brasileiras. No entanto, apesar de terem passado a representar uma parcela significativa da população que vive privada de liberdade, o sistema penitenciário brasileiro e as políticas de segurança pública não levam em grande consideração a condição feminina. As mulheres precisam de uma atenção específica e diferenciada no ambiente do sistema prisional.

A omissão do Estado brasileiro em face da proteção dos direitos das mulheres que vivem nos estabelecimentos prisionais é um fato que se arrasta pela história do país. Essa omissão é caracterizada pela ausência de políticas públicas que tratem a mulher encarcerada como um sujeito detentor de direitos inerentes – especialmente o direito à dignidade da pessoa humana – ou

que levem em consideração as especificidades do gênero feminino.

A condição da mulher encarcerada nos estabelecimentos prisionais e a constante violação aos seus direitos, especialmente no que se refere à constante violação ao direito à saúde desse grupo vulnerável que vive nas unidades prisionais femininas ou mistas, será o objeto do presente estudo, o qual se deu por meio de uma pesquisa bibliográfica.

Através do estudo em questão, foi possível observar a escassez de informações sobre a realidade das mulheres que vivem nos presídios, confirmando a invisibilidade dessas mulheres perante a sociedade, o que acaba por legitimar as constantes violações aos direitos dessas mulheres, especialmente no que se trata do direito fundamental à saúde.

Apontado o fio condutor do trabalho, que é analisar as violações dos direitos humanos da mulher dentro do ambiente prisional, principalmente do que se refere à inefetividade do seu direito à saúde, pretende-se chamar a atenção da sociedade para a urgência da matéria, para que possíveis medidas que levem em consideração as especificidades do gênero feminino possam ser elaboradas para solucionar essa problemática, buscando a preservação da dignidade dessas mulheres como seres humanos.

## **Direitos Humanos e os Cárceres**

Em muitas penitenciárias brasileiras os presos são tratados de uma maneira que pode ser considerada medieval. Trata-se de uma situação problemática, uma vez que os prisioneiros são seres humanos, e como tais devem ter os seus direitos humanos protegidos e a sua dignidade preservada.

As condições oferecidas pelos presídios normalmente não configuram uma preocupação para a maioria da população, uma vez que isso pouco afeta o cotidiano dos indivíduos que vivem em liberdade, e que possuem pouco contato com informações sobre a realidade do sistema prisional. Como a maioria das pessoas nunca esteve em uma prisão, as dificuldades que os prisioneiros enfrentam diariamente devido às infraestruturas decadentes desses estabelecimentos trata-se de um problema distante. No entanto, é preciso trazer à discussão essas violações de direitos recorrentes a que as detentas e detentos estão sujeitos.

Trata-se de uma questão de violação de direitos humanos a violência contra as mulheres, inclusive aquela que ocorre dentro dos estabelecimentos prisionais. Para prevenir esse tipo de violação, foram criados instrumentos legais, os quais buscam preservar os direitos e garantias das mulheres encarceradas.

Esse arcabouço legal existente é composto pela normativa nacional e internacional. Logo, as inegáveis violações contra esses direitos, que são cotidianamente promovidas pelo Estado brasileiro e outros governos, afrontam tanto os estatutos legais e a Constituição da República Federativa do Brasil, que protege os direitos e garantias das pessoas privadas de liberdade, como

também recomendações, tratados e convenções internacionais.

Apesar das previsões legais, ainda podemos observar no Brasil uma ausência de políticas penais e carcerárias que preservem a dignidade dos indivíduos dentro dos estabelecimentos prisionais e que estejam de acordo com as normas internacionais de direitos humanos.

Podemos apontar, portanto, como um dos graves problemas do sistema carcerário brasileiro, o desrespeito às legislações vigentes, as quais não são aplicadas de maneira efetiva. Ao não serem elaboradas as políticas públicas necessárias para a população feminina encarcerada, podemos constatar o desprezo pelos direitos humanos do grupo.

## **Tratados e Convenções Internacionais**

Analisando o contexto internacional, vemos a importância da existência dos instrumentos internacionais principalmente para países como o Brasil, o qual se encontra na quarta posição no *ranking* dos países que mais encarceram mulheres no mundo, segundo dados fornecidos pelo Infopen Mulheres.

Além de todos os instrumentos previstos pela Constituição da República Federativa do Brasil, temos os vários tratados, convenções internacionais e resoluções sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Entre os instrumentos internacionais de direitos humanos que regulam o tratamento das mulheres encarceradas, temos: as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, também conhecidas como Regras de Nelson Mandela (1955); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão (1988); a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará (1994); as Regras de Bangkok, também conhecidas como Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (2010), etc.

Neste estudo nos aprofundaremos em dois desses documentos: as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela) e as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok), os quais tratam de maneira mais específica da mulher em situação de cárcere.

As Regras de Nelson Mandela foram aprovadas em 1955, mas sofreram atualização em 2015. Essas alterações foram realizadas para que fossem efetivamente garantidos certos direitos aos presos, como é o caso do direito à saúde, que tem seus parâmetros mínimos fixados pelo texto, como quando prevê a responsabilidade do Estado em garantir a prestação dos serviços médicos

aos reclusos. Esse texto trouxe um novo enfoque para a gestão do sistema penitenciário, reforçando os direitos dos reclusos e estabelecendo um padrão mínimo comum para o tratamento desse grupo.

Apesar do texto representar um avanço no que concerne ao tratamento dado ao preso, ainda era necessário se aprofundar em certas questões da mulher encarcerada e as especificidades do gênero. Por esse motivo, foram aprovadas em 2010 as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok), um dos textos mais importantes sobre a matéria, voltado para o tratamento das mulheres em situação de cárcere.

Complementando as Regras de Mandela, as Regras de Bangkok fornecem instruções para o tratamento das mulheres privadas de liberdade, tratando de maneira específica do encarceramento feminino e das distintas necessidades das mulheres presas. Entre inúmeros tópicos, o texto estabelece regras sobre a higiene pessoal e os serviços de cuidados à saúde, entre eles o atendimento médico específico para mulheres, cuidados com a saúde mental, prevenção do HIV, programas de tratamento do consumo de drogas, serviços preventivos de atenção à saúde e cuidados especiais com gestante e lactantes.

Podemos dizer, que o texto coloca a igualdade de gêneros como uma meta a ser alcançada no encarceramento feminino, trazendo preceitos mais inclusivos, uma vez que são sensíveis às especificidades relacionadas ao sexo feminino.

A observância e a aplicação desses tratados, acordos e convenções internacionais que o Brasil é signatário deve ser uma preocupação constante das autoridades, pois trata-se de um compromisso internacional que não pode mais ser postergado. Além disso, esses instrumentos devem nortear a elaboração de programas e projetos que busquem beneficiar as populações que vivem nos estabelecimentos penitenciários.

## **Ordenamento Jurídico Brasileiro**

Além dos inúmeros tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário, temos também a previsão dos direitos das mulheres encarceradas pela Constituição da República Federativa do Brasil e pela legislação infraconstitucional.

Apesar desse vasto arcabouço legislativo que traz a defesa da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a realidade do sistema carcerário brasileiro é bem diferente. A história do Brasil é marcada por inúmeras carências e deficiências estruturais nas mais variadas instituições, não sendo diferente quando falamos sobre o seu sistema penitenciário. A situação do sistema carcerário brasileiro revela graves violações aos princípios norteadores da República Brasileira, principalmente o da dignidade da pessoa humana, previsto pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, princípio tido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

(HOWARD, 2006, p. 130)

Ainda, no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, os incisos do artigo trazem alguns direitos e garantias fundamentais do sujeito privado de liberdade. Direitos que, como previsto pelo inciso I deste artigo, se aplicam tanto para os homens como para as mulheres, estejam elas privadas de sua liberdade ou não.

Além da Constituição da República Federativa do Brasil, existem outros textos legais que preveem a proteção dos direitos da população encarcerada, como é o caso da Lei de Execução Penal, que estabelece a assistência à saúde do encarcerado como um dever do Estado (artigo 11, inciso II, Lei de Execução Penal) e um direito do preso (artigo 41, inciso VII, Lei de Execução Penal). Ainda, o texto legal fixa certos parâmetros para a prestação do serviço de assistência à saúde do preso, estabelecendo que compreenderá o atendimento médico, farmacêutico e odontológico (artigo 14, caput, Lei de Execução Penal) e a necessidade do estabelecimento prisional possuir instalações destinadas a oferecer a assistência à saúde dos presos (artigo 13 e 83 da Lei de Execução Penal). Já o artigo 14, §3º, da Lei de Execução Penal, trata especificamente do acompanhamento médico à mulher, que deverá ser assegurado em geral, mas principalmente durante o pré-natal e o pós-parto.

O Código Penal, por sua vez, no seu artigo 37, prevê o cumprimento da pena pelas mulheres em estabelecimento próprio, sendo que os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal devem ser observados.

Por fim, temos a Lei nº 13.434/17, texto legal recente que vedou o uso de algemas em mulheres grávidas durante o trabalho de parto e também em mulheres durante o período de puerpério imediato.

Para facilitar o acesso ao conhecimento dos direitos e garantias da mulher presa, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Cartilha da Mulher Presa, documento que traz de maneira simples e clara todos os direitos que detém esse grupo vulnerável. A Cartilha expressa que as peculiaridades da condição feminina devem ser respeitadas, especialmente no que diz respeito às questões da saúde da mulher, devendo ser garantida a assistência por clínicos gerais, ginecologistas, obstetras, psiquiatras ou psicólogos e dentistas. A mulher encarcerada possui direito à atenção básica à saúde, inclusive o acesso a programas educativos sobre a prevenção de doenças sexualmente transmissíveis.

Em resumo, existem muitos dispositivos que buscam regular a questão da mulher encarcerada. No entanto, ao analisar a atual situação do sistema carcerário, podemos observar a falta de aplicabilidade desses instrumentos à realidade prisional e a distância entre a utopia legal e o que é vivenciado pelas mulheres que vivem em situação de cárcere.

## **A Mulher Encarcerada e os Presídios Femininos Brasileiros**

Apesar do crescimento vertiginoso da população encarcerada feminina,

as mulheres ainda representam cerca de 6% da população total de presos. A sua baixa representatividade na população total implica em um certo grau de invisibilidade dentro desse sistema, o que gera o agravamento da precarização dos serviços e das estruturas dos estabelecimentos prisionais femininos.

Ainda, as condições das mulheres nos presídios tendem a ser menos apreciadas em pesquisas e produções bibliográficas do que as dos homens. Pode-se observar também uma escassez de dados oficiais nacionais sobre a mulher presa.

Em razão do limitado conhecimento e da dificuldade no acesso a informações sobre as situações que essas mulheres enfrentam nos presídios, torna-se difícil identificar os problemas que devem ser enfrentados. Por consequência, a elaboração das políticas públicas específicas que busquem garantir os direitos dessa população tende a ser comprometida pela ausência de fontes que seriam essenciais sobre a matéria.

Devido à ausência de políticas públicas que considerem as especificidades do gênero, o encarceramento se torna ainda mais desafiador para a mulher. Sendo assim, o encarceramento para a mulher trata-se de uma experiência diferente do encarceramento para o homem.

Para tornar a experiência vivenciada pela mulher nos presídios ainda mais árdua, temos a censura da sociedade perante o comportamento dessa mulher, que não se enquadra nas expectativas da sociedade tradicional. A criminalidade e o encarceramento, no geral, costumam ser fatores geradores de discriminação por parte da sociedade. No entanto, por uma construção social, a prisão da mulher é mais censurada que a do homem. Trata-se de um estigma social, uma vez que o comportamento que leva o indivíduo a ser preso é mais esperado do homem do que da mulher.

A mulher presa, então, é duplamente criminalizada, uma vez que cumpre a pena que é imposta pelo Poder Judiciário devido ao cometimento da prática criminosa e a pena imposta pelo olhar da sociedade perante essa mulher devido à quebra da expectativa social originada por meio de uma tradicional divisão de papéis sociais dos homens e das mulheres em uma sociedade machista e patriarcal que presume a distância da mulher do mundo do crime, uma vez que essa não precisaria prover o sustento familiar.

A quebra por parte da mulher dos estereótipos criados pela sociedade, aliada ao número reduzido de unidades prisionais femininas que normalmente estão longe dos locais de origem das detentas, acabam fazendo com que essas mulheres sejam abandonadas por seus familiares e amigos.

Além do número reduzido de unidades prisionais femininas, também podemos observar uma total precariedade na estrutura dos existentes, tendo em vista a raridade de unidades prisionais que tenham sido construídas para a população feminina. Na sua grande maioria, os presídios femininos são espaços adaptados que costumavam ser prédios utilizados para outras funções, geralmente antigas prisões destinadas à população carcerária masculina, como é o caso da Penitenciária Feminina de Sant'Anna, o maior presídio feminino

da América Latina. A adaptação dos edifícios, que costuma não levar em consideração as especificidades do gênero feminino, comprova o despreparo do sistema penitenciário em receber as mulheres condenadas.

Esse cenário confirma a discriminação pautada na diferença de gênero, uma vez que a construção de unidades prisionais para a população masculina tende a ser priorizada sobre a construção de unidades prisionais para a população feminina.

Apesar do fenômeno do aumento da população carcerária feminina, as mulheres ainda representam a minoria da população carcerária total, o que acaba reforçando a sua invisibilidade e facilitando a prática da violação de direitos por parte do Estado, o qual possui um comportamento negligente perante essa população vulnerável, legitimando o cenário da desigualdade de gêneros.

As mulheres que se encontram no sistema penitenciário costumam não receber o tratamento adequado por parte das autoridades responsáveis. Muitas vezes, os métodos de humanização prisional são deixados de lado, o que não condiz com o tratamento digno e individualizado que deveria ser destinado às condenadas, garantidor do objetivo da pena de ressocializar e reeducar, para que o indivíduo possa ser reinserido na sociedade de maneira digna.

A pena da mulher encarcerada deveria atingir somente a sua liberdade, afetando o seu direito de ir e vir. No entanto, na prática pode-se observar que nos presídios ocorrem violações de inúmeros direitos humanitários. Esse quadro surge pelo descaso, negligência e omissão do Estado no cumprimento do seu dever de garantir os direitos desse grupo vulnerável, legitimando a discriminação e a desigualdade de gêneros dentro dos presídios. Ao se esquivar das suas responsabilidades sobre a melhoria do sistema carcerário brasileiro, o Estado provoca a violação de inúmeros direitos fundamentais das mulheres privadas de liberdade, entre eles o direito à saúde, basilar para a garantia da dignidade da pessoa humana.

## **A Saúde no Cárcere**

A saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme previsto pelo artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, devendo esse atendimento ser prestado com a maior dignidade humana possível, não importa para quem seja. No entanto, é de conhecimento geral a necessidade de melhorias na prestação desse serviço no Brasil. No cenário geral da saúde no Brasil, faltam instalações e serviços de qualidade acessíveis para a população, o que afeta o acesso efetivo aos serviços de saúde. Faltam investimentos humanos e financeiros nessa área e quem mais sofre com essa negligência são as populações vulneráveis, a exemplo das mulheres que pertencem a minorias, como as mulheres encarceradas.

O atendimento à saúde de qualidade às mulheres encarceradas, como visto pela análise das legislações, deveria ser garantido pelo Estado por meio

do oferecimento de atendimento por uma equipe médica especializada, do fornecimento de medicamentos e produtos de higiene, de instalações adequadas para a prestação do serviço, entre outros. No entanto, o que observamos na realidade é o descaso com a saúde das mulheres que se encontram no sistema prisional.

Esse descaso é denunciado primeiramente pelas péssimas condições dos estabelecimentos penais e por uma total ausência de práticas de prevenção, causadora de doenças físicas e psíquicas que incidem de maneira intensa na população carcerária. Ainda, a superpopulação dos presídios torna o ambiente adequado para a proliferação de doenças e problemas de saúde mais graves. As condições degradantes do ambiente superpovoado são fatores fomentadores de doenças infectocontagiosas, por exemplo a tuberculose, a qual também surge da recorrente falta de ventilação e iluminação adequada dentro dos presídios.

O ambiente prisional feminino costuma possuir uma infraestrutura insatisfatória tanto para a manutenção da qualidade de vida das mulheres em situação de cárcere, como para a prestação adequada dos serviços de saúde. Em razão da precariedade dos estabelecimentos prisionais femininos, há relatos de que em algumas penitenciárias as enfermarias são celas que foram adaptadas.

Com relação ao atendimento à mulher encarcerada em específico, enfrentamos a problemática da desatenção às patologias que são intrínsecas ao gênero feminino, como é o caso do atendimento ginecológico. A deficiência encontrada nessa especialidade provoca a falta de controle e tratamento das doenças sexualmente transmissíveis, doenças de alta incidência dentro das prisões.

A realização de exames de rotina de prevenção de câncer ginecológico é extremamente rara, uma vez que em muitos casos a mulher que vive nas penitenciárias mal chega a realizar a consulta médica para se informar sobre a necessidade desses exames. Ainda, outro fator que impossibilita a realização desses exames é a dificuldade de transportar as detentas aos locais em que são realizados. A dificuldade no transporte das detentas, muitas vezes causado pela falta de escoltas policiais, acaba prejudicando a realização de exames e procedimentos necessários para a manutenção da saúde dessa população. Muitas vezes situações de emergência são agravadas ou consultas agendadas são prejudicadas pela ausência ou o atraso da escolta policial.

Com relação aos produtos de higiene, muitas vezes as unidades prisionais deixam de fornecê-los às mulheres. Normalmente, fica a cargo da família da mulher encarcerada fornecer esses produtos nos dias de visita, violando o artigo 11, inciso I, da Lei de Execução Penal. Há relatos de que em muitas penitenciárias faltam itens básicos de higiene para as mulheres, como absorventes, fazendo com que muitas mulheres usem miolos de pão em substituição ao produto, o que pode ser a causa de infecções.

Como analisado, o confinamento pode agravar muitas doenças e ser

o ambiente ideal para a sua transmissão. Sendo assim, é importante garantir o efetivo acesso à saúde por meio do sistema público de saúde para as mulheres que se encontram nos estabelecimentos prisionais. Essa efetividade só será possível por meio da elaboração e aplicação de políticas públicas que busquem garantir um atendimento básico de qualidade dentro dos presídios e que levem em conta as especificidades do gênero feminino no que toca à prestação dos serviços de saúde.

## **Cárceres em Portugal**

Portugal é um dos países da União Europeia com a maior porcentagem de mulheres detidas em estabelecimentos prisionais. Em 2018, possuía o total de 828 mulheres reclusas, segundo dados informados pela Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP).

Assim como no Brasil, Portugal também apresenta uma população carcerária feminina muito menor que a masculina. Em números absolutos, por sua vez, a população carcerária feminina de Portugal é muito menor do que a do Brasil.

Nesse país, as regras relativas à segregação feminina (Regras de Bangkok), assim como no Brasil, também se aplicam. Sendo assim, o encarceramento feminino deve levar em consideração as especificidades do gênero, especialmente em questões ligadas à saúde e as instalações dos estabelecimentos prisionais.

Apesar de ambos os países serem membros da ONU e terem assumido o compromisso de respeitarem as Regras de Bangkok, podemos observar que estas possuem uma maior efetividade em Portugal.

Não podemos falar em uma total ausência de violações de direitos humanos dentro dos presídios portugueses, mas em uma análise comparativa entre os dois países, podemos observar uma maior efetividade dos direitos humanos da população carcerária em Portugal. Ao contrário do Brasil, que possui um número alarmante de denúncias de violações de direitos humanos dentro dos seus presídios, Portugal possui um número reduzido de notícias sobre a matéria.

O Estado Brasileiro, apesar de ter aprovado e ratificado as Regras de Bangkok, não as aplica efetivamente nos cárceres. Inúmeros dispositivos, entre eles os que se referem ao parto, aos exames, às condições de higiene, às consultas e a permanência das mulheres com os filhos, são cotidianamente violados dentro dos estabelecimentos prisionais femininos.

Quando comparamos o quadro da efetividade dos direitos das mulheres encarceradas do Brasil e de Portugal concluímos que no Brasil é mais evidente o descaso com as especificidades da mulher na maioria dos estabelecimentos prisionais, o que demonstra o descaso do Poder Público brasileiro com essa população.

## Conclusão

As condições de encarceramento a que mulheres e homens estão sujeitos no Brasil implicam em graves violações aos seus direitos humanos. Como um dos maiores problemas do sistema prisional brasileiro, temos a falta de efetividade do direito à saúde das pessoas que se encontram privadas de liberdade. No caso das mulheres encarceradas, a negligência com a população é completamente palpável ao constatarmos a ausência de políticas públicas que levem em conta as especificidades do gênero feminino.

Essa ausência de políticas públicas evidencia a discriminação de gênero existente dentro do sistema penitenciário. Logo, é imperiosa a necessidade de elaboração de políticas públicas que façam referência especial ao princípio da não discriminação de gênero, buscando garantir a dignidade humana e a igualdade. Na elaboração, deve ser conferida especial atenção às necessidades específicas da mulher, principalmente no que se trata do direito à saúde desse grupo.

Apesar da sentença dessas mulheres restringir apenas a sua liberdade, acaba ocorrendo uma extensão na privação de direitos, uma vez que são privadas de outros direitos que não deveriam ser afetados por estarem cumprindo a pena. As medidas que restringem a liberdade dos indivíduos não podem se tornar mais severas do que o previsto, principalmente quando afetam a sua dignidade como pessoa humana. A pena deve restringir-se ao cerceamento do direito de ir e vir do indivíduo, devendo todos os seus demais direitos serem efetivamente garantidos, entre eles o direito à saúde.

Pelo fato de estarem confinadas, as mulheres encarceradas precisam que o Poder Público seja ativo na elaboração e promoção de políticas públicas especializadas para esse grupo. Essa competência do Poder Público surge da responsabilidade do Estado pela custódia direta dessas mulheres. Logo, este deve ser o responsável pela garantia de todos os direitos inerentes dessa população e a sua negligência em implementar medidas que levem em conta as necessidades específicas das mulheres encarceradas gera graves e constantes violações dos direitos humanos desse grupo.

Para remediar esse cenário, o Estado deve buscar implementar programas preventivos e políticas públicas voltadas para essa população vulnerável. Para a elaboração de políticas públicas adequadas às necessidades das mulheres que vivem nas unidades prisionais, é necessário que passem a ser realizados e incentivados estudos e pesquisas que tragam dados suficientes para que se conheça plenamente os problemas vivenciados por essas mulheres.

É necessário estudar o tema das dificuldades enfrentadas por esse grupo vulnerável para que possa ser promovida uma maior sensibilização da sociedade brasileira sobre a necessidade de proteger os direitos humanos das mulheres encarceradas.

Além disso, às mulheres em situação de prisão devem ser oferecidas as condições necessárias para que possam ser reintegradas na sociedade. Somen-

te assim as prisões se tornarão locais que, além de contribuírem com o caráter punitivo da pena, também poderão reeducar a população que vive encarcerada, para que os estigmas da sociedade em relação às mulheres que vivem em cárcere possam ser superados, facilitando a sua reintegração à sociedade e evitando a reincidência.

Em suma, a análise realizada pelo presente estudo deixa clara a necessidade de serem estruturados novos modelos de atuação nas prisões femininas, para que seja possível uma melhora na vida das mulheres encarceradas. Por meio das constatações realizadas, espera-se que este estudo possa contribuir para a reflexão sobre a possibilidade de melhorias nas condições dos cárceres, possibilitando o respeito à dignidade da pessoa humana, e respeitando a legislação nacional e internacional sobre a matéria.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

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

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210. **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de julho de 1984.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.434/17**. Acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. Diário Oficial da União. Brasília, 12 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. **Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil**. 2007. Produzido por: Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional – CEJIL; Associação Juízes para a Democracia – AJD; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITCC; Pastoral Carcerária Nacional – CNNBB; Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD; Centro Dandara de Promotoras Legais Populares; Associação Brasileira de Defesa da Mulher, da Infância e da Juventude – ASRAD; Comissão Teotônio Vilela – CTV; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Com apoio do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM e do Programa para América Latina da International Women’s Health Condition. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relatório-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

**Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer forma de Detenção ou Prisão**. 9 de dezembro de 1988. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administração-da-Justiça.-Proteção-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Proteção-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/conjunto-de-principios-para-a-protecao-de-todas-as-pessoas-sujeitas-a-qualquer-forma-de-detencao-ou-prisao.html>>.

Acesso em: 1 de outubro de 2019.

Conselho Nacional de Justiça. **Cartilha da Mulher Presa**. 2ª edição, 2012. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/11/cartilha\\_da\\_mulher\\_presa\\_1\\_portugues\\_4.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/11/cartilha_da_mulher_presa_1_portugues_4.pdf)>

**Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Assembleia Geral das Nações Unidas. 10 de dezembro de 1984. Disponível em:<[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/tortura/convencao\\_onu.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/tortura/convencao_onu.pdf)>

**Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, “Comissão de Belém do Pará”**. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 9 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

**Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Assembleia Geral das Nações Unidas. 18 de dezembro de 1979. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. **Reclusos existentes, segundo a instrução, o sexo e a nacionalidade**. 2018. Disponível em: <[https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1ticas/Área%20Prisional/Anuais/2018/quadro\\_04.pdf?ver=2019-05-21-094608-830](https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1ticas/Área%20Prisional/Anuais/2018/quadro_04.pdf?ver=2019-05-21-094608-830)>. Acesso em: 5 de outubro de 2019.

Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. **Reclusos existentes, segundo o escalão etário, sexo e nacionalidade**. 2016. Disponível em: <<https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1ticas/Área%20Prisional/Anuais/2016/20170331120345Q05.pdf?ver=2018-12-13-150214-470>>

Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. **Reclusos existentes, segundo o escalão etário, sexo e nacionalidade**. 2017. Disponível em: <<https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1ticas/Área%20Prisional/Anuais/2017/2018052211055805Q-lot-reclus-idd-sx-nac.pdf?ver=2018-12-13-141726-003>>

Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. **Reclusos existentes, segundo o escalão etário, sexo e nacionalidade**. 2018. Disponível em: <[https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1ticas/Área%20Prisional/Anuais/2018/quadro\\_05.pdf?ver=2019-05-21-094608-390](https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1ticas/Área%20Prisional/Anuais/2018/quadro_05.pdf?ver=2019-05-21-094608-390)>

Grupo de Trabalho Interministerial – Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino. **Relatório Final**. Brasília, dezembro de 2007. Disponível em: < [https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/RELATORIO\\_FINAL\\_-\\_versão\\_97-20031.pdf](https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/RELATORIO_FINAL_-_versão_97-20031.pdf)>. Acesso em: 27 de setembro de 2019.

HOWARD, Caroline (Org.). **Direitos humanos e mulheres encarceradas**. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania; Pastoral Carcerária do Estado de São Paulo, 2006.

**Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN Mulheres – 2ª Edição / organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa... [et al.]**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/>

depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\_arte\_07-03-18.pdf

PERES, Raphael Urbanetto. **Mulheres no cárcere: direitos e garantias à luz das regras de Bangkok**. Lisboa. 2018

**Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Conselho Nacional de Justiça)**. 22 de julho de 2010. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>>. Acesso em: 1 de outubro de 2019.

**Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela)**. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf)>. Acesso em: 8 de outubro de 2019.

SILVA, Vera. **Controlo e Punição: As prisões para mulheres**. Ex aequo, n° 28, pp. 59-72. Lisboa, 2013.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; LIMA, Andreia M. B. Rezende. **A judicialização da saúde, o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana no contexto das políticas públicas nacionais**. Revista Direito & Paz. Ano XVII, n° 32. Lorena: Ed. Pablo Jiménez Serrano, 2015.

# DESAFIOS À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO COM QUALIDADE VOLTADOS ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES

**Giovana Tognolo Vilela Macedo**

Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Unidade de Ensino Lorena  
Mestranda em Direitos Sociais, Econômicos e Culturais pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro. Procuradora Jurídica efetiva do Município de Resende, estado do Rio de Janeiro. Advogada militante nas áreas Cível e Tributária

**Milena Sellmann**

Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Unidade de Ensino Lorena  
Especialista, Mestre e Doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Master in Business Administration na área de gestão universitária. Extensão Universitária em Boston College, Laspau, University of Toronto, University of London, University of Southern California, Hong kong Institute of Education, Center for World-Class Universities of Shanghai Jiao Tong University e Université Paris - Est Créteil. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Unidade de Ensino de Lorena. Advogada tributarista, preventiva e contenciosa, até abril de 2018. Professora de Direito Tributário nos Cursos de Graduação e Pós-graduação (lato sensu e stricto sensu) em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unidade de Ensino de Lorena, instituição na qual também atuou como Coordenadora do Curso de Direito. Professora de Direito Tributário e Prática Tributária no Damásio Educacional. Aprovada nos Concursos Públicos de Provas e Títulos para Outorga de Delegações de Notas e de Registro do Estado de Minas Gerais - Editais 01/2011 e 01/2014. Tabeliã e Oficiala no Estado de Minas Gerais

## Resumo:

O direito à educação, catalogado na Constituição Federal brasileira como fundamental social, dispõe de garantias legais para ser concretizado com qualidade e eficiência. O objetivo do presente artigo científico é abordar as diversas possibilidades de concretização da educação previstas na legislação brasileira, em especial o Plano Nacional da Educação, com ênfase no investimento público nesse setor. Para tanto, utilizará como metodologia a análise de dados estatísticos nacionais e comparados de fontes públicas que demonstram, em números, os investimentos públicos em educação comparativamente ao custo por aluno, assim como pesquisa doutrinária, legal e jurisprudencial. Por fim,

refletirá sobre os desafios para o efetivo fornecimento de uma educação de qualidade à população brasileira.

**Palavras-chave:** Concretização do direito à educação com qualidade; Crianças e adolescentes; Investimento público; Metas e objetivos.

## Introdução

O direito à educação, em seu conceito jurídico, encontra-se previsto na Constituição Federal de 1988 (CF) como um direito fundamental social, estando inserido expressamente no rol do seu artigo 6º. Já em seu artigo 203 vem indicado a sua universalidade, de responsabilidade do Estado e da família com a colaboração da sociedade.

Com a finalidade de sua concretização, atos são praticados em todas as esferas públicas, com a edição de normas que determinem a criação de políticas públicas com diretrizes e metas visando a implementação prática da previsão normativa e, caso descumprida, com a judicialização de suas questões.

Uma excelente ferramenta para a efetividade do direito à educação é a Lei de Diretrizes Básicas da Educação (LDB), instituída através da Lei 9.394/1996 que define, entre diversas outras diretrizes básicas para a educação no país, a elaboração decenal de Plano Nacional de Educação (PNE), cuja finalidade é a definição de metas de esforços e investimentos necessários à melhoria de qualidade da educação, atualmente aprovado através da Lei 13.005/2014 cuja validade é, portanto, até o ano de 2024.

É possível verificar através de dados estatísticos nacionais e comparados, fornecidos pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que o investimento do Brasil na área da educação tem relevante vulto, o que pode ser intrigante diante da realidade educacional constante de indicadores de órgãos competentes.

Tanto que, muitas vezes, para a efetividade do exercício do direito à educação é necessário recorrer à apreciação do Poder Judiciário, não obstante tamanha previsão normativa nacional acerca do assunto, tendo em vista o desrespeito à teleologia da lei.

A garantia da qualidade é uma questão a ser enfrentada, dada a vulnerabilidade da criança e do adolescente, existindo na LDB a previsão de custo mínimo por aluno que garanta uma padronização nacional dos níveis de ensino, muito embora a subjetividade do tema ainda permita muita discricionariedade do poder público em seu fornecimento.

Muitos são, portanto, os desafios a serem enfrentados tanto pelo Estado quanto pelas famílias e a sociedade como um todo para que a educação de qualidade seja realmente concretizada e oferecida no Brasil às crianças e adolescentes, mas o cumprimento da meta 20 do PNE, que prevê o incremento mínimo progressivo no investimento em educação no país é um começo do longo caminho a ser percorrido nesse sentido.

## Noções básicas e a previsão constitucional

O termo educação pode ser conceituado dentre as diversas acepções pertinentes, dada sua transversalidade científica entre o direito, a filosofia, a sociologia, pedagogia, entre outras ciências.

De uma forma bem abrangente dentro do direito, tem-se:

*É mais abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático (MELLO, 1986).*

Por se tratar de complexo meio destinado à formação da cidadania, personalidade e aptidões dos cidadãos brasileiros, a Constituição Federal de 1988 (CF) traz a educação encabeçando uma seleta lista de direitos fundamentais sociais previstos no seu artigo 6º, juntamente com a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. (BRASIL, 1988)

Em seus artigos 205 a 214, a Constituição Federal define os objetivos gerais da prestação de uma educação de qualidade, tanto pelo próprio Estado quanto pelo setor privado, vinculando todas as instituições de ensino no país.

Sendo também definido como “direito de todos e dever do Estado e da família” (BRASIL, 1988), o direito à educação está intimamente conexo ao princípio norteador da República Federativa do Brasil da dignidade da pessoa humana, sendo considerado como mínimo vital para que o indivíduo possa ter uma subsistência digna, com a evolução de suas potencialidades a fim de subsistir.

No artigo 206, a Constituição elenca os princípios aos quais ensino está vinculado (BRASIL, 1988):

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
- VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII - garantia de padrão de qualidade.
- VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Alguns desses princípios constitucionais estão repetidos no artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), trazido pela Lei 8.069/90, que garante “direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho” às crianças e aos adolescentes (BRASIL, 1990).

A disponibilização igualitária do ensino aos cidadãos garante que todos, sem qualquer distinção ou discriminação, tenham a possibilidade de evoluir na sua formação, diminuindo as desigualdades sociais presentes em todas as sociedades, garantido a liberdade dos indivíduos no seu próprio sustento, possibilitando um exercício consciente da cidadania e, conseqüentemente, uma vida mais digna.

## **Investimentos públicos em educação**

A Constituição Federal estabelece um piso mínimo para o investimento público em educação no país em seu artigo 212, regra repetida na LDB, de 25 % sobre as receitas resultantes dos impostos, também das transferências constitucionais, para os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, e para a União o percentual cai para 18 % (BRASIL, 1988).

Catarino conceitua receitas públicas como “recursos previstos em legislação e arrecadados pelo poder público com a finalidade de realizar gastos que atenda às necessidades ou demandas da sociedade.” (2012).

A destinação mínima dos percentuais estabelecidos na Constituição Federal é de aplicação obrigatória, e em caso de descumprimento cabe ao Judiciário atuar de forma objetiva para sua observância, como no caso do Estado do Rio de Janeiro que foi obrigado por decisão judicial a “reservar, de forma regular e à medida em que for realizada a receita, o percentual mínimo anual de 25% da receita realizada, abstendo-se de disponibilizá-lo ou destiná-lo a outros órgãos setoriais que não os responsáveis pela educação.” (BRASIL, 2018).

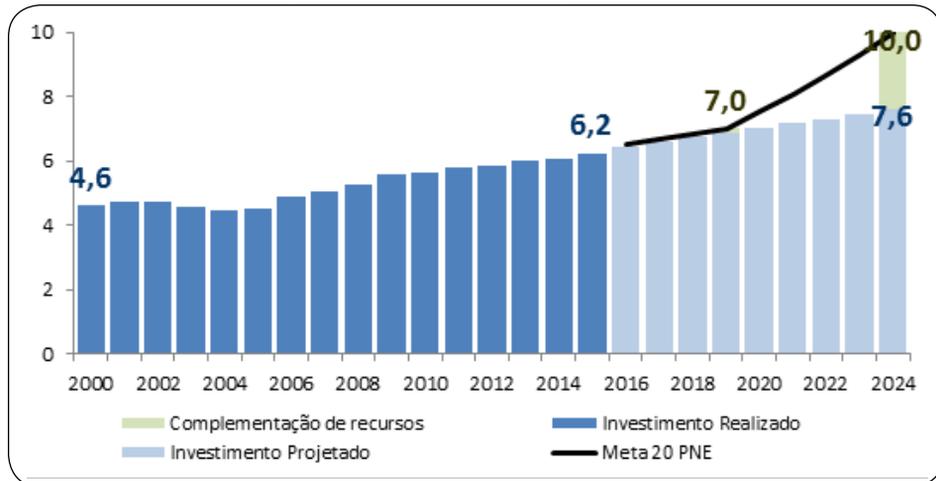
As diretrizes gerais da educação estabelecidas em âmbito nacional pela PNE, de elaboração decenal, são importantes para nortear os prestadores de serviços educacionais, sejam públicos ou privados, a oferecerem uma educação de qualidade condizente com os objetivos previstos na Constituição Federal.

Entre as muitas diretrizes estabelecidas para a educação no país nos próximos 10 anos, destaca-se a meta 20 do PNE de ampliação do investimento público em educação para o patamar mínimo de “7% (sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB do País no 5º (quinto) ano de vigência desta Lei e, no mínimo, o equivalente a 10% (dez por cento) do PIB ao final do decênio” (BRASIL, 2014)

Embora não seja o único parâmetro a se analisar para verificar a qualidade na educação proporcionada no Brasil, o investimento público na área, em comparação com o Produto Interno Bruto (PIB) é um excelente indica-

dor de volume do empenho do setor público, partindo de uma premissa simples de aumento de investimento para melhorar a qualidade.

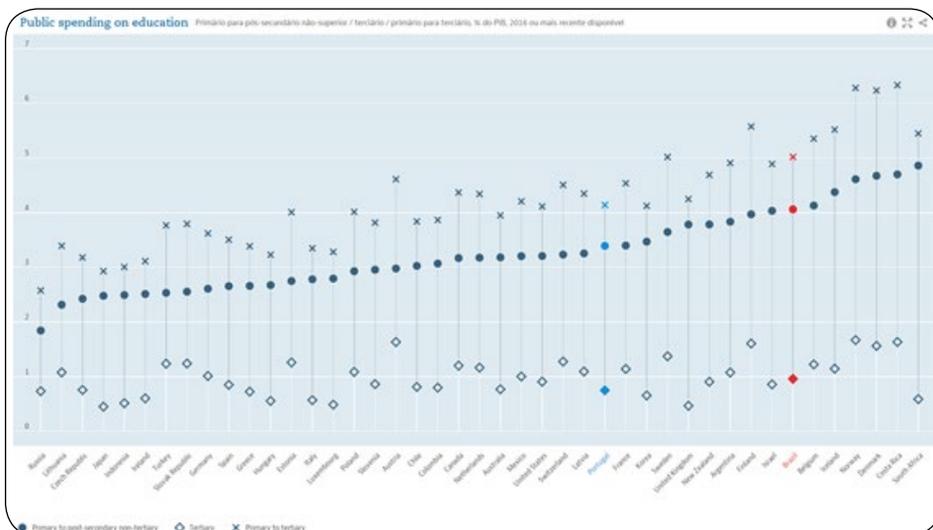
O investimento em educação total em relação ao percentual do PIB, onde são considerados todos os níveis de educação (infantil, fundamental, médio e superior) tem aumentado de forma gradual nos últimos anos, o que demonstra um esforço público em garantir a qualidade no setor (INEP, 2018:



\*Fonte: Inep/MEC - Tabela elaborada pela Deed/Inep.

O pretendido aumento do investimento para o percentual de 7 % no ano de 2019 e 10 % no ano de 2024 mostra uma substancial elevação do nível de investimento público em educação, o que facilitará muito a obtenção da educação de qualidade para todos, eis que com recursos materiais e uma administração eficiente, é o resultado óbvio que se espera.

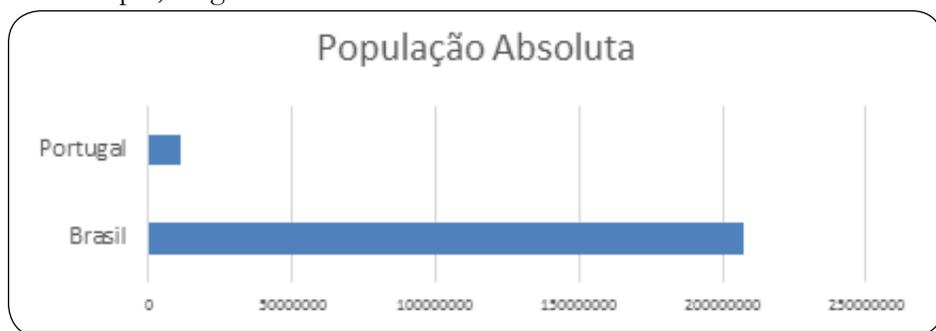
Em termos comparativos, o investimento em educação no Brasil, em percentual do PIB, nivela-se com diversos outros países desenvolvidos, chegando até a superar, por exemplo, Portugal, conforme tabela comparativa fornecida pela OCDE (2019):



Fonte: OCDE <https://data.oecd.org/eduresource/public-spending-on-education.htm#indicator-chart>

O percentual do PIB brasileiro destinado à educação é semelhante ao de nações desenvolvidas. No entanto, devido ao fato de o país possuir mais estudantes, o investimento per capita ainda é menor do que o desejado.

Mas um grande diferencial, no caso do Brasil, são suas dimensões continentais e heterogêneas, além de uma população que ultrapassa os 210 milhões de habitantes, o que maximiza os gastos com logística, eficiência. A grandiosidade populacional do Brasil em comparação com Portugal, seguindo o mesmo exemplo, é significativa:



\* Fonte: <https://www.indexmundi.com/map/?v=21&r=xx&l=pt>

Portanto, o aumento do investimento previsto na meta 20 do PNE é uma medida que, aliada às diversas outras lá contidas, visa a concretização do direito fundamental social à educação, na medida em que prioriza a qualidade do ensino a nível nacional.

## Outros meios para a concretização do direito à educação

Várias são as ferramentas que a Constituição Federal disponibilizou para a concretização do direito social à educação. Além da meta 20 do PNE, existe sempre a possibilidade de judicialização das questões relacionadas à educação, já que, conforme inciso XXXV do artigo 5º da CF, cabe ao Judiciário a apreciação de óbice ao exercício dos direitos.

É certo que a concretização do direito à educação depende da observância de políticas públicas elaboradas, em regra, pelo Poder Executivo, a elaboração das políticas públicas, nos termos do que dispõe a própria LDB em seu artigo 8º. Mas se houver seu descumprimento ou inobservância, a judicialização é medida que se impõe, eis que o “Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressam direitos” (BUCCI, 2006, p. 31).

Mas Barroso destaca que excesso de judicialização dos direitos sociais não é a solução definitiva para as questões de sua ineficiência:

Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E esta não pode ser feita por juízes (2009, p. 346).

Uma grande linha de defesa utilizada pelos entes federativos obrigados legalmente à prestação do serviço educacional de qualidade, quando existe uma judicialização de tais questões, é a teoria da reserva do possível, tese importada do direito alemão:

Quais são no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a idéia de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica (CANOTILHO, 1998, p. 477).

O Poder Judiciário, no entanto, vem restringido a aplicação da teoria da reserva do possível, importada do direito alemão, aos casos onde fica cabalmente comprovada a real ausência do recurso financeiro, “não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social” (BRASIL, 2010).

Ainda não existem dados estatísticos detalhando a judicialização relativamente ao direito à educação na mesma maneira, como por exemplo, existe com relação ao direito e saúde. O Conselho Nacional de Justiça noticiou que as demandas judiciais relativas à educação serão objeto de estudo estatístico, de modo que poderá ser apontado objetivamente onde o Estado tem mais negligenciado a efetivação de tal direito, de modo a robustecer novas políticas públicas cabazes de coibir tal prática (CNJ, 2019).

## **Desafios para a concretização da educação com qualidade**

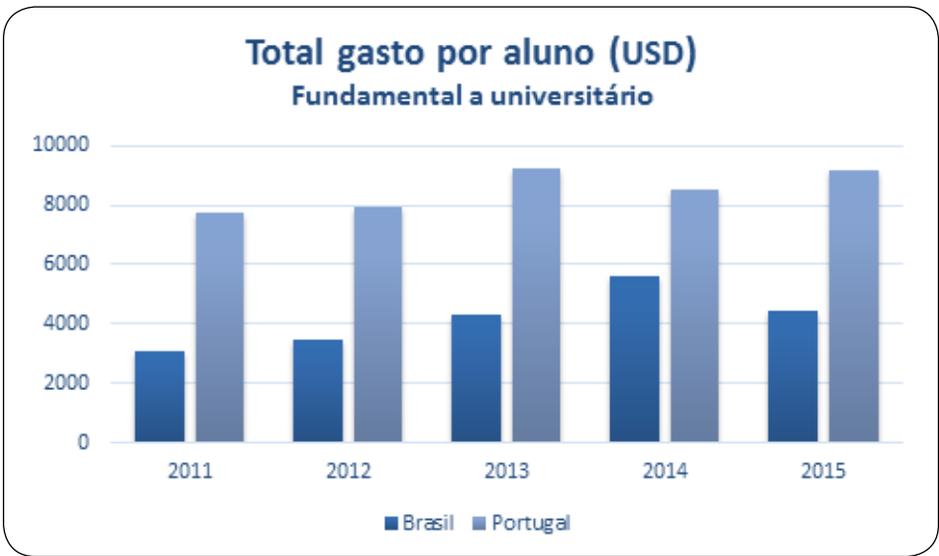
Não basta a previsão legal do direito à educação, tampouco a sua simples concretização, já que, nos termos da Constituição Federal e da LDB, ela deve ser feita com qualidade:

Apesar das grandes transformações e do progresso científico e tecnológico, as injustiças sociais continuam aumentando. Todavia, é possível para o ser humano viver em um mundo em que não haja exclusão, em que haja respeito e promoção da dignidade humana. E, para que isso aconteça, necessitamos de educação de qualidade, já que, por seu intermédio, poderá haver a defesa respeitosa dos seres humanos, com a utilização de uma prática educativa concreta ética e consciente, a fim de que haja igualdade e justiça social (MENDES, 2010, p. 69).

Na Constituição Federal de 1988, o padrão mínimo de qualidade constante do primeiro parágrafo do artigo 211 demonstra a preocupação do constituinte em garantir o ensino de qualidade, que será obtida mediante a colaboração solidária entre os entes federativos.

Também presente no artigo 74 da LDB, a qualidade pode ser medida, dentre outros parâmetros, pelo custo do aluno no ensino fundamental, a fim de garantir um ensino equitativo em todo o país, sendo previsto o custo mínimo para fins de planejamento estatal e alocação de recursos orçamentários na efetividade da educação.

Quando se analisa o custo do aluno, o panorama do investimento público do Brasil em educação muda radicalmente comparativamente a Portugal:



\*fonte OCDE

É possível notar que, não obstante o Brasil invista um valor maior do que Portugal calculado em percentual do PIB, a situação se inverte quando se calcula quanto é investido por aluno. Vários fatores podem colaborar para tal distorção, como o valor bruto do PIB, o número dos alunos e o tamanho da logística para o oferecimento dos serviços educacionais, muito mais complexos no Brasil.

Mesmo com várias indicações, tanto na CF quanto na LDB, acerca da qualidade do ensino, existe grande margem de discricionariedade tanto para a União quanto para os Estados Federados para o seu fornecimento.

Não é somente através de indicadores financeiros que se obtém o nível qualitativo da educação de um país. Também é necessária uma análise das questões curriculares, qualificação dos professores e verificação das aptidões dos alunos.

A educação de qualidade visa uma formação do indivíduo em complexos aspectos especialmente ligados à sua personalidade (UNESCO, 2008):

Uma educação é de qualidade se promove o desenvolvimento das competências necessárias à participação nas diferentes áreas da vida humana, enfrentamento dos desafios da sociedade atual e desenvolvimento do projeto de vida em relação com o outro. O desenvolvimento integral da personalidade é uma das finalidades que são atribuídas à educação em todos os instrumentos de caráter internacional e nas legislações dos países da região.

Para Carvalho, a educação de qualidade não visa somente a aquisição de competências para o trabalho, mas também a formação pessoal do estudante

enquanto humano (2004):

Para uns, a educação de qualidade deve resultar na aquisição de diferentes “competências”, que capacitarão os alunos a se tornarem trabalhadores diligentes; para outros, líderes sindicais contestadores, cidadãos solidários ou empreendedores de êxito, pessoas letradas ou consumidores conscientes. Ora, é evidente que, embora algumas dessas expectativas sejam compatíveis, outras são alternativas ou conflitantes, pois a prioridade dada a um aspecto pode dificultar ou inviabilizar outro. Uma escola que tenha como objetivo maior – e, portanto, como critério máximo de qualidade – a aprovação no vestibular pode buscar a criação de classes homogêneas e alunos competitivos, o que evidentemente impede a oportunidade de convivência com a diferença e reduz a possibilidade de se cultivar o espírito de solidariedade. Assim, as “competências” que definiriam a “qualidade” em uma proposta educacional significariam um fracasso – ou ausência de qualidade – em outra”. (CARVALHO, 2004, p. 329, grifos do autor).

Ao passar pelo processo de aprendizagem, o indivíduo adquire uma perspectiva concreta de exercício de cidadania, pois cria conhecimento para não reproduzir informações:

Torna-se fundamental aprender a pensar autonomamente, saber comunicar-se, saber pesquisar, saber fazer, ter raciocínio lógico, aprender a trabalhar colaborativamente, fazer sínteses e elaborações teóricas, saber organizar o próprio trabalho, ter disciplina, ser sujeito da construção do conhecimento, estar aberto a novas aprendizagens, conhecer as fontes de informação, saber articular o conhecimento com a prática e com outros saberes. (GADOTTI, 2013, p. 7)

O benefício de uma educação de qualidade não se limita ao campo individual, já que também forma o capital intelectual de uma nação. “Educar mal um homem é dissipar capitais e preparar dores e perdas à sociedade” (VOLTAIRE, 2000), de modo que a concretização do direito fundamental social à educação mostra-se imprescindível.

Buscando uma conclusão acerca da qualidade do ensino no Brasil:

*À guisa de conclusão, há que levar em conta o fato de que, do mesmo modo que a LDB e a CF/88 trazem alguns princípios (como a equidade) para as dimensões Pedagógica e administrativa, nas partes que tratam da Organização da Educação no Brasil, os artigos que vão de 70 a 75 na LDB (e que tratam a questão do financiamento) realizam uma junção entre a dimensão da infraestrutura (no que diz respeito à Qualidade Educacional) aos princípios da legalidade, publicidade e eficiência (tal como visto no Art. 37 da CF/88) enquadrando assim a Qualidade Educacional a parâmetros e indicadores que surgem no âmbito das normas gerais da Administração Pública (como, por exemplo as fórmulas para o cálculo da capacidade de atendimento educacional do governo a que são repassados os recursos da União relativos à manutenção e desenvolvimento do*

*ensino). Deste modo, ao longo dos vinte anos de promulgação da LDB assistimos ao aprofundamento de uma visão de qualidade que coloca em oposição a autonomia dos sistemas de ensino e padrões únicos de aferição de desempenho (e que são apresentados como sinônimos de indicadores de qualidade, diga-se de passagem) (SANTOS, 2018, p. 220).*

A educação, além de capacitar o indivíduo para o exercício de uma profissão, forma-o dentro da condição humana, com bases morais e éticas, de modo que não contrarie as normas sociais e jurídicas, sendo imprescindível, portanto, que o ensino seja de qualidade para que a nação cresça e se solidifique.

## **Conclusão**

Entendido o conceito trazido por MELLO (colocar), a pesquisa sobre a concretização do direito à educação concluiu que existem diversas ferramentas que possibilitam uma concretização do direito fundamental à educação colocadas à disposição do Estado, muito embora a qualidade ainda esteja a desejar.

As normas existentes, especialmente o PNE, são de relevante validade para tanto, especialmente no que concerne aos investimentos públicos no setor, que devem aumentar progressivamente até o ano de 2024.

De fato, sua meta 20, se aplicada corretamente, poderá incrementar significativamente no serviço de educação prestado à população brasileira, considerada a máxima da eficiência concernente à administração pública que deve ser considerada.

Por ser um direito fundamental social, cujo caráter de essencialidade não se pode discutir, o Poder Judiciário tem concretizado subjetivamente o direito à educação, quando o Estado descumpre as políticas públicas e diretrizes nesse sentido.

Um valioso passo dado pelo Judiciário em direção à garantia de concretização do direito à educação foi a restrição da aplicação da teoria da reserva do possível somente para os casos onde a escassez de recursos seja comprovada de forma cabal, não podendo se limitar a alegação genérica.

Para ser estabelecido o padrão mínimo de qualidade na educação, existem diretrizes previstas na CF e na LDB com o intuito de vincular os entes federativos no cumprimento de um custo mínimo do aluno, garantido uma padronização, ainda que tênue, na educação no país.

Diante da transversalidade da educação, onde sua observância reflete no exercício da cidadania e dos outros direitos, a educação deve ser incentivada e constantemente melhorada no país, para que se possa garantir cada vez mais aos brasileiros uma vida digna, livre e igualitária.

## Referências

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 19 mai. 2019.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. REsp 1185474 / SC,** da Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 20 de abril de 2010. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1185474&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1185474&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true). Acesso em: 26 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.005 de 25 de junho de 2014.** Brasília, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm). Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento. Agravo de Instrumento nº 0022873-62.2018.8.19.0000,** da Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargadora Denise Nicolls Simões. Rio de Janeiro, RJ, 11 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048D1E9AE8E6C5762893971CBD6EA8CD27C-5085F14375E&USER=>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 477.

CARVALHO, J. S. F. “Democratização do ensino” revisitado. in: **Educação e Pesquisa,** São Paulo, FE-USP, v. 30, n. 2, p. 327-334, mai./ago. 2004.

CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro.** Almeida editora, Coimbra, 2012.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **CNJ fará diagnóstico nacional da litigância na área da educação.** 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88751-cnj-fara-diagnostico-nacional-da-litigancia-na-area-da-educacao>. Acesso em 18 mai. 2019.

GADOTTI, Moacir. Qualidade na educação: uma nova abordagem. **Congresso de Educação básica: qualidade na aprendizagem.** Florianópolis, 2013. Disponível em: [http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/14\\_02\\_2013\\_16.22.16.85d3681692786726aa2c7daa4389040f.pdf](http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/14_02_2013_16.22.16.85d3681692786726aa2c7daa4389040f.pdf). Acesso em: 28 mai. 2019.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (INEP). **Banco de Dados**. 2018. Disponível em <http://inep.gov.br/investimentos-publicos-em-educacao>. Acesso em: 18 mai. 2019.

MELLO FILHO, José Celso. **Constituição Federal anotada**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Maria Socorro dos Santos. O ideário da qualidade de ensino na escola pública: uma leitura crítica sob a ótica da Psicologia escolar. **Psicol. Ensino & Form.**, Brasília, v. 1, n. 2, p.61-71, 2010.

OECD. **Public spending on education** (indicador). 2019. Disponível em <https://data.oecd.org/eduresource/public-spending-on-education.htm#indicator-chart>. Acessado em 21 mai. 2019.

SANTOS, Pablo Silva Machado Bispo dos. A gestão educacional e a qualidade educacional na LDB: medidas e padrões (nem sempre) congruentes. **Revista on line de Política e Gestão Educacional**, Araraquara, v. 22, n. esp.1, p. 209-222, mar., 2018. EISSN:1519-9029.

UNESCO. **Educação de qualidade para todos**: um assunto de direitos humanos. 2ª ed. Brasília: Escritório Regional de Educação para a América Latina e Caribe, 2008.

VOLTAIRE, François Marie Arouet. **Tratado sobre a tolerância**. São Paulo: Escala, 2000.

# VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA DOS POVOS AMAZÔNICOS NA RESERVA BIOLÓGICA DO GURUPI

**Flávia Viana Del Gaizo**

Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra.  
Doutora em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pelo Centro Universitário do Pará. Professora Adjunta da Universidade Federal Rural da Amazônia.  
Advogada

## **Resumo:**

É de conhecimento geral que o Poder Público, dentre suas inúmeras atribuições, deve zelar pelo meio ambiente em sua acepção mais ampla, pois em última análise, nós, seres humanos, dele fazemos parte. Sendo assim, perfeitamente desejável que sejam criadas áreas de preservação ambiental com o fito de garantir o desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações, desde que realizada consoante os ditames constitucionais, de modo a conjugar a preservação ambiental com a realidade fática da região. Isto posto, em 1988, por meio do Decreto 95.614, foi criada a Reserva Biológica do Gurupi no Estado do Maranhão, objetivando preservar parcela da Pré-Amazônia Maranhense. É bom lembrar que esta nova modalidade de unidade de conservação, insere-se na categoria de proteção integral, não permitindo presença humana e sua ocupação. Desta feita, referida reserva foi criada, mas até os dias atuais padece de implementação, posto que ainda não houve desapropriação, indenização (dos particulares que lá se encontravam antes da criação da reserva), demarcação, averbação e imissão na posse em favor da União, culminando em sérias questões jurídicas, políticas, ambientais e sociais. Acentuando ainda mais a problemática, os próprios institutos do governo, INCRA e ITERMA, após a criação da reserva, realizaram assentamentos de muitas famílias no interior da reserva, trazendo consigo toda estrutura necessária para acomodar essas pessoas (saúde, educação, energia, estradas, dentre outros). Estimasse que exista na área da reserva cerca de cem produtores rurais e mais de seiscentas famílias assentadas, que de lá proveem todo seu sustento e de sua família e que moravam e exerciam seus misteres rotineiramente até o ano de 2007, posto nunca ter havido implementação da reserva. Ocorre que, a partir de 2007, estas pessoas foram surpreendidas com uma intensa fiscalização governamental por meio do órgão responsável (ICMBio), com autuação

de multas, instauração de ações judiciais, decretação de embargos, apreensão de materiais e equipamentos, prisões, perseguição aos ocupantes da região, na maioria das vezes de forma truculenta, arbitrária, ilegal, sem planejamento, ética, respeito, a fim de que abandonem a área. Tais atuações impedem que estes povos tenham acesso aos direitos mais básicos, como saúde, educação, moradia, trabalho, dentre outros, tornando-os ainda mais vulneráveis, potencializando as desigualdades sociais e econômicas que já existem se comparadas a outras regiões no Brasil, além de violar gravemente o direito maior de toda pessoa humana, que é sua dignidade. Tudo isso assume uma escala ainda mais grave se considerarmos que as crianças e adolescentes moradoras desta região, que ainda encontram-se em processo de formação e desenvolvimento, sofrerão ainda mais com as consequências deste ingerência governamental, tornando-se imperioso a adoção de políticas públicas que solucionem a questão, de modo a reduzir as vulnerabilidades e assegurar a efetivação dos direitos humanos e fundamentais, conjugando a proteção ambiental com as necessidades mais intrínsecas ao ser humano. Para tanto, foram elaboradas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, utilizando-se dos métodos indutivo, histórico e comparativo, por meio da literatura especializada nacional e estrangeira.

**Palavras-chave:** Violação; Dignidade humana; Reserva Biológica do Gurupi.

### **Breve Escorço Histórico**

Em 25 de Julho de 1961, por meio do Decreto nº 51.026, foi criada a Reserva Florestal do Gurupi no Estado do Maranhão, com área aproximada de 16.740 quilômetros quadrados, objetivando preservar o bioma em questão. Ressaltando-se que esta modalidade de unidade conservação permitia a presença e exploração humana.

Após alguns debates suscitando a revogação de referido decreto na década de 80 sem lograr êxito, foi realizada uma adequação no que concerne à modalidade da unidade de conservação existente à época, criando-se assim a Reserva Biológica do Gurupi, por meio do Decreto nº 95.614 de 12 de Janeiro de 1988.

Este decreto objetivava, genericamente, preservar parcela considerável da chamada Pré Amazônia Maranhense, considerando todos os seus aspectos bióticos e abióticos, com uma área de 341.650,00 Ha (trezentos e quarenta e um mil seiscientos e cinquenta hectares), que ficaria subordinada a administração do IBAMA antigo IBDF (Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal), que deveria tomar as medidas necessárias para sua efetiva implantação e controle.

É bom lembrar que esta nova modalidade de unidade de conservação, insere-se na categoria de proteção integral, não permitindo presença humana

e sua ocupação. Fator este de suma relevância, pois desencadeou uma série de graves problemas como será visto nas próximas linhas, já que era antropizada.

Cumprir destacar ainda que a iniciativa acima narrada é louvável, possível e necessária com o fito de garantir o desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações, desde que realizada consoante os ditames dos princípios da legalidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana dentre outros, este último princípio destacando-se como a máxima do nosso ordenamento jurídico, o que não se vislumbra no caso em tela, como será discutido no próximo tópico.

## **Problemática**

Como dito em momento anterior, é não apenas louvável como indispensável que o Estado se preocupe e engendre esforços no sentido de preservar o meio ambiente em sua acepção mais ampla.

No entanto, tais atos devem se materializar de modo a conjugar a preservação ambiental, com a realidade fática antrópica da região bem como observância de todos os ditames legais que daí decorre. É o que será explanado nas linhas abaixo.

## **O Decreto nº 95.614 de 12 de Janeiro de 1988**

Referido Decreto dispõe expressamente que “as terras e benfeitorias localizadas dentro dos limites descritos no artigo 2º deste decreto, ficam declaradas de utilidade pública, para fins de desapropriação”, o que se coaduna perfeitamente com todo sistema jurídico brasileiro, no sentido de que o Poder Público possui competência constitucional para fazer uso de terras particulares com o fito de salvaguardar o interesse público, desde que obedecendo aos trâmites legais pertinentes.

Como se pode observar, o Decreto aqui discutido é datado de 1988 e até hoje, ano de 2019, ainda não cumpriu com integralidade uma de suas facetas, que é promover a desapropriação frente aos particulares, caracterizando assim uma grave inconstitucionalidade, que urge ser solucionada, posto que o direito constitucional de propriedade não pode permanecer usurpado.

Releve-se ainda que além da falta de indenização para com os particulares, até hoje também não ocorreu a demarcação, averbação e imissão na posse em favor da União, o que em última análise culmina na caducidade do decreto, condição indispensável para a criação de uma unidade de conservação, na dicção do parágrafo 1 do artigo 10 da Lei Federal n. 9985/2000, entre outros critérios inobservados.

Ainda é importante mencionar que desde a criação de referido Decreto em 1988, além dos vícios acima destacados, também não esclareceu a população local a respeito da existência da reserva ocorreu, fazendo com que a mesma só existisse teoricamente.

Estimasse que exista na área da reserva cerca de 100 (cem) produtores rurais e 647 (seiscentos e quarenta e sete) famílias assentadas, com recebimento inclusive do PRONAF (Programa Nacional de Amparo a Agricultura Familiar) em aproximadamente R\$ 3.547.500,00 (três milhões, quinhentos e quarenta e sete mil e quinhentos reais), com fito de amparar o agricultor, sendo aplicados e administrados por bancos oficiais de crédito rural (banco do Nordeste e Banco do Brasil), ocorridos no período de 1998 a 2008, ou seja, após a criação da suposta Reserva do Gurupi, restando claramente, no mínimo a incongruência dos órgãos públicos, ou se tratava de uma reserva biológica com área de proteção integral que não permite nem visitação ou não, ocorrendo investimentos como estes.

Mais uma prova desta incongruência dos órgãos públicos, pode ser visualizada com a emissão do próprio Instituto de Colonização de Terras do Maranhão (Iterma) ao conceder a um dos assentados no ano de 2005, uma carta de anuência que permite ao portador explorar área inserida na suposta reserva biológica do Gurupi. Frise-se que este fato se deu após a criação de suposta mencionada reserva, que não admite nenhum tipo de atividade e exploração humana. Tornando clarividente que esta reserva, na prática, nunca foi implementada.

No entanto, estranhamente, somente no ano de 2007 o órgão responsável (ICMBio) pela fiscalização da Reserva Biológica do Gurupi iniciou seus efetivos trabalhos, surpreendendo a população que ali se encontrava há muito, com autuação de multas, instauração de ações judiciais, decretação de áreas embargadas, apreensão de materiais e equipamentos, prisões, perseguição aos ocupantes da região e na maioria das vezes de forma truculenta, arbitrária, ilegal, sem planejamento, ética e respeito.

## **Ocupação antrópica anterior à criação da Reserva Biológica do Gurupi**

Questão bastante tormentosa refere-se à forma como foi criada a Reserva Biológica do Gurupi, posto que mesmo quando ainda da criação da Reserva Florestal do Gurupi (1961) já existia ocupação antrópica na região, o que suscitava estudo mais acurado para criação e implementação da reserva biológica, a fim de resguardar também, os direitos constitucionais daqueles que ali já se encontravam.

Solidificando ainda mais esta afirmação, tem-se que quando da criação da Reserva Biológica do Gurupi em 1988, as imagens de satélite datadas deste ano também mostram a presença de propriedades rurais inseridas no interior dos pretensos limites da reserva.

Desta forma, temos que a Reserva Biológica do Gurupi foi criada sem a esmerada observância desta realidade local, o que ocasionou o engessamento de muitos empreendedores rurais gerando em última análise uma crescente instabilidade jurídica.

Demais disso, faz-se mister lembrar que ao mesmo tempo em que o governo federal se preocupava com as questões ambientais criando reservas florestais para proteger o meio ambiente, este mesmo governo incentivava que moradores de outras regiões do Brasil ocupassem a Amazônia.

Aliás, um dos *slogans* utilizados à época era: “integrar para não entregar”. E foi o que ocorreu. Muitas famílias vieram para os rincões amazônicos incentivados pelo próprio governo federal e hoje se encontram impossibilitadas de trabalhar nas terras que lhe pertencem.

A princípio, não se constata nenhuma incompatibilidade entre as duas ações governamentais, preservar e ocupar, desde que realizadas de forma racionalizada, organizada e legal. O que infelizmente não ocorreu no caso em tela.

Assome-se a esta ocupação antrópica pré existente à criação da reserva, o fato de que, posteriormente à data de sua edição, terem sido assentadas no interior da Reserva Biológica do Gurupi considerável quantidade de famílias, fato este que ocorreu por meio do INCRA e ITERMA (institutos governamentais), trazendo consigo toda estrutura necessária para acomodar as pessoas (saúde, educação, energia, estradas dentre outros) e causando um grave problema ainda maior em uma situação já bastante conflituosa.

Destacando-se que toda esta ocupação antrópica já existente como a posteriormente ocorrida via assentamentos não se coadunam com os objetivos da Reserva Biológica, que não permitem presença humana. O que só reforça mais uma falha na criação e manutenção da reserva.

Demais disso, existem municípios que se encontram diretamente inseridos no território da Reserva Biológica do Gurupi, tais como: Bom Jardim, Centro Novo do Maranhão e São João do Carú, cuja manutenção e desenvolvimento estão interligados à reserva, posto não haver alternativas econômicas viáveis às famílias da região. O que desagua em grave problema econômico, social e político.

Importante destacar também que ainda existem municípios que possuem influência indireta da Reserva Biológica do Gurupi, são eles: Açailândia, Buriticupu, Bom Jesus da Selva, Carutapera, Imperatriz, Itinga do Maranhão e Paragominas.

## **Falta de demarcação e regularização fundiária**

Como já pontuado alhures, outro ponto nevrálgico envolvendo a Reserva Biológica do Gurupi refere-se à falta de demarcação da área e de regularização fundiária o que torna toda a questão ainda mais conflituosa.

Pondere-se também que um dos fatores colaboradores desta falta de demarcação e regularização fundiária, reside justamente na amplíssima extensão territorial da reserva, o que dificulta muito, inclusive, sua fiscalização por parte dos órgãos responsáveis, além da falta de material humano e equipamentos suficientes para tais atos.

Registre-se ainda que o desconhecimento da população local à respeito da existência Reserva Biológica do Gurupi até os idos de 2007 era muito expressivo, demonstrando, mais uma vez a falta de empenho e preparo por parte dos órgãos responsáveis por sua criação e implementação.

Atualmente o conhecimento à respeito da existência da Reserva Biológica do Gurupi é mais corriqueiro, justamente em razão dos inúmeros graves problemas econômicos, sociais e políticos que dela decorrem. O que se acentuou nos últimos governos com a fiscalização truculenta dos órgãos responsáveis, o aumento exponencial do número de multas administrativas e o crescente do número de ações judiciais perpetradas em desfavor daqueles que já habitavam a região, antes mesmo da criação da reserva.

## **Possíveis Soluções**

Conforme afirmado no início do relatório, um dos objetivos aqui propostos não reside apenas em apontar as falhas existentes, mas também de propor algumas tentativas de soluções para a questão. É o que veremos.

### ***Extinção da suposta Reserva Biológica do Gurupi***

Considerando a caducidade do Decreto nº 95.614 de 12 de Janeiro de 1988 que até o momento não cumpriu com integralidade seus ditames, posto não haver demarcação da área, desapropriação dos particulares, indenização, averbação e imissão na posse em favor da União, nem regularização da situação fundiária, sua existência torna-se no mínimo questionável em termos jurídicos.

Acrescente-se ainda que, no que tange aos aspectos econômicos, sociais e políticos, mencionado decreto também não se coaduna com as necessidades e realidades locais, região antropizada inadequada para implantar uma unidade de conservação na categoria de reserva biológica, como se pretendia.

Conforme aduzido outrora, a preocupação com a questão ambiental é latente e indispensável para as presentes e futuras gerações de acordo com o que reza o artigo 225 da Magna Carta.

De outra banda, também se torna imperioso que a norma hipotética fundamental de todo ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana, seja observada sempre. O que não vem ocorrendo, pois os agentes do ICMBIO tem agido de forma ilegal no trato com os moradores da área, coagindo e até ameaçando as pessoas menos esclarecidas, aplicando pesadas multas e desrespeitando as normas legais dos servidores públicos a que estão adstritos.

Sendo assim, a ponderação deve ser instrumento que deve se fazer presente, no sentido de sopesar a proteção ambiental com as necessidades daqueles que já se encontravam na região muito antes da criação da reserva.

Desta forma, uma das possíveis soluções para a questão seria justamente

a extinção da Reserva Biológica do Gurupi, com a revogação do que resta do 95.614 de 12 de Janeiro de 1988, pois o mesmo já caducou, sendo atualmente inapropriado para o fim a que se pretendia.

### ***Redefinição dos limites da reserva***

Mais uma alternativa viável para o deslinde da questão, seria a redução da extensão territorial da reserva dos atuais 271.197,51 hectares para algo em torno de 78 (setenta e oito) mil hectares (liberando o restante da área por já se encontrar antropizada muito antes da criação desta suposta reserva), posto que este seria o alcance do núcleo do bioma Pré Amazônico Maranhense a ser protegido, que de fato encontrasse em seu *status* originário sem qualquer interferência antrópica. O que por sua vez, facilitaria inclusive o melhor gerenciamento dos órgãos responsáveis no que concerne à administração e fiscalização da área.

Esta alternativa solucionaria toda celeuma jurídica, econômica, política e social existente na região, posto que de um lado garantiria a proteção ao bioma em questão e por outro lado colocaria fim aos problemas decorrentes daqueles que habitam a região antes mesmo da criação da reserva.

### ***Efetivação da desapropriação***

Por fim, outra alternativa possível seria a realização de efetiva desapropriação dos particulares incidentes nas áreas de domínio da reserva, como já previa o próprio decreto criador da Reserva Biológica do Gurupi.

Ressalte-se que como se trata de vasta área, provavelmente os valores a serem desembolsados para o pagamento das indenizações serão bastante vultosos.

Demais disso, é importante salientar que existem outras questões, de ordem mais prática, que necessitam ser solucionadas, tais como:

a) Suspensão imediata dos embargos e multas administrativas e judiciais decorrentes destas questões, com fulcro na caducidade do Decreto nº 95.614 de 12 de Janeiro de 1988, posto que se ele não existe juridicamente por estar eivado de vícios irreparáveis, não podem permanecer os efeitos que dele são decorrência.

b) Instauração de uma comissão, juntamente com as federações, prefeitos, deputados e senadores com o fito de se analisar e estudar as melhores soluções para o melhor deslinde da questão, posto que a criação deste decreto impactou negativamente o crescimento de uma região em ascensão que já contou com escolas, postos de saúde e cerca de 150 (cento e cinquenta mil cabeças de gado), prejudicando milhares de envolvidos direta e indiretamente.

c) Reparação, na via adequada, das perdas e lucros cessantes no que concerne ao lapso temporal de 31 (trinta e um) anos da edição do decreto, que causou uma série de prejuízos a todos os envolvidos na região.

### **Considerações Finais**

Diante de tudo quanto foi exposto, temos que a criação da Reserva Biológica do Gurupi foi criada sem ater-se rigidamente à realidade local em que se inseria, o que ocasionou uma ordem de conflitos jurídicos, econômicos, sociais e políticos, posto que na área já existiam (e existe até hoje) pessoas que lá residem e de onde provem todo o seu sustento e de sua família, e que encontram-se impossibilitadas de exercer seus direitos constitucionais de propriedade, vivendo na mais perfeita insegurança jurídica.

Além disso, vários assentamentos foram manejados na área da reserva, o que só potencializou ainda mais os problemas existentes.

Pontue-se ainda que não houve demarcação precisa da área referente à reserva, regularização fundiária, como previa o Decreto nº 95.614 de 12 de Janeiro de 1988.

Diante deste cenário, impende que alguma medida seja tomada em caráter de urgência para solucionar todo litígio acima relatado, pois este quadro impede que os povos amazônicos tenham acesso aos direitos mais básicos, como saúde, educação, moradia, trabalho, dentre outros, tornando-os ainda mais vulneráveis, potencializando as desigualdades sociais e econômicas que já existem se comparadas a outras regiões no Brasil, além de violar gravemente o direito maior de toda pessoa humana, que é sua dignidade.

Importante destacar que tudo isso assume uma escala ainda mais grave se considerarmos que as crianças e adolescentes moradoras desta região, que ainda encontram-se em processo de formação e desenvolvimento, sofrerão ainda mais com as consequências deste ingerência governamental, tornando-se imperioso a adoção de políticas públicas que solucionem a questão, de modo a reduzir as vulnerabilidades e assegurar a efetivação dos direitos humanos e fundamentais, conjugando a proteção ambiental com as necessidades mais intrínsecas ao ser humano.

# AS NOVAS NORMAS DE LICENCIAMENTO PARA OS CLUBES DE FUTEBOL NO BRASIL: O DIREITO A IGUALDADE NO TRABALHO ÀS MULHERES

**Higor Marcelo Maffei Bellini**

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado, Mestre em Gestão Integrada Saúde e Meio Ambiente do Trabalho, SENAC/SP; Master of Laws (LL.M.) em Direito Americano, Washington University of St. Louis; Especialista em Direito do Trabalho, Uni Fmu; Especialista em Direito Ambiental Cogea PUC/SP; Especialista em Educação do Ensino Superior Cogea PUC/SP, Gestor do Futebol pela CBF Confederação Brasileira de futebol, Programa Executivo – Aperfeiçoamento em Gestão de Esportes, Fundação Getúlio Vargas, Fédération Internationale de Football Association e The International Centre for Sports Studies

**Moaci Licarião Neto**

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Advogado e Professor Universitário com vínculo celetista pelo Centro Universitário Módulo/Cruzeiro do Sul

## **Resumo:**

Atualmente no Brasil a Confederação Brasileira de Futebol, seguindo determinação da FIFA, para aceitar a inscrição das equipes que disputam a primeira divisão do campeonato brasileiro de futebol, exigem que os clubes possuam também, uma equipe feminina. Tal fato resultou a possibilidade de abertura de mercado profissional para as jogadoras, bem como possibilitou a concretização dos Direitos inerentes ao trabalho para as atletas, porque visa garantir a igualdade entre os jogadores das equipes femininas e masculinas. As novas normas permitiram melhores condições de trabalho e maior valorização no mercado profissional das atletas, além de patrocínios e possibilidade de trazerem para o esporte feminino o mesmo público do masculino. Para demonstrar as realidades propostas, a pesquisa realizará levantamento bibliográfico, utilizando-se de livros, revistas indexadas e sites especializados (dialogando com múltiplas fontes doutrinárias), valendo-se do método de raciocínio dedutivo.

**Palavras-chave:** Direitos; Esporte; Futebol Feminino; Igualdade; Mercado Profissional.

## Introdução

O esporte hoje é uma indústria, das mais poderosas existente mundialmente falando, porque se encontra espalhado em todos os países, que nas palavras de Amado é “*uma área de negócios florescente e bastante apetecível*”. (AMADO, 2018, p.11)

O crescimento do esporte ainda segundo o mesmo autor vem de uma relação, antiga com os direitos sociais especialmente o direito do trabalho, na medida em que o trabalhador, conseguiu melhores condições de trabalho, passou a ter direito ao descanso entre jornadas de trabalho respeitado, passou também a ter direito a praticar o esporte e quando desejava também a assistir aos eventos esportivos. (AMADO, 2018, p.11)

Desta forma percebemos que o esporte revela naquele momento o reflexo dos direitos sociais existentes em uma determinada sociedade, o que justifica usar o esporte, mais precisamente o futebol para demonstrar o empoderamento das mulheres em nossa sociedade ocidental.

Fiorillo e Ferreira são claros ao confirmar que “*o futebol passou a caracterizar-se, não só no Estado de São Paulo, mas em todo o Brasil, não só como simples desporto, mas como um dos mais importantes bens portadores de referência à identidade*” confirmando que o futebol desta forma é muito mais que um esporte, uma atividade física que a pessoa ou praticada ou assiste, mas, sim, fatores de identidade individual e não apenas a coletiva. (FIORILLO; FERREIRA, 2018)

Foi escolhido o futebol, dentre todos os esportes existentes, para ser o objeto do presente artigo, por ser este o esporte mais popular ao redor do mundo (COELHO, 2017).

O empoderamento feminino, demonstrado por meio da atividade ligada ao futebol, se faz presente seja quando a mulher busca o seu espaço dentro do campo, como jogadora seja ela na categoria amadora ou profissional, trabalhando com o esporte nas áreas de retaguarda das equipes, ou nas arquibancadas torcendo pelas suas equipes favoritas.

Se faz necessária esta aproximação das mulheres do futebol, para que seja, cada vez mais diminuído, até ser eliminado, o preconceito existente contra as mulheres, especialmente no meio do esporte. Porque segundo nos lembra Teodoro 2019 é o afastamento das mulheres do futebol, que contribuía para a existência do preconceito contra as mulheres. Desta forma quando a Fifa representada, pelo seu presidente à época o Senhor Joseph Blatter, no ano de 2013 demonstrava que as mulheres seriam o caminho para futuro do futebol (GLOBOESPORTE.COM 2013) estava correto. Sendo este o ano da primeira edição do Campeonato Brasileiro de Futebol Feminino, ou seja, a competição que tem apenas seis anos, nasceu junto com a mudança de pensamento vinda da FIFA.

Sendo este posicionamento da FIFA apoiado no sistema estrutural do esporte, que se assemelha a uma pirâmide, por isso chamado de estrutural. Que pelos ensinamentos de Bueno (2008:140) assim pode ser entendido: “*no*

*sentido de níveis hierárquicos que vão se afunilando como o que estrutura o sistema esportivo internacional e nacional que passam, no exemplo do futebol, dos clubes à FIFA e no sistema olímpico, dos clubes a ligas, federações, confederações, até o COI.”* é que foi possível obrigar aos clubes, que estão na base da pirâmide, aceitar a obrigação de criarem e manterem times adultos femininos, criando assim um novo mercado de trabalho para as mulheres.

Para melhor demonstrar esta estrutura em forma de pirâmide, no mundo do futebol, utilizamos as lições de Assis que assim demonstra esta formação, colocando na base da pirâmide, não os clubes, mas, sim, os torcedores deste clube, o que dá a estes um papel de maior importância, porque os colocam como fonte de poder dos clubes, e a quem estes devem explicações, vejamos esta lições; *“Nesse viés, Giulianotti e Robertson (2004) defendem que o sistema de governança global do futebol é piramidal, tendo o órgão governamental mundial soberano (FIFA) no topo, seguido por órgãos governantes continentais concorrentes, associações nacionais, associações regionais e locais, os vários clubes de futebol e torcedores na base...”*. (ASSIS, 2017, p. 125)

O reflexo deste poder exercido pela FIFA reside nas exigências efetivadas pela Conmebol, que organiza o futebol no continente sul-americano, que exige para que as equipes masculinas que desejam disputar a competição “Libertadores” além de garantirem o acesso por meio das conquistas das vagas, nas competições nacionais, tenham também uma equipe feminina adulta, sem a qual não disputam a competição. O que fez com que as equipes buscassem informações junto a entidade de como proceder para poder cumprir a exigência BARLEN 2018. O mesmo acontecendo junto a CBF, para as equipes que desejaram disputar a série “A” do campeonato brasileiro a partir de 2019.

## **Quais são as normas de licenciamento da CBF?**

As normas de licenciamento da CBF são as normas pelas quais os clubes interessados em participar das competições por ela organizada, devem respeitar e cumprir para poderem participar daquela competição. E uma das condições estabelecidas pela CBF para que as equipes pudessem participar da principal competição de futebol do Brasil, o Campeonato Brasileiro da série “A” foi a de que estes tivessem uma equipe feminina.

Por isso como muito bem afirma a CBF obrigou aos clubes brasileiros, que desejem disputar a série “A” a montarem e manterem equipes adultas femininas, sob pena de não disputarem a competição. Aqui foi demonstrada a força da estrutura piramidal do esporte, que se baseia na possibilidade de que aquele que não se submete as regras estabelecidas pelo esporte ser retirado do sistema esportivo, não mais participar das competições organizadas por aquelas entidades, que se encontram dentro daquela pirâmide. (KAMPFF, 2019)

Esta determinação da CBF se encontra no Regulamento de Licença de Clubes de 2017, no anexo 1, que trata dos critérios esportivos, mais precisamente na D11, que assim estabelece: *“O Clube Requerente deverá contar com uma*

*equipe principal feminina ou manter acordo de parceria ou associação comum clube que mantenha uma equipe feminina principal estruturada, da melhor forma que puder desenvolver o esporte.”*

Desta forma se estará criando para as mulheres um novo mercado de trabalho, porque existiram pelo menos 20 equipes adultas femininas, no Brasil disputando a competição nacional, gerando emprego para estas mulheres, que passarão a ter mais oportunidades de trabalhos, com mais equipes, possibilitando assim trabalharem no esporte, não necessitando deixar de seguir a carreira por falta de lugar para participar das equipes.

## **Do Empoderamento Feminino**

Segundo Soares que de uma maneira muito simples, mas completa, o explica, até porque o definir seria por demais completo, uma vez que, cada pessoa poderá ter a sua própria definição: *“Empoderar é uma adaptação do termo empowerment, que trouxemos para o nosso dicionário com a característica de atribuir significado ao ato de conceder ou dar poder a si próprio ou a outra pessoa. Em outras palavras, resgatamos o verbete inglês para dar mais contexto a uma evolução histórica social, que é a luta por direitos iguais entre os gêneros, em especial as mulheres”.* (SOARES, 2018)

O termo empoderamento feminino, também, pode ser entendido como LANDERDAHL (2013) informa que “na visão de feministas, ... a alteração radical dos processos e estruturas que reduzem a posição de subordinação das mulheres”. Até porque o empoderamento pode ser entendido como sendo fortalecimento KLEBA e WENDAUSEN (2009).

O esporte possui uma grande capacidade para o desenvolvimento do empoderamento feminino, servindo como um método eficaz, para dar voz as mulheres e as meninas, em todos o globo terrestre, por ser uma forma de auxiliar a quebrar as barreiras de gênero. (KI-MOON, 2016).

Sendo o empoderamento uma expressão que pode usada para diversas áreas, como no fortalecimento individual dando para aquela mulher em específico uma maior autonomia para a sua vida, ou coletivo quando os membros da comunidade se encontram para compartilhar experiências ou tomadas de decisão. (LANDERDAHL, 2013).

E este novo sistema de licenciamento dos clubes de futebol no Brasil entregam este empoderamento, ao fazer com que seja obrigatória a presença de equipes adultas femininas, reduzindo assim o abismo existente entre as equipes masculinas e femininas, que passam a existir de maneira simultânea nos clubes de futebol no Brasil.

## **Da Igualdade de Condições de Trabalho**

O empoderamento feminino representado pela obrigatoriedade de serem criadas e mantidas equipes adulta e femininas, para as equipes que irão disputar a copa libertadores, em novel continental e a série “A” do campeon-

to brasileiro de futebol, necessita ser complementado pela entrega as atletas, comissão técnica e equipe de apoio, de igualdades nas condições disponibilizadas para que o trabalho seja efetuado.

A igualdade de condições de trabalho não significa que os salários devam ser iguais, porque aos contrários dos trabalhadores das demais atividades, que tem na CLT -Consolidação das Leis do Trabalho, deste a sua publicação em 01 de maio de 1943 em seu artigo 5º, onde existe a proibição da distinção na remuneração entre homens e mulheres, tendo esta vedação sido repetida nos artigos 373-A III e no 461 do mesmo diploma legal havendo no plano constitucional no artigo 7º a mesma vedação de distinção no pagamento entre sexos. No meio esportivo os salários são pagos em razão daquilo que o atleta traz de retorno ao clube, seja dentro de campo, seja em ações de marketing.

Segundo Mendonça,

Ao empregador, é lícito pactuar com seus empregados salários diferenciados para aqueles exercentes de iguais funções, desde que preenchidos requisitos objetivos ensejadores da discrepância remuneratória, podendo ele remunerar melhor aquele que, comprovadamente, traga melhor resultado para a empresa (MENDONÇA, 2016, p.139)

Contudo esta realidade do mercado de trabalho do futebol, a desigualdade no pagamento de salários, entre jogadores de uma mesma agremiação esportiva é vista como passível de mudança, por quem defende a possibilidade de equiparação entre os atletas sob a argumentação de que quando os atletas que se sentem inferiorizados pela menor remuneração recebida, por não vislumbram os reais motivos que fazem outros atletas receberem maiores salários. Assim o caráter subjetivo dos atletas dentro de uma mesma equipe, um entender que o outro traz mais retorno no gramado e fora dele, é essencial para que exista a diferença entre os salários pagos. (MENDONÇA, 2016, p. 139)

Assim nem entre os jogadores masculinos não conseguem uma igualdade no pagamento dos salários dentro das equipes, não se conseguirá igualdade salarial entre as equipes compostas por homens e mulheres, mesmo ambas tempo o mesmo empregador, porque as equipes entregam resultados financeiros e mercadológicos distintos aos empregadores.

A igualdade de condições de trabalho que demonstra o empoderamento feminino, também, trazidas no universo do futebol, não diz respeito a adaptações das regras dos jogos para as mulheres, fazendo com que existam distinções no desempenho das atividades físicas entre homens e mulheres, como em uma possível redução nas dimensões do gol. Sabemos que existem adaptações das condições nas quais os esportes são praticados, quando comparadas as regras para homens e mulheres.

Como exemplo desta diferença na estrutura física disponibilizada para a prática das atividades esportivas entre homens e mulheres temos o jogo de

vôlei que em sua regra estabelece que “*Sua parte superior é ajustada a 2,43 metros do solo para os homens e 2,24 metros para as mulheres.*” Existindo assim uma diferença de 19 centímetros na altura da rede, segundo o disposto no artigo 2.1.1 do regulamento da CBV – Confederação Brasileira de Vôlei.

Contudo no universo do futebol, que tem como um dos fatores principais, para a sua popularidade global, ser o mesmo jogo em todos os países, com as mesmas dimensões de campo, de traves e peso das bolas. Mudar algumas destas variáveis para os jogos femininos podem causar problemas para a prática do esporte pelas mulheres já que demandaria adaptações, mais complicadas de serem feitas, do que ajustar a altura de uma rede. O que poderia impossibilitar o acesso das mulheres aos locais adaptados para o jogo.

Estes problemas que as adaptações das dimensões, trariam como no caso, de adaptar as dimensões do gol, já fora vistos pelas atletas, tanto o que é a goleira da Inglaterra Karen Bardsley assim se pronunciou contra ‘*Reducing size of women’s goals would not help fight for equality,*’ (reduzir as dimensões do gol, podem não ajudar na luta pela igualdade) The Telegraph (2019). Como é contra também a historiadora e pesquisadora Brenda Elsey *Isso surgiu nos EUA também. Parece-me a pior ideia possível. Pense que a seleção feminina dos EUA entrou com um processo judicial por equidade salarial e de condições de trabalho. Mudar isso não só segregava meninos e meninas, mas mina o processo que elas estão tocando. Porque o time masculino poderia dizer então que eles têm um trabalho diferente, em um esporte diferente. É isso o que vai acontecer. E é ridículo. As goleiras não estão pedindo isso, não sofrem por causa disso. Elas jogam perfeitamente bem.* (Folha de São Paulo 2019)

O que se busca com o empoderamento feminino no futebol é, também, que as equipes femininas, passem a receber uniformes confeccionados para as mulheres, especialmente, não as obrigando a se utilizar o mesmo uniforme enviados e criados para as equipes masculinas, em tamanhos menores. A seleção brasileira de futebol apenas em 2015, portanto a apenas 04 anos, passou a ter uniformes criados para ela (ARAUJO, 2019). E apenas em 2019 é que a seleção feminina passou a ter um uniforme inédito e exclusivo, não, um adaptado daquele usado pelos homens (JENSEN, 2019).

## Da Discussão

Com esta obrigatoriedade das equipes masculinas, que disputam em 2019, a série “A” do campeonato brasileiro de futebol manterem equipes femininas, as jogadoras ganharam uma importância, que até antes não possuíam, ganharam o poder de buscarem as melhores condições de trabalho, a serem fornecidas pelos clubes que defendem.

Melhores condições que podem ser entendidas como sendo melhores equipamentos de trabalho, como uniformes desenvolvidos especificamente para as equipes femininas, em tamanho adequado para as mulheres praticarem o futebol, não sendo obrigadas a utilizarem os uniformes cedidos pelos patrocinadores de material esportivo, para as equipes de base masculinas. Te-

rem direito a viajarem no dia anterior ao jogo, para dormirem em hotel, na cidade onde será o jogo, sem a necessidade de se deslocarem no dia do jogo, ou acordando muito cedo, ou indo dormirem muito tarde. Evitando assim casos como o da equipe do Santos que enfrentou problemas de logística, no seu deslocamento a cidade de Manaus, para jogar (SANTOS; STIVA, 2019).

## Referências

ALBUQUERQUE, Naiara. No país do futebol, as mulheres jogam com menos: falta salário, público e estrutura. Disponível em: Link para matéria: <https://www.nexojornal.com.br/reportagem/2017/05/28/No-pa%C3%ADs-do-futebol-as-mulheres-jogam-com-menos-falta-sal%C3%A1rio-p%C3%BAblico-e-estrutura>: O Brasil tem jogadoras talentosas, mas o cenário do futebol feminino é muito diferente do masculino. As atletas sofrem com baixos salários, desinteresse de marcas em investir na modalidade, nenhuma estrutura das equipes de base e falta de profissionalização da categoria. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/reportagem/2017/05/28/No-pa%C3%ADs-do-futebol-as-mulheres-jogam-com-menos-falta-sal%C3%A1rio-p%C3%BAblico-e-estrutura>>. Acesso em: 11 out. 2019.

AMADO, João Leal. Contrato de Trabalho Desportivo: Lei n.º 54/2017 de 14 de julho anotada. Coimbra: Almedina, 2018. 204 p

ARAUJO, Ketlyn. Faz só 4 anos que a Seleção feminina de futebol tem um uniforme próprio: Foi só em 2015 que brasileiras puderam ter um uniforme pensado para elas. Antes, camisas e calções usados pelas atletas eram os mesmos da seleção masculina. 2019. Disponível em: <<https://mdemulher.abril.com.br/moda/faz-so-4-anos-que-a-selecao-feminina-de-futebol-tem-um-uniforme-proprio/>>. Acesso em: 10 ago. 2019

ASSIS, Renan Barabanov de. Governança corporativa no futebol profissional: Estudo de caso em um clube brasileiro. 2017. 174 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Controladoria e Contabilidade, Contabilidade e Atuaria, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-20022018-151052/publico/CorrigidaRenan.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2019

BARLEM, Cíntia. Conmebol diz que regra de times femininos será cumprida; clubes buscam regularização junto à CBF: Entidade sul-americana, em seu novo estatuto e regulamento, determina que clubes precisarão de equipes femininas para estarem nas disputas masculinas que organiza. 2018. Disponível em: <<https://globoesporte.globo.com/blogs/dona-do-campinho/post/2018/08/15/conmebol-diz-que-regra-de-times-femininos-sera-cumprida-clubes-buscam-regularizacao-junto-a-cbf.ghtml>>. Acesso em: 05 ago. 2019

BUENO, Luciano. Políticas Públicas do Esporte No Brasil: razões para o predomínio do alto rendimento. 2008. 314 f. Tese (Doutorado) - Curso de Administração, Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2493/72040100444.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

CARVALHO, Sérgio Resende. **Os múltiplos sentidos da categoria “empowerment” no projeto de Promoção à Saúde.** Cad. Saúde Pública, Rio

de Janeiro, v. 20, n. 4, p. 1088-1095 Aug. 2004. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2004000400024&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2004000400024&lng=en&nrm=iso)>. access on 17 Aug. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2004000400024>.

COELHO, Adriano. Veja quais são os esportes mais populares no Brasil e no mundo?: Uma forma de mostrar quanto os esportes têm pode no Brasil e no mundo, é só pesquisar quais são as maiores audiências televisivas do planeta.. 2017. Disponível em: <<https://www.torcedores.com/noticias/2017/11/quais-os-esportes-mais-populares-no-brasil-e-no-mundo>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

CBF. Confederação Brasileira de Futebol. **Resolução da Presidência da Cbf** N° 01/2017 n° 01, de 09 de fevereiro de 2017. Rio de Janeiro, Disponível em: <[https://conteudo.cbf.com.br/cdn/201702/20170208174032\\_0.pdf](https://conteudo.cbf.com.br/cdn/201702/20170208174032_0.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2019.

CBV. Confederação Brasileira de Vôlei. **Regras do Jogo, de 2016**. Regras de Vôlei Indoor 2017-2020 Completa. Disponível em: <<http://2018.cbv.com.br/pdf/regulamento/quadra/REGRAS-DE-QUADRA-2017-2020.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2019

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. O futebol como bem ambiental e sua tutela jurídica em face do meio ambiente cultural. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 7, n. 3, p. 265-294, 2018.

FOLHA DE SÃO PAULO: Caixa vai bancar o Campeonato Brasileiro feminino de futebol. São Paulo, 05 jul. 2013. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/esporte/2013/07/1306690-caixa-vai-bancar-o-campeonato-brasileiro-feminino-de-futebol.shtml>>. Acesso em: 10 nov. 2019

\_\_\_\_\_. Estar abaixo de Marta não deveria ofender um homem, diz pesquisadora. São Paulo, 01 jul. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/esporte/2019/07/estar-abaixo-de-marta-nao-deveria-ofender-um-homem-diz-pesquisadora.shtml>>. Acesso em: 11 out. 2019.

GLOBOESPORTE.COM (Brasil). **Blatter aposta alto no futebol feminino e prevê: 'As mulheres são o futuro'**: Presidente da Fifa afirma que interesse do público é cada vez maior e acredita em expansão mundial a partir das federações nacionais. 2013. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/futebol/noticia/2013/01/blatter-aposta-alto-no-futebol-feminino-e-preve-mulheres-sao-o-futuro.html>>. Acesso em: 10 jun. 2019

JENSEN, Verônica. Pela primeira vez, seleção brasileira feminina de futebol terá camisa exclusiva: Demorou, mas a seleção brasileira feminina de futebol, terá, enfim, uma camisa para chamar de sua! Pela primeira vez, um modelo foi desenvolvido especialmente para as meninas do Brasil usarem na Copa do Mundo de Futebol Feminino, que acontecerá na França, entre junho e julho desse ano. 2019. Disponível em: <<https://www.torcedores.com/noticias/2019/03/selecao-brasileira-feminina-de-futebol-camisa-exclusiva>>. Acesso em: 11 out. 2019.

KAMPFF, Andrei. CBF obrigou e grandes clubes passaram a investir em futebol feminino. 2019. Disponível em: <<https://leiemcampo.blogosfera.uol.com.br/2019/04/27/por-que-nao-ter-time-de-futebol-feminino-pode-tirar-clubes-da-serie-a/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

KI-MOON, Ban. “Sport has huge potential to empower women and girls” — Lakshmi Puri: Remarks by UN Assistant Secretary-General and UN Women Deputy Executive Director Lakshmi Puri at “The Value of Hosting Mega Sport Events as a Social, Economic and Environmental Sustainable Development Tool” event on 16 February, 2016. 2016. Disponível em: <<https://www.unwomen.org/en/news/stories/2016/2/lakshmi-puri-speech-at-value-of-hosting-mega-sport-event>>. Acesso em: 10 ago. 2019

KLEBA, Maria Elisabeth; WENDAUSEN, Agueda. **Empoderamento: processo de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política**. Saúde soc., São Paulo, v. 18, n. 4, p. 733-743, Dec. 2009. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12902009000400016&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902009000400016&lng=en&nrm=iso)>. access on 17 Aug. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902009000400016>.

LANDERDAHL, Maria Celeste et al. **Processo de empoderamento feminino mediado pela qualificação para o trabalho na construção civil**. Esc. Anna Nery, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 306-312, June 2013. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-81452013000200015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452013000200015&lng=en&nrm=iso)>. access on 17 Aug. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-81452013000200015>.

MENDONÇA, Bruno Coura de. A Equiparação Salarial e a Possibilidade de Aplicação do Instituto aos Contratos do Atleta Profissional de Futebol. 2016. 151 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5059/2609>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

SANTOS, Gabriel dos; STIVA, Caíque. Emily, treinadora do Santos, desabafa e mostra jogadoras dormindo no saguão de hotel em Manaus: “Essa é a organização do nosso futebol para mulheres no Brasil”, lamenta a técnica. 2019. Disponível em: <<https://globoesporte.globo.com/sp/santos-e-regiao/futebol/times/santos/noticia/emily-lima-treinadora-do-santos-desabafa-e-mostra-jogadoras-dormindo-no-saguao-de-hotel-em-manaus.ghtml>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

SOARES, Mari. **O Que é Empoderamento Feminino? Entenda Sobre o Tema e Empodere-se**. 2018. Disponível em: <<https://zenklub.com.br/maneiras-de-empoderar-as-mulheres/>>. Acesso em: 17 ago. 2019

TEODORO, Marina. Elas querem jogar! Mulheres falam como futebol feminino também é empoderamento 2019. Disponível em: <<https://delas.ig.com.br/comportamento/2019-06-10/elas-querem-jogar-mulheres-contam-como-o-futebol-feminino-pode-empoderar.html>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

THE TELEGRAPH: Reducing size of women’s goals would not help fight for equality,’ says England goalkeeper Karen Bardsley. Londres, 29 maio 2019. Disponível em: <<https://www.telegraph.co.uk/football/2019/05/29/reducing-size-womens-goals-would-not-help-fight-equality-says/>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

# **A (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA NO BRASIL EM FACE DE POPULAÇÃO ECONOMICAMENTE VULNERÁVEL E O CUMPRIMENTO DA AGENDA HABITAT**

## **Diogo Sandret da Costa Fonseca**

Mestrando pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Pós-graduado em direito processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Bacharel em direito pela Universidade de Taubaté (UNITAU). Advogado

## **Marina Maria Bandeira de Oliveira**

Mestranda pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (Brasil), Delegada Regional do CRECI/SP, Advogada atuante na área de Direito Imobiliário, especializada em Processo Civil, Direito Imobiliário, Direito Público e Direito Empresarial. Advogada

### **Resumo:**

A noção do que vem a constituir uma moradia adequada é o ponto de partida para a análise de sua concretização enquanto Direito Fundamental, é certo que ainda existe no país uma vasta gama de necessidades habitacionais não satisfeitas, ferindo diretamente a dignidade da condição da pessoa humana, sobretudo, nas camadas mais vulneráveis da sociedade. Nas áreas urbanas brasileiras ainda há elevado número de inadequações, sendo que a análises de índices apresentados pelas Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no tocante à quatro serviços básicos: iluminação elétrica, abastecimento de água com canalização interna, rede geral de esgoto sanitário ou fossa séptica e coleta de lixo regular pelo menos duas vezes por semana, indica que o percentual de domicílios carentes de pelo menos um tipo de serviço de infraestrutura é significativo, 10,0% da população brasileira residia em domicílios onde não havia coleta direta ou indireta de lixo, 15,1% residia em domicílios sem abastecimento de água por rede geral e 35,9% sem rede coletora ou pluvial, sendo que os números são ainda mais expressivos quando em face das camadas vulneráveis, ou seja, quando comparados mulheres e homens; os pretos e pardos em comparação com os brancos; e especialmente preocupante para as mulheres, negras, com filhos e não acompanhada por cônjuges. Os números

mostram a distância entre a realidade brasileira e os objetivos assumidos na Agenda Habitat.

**Palavras-chave:** Agenda Habitat; Direito fundamental; Moradia; Realidade brasileira.

## Introdução

A moradia digna, especialmente nos centros urbanos, é assunto atual e amplamente discutido pela sociedade contemporânea, por ser um fenômeno mundial a sociedade minguar do espaço rural para o urbano, acarretando crescimento desordenado, principalmente dos grandes centros. Neste contexto de urbanização desordenada e dificuldade de acesso à moradia digna por significativa parcela da população, é que o tema ganhou relevância em discussões de natureza jurídica e social.

A noção do que vem a constituir uma moradia adequada é o ponto de partida para a análise de sua concretização enquanto Direito Fundamental.

Com olhar para o desenvolvimento sustentável das cidades e qualidade de moradia digna da população realizou-se a Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, sendo a primeira edição realizada em 1976, destacando como corolário para uma vida digna e para o bem estar físico, social, psicológico e econômico, a necessidade de acesso à habitação sadia e segura, dotada de serviços básicos. Tendo as edições seguintes 1996 e 2016 destacado também elementos relativos à sustentabilidade das cidades.

No âmbito nacional o direito à moradia esta previsto na Constituição Federal e legislações infraconstitucionais, sendo significativo o empenho para melhoria desta condição, especialmente por normatizações infraconstitucionais, com destaque para a positivação do direito à cidade (Estatuto da Cidade, lei 10.257/01) e normas de regularização fundiária (Lei n. 11.977/2009 e Lei n. 13.465/2017).

Contudo, ainda existe no país necessidades habitacionais não satisfeitas, configurando não apenas violação do direito à moradia mas ferindo diretamente a dignidade da condição da pessoa humana, sobretudo, nas camadas mais vulneráveis da sociedade.

Assim, abordaremos no presente artigo as diretrizes da Agenda Habitat; o Direito Fundamental à moradia no cenário brasileiro; a conceituação de moradia digna, sob o prisma da Organização das Nações Unidas; realidade brasileira quanto ao acesso da moradia digna, com enfoque nas vulnerabilidades, considerando que nas áreas urbanas brasileiras ainda há elevado número de inadequações, sendo que a análises de índices apresentados pelas Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no tocante à serviços básicos como iluminação elétrica, abastecimento de água com canalização interna,

rede geral de esgoto sanitário ou fossa séptica e coleta de lixo regular pelo menos duas vezes por semana, indica que o percentual de domicílios carentes de pelo menos um tipo de serviço de infraestrutura é alarmante, 10,0% da população brasileira residia em domicílios onde não havia coleta direta ou indireta de lixo, 15,1% residia em domicílios sem abastecimento de água por rede geral e 35,9% sem rede coletora ou pluvial, sendo que os números são ainda mais expressivos quando analisadas as classes vulneráveis, ou seja, quando comparados mulheres e homens; os pretos e pardos em face dos brancos; e especialmente preocupante para as mulheres, negras, com filhos e não acompanhada por cônjuges.

Elementos que, com base em pesquisas bibliográficas, análises de documentos e pesquisas sobre o tema e raciocínio indutivo e também o dedutivo, levam à conclusão de que existe ainda grande distância entre a realidade e os objetivos assumidos na Agenda Habitat, concluindo que o Brasil ainda possui um grande caminho a percorrer para a concretização do direito fundamental à moradia digna.

## **Agenda Habitat**

A primeira Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat I, ocorreu em 1976, e realizou-se em Vancouver (Canadá). O evento resultou na “Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos”, documento que resume as principais questões tratadas no encontro. Esta declaração também apresenta um plano de ação aprovado no Habitat I, com 64 recomendações de ações nacionais para promover políticas adequadas nos âmbitos locais e regionais, urbanos e rurais.

Em 1996, em Istambul (Turquia) aconteceu a Conferência Habitat II, que produziu um Plano de Ação Global, a Agenda Habitat, que fornece diretrizes para a criação de assentamentos humanos sustentáveis durante o século XXI, reunindo objetivos, diretrizes e recomendações para a promoção de condições adequadas de habitação para todos e para o desenvolvimento urbano sustentável.

Destacando-se os seguintes compromissos da Agenda: (i) o reconhecimento do direito humano à moradia adequada, que promove uma verdadeira ampliação do conceito de moradia para a ideia de habitat, cuja concepção abrange o acesso à terra, aos serviços públicos e a um meio ambiente saudável e equilibrado, além do respeito às relações sociais e culturais; (ii) a necessidade de efetiva participação popular na gestão das cidades; e (iii) o reconhecimento da importância do papel desempenhado pelo poder local na implementação de mudanças que melhorem a qualidade de vida nas cidades. Destacando face ao objetivo do presente estudo, que em referida reunião celebrou-se o compromisso de progressivamente garantir o direito humano à moradia no âmbito interno dos países participantes, entre eles o Brasil.

Em 2016, em Quito (Equador), aconteceu a Conferência Habitat III, na

qual firmou-se documento que vai orientar a urbanização sustentável pelos próximos 20 anos. Entre as principais disposições do documento, está a igualdade de oportunidades para todos; o fim da discriminação; a importância das cidades mais limpas; a redução das emissões de carbono; o respeito pleno aos direitos dos refugiados e migrantes; a implementação de melhores iniciativas verdes e de conectividade, entre outras.

Em referida agenda indicou-se como condição essencial para uma vida digna e para o bem estar físico, social, psicológico e econômico, a necessidade de acesso à habitação sadia e segura, dotada de serviços básicos, pelo quê os estados partes comprometeram-se a assegurar sua plena concretização de forma gradativa e potencializada por instrumentos internacionais.

Realização progressiva, condiciona a atuação do Estado, que se obriga a adotar medidas econômicas e técnicas, de forma isolada o por meio de recursos e ou assistência internacional, até o máximo de seus recursos disponíveis, com o objetivo de alcançar de forma progressiva e completo tais direitos. Não é obrigatório que os efeitos sejam imediatos, mas as medidas devem ser adotadas no máximo do recursos disponíveis para a plena realização destes direitos. Assim, o Estado brasileiro, tem a obrigação, no que diz respeito à moradia, de elaborar legislação, criar instrumentos, planos e programas sobre política habitacional, garantindo referido direito de forma digna a seus cidadãos<sup>1</sup>.

Os compromissos relacionados à habitação estão expressos no Capítulo II, reconhecendo o dever dos estados de capacitar e viabilizar ao cidadão o direito à moradia, neste contexto, melhorar as condições de vida para que possibilite tal obtenção com qualidade, ou seja, provida de serviços básicos, livre de discriminação e com segurança, de maneira harmônica com a concretização dos direitos humanos.

## **Direito Fundamental à Moradia no Cenário Brasileiro**

A moradia é elemento primordial para o exercício de todos os direitos humanos, que têm como fundamento os valores de cidadania, justiça social e o respeito à dignidade da pessoa humana, pelo quê a preocupação dos organismos internacionais em discutir e criar mecanismos para sua melhoria.

A análise do direito fundamental à moradia no cenário brasileiro está diretamente relacionada ao desenvolvimento histórico do tema do acesso à terra e à moradia. Historicamente, a urbanização no Brasil, tal como nos demais países latino-americanos concentrou a terra na mão da classe dominante, marginalizando os segmentos mais vulneráveis da sociedade, que acabaram por ter nas áreas inadequadas ou impróprias para a moradia alternativa de local para viver.

---

1 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2006.

Bobbio<sup>2</sup> ensina que a busca de um fundamento absoluto para os direitos humanos é muito complexa e difícil. Isso porque são valores últimos antinômicos, além do fato de que a sociedade sofre transformações políticas, econômicas e culturais, fazendo com que os direitos fundamentais mudem de época para época, pelo quê o homem decide os direitos que em sua época devem ser universais.

Assim, estimulado pelos debates internacionais sobre o tema, o Brasil acompanhando a preocupação internacional no sentido de que a moradia é elemento essencial à dignidade da pessoa humana, inseriu o tema no rol dos direitos fundamentais com a Emenda Constitucional n. 20 de 14 de fevereiro de 2000, passando a ser expresso na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”<sup>3</sup>.

A Constituição Federal estabelece ainda, que é dever do Estado, nas suas três esferas, promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (artigo 23, inciso IX). O direito à moradia também faz parte das necessidades básicas dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, que devem ser atendidas pelo salário mínimo (artigo 7º, seção IV).

A normatizações infraconstitucionais, também é robusta quanto à proteção da moradia, com destaque para a positivação do direito à cidade (cidade sustentável consta expressamente entre as diretrizes da política urbana preconizadas pelo Estatuto da Cidade, lei 10.257/01, no artigo 2º, I), legislações relativas à regularização fundiária (Lei n. 11.977/2009 e Lei n. 13.465/2017) e outras.

Neste contexto a moradia é inerente à dignidade da pessoa humana, pelo quê espera-se sua concretude, de maneira que não se pode admitir a existência de expressivo número de pessoas sem condições mínimas de subsistência e sem acesso à necessidades primárias relacionadas à moradia e, portanto, torna-se coercitiva a responsabilidade estatal quanto à políticas públicas de habilitação, voltadas ao desenvolvimento urbano sustentável e de qualidade. A eficácia dos direitos sociais esta diretamente relacionada à obrigatoriedade do Poder Público na promoção do acesso e viabilidade para que o cidadão possa exigir políticas públicas que viabilizem seu direito, sob pena de tornar o texto constitucional mera ficção jurídica.

O direito social à moradia não pode ser confundido com o direito individual à propriedade, na medida em que este possui natureza individual, já o direito à moradia é coletivo devendo ser garantido por políticas públicas, na medida em que se trata de direito fundamental, prevendo

2 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217p

3 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 maio. 2019.

(...) garantia de segurança da posse quanto pela presença de instalações e aparelhamento sanitário adequado, que garanta condições de habitabilidade, porque atendida por serviços públicos de abastecimento de água potável, esgoto sanitário, energia elétrica, iluminação pública, coleta de lixo, pavimentação e transporte.<sup>4</sup>

Assim, o presente estudo objetiva delinear qual o objetivo a ser alcançado pelo Estado Brasileiro ao tornar-se signatário dos compromissos estabelecidos pela agenda habitat, em face da realidade brasileira, especialmente para os mais vulneráveis.

## **Direito à Moradia Adequada**

A Agenda Habitat levou os Estados participantes a comprometerem-se com a promoção de políticas habitacionais nacionais, subnacionais, e locais para apoiar a concretização progressiva do direito à moradia adequada para todos como um componente do direito a um nível de vida adequado, focando temas como a discriminação e violência, evitando-se desocupações forçadas arbitrárias, e priorizando a necessidades de desabrigados, pessoas em situações vulneráveis, grupos com baixa renda e pessoas com deficiência.

Neste contexto, torna-se evidente o compromisso da Agenda Habitat com a dimensão positiva, do direito à moradia, priorizando ainda habitações dignas, sustentáveis e acessíveis a todos, com o fim de reduzir o déficit habitacional e impedir a exclusão das camadas mais vulneráveis das populações, buscando reduzir, desta forma, a desigualdade social.

Para tanto, o Poder Público deve promover o acesso à moradia dotada dos serviços básicos (saúde, educação, iluminação, água, esgoto, coleta de lixo e outros), tornando-a digna e com respeito às minorias e questões de gênero.

A noção do que vem a constituir uma moradia adequada é o ponto de partida para a construção de indicadores de direito à moradia, pelo quê destaca-se o § 60 da Agenda Habitat no qual moradia adequada é definida como:

Moradia adequada significa mais do que ter um teto sobre a cabeça. Significa também privacidade adequada; espaço adequado; acessibilidade física; segurança adequada; segurança da posse; estabilidade e durabilidade estrutural; iluminação, calefação e ventilação adequadas; infra-estrutura básica adequada tal como serviços de abastecimento de água, esgoto e coleta de lixo, qualidade ambiental e fatores relacionadas à saúde apropriados; e localização adequada no que diz respeito ao local de trabalho e aos equipamentos urbanos: os quais devem estar disponíveis a um custo razoável (...) Fatores relacionados ao gênero e à idade (...) devem ser considerados.

---

4 FERREIRA, Gilberto. Regularização Fundiária e o Direito Social de Moradia: A posse como expressão de direito Fundamental à Moradia Digna. Revista Direito UFMS, Campo Grande/MS, v.1, n.1, jul./dez.2015, p. 127.

Tal como definido pelas nações unidas o direito à moradia adequada contempla sete componentes: Segurança de posse; Acesso a serviços, equipamentos e infraestrutura; Acessibilidade econômica; Habitabilidade; Acessibilidade; Localização e Adequação cultural.

A moradia adequada, enquanto necessidade de toda pessoa humana, é um parâmetro para identificar quando as pessoas vivem com dignidade e têm um padrão de vida igualmente adequado, pelo quê no próximo item analisaremos os indicadores brasileiros elaborado pelas Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) como preparatória para a participação do Brasil na Conferência Habitat III.

### **Moradia Digna e Vulnerabilidades: Realidade Brasileira<sup>5</sup>**

O desafio da moradia digna requer, para sua efetiva concretização que as cidades gerem melhores oportunidades de renda e emprego; expandam a infraestrutura necessária para água e saneamento, energia, transporte, informação e comunicações; garantam a igualdade de acesso aos serviços; reduzam o número de pessoas vivendo em favelas; e preservem os recursos naturais.

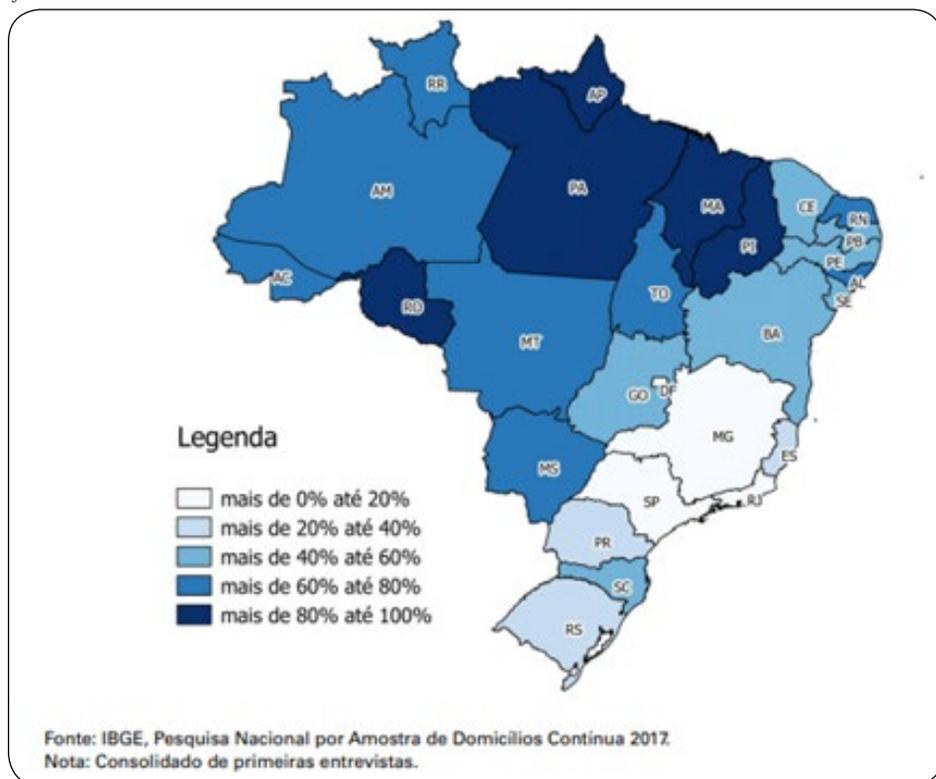
No campo da efetividade verifica-se que mesmo sendo o direito à moradia digna dever do Estado consagrado na Constituição Federal e outros normativos legais, ainda existem no país necessidades habitacionais não satisfeitas, configurando violações do direito à moradia, que incidem, sobretudo, nas camadas mais pobres da população. Neste contexto, analisaremos os indicadores e pesquisas estatísticas sobre o tema, analisando sua concretização em face das camadas vulneráveis da sociedade.

As características dos domicílios brasileiros são abordadas com base nas informações do PNAD (Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios) em pesquisas realizadas pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) no ano de 2018, que investigou aspectos, com base nos domicílios particulares permanentes<sup>6</sup>, as características físicas, condição de ocupação, acesso a serviços e presença de bens no domicílio, além de aspectos das condições de vida, relacionado a moradia como o acesso a serviços de saneamento básico – abastecimento de água por rede geral, esgotamento sanitário por rede coletora ou pluvial e coleta de lixo.

5 Todos os dados e informações indicados neste item são do IBGE em cartilha informativa denominada Síntese dos Indicadores Sociais: Uma análise das condições de vida da população brasileira – 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>. Acesso em 25 maio. 2019.

6 Os dados apresentados a seguir, portanto, não incluem a população residente em domicílios coletivos (como penitenciárias, asilos, hospitais, alojamentos, etc.), nem em domicílios particulares improvisados (como tendas, barracas, ou estabelecimentos comerciais utilizados como moradia sem ter instalações apropriadas). Ainda assim, como os domicílios particulares permanentes abrigam a ampla maioria da população brasileira (99,5%, de acordo com o Censo Demográfico de 2010), a pesquisa permite uma boa visão das condições de moradia da população.

Neste contexto destacam-se indicadores de inadequações domiciliares, pelo quê face a extensão do território brasileiro apresenta-se cartograma indicando a proporção da população residindo em domicílios sem acesso a ao menos um dos três serviços de saneamento básico, por Unidades da Federação:



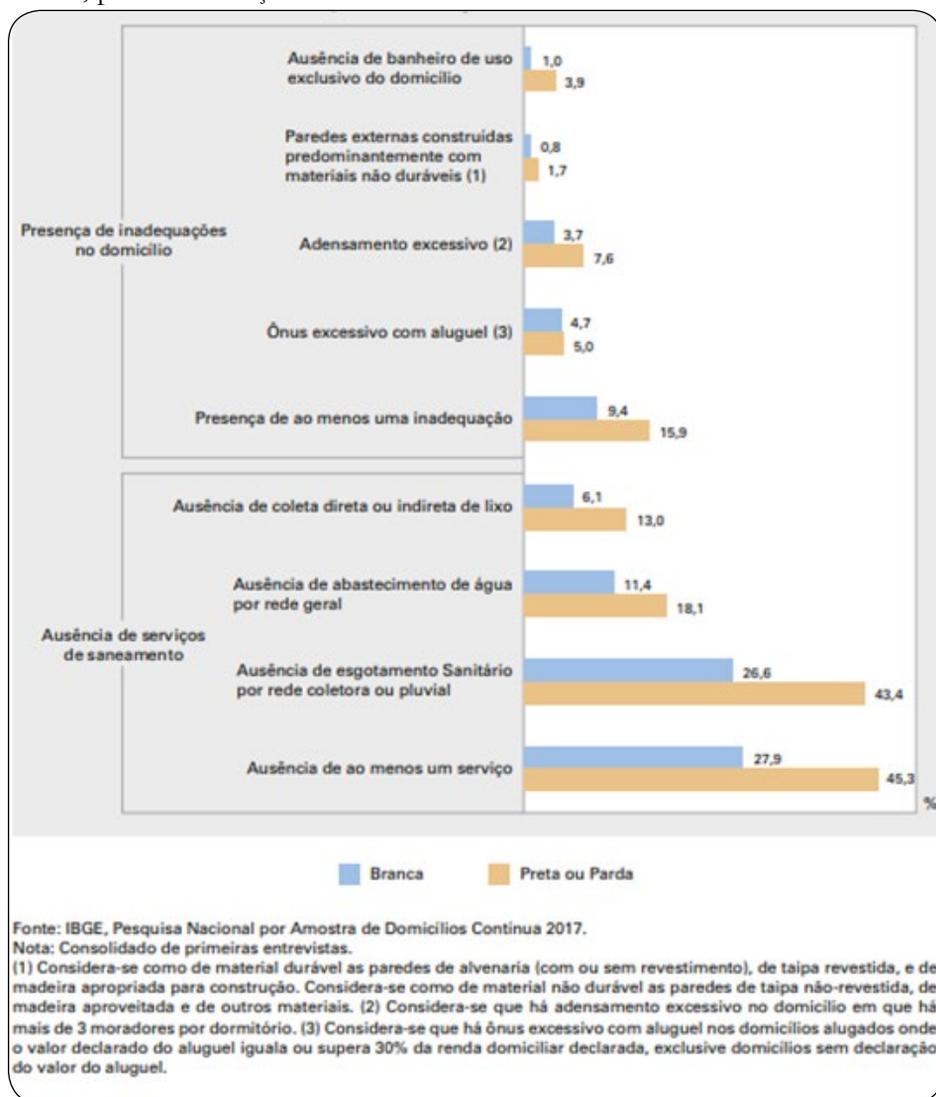
É cediço que os estados com população de maior renda per capita encontram-se nas regiões sudeste e sul e referido cartograma nos mostra que estas são as regiões com os menores percentuais de inadequações. Já nos estados com menor desenvolvimento e menor renda per capita e que igualmente concentram maior percentual de pessoas em vulnerabilidade são as que não possuem acesso à saneamento básico, logo, não possuem moradia digna, conforme definições da ONU.

O Piauí registrou a maior proporção da população sem acesso a esgotamento sanitário por rede coletora ou pluvial (91,7%), já o estado de São Paulo registrou a maior cobertura para cada um dos serviços, de maneira que a proporção da população sem acesso a coleta de lixo foi de 1,2%, a proporção da população sem acesso a abastecimento de água por rede foi de 3,6%, e a proporção da população sem esgotamento sanitário por rede foi de 7,0%.

Tais indicadores demonstram que os estados de Piauí, Maranhão, Pará, Amapá e Rondônia, possuem índices alarmantes, pois mais de 80% dos ci-

dados de referidos estados não usufruem de moradia digna, assim, deve-se concentrar especial atenção e direcionamento de recursos para que estes melhorem seus indicadores sociais e atinjam os mesmos indicadores dos estados mais desenvolvidos (São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e o Distrito Federal).

Também é alarmante a análise de referidos dados com base na cor ou raça da população, pois em todos os indicadores de habitação e saneamento analisados, a situação da população preta ou parda é significativamente mais grave do que a enfrentada pela população branca, elemento que se evidencia no gráfico a seguir que indica a proporção da população residindo em domicílios com presença de inadequações e ausência de serviços de saneamento básico, por cor ou raça – Brasil – 2017:



Em âmbito nacional IBGE indica que em 2017, 10,0% da população brasileira residia em domicílios onde não havia coleta direta ou indireta de lixo, 15,1% residia em domicílios sem abastecimento de água por rede geral e 35,9% sem rede coletora ou pluvial, destacando-se a tabela abaixo que indica a proporção das pessoas residentes em domicílios com presença de inadequações domiciliares e ausência de serviços de saneamento:

Analisa-se em referida tabela os índices nacionais de acesso à moradia digna, com destaque para a faixa de etária, demonstrando que os vulneráveis, no caso, crianças e jovens, em domicílios possuem maior exposição às inadequações e falta de saneamento.

Note-se também que entre a população com renda domiciliar per capita inferior a US\$ 5,50 PPC 57,6% viviam em domicílios com ausência de ao menos um serviço de saneamento básico, contra 37,6% da população em geral.

O gráfico seguinte demonstra proporção de pessoas residentes em domicílios particulares permanentes com restrições ao acesso por quantidade, segundo características selecionadas de domicílios e pessoas, diferenciando cor e raça, mulher e homem, faixa etária, bem como organizações familiares:

Características do domicílio	Proporção de pessoas (%)					
	Total (1)	Até US\$ 5,5 PPC 2011 (2) (3)	Faixa Etária			
			0 a 14 anos de idade	15 a 29 anos de idade	30 a 59 anos de idade	60 anos ou mais de idade
<b>Ausência de serviços de saneamento</b>						
Ausência de Esgotamento Sanitário por rede coletora ou pluvial	35,9	55,6	41,1	37,5	34,0	31,7
Ausência de Abastecimento de água por rede geral de distribuição	15,1	25,8	17,3	15,2	14,2	14,4
Ausência de Coleta direta ou indireta de lixo	10,0	21,6	12,2	10,0	9,0	9,7
Ausência de ao menos um dos três serviços de saneamento básico	37,6	57,6	42,8	39,2	35,6	33,3
<b>Inadequações nas condições de moradia</b>						
Ausência de banheiro de uso exclusivo do domicílio	2,6	7,8	4,1	2,9	2,1	1,6
Paredes externas construídas predominantemente com materiais não duráveis (4)	1,3	3,1	2,0	1,4	1,0	0,9
Adensamento excessivo (5)	5,9	14,3	12,1	6,8	3,9	1,3
Ônus excessivo com aluguel (6)	4,9	8,8	6,6	5,7	4,4	2,4
Ao menos uma inadequação nas condições de moradia	13,0	28,6	21,2	15,1	10,4	5,9

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2017.  
Nota: Consolidado de primeiras entrevistas.

(1) Inclui as pessoas cuja condição no arranjo domiciliar era pensionista, empregado doméstico ou parente do empregado doméstico. (2) Exclui as pessoas cuja condição no arranjo domiciliar era pensionista, empregado doméstico ou parente do empregado doméstico. (3) Taxa de conversão da paridade de poder de compra (PPC 2011) para consumo privado, R\$ 1,66 para US\$ 1,00, inflacionado pelo IPCA para o ano recente. (4) Considera-se como de material durável as paredes de alvenaria (com ou sem revestimento), de taipa revestida, e de madeira apropriada para construção. Considera-se como de material não durável as paredes de taipa não-revestida, de madeira aproveitada e de outros materiais. (5) Considera-se que há adensamento excessivo no domicílio em que há mais de 3 moradores por dormitório. (6) Considera-se que há ônus excessivo com aluguel nos domicílios alugados onde o valor declarado do aluguel iguala ou supera 30% da renda domiciliar declarada, exclui domicílios sem declaração do valor do aluguel.

Os números demonstraram que os vulneráveis tiveram maior restrição à moradia digna. As mulheres têm menor acesso à moradia digna e outros elementos de desenvolvimento social em comparação aos homens; os pretos e pardos em comparação com os brancos têm números com alarmantes diferenças; mas a situação mostra-se especialmente preocupante para as mulheres, negras, com filhos e não acompanhada por cônjuges.

## Considerações Finais

O governo brasileiro tem dado importantes passos para o alcance do direito à moradia no Brasil. Na esfera internacional, o Brasil ratificou os prin-

cipais pactos, convenções e declarações da ONU que incluem o direito à moradia como uma parte indissociável para o alcance dos direitos humanos.

Os avanços na legislação e os esforços de investimento realizados nas áreas de habitação e saneamento ocasionaram a implementação gradual e progressiva do direito à moradia digna no Brasil, contudo, a distribuição destes ainda não é harmônica em nossa sociedade na medida em que ficou demonstrado que as classes vulneráveis não são atendidas com equidade, havendo expressiva diferença também quando comparados os estados mais ricos e mais pobres da federação.

Os direitos humanos fundamentais são basilares em nossa sociedade e seu acesso deve ser viabilizado à todos independentemente de cor, idade ou classe social, devendo o estado dedicar-se à viabilizar igual acesso à todos.

É cediço e louvável os esforços brasileiros ao comprometer-se com os objetivos da Agenda Habitat, especialmente no tocante às cidades sustentáveis, contudo, os esforços devem ser ainda maiores e mais concentrados nas classes mais vulneráveis, na medida em que hoje, concluímos que a realidade brasileira esta distante dos objetivos internacionais.

## Referências

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 maio. 2019.

FERREIRA, Gilberto. **Regularização Fundiária e o Direito Social de Moradia: A posse como expressão de direito Fundamental à Moradia Digna**. Revista Direito UFMS, Campo Grande/MS, v.1, n.1, jul./dez.2015.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese dos Indicadores Sociais: Uma análise das condições de vida da população brasileira – 2018**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>, acesso em 28 maio.19.

ONU – Organizações das Nações Unidas. **Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/onuhabitat/>, acesso em 28/05/19.

ONU – Organizações das Nações Unidas. **The Habitat Agenda Goals and Principles, Commitments and the Global Plan of Action**. Disponível em: [http://mirror.unhabitat.org/downloads/docs/1176\\_6455\\_The\\_Habitat\\_Agenda.pdf](http://mirror.unhabitat.org/downloads/docs/1176_6455_The_Habitat_Agenda.pdf). Acesso em 28/05/19.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. **O Direito à Moradia no Brasil**. São Paulo: Instituto Pólis, 2005.

# LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE Y LA NECESIDAD DE TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES

**Ivan Martins Motta**

Doctor en Derecho Penal por la Pontificia Universidade Católica de São Paulo. Profesor de Teoría General del Derecho Penal I y II en la Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu – USJT. Exdirector, ex vice-presidente y actual miembro del Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales - IBCCRIM

**Priscila Machado Martins**

Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Profesora de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de los Andes, Chile. Este trabajo es parte del proyecto Fondecyt Iniciación (Conicyt Chile), N° 11170502, titulado “La cosa juzgada en la acciones constitucionales de protección”, en la cual la autora es directora responsable

## **Resumen:**

El presente estudio pretende examinar la necesidad de actualizar el modelo constitucional de la acción constitucional de protección para la tutela de los derechos fundamentales, especialmente los derechos sociales, en el derecho chileno. Por tener un rol taxativo de derechos protegidos, no alcanza otros derechos, especialmente los de naturaleza social. Esta realidad pone en evidencia una pluralidad de derechos fundamentales de la persona humana que deben ser amparados por el ordenamiento jurídico. Como resultado se considera que los derechos fundamentales, para ser protegidos y efectivos, deben ser contar con la responsabilidad de los agentes políticos, pero también con su respectiva tutela jurisdiccional.

**Palabras-Clave:** Recurso de protección; Derechos sociales; Derechos fundamentales.

## **Introducción**

El presente artículo tiene por objetivo el estudio de la acción constitucional de protección y su incidencia en una nueva Constitución. El problema que se plantea es si el actual estructura del recurso de protección es idónea para garantizar los derechos fundamentales sociales de las personas.

Este problema se fundamenta en las especiales características de la acción de protección y en la dificultad su rol taxativos de derechos, como también la ausencia de acción de tutela de los derechos sociales. La razón de la presente investigación está en la necesidad de reformar el actual diseño constitucional y legislativo del recurso de protección para mejor protección de los derechos fundamentales.

De este modo, los aspectos relativos a la acción constitucional de protección no son un asunto pacífico para la doctrina, sino que provoca no solo cambios o perfeccionamientos del instituto, que lo tensionan a tal punto, como se comprueba con las publicaciones efectuadas sobre el tema, en los cuales podemos identificar puntos de tensión, con desarrollo de argumentos y opiniones divergentes, todas en la búsqueda de un mejor delineamiento de esta acción, que parece necesita una especial mayor atención.

## **La Acción Constitucional de Protección en el Sistema Jurídico Chileno**

Es la acción constitucional que confiere a los individuos, que como consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufren privación, perturbación o amenaza a sus derechos y garantías constitucionales, la protección efectiva de sus derechos fundamentales preexistentes e indubitados. El la garantía de los derechos fundamentales establecidas en la Constitución de 1980. El recurso de protección tiene por objetivo reestablecer el imperio del derecho, para asegurar el derecho preexistente e indubitado y su efectiva protección. Ha sido discutida el alcance de la norma constitucional inserida no art. 20 de la Constitución de Chile, indagando si en ella han sido protegidos solamente los derechos individuales de primera generación o si podría alcanzar también los derechos sociales.

El recurso de protección es una acción constitucional para la protección de los derechos individuales, establecido en el artículo 20, de la Constitución de la República. Dicho artículo establece que: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°,12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

## Naturaleza Jurídica de la Acción Constitucional de Protección

La acción constitucional de protección tiene naturaleza de garantía y desde el ámbito procesal es una acción, o sea, una facultad que tiene las personas, nacionales o extranjeras, para provocar el ejercicio de la tutela jurisdiccional para la protección, reconocimiento o declaración de un derecho fundamental que fue privado, perturbado u omitido, y que se traducen en un conjunto de actos procesales que tienen por objetivo dar tutela efectiva a los derechos fundamentales, por medio de una sentencia definitiva<sup>1</sup>.

Impropiamente fue denominación de recurso, ya que la acción de protección no tiene naturaleza de recurso, en el sentido técnico procesal<sup>2</sup>, pues no pretende atacar o reformar a ninguna sentencia judicial, sino que es una acción de urgencia, que busca la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

El debate sobre que tipo de procedimiento sería la acción constitucional de protección, es decir, de naturaleza cautelar, sumario especial o sumarísimo, es resultado de la discusión doctrinaria y jurisprudencial en recurso de protección, y su reconocimiento importa en la consideración o no de la cosa juzgada.

Grande parte de la doctrina considera que la acción constitucional de protección posee naturaleza cautelar, entre los cuales encontramos Francisco ZUÑIGA URBINA<sup>3</sup>, José Luis CEA<sup>4</sup>, Emilio PFEFFER URQUIAGA<sup>5</sup> entre otros, pues, para ellos, tratándose de derechos fundamentales dicha tutela solamente debe darse por medio de un proceso constitucional urgente de tipo cautelar. Para Juan Manuel ERRAZURIZ GATICA y Jorge Miguel OTERO A., la acción de protección es una acción cautelar, toda vez que es un medio procesal principal que tiene por objeto el resguardo del legítimo ejercicio de los derechos amparados por ésta, exigiendo al tribunal competente que cumpla con la obligación constitucional de dar debida protección al afectado, y que restablezca el imperio del derecho<sup>6</sup>.

Uno de los mecanismos jurisdiccionales o uno de los procedimientos para la solución de conflictos es la tutela cautelar. Ella tiene por objeto acautelar el objeto del proceso principal en contra del tiempo o de la demora, por

1 MACHADO (2019), p. 399; MACHADO y FACHIN (2018), p. 527.

2 "El denominado recurso de protección no circunscribe el ámbito de su aplicación a las resoluciones judiciales, sino que cubre toda la gama de decisiones públicas, con ciertas excepciones importantes". En: Nogueira Alcalá (1999), p. 160.

3 ZUÑIGA URBINA, Francisco, El recurso de protección en proyecto de Ley de Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales, *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 2, Universidad de Talca, 2007, pp. 61-82.

4 CEA, José Luis, El sistema constitucional de Chile, *Síntesis crítica*, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Valdivia, 1999, pp. 41 y 42; 162 y 165.

5 PFEFFER URQUIAGA, Emilio, El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile, *Estudios Constitucionales*, año 4, n. 2, Universidad de Talca, 2006, pp. 87-107.

6 ERRAZURIZ GATICA, Juan Manuel; OTERO A., Jorge Miguel, Aspectos procesales del recurso de protección (Santiago, Jurídica de Chile, 1989), p. 37.

esto el requisito del *periculum in mora*, pero una de las principales características es su dependencia de un proceso principal<sup>7</sup>.

El procedimiento cautelar no es autónomo o sea, la tutela cautelar tiene naturaleza subordinada y no autónoma, como la tutela cognitiva y la tutela ejecutiva. Ella no tiene por objetivo la tutela definitiva de la situación sustancial, pero está al servicio y en la dependencia de otra forma de tutela jurisdiccional, normalmente cognitiva, pero también pudiera ser ejecutiva, en cuanto a la función de garantizar la efectividad de la forma de tutela jurisdiccional, vale decir, principal<sup>8</sup>. Del mismo modo, Enrico Tullio LIEBMAN entiende que “la acción cautelar es siempre presentada en una relación de complementariedad a una acción principal, ya que dicha relación que la cautela tiene el objetivo de garantizar el resultado de la acción principal”<sup>9</sup>.

De este modo, no podemos concordar con la postura que comprende la naturaleza cautelar de la acción constitucional de protección, dado que no cumple con los requisitos de la dependencia a una acción principal, además no tiene como objetivo asegurar el resultado de otra acción, ni tiene como característica la no autonomía. Por el contrario, la acción de protección es acción autónoma independiente, que tiene por fundamento asegurar de modo rápido la tutela efectiva del derecho constitucional sustantivo<sup>10</sup>.

Eduardo ALDUNATE presenta una comprensión distinta al significado de la acción constitucional de protección, que es la de un procedimiento urgente cautelar. Su proposición es que en la práctica este mecanismo constitucional no se ha comportado como un procedimiento cautelar, sino que resuelve en la mayoría de los casos el fondo del tema controvertido con carácter definitivo. Así, la judicatura ordinaria termina en muchos casos de formular un norma constitucional que incorpora al orden jurídico, lo que no comporta las características de una tutela cautelar<sup>11</sup>.

Para Eduardo SOTO KLOSS, la acción de protección no es una acción cautelar, pues a su ver, lo cautelar no es un criterio que pueda ser referido

7 MACHADO y FACHIN (2018), p. 528.

8 “La tutela cautelare – è questo l’elemento più importante – ha natura subordinata e non autonoma, come la tutela cognitiva e quella esecutiva. Essa non è rivolta alla tutela definitiva delle situazioni sostanziali, ma è, per così dire, al servizio, alle dipendenze di altre forme di tutela giurisdizionale (normalmente cognitive, ma anche esecutive), in quanto ha la funzione di garantire l’effettività delle forme di tutela giurisdizionale, per così dire, principale”. LUISO (2013), p. 21.

9 “L’azione cautelare è sempre legata da un rapporto di complementarità ad un’azione principale e questo rapporto è dato da ciò, che la cautela che viene chiesta ha lo scopo di garantire il proficuo risultato dell’azione principale”. Trad. Libre de Liebman (2012), pp. 205.

10 MACHADO y FACHIN (2018), p. 529.

11 ALDUNATE, Eduardo, Interpretación constitucional y decisión política, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, vol. XV, 1993-1994, p. 59; Cf. ADUNATELIZANA, Eduardo, *Jurisdicción constitucional y cosa juzgada constitucional*, en *Revista de Derecho* N° 20, vol. 2 y 3, Tomo II, 1993 Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993; Cf. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, El recurso de protección chileno al banquillo, *Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla*, año V., n. 27, enero-junio, 2011, pp. 56-71; Cf. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, La unidade en la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: una tare pendiente en el derecho chileno, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n. 3, pp. 517-538, Santiago, 2007.

al contenido, a la cualidad o carácter de los efectos de acto de jurisdicción, sino a la relación instrumental que vincula el acto procesal cautelar a un acto principal, diverso de él. Para él, la protección no es una acción cautelar, sino son cautelares las medidas que se dictan por el tribunal para dar protección al derecho fundamental vulnerado<sup>12</sup>.

Parte de los estudiosos aseveran que el recurso de protección otorgase por una vía urgente, de naturaleza sumaria o sumarísima. Diego PALOMO VÉLEZ explica que se trata de un procedimiento sumarísimo que aspira a brindar tutela judicial efectiva y urgente a una persona o grupo<sup>13</sup>. Para Andrés BORDALÍ SALAMANCA, el recurso de protección es un proceso de protección de derechos fundamentales, un proceso sumario especial, que permite dar efectividad urgente, aunque con un carácter provisional, a los derechos fundamentales<sup>14</sup>.

Entendemos que la naturaleza del recurso de protección es aquella que defiende la naturaleza sumarísima, pues como explica LIEBMAN “la ley ha sentido la necesidad de conceder a favor de determinado derecho el privilegio de poder obtener una decisión y la consecuente vía ejecutiva de modo más rápido que el normal”<sup>15</sup>. Corroborando con lo que se defiende, GREGORIO PECES-BARBA entiende que “igualmente puede calificarse al procedimiento como sumario, si bien entendido no en término procesales, sino con el sentido de la celeridad, rapidez, brevedad o urgencia”<sup>16</sup>.

La acción constitucional de protección, que está establecida por el Auto Acordado N° 94-2015 de la Corte Suprema, es el sumarísimo especial, pues no está permitido, en el ámbito de la acción de protección, la extensión de la prueba, ya que no es admitida la prueba pericial u oral. Así las cosas, este es el fundamento por el cuál el recurso de protección es un procedimiento absolutamente documental. Esta característica está relacionada a su naturaleza de tutela jurisdiccional de conocimiento de urgencia. Es lo que podemos extraer de la rapidez y de la simplicidad de su procedimiento<sup>17</sup>.

Esta característica sumarísima establece una tramitación rápida, conocida directamente en segunda instancia, determinando una ventaja procesal en relación a los lentos e interminables procedimientos ordinarios, garantizando un procedimiento más veloz, breve y concentrado.

---

12 SOTOKLOSS, Eduardo, *El recurso de protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Jurídica de Chile, 1982), p. 248.

13 PALOMO VÉLEZ, Diego, “Recurso de Protección en Chile: luces, sombras y aspectos que requieren cambio”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, CECOCH, UNAM, Ed. Librotecnia, Santiago, 2009; Cfr. PALOMÓ VELEZ, Diego, “Violaciones de derechos fundamentales por los tribunales de justicia: recurso de protección y de amparo español. Un análisis comparado”, en *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol.9, n.2, pp.133-159.

14 BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, El proceso de protección, *Revista de Derecho*, vol. 10, n. 1, Valdivia, 1999, p. 43-58.

15 LIEBMAN (2012), p. 176.

16 PECES-BARBA (1999), p. 529.

17 MACHADO y FACHIN (2018), pp. 530-531.

Los requisitos obligatorios del recurso de protección: la certeza y la exigibilidad del derecho reclamado, en cuanto derecho manifiesto, delimitado en su extensión y apto para ser ejercitado en cualquier momento; para esto es necesario observar tres requisitos, a saber: i) certeza jurídica; ii) existencia de derecho subjetivo - y no mero interés jurídico-; y, iii) objeto determinado<sup>18</sup>.

El principal requisito para determinar la preexistencia y el carácter de indubitado de un derecho es la certeza jurídica, de modo que derive de una norma jurídica expresa, pues no se reconoce como preexistente e indubitado aquel fundamentado en analogía, equidad o principios generales del Derecho, a excepción de los principios constitucionales y derechos fundamentales implícitos .

La Corte Suprema ha establecido que existiendo en el ordenamiento jurídico nacional un procedimiento de reclamo en contra de las resoluciones u omisiones ilegales de los municipios, resulta evidente que ésta no es una materia que corresponda ser dilucidada por medio de la presente acción cautelar, ya que ésta no constituye una instancia de declaración de derechos sino que de protección de aquellos que siendo preexistentes e indubitados, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria y por ende en situación de ser amparados, por lo que el acápite del recurso de protección conocido por la vía del recurso de apelación, no está en condiciones de prosperar, sin perjuicio de otras acciones que pudieren corresponder a la actora.

El recurso de protección es aplicable a la protección de un derecho fundamental y no de un simple interés jurídico, de modo que, el derecho preexistente e indubitado debe referirse a un objeto determinado, dado que el recurso de protección no es medida procesal adecuada para tutelar prestaciones indeterminadas, genéricas, fungibles o alternativas y provisionales.

La característica sumarísima de la acción de protección también genera discusión sobre la naturaleza de la cognición judicial, que podría para algunos ser superficial, sumaria o exhaustiva. La cognición superficial es aquella en que el juez está en condiciones de ejercer la jurisdicción antes de la notificación del demandado, con fundamento en pretensiones unilaterales y, eventualmente, con base en pruebas pre constituidas aportadas por el demandante. Por otro lado, la cognición sumaria es aquella ejercida por el juez a partir del contradictorio entre las partes y, de un modo más amplio, durante el procedimiento, hasta que todas las pruebas necesarias sean producidas por las partes<sup>19</sup>. De este modo, dicho autor entiende que la cognición judicial verticalmente exhaustiva es ejercida después del término del período probatorio, donde en ella realiza todo el análisis del conjunto probatorio.

La cognición verticalmente exhaustiva es ejercida en el final, propia de los procedimientos ordinarios, con el análisis, después de la manifestación de las partes, de todos los hechos, pruebas y argumentos aportados por las partes. Es la cognición judicial, la verticalmente exhaustiva, que es apta a produ-

18 MACHADO (2019), p. 399 y ss.

19 CAMBI (2001), pp. 62-63.

cir, vía de regla, la cosa juzgada material<sup>20</sup>.

La cognición judicial en las acciones de protección es verticalmente exhaustiva *secundum eventum probationis*, es decir, según el resultado de la prueba. Por lo tanto, la decisión que juzga el merito de la acción de protección se reviste de la autoridad de la cosa juzgada material.

El análisis del mérito de la acción constitucional de protección para efectos de la cognición vertical exhaustiva ocurre cuando, en la sentencia definitiva, el juez o tribunal, después de la manifestación de la parte contraria, verifica delante de todos la prueba instrumental producida, el argumento de la arbitrariedad, con la concesión o no de la protección constitucional pretendida.

Dicha situación se presentará cuando existan pruebas preconstituidas que no dejen dudas sobre los hechos pretendidos, siendo en este sentido que la formación de la cosa juzgada material en el recurso de protección depende del resultado de la prueba, o sea, la cosa juzgada será material *secundum eventus probationis*. Del mismo modo, si el resultado de la prueba es insuficiente en la acción constitucional de protección, la cosa juzgada será solamente formal<sup>21</sup>.

## **El Rol de Derechos Fundamentales Protegidos: la Inexistencia de Protección de Derechos Fundamentales Sociales**

El artículo 20 de la Constitución Política de la República instaura un rol taxativo de los derechos fundamentales, no incluyendo todos los derechos fundamentales, y en especial dejando de lado la protección y la tutela de los derechos sociales. Los derechos protegidos en el referido dispositivo legal, de modo general, son: el derecho a la vida; la igualdad ante la ley; la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales; respecto y protección a la intimidad y la honra; la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas; libertad de conciencia, manifestación de creencias y ejercicio libre de culto; el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; derecho a elegir el sistema de salud; libertad de enseñanza; la libertad de opinión y la de informar sin censura previa; el derecho de reunión; el derecho de asociarse; el derecho a la libertad de escoger el trabajo, no pudiendo ser prohibida ninguna clase de trabajo, que no se oponga con la moral, seguridad, salubridad pública o interés nacional; derecho a sindicarse; derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, orden público o a la seguridad nacional; derecho de propiedad; derecho a la propiedad intelectual<sup>22</sup>.

Humberto NOGUEIRA ALCALÁ afirma que “sólo se protegen derechos sociales que no guardan relación con la actividad económica-financiera del Estado, como es el caso del derecho a sindicarse, como asimismo, el derecho a escoger el sistema de salud (privado o público) que la persona considere

20 MACHADO (2019), pp. 399 y ss.

21 ASSAGRA DE ALMEIDA (2007), p. 436.

22 MACHADO y FACHIN (2018), p. 532.

conveniente. El único caso que rompe esta regla guarda relación con el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, pero en este caso, se exige que la acción deba ser arbitraria e ilegal, vale decir, cumplir con ambos requisitos copulativamente, sin que exista un fundamento razonable y legítimo para realizar esta discriminación<sup>23</sup>. La dificultad de se establecer un rol taxativos de derechos fundamentales es dejar a muchos de los derechos sin la efectiva garantía. Los derechos fundamentales implícitos, los derechos colectivos y los derechos sociales son alguno de estos ejemplos. El principal aspecto de las garantías de los derechos fundamentales es su tutela jurisdiccional. Solamente cuando un derecho fundamental encuentra protección judicial, podemos decir que existe una protección integral de este derecho.

Dado el rol taxativo, la jurisprudencia ha aceptado la tutela de los derechos bajo el nefasto argumento de la “propietarización de los derechos fundamentales”. Esto no es de hoy y persiste hasta los días actuales. En el Rol N° 17.718-2016, la Tercera Sala de la Corte Suprema, por ejemplo, sostiene que “el recurrente invocó su derecho de propiedad sobre su empleo público de planta, que fue conculcado con la inclusión en la lista anual de retiro. La ya citada ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas establece, como se ha señalado en el considerando precedente, el ingreso a la carrera profesional, como asimismo el retiro, una de cuyas formas es la ya que se adoptó respecto del recurrente, de modo que la propiedad en el empleo se encuentra garantizada mientras no surjan causales legales de terminación como ha ocurrido en este caso”<sup>24</sup>.

Esto es así, pues se ha entendido que es posible considerar el derecho de propiedad sobre los mismos derechos. Esto entra en conflicto con la misma titularidad y renunciabilidad de los derechos fundamentales. En el año de 1991, Alejandro Vergara Blanco advirtió de los problemas relacionados con la teoría de la propietarización de los derechos, publicando un artículo en la Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Sus principales preocupaciones eran: i) la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales dependían de recurrir al argumento de considerar no tanto el derecho, sino la propiedad que sobre él se tendría, considerando esto un vicio dogmático, que si bien produce los efectos prácticos pretendidos, conduce a una crisis dogmática del derecho a la propiedad; y ii) que esta práctica es altamente corrosiva, pues se trata de una relajación del concepto de propiedad, lo que evidencia que todo los derechos fundamentales se reducen a un único derecho, o sea, el derecho de propiedad. Al final, dicho autor advierte de los peligros y del “precipicio” dogmático que la jurisprudencia constitucional estaría entrando<sup>25</sup>. Lamentablemente, ni la doctrina ni la jurisprudencia han cambiado de postura. La propietarización de los derechos fundamentales está presente mismo después de 26 años de la publicación del artículo de Vergara

23 NOGUEIRA ALCALÁ (1999), p. 169.

24 MACHADO y FACHIN (2018), p. 533.

25 VERGARA BLANCO (1991), p. 291.

Blanco. De igual forma, Andrés Bordalí asevera que “la propietarización de los derechos ha permitido dar tutela urgente a posiciones jurídicas subjetivas que poco o nada tienen que ver con auténticos derechos fundamentales”<sup>26</sup>.

La segunda consecuencia en relación al rol taxativo de los derechos fundamentales es la ausencia de garantía jurisdiccional para la tutela de los derechos fundamentales sociales. Salvador MOHOR ABUAUAD concluye que existe “la necesidad de modificar el artículo 20° de la Constitución vigente, con miras a asegurar su directa protección y terminar así, definitivamente, con la inconstitucional práctica de la propietarización, surgida del ingenio de nuestros abogados y mantenida por la tolerancia de los Tribunales, frente a la necesidad de llenar un vacío de nuestra institucionalidad que ya no puede mantenerse por más tiempo”<sup>27</sup>.

La protección de los derechos sociales no es pacífica. José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY entiende que los derechos sociales no son derechos en un sentido jurídico estricto, tratándose más bien de preceptos meramente programáticos, pues son exhortaciones a los poderes públicos a las que éstos no quedan obligados. A su vez, sólo se transforman en verdaderas exigencias cuando se recogen en disposiciones infraconstitucionales<sup>28</sup>. Las normas constitucionales programáticas pueden ser definidas como reglas constitucionales que buscan conciliar los intereses de grupos políticos e sociales antagónicos, presentando un contenido económico-social y función de eficacia de programa, obligando a los órganos públicos, por medio de directrices que estos deben cumplir<sup>29</sup>.

Sin embargo, la doctrina extranjera está en el sentido de entender que las normas programáticas prestacionales poseen fuerza normativa. En un primer momento, se defendió que las normas programáticas no pasaban de exhortaciones morales, declaraciones desprovistas de cualquier eficacia. Posteriormente por fuerza de la influencia de la doctrina italiana, preocupada con la existencia de un gran número de normas programáticas en la Constitución Italiana de 1947, que Vezio CRISAFULLI lideró una nueva posición de la doctrina, defendiendo la eficacia de las normas programáticas, rechazando que dichas normas eran meramente declaraciones o consejos<sup>30</sup>.

Esta postura asevera que las normas programáticas se presentan como portadoras de principio constitucional. La Constitución encierra una pluralidad de principios, como asevera GOMES CANOTILHO<sup>31</sup>, que pueden ser clasificados en: principios jurídicos fundamentales, principios políticos constitucionalmente conformadores, principios constitucionales impositivos, principios-garantías, principios estructurantes y principios concretos<sup>32</sup>. Los princi-

26 BORDALÍ (2006), p. 206.

27 MOHOR ABUAUAD (2014), p. 161.

28 MARTÍNEZ ESTAY (2010), p. 159.

29 PIMENTA (1999), p. 173.

30 CRISAFULLI (1952), pp. 27-31.

31 GOMES CANOTILHO (1983), pp. 11-12.

32 HORTA (1991), p. 4.

prios constitucionales, según Alessandro PIZZORUSSO<sup>33</sup> son fuentes del Derecho. La eficacia irradiante de los principios constitucionales, especialmente los principios fundamentales, fue trabajada por MORTATI<sup>34</sup>, en su función como criterio interpretativo de las disposiciones constitucionales, cuando el principio adquiere la característica de supernorma. Las normas programáticas, como principio constitucional, son considerados por CRISAFULLI como *disposizioni di principio* en la Constitución, traduciendo en la incompatibilidad de la distinción fundada en la existencia de normas de eficacia programática o directiva y normas de eficacia obligatoria, constituyendo esta inherente obligatoriedad de la norma una exigencia de las constituciones rígidas<sup>35</sup>.

De este modo, las normas programáticas prestacionales son pasibles de exigencia y deben tener una acción constitucional que le sirvan de garantía. En un nuevo modelo constitucional, se torna imprescindible la previsión de un mecanismo jurisdiccional de garantía. Pero esto no se presenta sin dificultades<sup>36</sup>.

El inconveniente en determinar una garantía jurisdiccional sobre los derechos fundamentales prestacionales es ponderar dos aspectos fundamentales: el principio del mínimo razonable y la reserva del posible. La discusión doctrinaria se divide en aquellos que entienden que el mínimo existencial sería un núcleo intangible del derecho social, y en virtud de esto no podría estar relativizado por el argumento de la reserva del posible, y por otro lado, existen posiciones que defienden que los derechos sociales pueden ser relativizados frente al argumento de la reserva del posible.

La teoría de la reserva del posible surgió en Alemania, en 1972, en el juicio del caso *numerus clausus* por el Tribunal Constitucional Federal Alemán. En dicho juicio fue decidido sobre el acceso a la carrera de Medicina y la compatibilidad de determinadas reglas estatales que restringían el acceso a la educación superior (*numerus clausus*), con la Ley Fundamental, que garantizaba la libertad de escoger una profesión. El Tribunal entendió que la prestación exigida por el Estado debe corresponder al que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad, y decidió que no sería razonable exigir del Estado la obligación de acceso a todos los que pretendieran estudiar la carrera de Medicina<sup>37</sup>.

Así las cosas, de acuerdo con la doctrina de la reserva del posible (*Vorbehalt des Möglichen*), mismo que hubiere recursos financieros para satisfacer la prestación requerida, el Estado no debe realizarla si la exigencia no estuviera dentro del límite del razonable<sup>38</sup>. La reserva del posible está relacionada a la exigencia de prestaciones dentro del límite de razonabilidad, y no de la esca-

33 PIZZORUSSO (1984), p. 103.

34 MORTATI (1975), p. 2.

35 CRISAFULLI (1952), pp. 12 y 19.

36 MACHADO y FACHIN (2018), p. 536.

37 MACHADO y FACHIN (2018), p. 537.

38 WOLFGANG SARLET (2006), p. 301.

sez de recursos conforme ocurre en los países de Sudamérica<sup>39</sup>.

Wálter Araújo Carneiro asevera que la reserva del posible sería una causa excluyente de la conducta antijurídica del Estado que deja de conferir eficacia a un derecho fundamental social prestacional consagrado en la Constitución Federal. Así, delante de un cuadro financiero deficitario, sería inexigible del Estado la adopción de conducta diversa<sup>40</sup>.

Por otro lado, la reserva del posible, según Flávio Galdino, es un integrante de los derechos fundamentales, en la medida en que considera a la escasez de recursos no como un elemento a la restricción a la efectividad del derecho fundamental, sino como una condicionante a la propia existencia del derecho, pues “en la medida en que al Estado es indispensable el reconocimiento y la efectivación de los derechos derechos, y considerando que los Estados solamente funcionan en razón de las contingencias de recursos económicos-financieros captados juntamente a los individuos singularmente considerados, se llega a la conclusión de que los derechos solamente existen en la medida donde hay flujo presupuestario que lo permita”<sup>41</sup>.

Pero en definitiva, los derechos sociales prestacionales no pueden depender de la programación política y económica, como tampoco de la voluntad política en estos aspectos. Es necesario establecer un nuevo diseño a la acción de protección para que pueda amparar y garantizar la tutela efectiva de los derechos sociales.

## **El Problema de la Inconstitucionalidad del Auto Acordado que Reglamenta el Recurso de Protección**

Las normas de naturaleza procesal, en nuestro ordenamiento jurídico son materias de Ley, conforme establece el artículo 63, N° 3 de la Constitución Política de la República. De este modo, la ley es la fuente primordial del derecho procesal. Esto es una de las exigencias del principio de la legalidad procesal, ya que nadie puede ser juzgado sin ley anterior que establezca tanto la ley material como también el procedimiento. Para que determinado procedimiento sea constitucional en la forma, es necesario observar el proceso de formación de la ley.

El principio de la legalidad, consagrado constitucionalmente en el artículo 19, N° 3 de la Constitución Política y establece que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”. Esta parte del N° 3 del artículo 19 determina una garantía jurisdiccional, ya que el principio de la legalidad procesal afirma que todo procedimiento debe ser desarrollado conforme la ley procesal ante órgano jurisdiccional competente, conforme la expresión latina *nemodamneturnisi per legale iudicio*. El principio de legalidad procesal es una exigencia de que toda

39 OLSEN (2006), p. 6.

40 CARNEIRO(2004), p. 383

41 GALDINO (2002), p. 188.

pretensión y su resistencia o defensa debe ser tramitada de conformidad con el procedimiento adecuado y las normas procesales previstas en Ley.

No obstante, en Chile, la acción de protección no obedece el principio de la legalidad procesal estricta y es reglamentado por medio de un Auto Acordado que establece su tramitación. El Auto Acordado N° 94-2015 establece el procedimiento del recurso de protección, legislando por vía impropia, la legitimidad de partes, los plazos, mecanismos de pruebas, recursos pertinentes, requisitos para la admisibilidad de la acción, etc.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha sido consultado sobre la constitucionalidad del Auto Acordado que establece la tramitación del recurso de protección. En su último fallo a respecto<sup>42</sup>, manifiesta su posición sobre la constitucionalidad del Auto Acordado sobre el Recurso de Protección, y entiende que este tiene fundamento constitucional. Esto porque, según el Tribunal Constitucional, fue una facultad expresamente conferida por el artículo 2, inciso segundo, del Acta Constitucional N° 3, de 1976, y mismo que la Constitución no tenga mantenido el mismo texto, se entiende que la Corte Suprema gozaba de la facultad de regular el recurso de protección mediante auto acordado.

El Tribunal Constitucional entiende que la Corte Suprema ejerce la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación, a la excepción de algunos tribunales especiales. Esta atribución se remonta a la Constitución de 1823 y se ha mantenido inalterable en las Cartas posteriores. Cita el Tribunal Constitucional la posición de Hugo Pereira Anabalón y de Soto Kloss.

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional insiste en defender la constitucionalidad del Auto Acordado sobre el Recurso de Protección, bajo el argumento que la Corte Suprema estaría ejerciendo sus facultades económicas, tales como decretar medidas tendientes a obtener una más pronta y mejor administración de justicia, propendiendo a un mejor servicio judicial.

Obviamente, que al reglamentar una acción constitucional la Corte Suprema no está ejerciendo sus facultades económicas, sino que legislando directamente sobre materia de ley. Bajo la equivocada denominación de jurisdicción económica, Mario Casarino define que “es la facultad que tienen los tribunales de decretar medidas tendientes a obtener una más pronta y mejor administración de justicia; y, en especial, la facultad que tienen la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones de decretar medidas de carácter general destinadas a este mismo y laudable fin”<sup>43</sup>. Obviamente, que establecer legitimidad de partes, plazos, recursos, tramitación, ejercicio de la bilateralidad de audiencia, no es administración económica de la justicia, sino que ejercicio legislativo puro<sup>44</sup>. Lo que salta a la vista, es que el Tribunal Constitucional en sus argumentos no justifica la inobservancia del artículo 63, N° 3, de la Constitución,

42 Tribunal Constitucional, Rol N° 2243-12, sentencia de 03 de septiembre de 2013.

43 CASARINO (2011), p. 42.

44 Cfr. BORDALÍ (2006), p. 207.

donde determina que son materia de ley, la legislación procesal. También, si esto fuera posible, cada Corte de Apelaciones estaría habilitada para dictar Autos Acordados, sobre tema no incluido en dicho Auto Acordado, legislando indirectamente en todas las regiones de modo distinto. Obviamente, la finalidad de los Autos Acordados no es esta. El recurso de protección debe ser establecido por materia de ley, debiendo el Congreso legislar a respecto.

## **El Recurso de Protección en una Nueva Constitución**

En la posibilidad de haber una nueva Constitución, será necesario repensar el diseño normativo procesal del recurso de protección donde fuera posible innovar en su modo de tramitación y en los derechos protegidos. Conforme anteriormente mencionado, es necesario abrir la garantía de la acción constitucional a varios otros derechos fundamentales que no están enumerados en el artículo 20 de la Constitución Política, e incluir tanto los derechos fundamentales implícitos en su ámbito de protección, como también los derechos sociales. Esto además de permitir la garantía de los derechos fundamentales de un modo más amplio, evitaría la incidencia de argumentos que defienden la propietarización de los derechos fundamentales<sup>45</sup>.

## **Conclusión**

El ordenamiento jurídico chileno establece la acción constitucional de protección para diversos derechos individuales del individuo, tales como la vida, la honra, la intimidad, el juez natural, el sigilo de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio y la libertad de reunión, de consciencia, de asociación y laboral.

Se concluye que la acción constitucional de protección, no obstante proteger diversos derechos de fundamentales individuales, no se aplica a un número expresivo de otros derechos fundamentales, especialmente los derechos sociales. Una nueva Constitución o, simplemente, una reforma constitucional, tendrá el objetivo de suprimir la deficiencia. Bastaría la previsión constitucional de que la norma del art. 20 de Constitución chilena alcanza también los derechos sociales, jurisdiccionalizando su garantía.

## **Referencias**

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

ADUNATE, Eduardo Lizana. Interpretación constitucional y decisión política. **Revista de Derecho**, Universidad Católica de Valparaíso, vol. XV, 1993-1994.

ADUNATE, Eduardo Lizana. Jurisdicción constitucional y cosa juzgada constitucional. **Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile**, Santiago. N° 20, vol. 2

45 MACHADO y FACHIN (2018), p. 538.

y 3, Tomo II, 1993.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **El recurso de protección en Chile**. Anuario Iberoamericano de justicia constitucional. n° 3, 1999, pp. 157-180.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1934.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. El proceso de protección. **Revista de Derecho (Valdivia)**. vol. 10, n. 1, dic. 1999.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. El recurso de protección chileno al banquillo. **Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla**. Año V, n. 27, enero-junio, p. 56-71, 2011.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. **Revista de Derecho (Valdivia)**. v. XIX, n° 2, 2006.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. La unidad en la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: una tareapendiente en el derecho chileno. **Revista Chilena de Derecho**. vol. 34, n. 3, pp. 517-538, Santiago, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1983.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e direitos sociais. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, jan-dez 2004, p. 371-388.

CASARINO, Mario. **Manual de Derecho Procesal**. Tomo I, 6. ed. 2011.

CEA, José Luis. **El sistema constitucional de Chile**. Síntesis crítica. Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Valdivia, 1999.

CHILE, Tribunal Constitucional. **Rol N° 2243-12**. Sentencia de 03 de septiembre de 2013.

CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milano: Giuffrè, 1952.

ERRAZURIZ GATICA, Juan Manuel; OTERO A., Jorge Miguel. **Aspectos procesales del recurso de protección**. Santiago, Jurídica de Chile, 1989.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FAVOUREU, Louis et al. **Droit des libertés fondamentales**. 5. Ed. Paris: Dalloz, 2009.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 173-195. 2002.

HORTA, Raul Machado. Estrutura, natureza e expansividade das normas constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. N° 33, pp. 1-28, 1991.

- LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 6. Ed. Milano: Giuffrè, 2002.
- LUISO, Francesco P. **Diritto processuale civile: principigenerali**. t.I. Milano: Giuffrè, 2013.
- MACHADO MARTINS, Priscila; FACHIN, Zulmar. El recurso de protección y su problemática actual en el derecho chileno, en **Revista Academia brasileira de derecho constitucional**, v. 10, n. 19, jul-dez, pp. 523-544, 2018.
- MACHADO MARTINS, Priscila. **La prueba en el recurso de protección**, en VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal (Santiago, Thompson Reuters), 2019.
- MARTINEZ ESTAY, José Ignacio. Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena. **Estudios constitucionales**. Vol. 8, n° 2, p. 125-166, 2010.
- MOHOR ABUAUAD, Salvador. El recurso de protección y los derechos sociales: una deudapendiente. **Revista de Derecho Público**. Número especial Marzo, 2014, pp. 161-165.
- MORTATI, Costantino. **Istituzioni di diritto pubblico**. Milano: Cedam, 1975.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, 2006.
- PALOMO VÉLEZ, Diego. Recurso de Protección en Chile: luces, sombras y aspectos que requieren cambio en La ciencia del derecho procesal constitucional. In: **Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho**. CECOCH, UNAM, Ed. Librotecnia, Santiago, 2009.
- PALOMO VÉLEZ, Diego. Violaciones de derechos fundamentales por los tribunales de justicia: recurso de protección y de amparo español. Un análisis comparado. **Ius et Praxis [online]**. vol.9, n.2, pp.133-159, 2003.
- PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid, Universidad Carlos III, 1999.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio. El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile. **Estudios Constitucionales**, año 4, n. 2, Universidad de Talca, p. 87-107, 2006.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- PIZZORUSSO, Alexandro. **Lecciones de derecho constitucional**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2006.

SOTOKLOSS, Eduardo. **El recurso de protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia**. Santiago: Jurídica de Chile, 1982.

VERGARA BLANCO, Alejandro. La propietarización de los derechos. **Revista de Derecho Valparaíso**. v. XIV, p. 281-291, 1991.

ZUÑIGA URBINA, Francisco. El recurso de protección en proyecto de Ley de Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales. **Estudios Constitucionales**, año 5, n. 2, Universidad de Talca, 2007, p. 61-82, 2007.

# TERRAS QUILOMBOLAS: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

**Déborha Souza Alves Gomes**

Graduanda do Curso de Direito-Universidade Federal do Tocantins

**Lais Barbosa Oliveira**

Graduanda do Curso de Direito-Universidade Federal do Tocantins

## **Resumo:**

O direito à terra dos remanescentes de quilombo é indubitavelmente um direito fundamental em toda sua amplitude, sem embargo a sua concretização periga a sucumbir face a negligência do poder judiciário, que se omite diante de demandas pertinentes e conseqüentemente abandona a possibilidade de deliberar conflitos agrários envolvendo comunidades quilombolas e proprietários particulares, fato este que resulta na colisão de direitos fundamentais. Defronte a essa problemática, o artigo em tela designou o fito de apresentar uma análise hermenêutica acerca do reconhecimento territorial das comunidades quilombolas sob o prisma dos direitos fundamentais. Para a execução de tal finalidade fez-se necessário um levantamento bibliográfico que possibilitou identificar as lacunas existentes na garantia dos direitos étnicos das comunidades negras rurais. No mesmo sentido, a abordagem do tema proposto utilizou-se em um primeiro momento o método dedutivo, que possibilitou a subsunção da lei aos casos concretos e na segunda parte do trabalho empregou-se o método problemático, visto que parte-se de um problema concreto a ser resolvido através da análise das normas. Em síntese, o estudo procurou destacar o significado da terra para as comunidades quilombolas e a importância de garantir a posse dessa terra, sendo o mesmo de grande estima para a conjuntura acadêmica, tendo também imensas implicações no contexto jurídico atual.

**Palavras-chave:** Direito à terra; Direitos Fundamentais; Comunidades Quilombolas; Colisão de Direitos.

## **Introdução**

Em face do intenso processo de desigualdade fomentado ao longo do

cenário histórico brasileiro, muitos setores, especialmente grupos minoritários como os quilombolas, têm sofrido com profunda exclusão social e violação dos direitos. Apesar de todo tempo transcorrido desde a Constituição Federal de 1988, ainda é notório a insegurança jurídica no tocante a concretização de direitos fundamentais, como a terra, das comunidades negras rurais.

O art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelece que é reconhecida a propriedade definitiva das terras aos remanescentes de quilombos. Tendo em ótica esse dispositivo vislumbra-se um óbice na exegese do mesmo, culminando no embate entre os interesses privados de terceiros e as demandas dos quilombolas. Acentuando-se a problemática enfrentada por esse grupo para o reconhecimento dos seus territórios.

À vista disso, é preciso refletir qual o instrumento adequado para viabilização da norma supracitada de modo que as partes em litígio sejam ambas contempladas com uma solução otimizada. Baseado no critério da ponderação, e no princípio da proporcionalidade buscou-se apresentar uma solução para tal colisão. E é em torno deste pressuposto, que a problemática do trabalho em tela está concentrada e fundamentada.

O artigo tem como objetivo geral apresentar uma análise hermenêutica acerca do reconhecimento territorial das comunidades quilombolas sob o prisma dos direitos fundamentais. Possui três objetivos específicos, são eles: Vislumbrar o direito fundamental a terra como meio de perpetuar e preservar a cultura; inferir o processo de regularização fundiária dos territórios quilombolas alicerçados no direito fundamental; conjecturar o amparo constitucional como instrumento para dirimir colisões de direitos fundamentais.

O desenvolvimento de tal proposta ocorreu com base em um levantamento bibliográfico que possibilitou identificar as lacunas existentes na garantia dos direitos étnicos dos remanescentes de quilombos. Em consonância com o modelo metodológico estabelecido por Bittar (2010) foram utilizadas fontes imediatas como artigos, livros, leis, Decretos.

Para abordagem do tema proposto utilizou-se em um primeiro momento o método dedutivo, que possibilitou a subsunção do caso concreto à norma legal. Na segunda parte do trabalho empregou-se o método problemático, visto que parte-se de um problema concreto a ser resolvido através da análise das normas, inferindo-se uma interpretação constitucionalista pós-positivista, compromissada com a prevalência dos direitos fundamentais.

## **Direitos Fundamentais e Regularização Fundiária: a Aplicação da Tese da Fundamentalidade de Camerini**

Entende-se que os direitos fundamentais são direitos constitucionais com uma eficácia superior dentro do ordenamento constitucional. Possuindo aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF/88), como afirma José Afonso da Silva (2006), e são protegidos como cláusulas pétreas. (Art. 60, § 4º).

Eles são assegurados na Constituição Federal no seu Título II. Segun-

do José Afonso da Silva (2006), pode-se classificar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição em cinco grupos, a saber: direitos individuais, direitos à nacionalidade, direitos políticos, direitos sociais, direitos coletivos.

Os direitos dos povos tradicionais não estão contidos de forma expressa em tais artigos, mas a cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da Carta Magna estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Nota-se que o rol de direitos definidos no Título II do texto constitucional é exemplificativo, pois se mostra suscetível a aberturas normativas e interpretativas.

Nesse sentido, pode-se explicar a tese da fundamentalidade<sup>1</sup> do direito às terras quilombolas. Essa proposição aborda a respeito do reconhecimento territorial das comunidades negras rurais a ser entendido como direito fundamental. Segundo Shiraishi Neto (2004, p. 159): “o avanço na compreensão em torno da aplicação do artigo 68 do ADCT decorre de que esse direito é compreendido como sendo direito fundamental”.

Percebe-se o aumento das discussões acerca desse tema no contexto brasileiro, sendo imprescindível, visto que contribui para evitar decisões incongruentes ou sem fundamentação por parte do judiciário. (CAMERINI, 2012).

No entendimento de Sarmento (2008), é notório o direito fundamental presente na concessão de títulos para as terras quilombolas, visto que está intrinsecamente ligada ao conceito de dignidade da pessoa humano. Ao se estabelecer o reconhecimento dessas áreas como define o art.68 do ADCT institui-se a garantia do direito à moradia (art.6º, CF/88), constituindo o pilar do mínimo existencial.

Vale destacar também a essencialidade do procedimento de reconhecimento fundiário para manutenção da identidade étnica das comunidades negras rurais. É nas suas relações com a terra que os indivíduos irão perpetuar suas culturas, valores religiosos, morais. Caracterizando-se da mesma forma como um direito fundamental cultural assegurado no art.215, da Constituição Federal/1988. (SARMENTO,2008).

Depreende-se que o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias evidencia norma estabelecadora de direito fundamental. (SARMENTO,2008) Deste modo, ocorrerá a prevalência da aplicação imediata, como está exposto no art. 5º, § 1º, do texto Magno, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Com isso, seus efeitos não dependeriam de lei regulamentar conforme a classificação de José Afonso da Silva (2007).

Nesse passo, cabe citar o posicionamento de Sarmento (2008, p.10), ao

---

<sup>1</sup> Conceito explanada no trabalho de João Carlos Bemerguy Camerini (2012). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Defensor Público do Estado do Amazonas.

afirmar que “a inércia do legislador não tem o condão de frustrar a possibilidade de fruição imediata do direito fundamental pelo seu titular”. O Estabelecimento desse direito étnico como fundamental é de suma importância, visto que é tão atacado pela lógica do sistema moderno.

## **Entraves no Processo de Regularização dos Territórios Quilombolas**

É importante frisar que mesmo com todos os avanços que ocorreram no cenário das comunidades quilombolas a partir da Constituição Federal de 1988, instaurando o reconhecimento das suas terras, a maior problemática enfrentada por esse grupo na atualidade ainda situa-se no processo para titulação do território, visto que enfrenta a morosidade nos procedimentos e pressões contrárias por parte de alguns setores, como os grandes latifundiários.

Segundo Vieira, Trotta, Carlet (2017), essa situação é caracterizada pela prevalência de entendimentos no plano do formalismo jurídico e, também, na facticidade; que por ação ou omissão dificultam o exercício dos direitos desse grupo. Predomina uma constante divergência de interesses que na maior parte das vezes leva o judiciário a uma diversidade de pareceres, não contemplando o direito dos povos tradicionais.

Compreende-se que a regularização dos territórios destes agrupamentos é instrumento essencial para garantia da igualdade material presente nos ditames constitucionais. Todavia, os grandes proprietários de terras têm ajuizado inúmeras ações administrativas para impedir que o processo de titularização se efetive, semelhantemente o próprio executivo, legislativo e judiciário tem criado entraves para garantia desse direito (VIEIRA, TROTTA, CARLET, 2017).

Uma das oposições mais emblemáticas acerca do processo de reconhecimento do território das comunidades negras rurais foi a do partido Democratas (DEM), antigo partido da Frente Liberal, com a impetração da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 3.239/20045 no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O objetivo era estatuir a inconstitucionalidade do Decreto 4.887/2003, pois segundo a organização política as matérias estabelecidas na deliberação deveriam ser tratadas por lei e não por Decreto presidencial, como foi o caso. Alegavam também que o critério de auto atribuição foi introduzido de forma equivocada, pois o texto legal realizou uma interpretação extensiva errônea dos setores quilombolas e da noção de território. (VIEIRA, TROTTA, CARLET, 2017).

O posicionamento supramencionado representa uma visão “dicionariizada” dos remanescentes de quilombos. Segundo essa perspectiva, os “remanescentes das comunidades dos quilombos, na verdade, não podem ser senão o que sobrevive dessas comunidades.” (Petição Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil –CNA. ADI 3.239/2004, STF, p.2). Constata-se em tal

colocação um entendimento limitado sobre o que verdadeiramente seriam os quilombos. (FIGUEIREDO, 2008). Desta forma,

A pressuposição de inconstitucionalidade do decreto nº 4.887/03, ao alegarem que ele estaria contrariando a legalidade, mostra-nos como o campo jurídico está baseado na supremacia da formação ocidental. Assim, a noção de que o direito se faz a partir de uma ordem superior, no caso, o Estado, que lhe traduz em uma lei positivada é a expressão de um dado modelo histórico, mas não compõe todas as formações histórico-culturais e sociais na definição do que seja o direito. (VIEIRA, TROTTA, CARLET, 2017).

No sentido oposto do referenciado acima, Figueiredo (2008), aborda a existência de uma visão “ressemantizada” das comunidades remanescentes de quilombos. Como exemplificação coerente dessa interpretação, pode-se citar a petição do outrora Presidente da República, em defesa do Decreto 4.887/2003. De acordo com ele os quilombolas são determinados por uma:

Identidade étnica, histórica e socialmente construída, bem como conceitua [sic] territorialidade negra, ambas compreendidas sob a ótica antropológica que propõe nova avaliação semântica, de forma a atender os desígnios e objetivos evidentes da Constituição (Petição do Presidente da República. ADI 3.239/2003, STF: 21).

Assim, os grupos que compartilham essa visão pró-quilombolas, declaram a incongruência dos argumentos defendidos por aqueles que querem alegar a inconstitucionalidade do Decreto 4.887/2003. Compreendem que o exposto no artigo 68 no ADCT determina o direito fundamental dos quilombolas, possuindo uma auto aplicação, ou seja, não necessitando de lei complementar como defendido por alguns setores. (VIEIRA, TROTTA, CARLET, 2017).

Como assegura o alemão Häberle (1997), no que se refere ao campo da teoria Constitucional, tal atividade hermenêutica, como a que ocorre no análise da ação direta de inconstitucionalidade não deve realizar-se tendo como base um sistema hermético, mas sim deve estar em consonância com as necessidades da sociedade, que se estabelece cada vez mais como plural e aberta

Em síntese, das fissuras no processo de reconhecimento dos territórios dos quilombos é interessante ressaltar o pensamento Baldi (2014). Diante de todas essas contradições e ameaças, o autor afirma que vive-se um *apartheid epistêmico*, pois retira-se do campo jurídico discussões acerca do conceito de propriedade diferente da utilizada pela sociedade capitalista atual. Com efeito,

Pensar como o direito ocidental vem ressignificando o conceito de território quilombola, portanto, nos auxilia na compreensão do processo de *apartheid epistêmico* dentro das instituições do sistema judicial e como o direito ao território quilombola vem sendo contemplado pelo poder judiciário brasileiro. (VIEIRA; TROTTA, CARLET,

Destarte, no cenário da luta pela regularização das terras dos povos quilombolas, fomentado a partir do autorreconhecimento, estabelece-se a disputa, mesmo que não pronunciada, por uma concepção de direito para além do paradigma ocidental, definido no campo jurídico pela noção de universalidade, unicidade, lei, autoridade legítima e uso legítimo da força (coerção). Embate acentuado juridicamente com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.239 (VIEIRA; TROTTA; CARLET, 2017).

## **A Função Social da Propriedade Quilombola**

O direito à propriedade está no rol dos direitos fundamentais, estando o mesmo intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, tal como é o direito das comunidades quilombolas à terra. A dignidade da pessoa humana pode ser definida como:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).

Nesse diapasão, a dignidade humana circunscreve a necessária proteção às manifestações culturais próprias de cada grupo social. A salvaguarda dessas manifestações socioculturais somente se torna exequível se dispor de instrumento adequado para tal, isto é, a terra, no que tange as comunidades de remanescentes quilombolas.

Para comunidades supramencionadas, a terra dispõe de significado completamente diferente do que ela apresenta para a cultura ocidental hegemônica, não se trata apenas da moradia que pode ser alienada sem nenhum remorso, mas sim do elo que mantém a união da comunidade e que permite a sua continuidade no tempo através de sucessivas gerações.

Com o desprovimento da terra, a comunidade tradicional quilombola tende a se dispersar e a desaparecer. Destarte, não é apenas a terra que se perde, uma vez que, a identidade coletiva também periga sucumbir e é nessa conjuntura que surge disciplinado na Constituição Federal de 1988, o princípio da função social da propriedade, que foi elevado a hierarquia de direito fundamental, sendo como disposto em lei cumprido quando:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência es-

tabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I- aproveitamento racional e adequado;

II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III- observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Insta salientar que, a função social da propriedade quilombola não se baseia na produção econômica, mas sim na preservação das comunidades diante da sua organização sociocultural. Contudo para que a propriedade quilombola cumpra sua função é necessário primeiramente garantir aos remanescentes de quilombo, o direito à própria propriedade.

O direito supracitado somente é garantido pelo Estado ante a emissão dos respectivos títulos da propriedade às comunidades, facilitando para as mesmas comprovar o seu direito de permanecer na terra que ocupam quando além de nela manterem sua posse, também tiverem o título. A emissão dos títulos é imprescindível face a crise dos direitos fundamentais, na qual a efetividade dos mesmos é comprometida diante de uma conjuntura de grande exclusão social

O art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), ao reconhecer a propriedade definitiva aos remanescentes quilombolas, responsabiliza o Estado a emitir os respectivos títulos. O mesmo artigo pauta-se em dois prismas primordiais, como o direito à moradia que é o mínimo existencial, e o direito à cultura, posto que, a terra permite a preservação da identidade e modo de viver.

À vista disso, Daniel Sarmiento (2006), afirma que o artigo que enseja a propriedade definitiva aos quilombolas, também alude ao entendimento de que mesmo que o proprietário privado de terra, situada em território de remanescentes de quilombo, tenha situação regularizada em lei e fomente a produção econômica, ele violará o direito à terra dos quilombolas. Logo depreende-se que apreender a terra das comunidades tradicionais não é apenas uma violação ao direito de moradia, é também uma violação à função social da propriedade quilombola que visa antes de tudo preservar e perpetuar a tradição cultural desse grupo étnico, é cometer um etnocídio.

## **Direito à Propriedade dos Particulares e o Direito à Terra das Comunidades Quilombolas**

Constante é a afirmação de que direitos fundamentais não são absolutos, uma vez que concorrem frequentemente com outros direitos fundamentais. A situação em tela se manifesta no caso em questão, em que se tem de um lado o direito à propriedade dos particulares e do outro o direito à terra das comunidades quilombolas, desta colisão origina-se a desapropriação das

terras particulares a serem tituladas em nome dos remanescentes quilombolas, como previsto pelo Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que estabeleceu em seu art. 13:

Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos títulos de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada a vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

Como supracitado de um lado, tem-se o direito das comunidades de remanescentes quilombolas às terras, dado que não se trata de um simples direito patrimonial, mas de um direito ligado diretamente à existência da comunidade tradicional, de um direito ligado à preservação do nosso patrimônio histórico-antropológico.

Do outro lado da balança figura o direito da propriedade das pessoas ou entidades privadas em cujos nomes, as terras ocupadas estão registradas. É indubitável que a propriedade privada também é um direito fundamental, como disposto no art.5º, XXII da Constituição Federal. O que se propõe quando observada essa colisão é a ponderação pautada no princípio da proporcionalidade.

A conclusão que se obtêm, baseada na proposta acima, é de que na escala de valores da Constituição, o direito à terra dos quilombolas tem, a priori, um peso superior ao direito de propriedade privada de pessoas ou entidades particulares, em cujos nomes estejam registradas as terras. Dada a ponderação, resta a solução proporcional que seria conciliar o interesse público com o direito de propriedade particular, o interesse público presente no caso é de elevadíssima importância, trata-se da tutela da dignidade humana de um grupo étnico vulnerável. Assim, sob perspectiva constitucional, o interesse público presente em tela é de suma estima.

Deve-se, portanto, por um lado rechaçar a possibilidade de os proprietários particulares reivindicarem as terras ocupadas por remanescentes de quilombos, reconhecendo-se, contudo o direito dos adquirentes de boa-fé presumida, o recebimento de indenização do Estado, pela privação do uso destas terras.

E por outra ótica, deve-se reconhecer o direito das comunidades tradicionais quilombolas de ocuparem o seu território étnico, nessa situação a ocupação não constitui ato ilícito, sendo antes tutelada constitucionalmente. Dada a exposição sucinta, abordar-se-á no deslinde do artigo decisões judiciais cingindo conflitos pelo reconhecimento da territorialidade quilombola.

## **Terras da Comunidade de Santana**

A primeira decisão judicial tange a Comunidade de Santana, localizada

no município de Quatis na região sul do Rio de Janeiro, que durante a expansão da fronteira agrícola no século XX foi comprimida numa pequena extensão de terras no entorno da Igreja de Santana, devido a apropriação de fazendeiros das terras pertencentes à comunidade, e conseqüentemente a expulsão dos remanescentes de quilombo.

Com o processo de reconhecimento dos direitos de quilombos disciplinados na Constituição Federal de 1988, a Comunidade de Santana ganhou forças para lutar pela titulação de suas terras, sendo que no final do século XX, a referida comunidade recebe o certificado de remanescentes de quilombo expedido pela Fundação Cultural Palmares e com ele o título de propriedade de 828,12 hectares.

No entanto, como existiam doze títulos de propriedade registrados no cartório de Quatis, em nome de fazendeiros e pessoas jurídicas da região, o título de reconhecimento de domínio concedido pela Fundação Cultural Palmares foi questionado judicialmente.

No decorrer de bastante tempo a comunidade reivindicou a titulação de seu território, nesse período novas ações judiciais foram propostas pelos fazendeiros e empresas rurais da região contra o reconhecimento do direito territorial da comunidade, mais especificamente nos anos de 2008 e 2009, onde os mesmos entram com duas ações judiciais contra a AQUILERJ, o INCRA e FCP, visando suspender o processo administrativo de titulação da comunidade.

Nos referidos processos, os autores alegavam a nulidade do processo administrativo, defendendo a propriedade das terras e a inexistência de uma comunidade quilombola no local. Os autores, utilizando o conceito restritivo de quilombo, alegavam que na localidade nunca teria existido um quilombo como Palmares, ou seja, com foco de resistência negra.

Dessa forma, para os autores da ação o autorreconhecimento da comunidade como quilombola seria uma atitude típica de “falsidade ideológica”. Ambas ações foram extintas, o juiz federal Resende entendeu pela legalidade e legitimidade do processo administrativo da comunidade junto ao INCRA. E como resultado ao final do processo administrativo, o INCRA ajuizou doze ações de desapropriação contra fazendeiros e pessoas físicas e jurídicas, que possuíam títulos de propriedade referentes ao território quilombola, sendo pago as partes mencionadas a devida indenização.

## **Terras da Comunidade Invernada Paiol de Telha**

A segunda decisão judicial concerne às terras da comunidade Invernada Paiol de Telha, que durante o ano de 1970 imigrantes alemães fundaram no local uma grande produtora de commodities (Cooperativa Agrária Agroindustrial Entre Rios), expulsando assim cerca de trezentas famílias que ali se encontravam na época.

No início de 1990, as mesmas famílias iniciaram um processo organiza-

tivo com o fito de reaver as terras. No ano de 2006, o Estado nacional certificou a comunidade em tela como remanescente de quilombos, o que deu legitimidade ao INCRA de iniciar o procedimento administrativo de titulação de terra.

No ano subsequente, 2007, a Cooperativa Agrária deu início a uma demanda judicial visando interpelar a procedência do processo de titulação das terras, o juiz deferiu o pedido da Cooperativa, sem que o INCRA ou mesmo a comunidade interessada fossem ouvidos, ordenou a suspensão dos trabalhos do processo de titulação, em resposta o INCRA contestou a decisão do magistrado por meio do recurso de Agravo de Instrumento. A comunidade Invernada Paiol e Telha, com o objetivo de potencializar as condições necessárias para êxito da titulação, também ingressou na demanda na qualidade de “terceiro interessado”.

Dentre os principais argumentos apresentados em defesa dos quilombolas da respectiva comunidade, o INCRA sustentou que: a) o art. 68 da ADCT tem eficácia plena e aplicabilidade imediata, não necessitando de complementação normativa; b) o art. 68 da ADCT representa um resgate da dívida histórica da sociedade brasileira com os remanescentes de quilombos e c) a propriedade definitiva às comunidades quilombolas pode ser feita por desapropriação e não somente por usucapião extraordinário, como alegado pela Cooperativa (PRIOSTE, 2010).

No ano de 2008, a decisão de segunda instância foi favorável ao recurso movido pelo INCRA, anulando a decisão de primeira instância e retomando ao procedimento administrativo de titulação de terras. Cabe ainda fazer menção ao argumento da decisão quanto à identidade quilombola estar intimamente associada aos vínculos que possui com seu território. Proteger a posse e garantir a titulação coletiva desses territórios, ainda segundo a decisão, é respeitar a supremacia de direitos humanos fundamentais (sobrevivência, reprodução cultural e social das comunidades quilombolas) sobre os direitos patrimoniais (expansão econômica e empresarial).

Afirma-se que com base nas decisões acima esplanadas, é notório que a dignidade humana é o epicentro axiológico da nossa Constituição Cidadã e que qualquer ato que representar uma ameaça a esse elemento norteador, como é o caso da expropriação dos quilombolas de territórios que por motivos históricos, culturais e antropológicos pertencem a eles, será considerado ato de violação da dignidade humana.

## **Conclusão**

Tendo em ótica tudo o que foi explanado, torna-se inegável a afirmação de que o direito dos quilombolas às terras que historicamente pertencem a eles, é um direito fundamental intrínseco à dignidade humana. Destarte, é imprescindível a atuação do Estado em fomentar meios que garantem a eficácia desse direito, como a atribuição do título, visto que na escala de valores cons-

titucionais o mencionado direito tem peso superior ao direito de propriedade privada e a falta de uma tutela jurídica incrementa ainda mais a crise da função social da propriedade quilombola.

Além disso é fundamental trazer à baila que o direito à propriedade pelos remanescentes de quilombo, não é absoluto devendo ser realizada a ponderação com outros direitos por meio da hermenêutica jurídica, a fim de alcançar decisão proporcional e adequada ao caso concreto, tendo em vista sempre o direito fundamental à moradia, à cultura, à identidade e a preservação de uma tradição étnica. Por conseguinte, na medida em que não se garante o direito à propriedade quilombola, nega-se a possibilidade de discriminações positivas que visam igualar os desiguais.

Outra problemática vista, diz respeito ao amparo constitucional ao direito supradito, que apesar de existir, percebe-se que tal direito não se encontra plenamente efetivado. Diante deste cenário, o cerne do estudo em tela buscou demonstrar quais fatores contribuem para essa ineficácia, como a morosidade e o descaso do judiciário em atender demandas pertinentes das comunidades quilombolas.

Em suma, deve-se considerar sempre diante de uma disputa agrária envolvendo quilombolas a dívida histórica que a nação contraiu ao negligenciar esses grupos étnicos de forma covarde e ardil, outrossim os mesmos representam nosso patrimônio histórico, cultural e antropológico e para que permaneçam vivos, para que suas manifestações culturais permaneçam vivas, é necessário garantir antes de tudo, a terra.

## Referências

BALDI, César Augusto. Comunidades negras e novo constitucionalismo: pluralismo jurídico, territorialidade e buen vivir. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (orgs.). **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: EDUCS, 2014, p. 26-50.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 25 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto Nº 4.887, de 20 de Novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/d4887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm)>. Acesso em: out. 2018.

CAMERINI, João Carlos Bemerguy. Os quilombos perante o STF: a emergência de uma jurisprudência dos direitos étnicos (ADIN 3.239-9). **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 157-182, 2012.

CARLET, Flávia, TROTTA, Mariana, VIEIRA, Fernanda. Sob o rufar dos ng'oma: O judiciário em disputa pelos quilombolas. In: **Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, 2017 36p. Disponível em: <[204](http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n1/2179-8966-</a></p></div><div data-bbox=)

rdp-8-1-0556.pdf> Acesso em: 23 de outubro de 2018.

CASTRO, Marcela Baudel de. A natureza jurídica da propriedade Quilombola. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44136&seo=1>> .Acesso em: 16 maio. 2018.

FIABANI, Adelmir. **Mato, Palhoça e Pilão: O quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes (1532-2004)**. 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2012. 424 p.

FIGUEIREDO, André Luiz Videira. **O Caminho Quilombola: interpretação constitucional e reconhecimento de direitos étnicos**. Rio de Janeiro: IUPERJ. Tese de Doutorado em Sociologia, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, 1997.

RODRIGUES, Júlia Botelho. A função social da propriedade quilombola. In: **Revista Uniceub**. Brasília, 2013. 54p. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5186/1/RA20813104.pdf>> Acesso em: 26 de outubro de 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo. Para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/370724/mod\\_resource/content/1/direito-fundamental-c3a0-moradia-ingo-sarlet.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/370724/mod_resource/content/1/direito-fundamental-c3a0-moradia-ingo-sarlet.pdf)> Acesso em: 25 de outubro de 2018.

SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de Quilombos antes da desapropriação. **Parecer do Ministério Público**. Rio de Janeiro, 2006, p. 15. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-quilombos/legislacao-1/pareceres/Dr\\_Daniel\\_Sarmento.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-quilombos/legislacao-1/pareceres/Dr_Daniel_Sarmento.pdf)> Acesso em: 25 de outubro 2018.

SCHMITT, Alessandra; TURATTI, Maria Cecília Manzoli; CARVALHO, Maria Celina Pereira de. A atualização do conceito de quilombo: identidade e território nas definições teóricas. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, n.10, p.129-136. 2002. Disponível em:< [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-753X2002000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2002000100008&lng=en&nrm=iso)> .Acesso em: nov.2018.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **O Direito das Minorias: passagem do “invisível” real para o “visível” formal?** Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito das Relações Sociais da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

# TRABALHO FEMININO NO BRASIL SOB A ÓTICA DA CIÊNCIA NA BASE DE DADOS DA CAPES

**Edilene Maria Oliveira**

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso do Sul,  
Doutoranda em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco,  
Bolsista Capes, Brasil.

## **Resumo:**

O universo feminino tem passado por mudanças consideráveis ao longo dos anos. Desde o século XX e, em especial, o século XXI, percebe-se uma ampliação de direitos e oportunidades significativas para as mulheres brasileiras, ainda que tardia para uma sociedade considerada moderna. No entanto, muito ainda é necessário para que o forte “sexo frágil”, que de frágil pouco tem, consiga conquistar seu espaço em um mundo que persiste na valorização da figura masculina, com critérios de escolhas um tanto quanto injustos, principalmente quando se trata de questões laborais e econômicas. A presente pesquisa consiste no levantamento do estado da arte acerca do tema trabalho feminino brasileiro no universo científico no uso do Catálogo da CAPES. Objetiva-se, nesse sentido, mapear as produções científicas/acadêmicas existentes no Brasil, no período de 2010 a 2018, como subsídio às discussões sobre o assunto, o que permite verificar de que forma a atuação laboral feminina é vista pela ciência nos últimos tempos no Brasil. Para tanto, a metodologia funda-se na pesquisa bibliográfica e documental com abordagem de dados quantitativos e análise de conteúdo dos trabalhos encontrados. Enfatiza-se que este trabalho relaciona-se ao projeto de pesquisa “As Interfaces do Desenvolvimento, do Direito e da Diversidade a partir das Produções nas Pós-Graduações: Dissertações e Teses e faz parte de uma discussão mais ampla, desenvolvida pelo “Grupo de Pesquisa em Patrimônio Cultural, Direitos e Diversidade”, formado por professores-pesquisadores da Graduação e do Mestrado e Doutorado em Desenvolvimento Local, pós-graduandos/orientandos, acadêmicos em iniciação científica, com uma visão interdisciplinar, bem como pesquisadores ligados a outras instituições e interessados nos estudos e pesquisas desenvolvidas no âmbito do grupo acima citado. A partir do mapeamento das produções científicas já publicadas, objetiva-se a visibilidade e a divulgação científica, facilitando assim o acesso à pesquisa e o aprofundamento desta área de conhecimento, válida para todos os membros da comunidade acadêmica de diferentes áreas de conhecimento, sejam eles alunos de graduação, pós-gra-

duação e docentes pesquisadores e orientadores.

**Palavras-chave:** Mulheres; Trabalho feminino; Mapeamento; Estado da arte.

## Considerações Iniciais

O universo feminino tem passado por mudanças consideráveis ao longo dos anos. Desde o século XX e, em especial, o século XXI, percebe-se uma ampliação de direitos e oportunidades significativas para as mulheres brasileiras, ainda que tardias para uma sociedade considerada moderna. No entanto, muito ainda é necessário para que o forte “sexo frágil”, que de frágil pouco tem, consiga conquistar seu espaço em um mundo que persiste na valorização da figura masculina, com critérios de escolhas um tanto quanto injustos, principalmente quando se trata de questões laborais e econômicas.

O machismo, ora escrachado, ora velado, provém das mais diversas áreas sociais. Trabalho, lar, lazer são meios em que por vezes ainda são ouvidas frases como: “Você não acha que esta roupa está muito curta?”, “Infelizmente você não preenche os requisitos para esse cargo de chefia!”, “Tinha que ser mulher!” e tantas outras que sussurram nos ouvidos femininos dia após dia. Apesar do discurso machista evidente, grande parte das mulheres tem empreendido sua garra, força e energia na busca por uma sociedade mais justa e igualitária entre os sexos.

Diante do engajamento das mulheres ao longo dos anos por mais respeito e espaço, seja na política, sociedade, economia e na própria sexualidade, objetiva-se verificar de que forma o universo científico tem tratado o trabalho feminino a partir do mapeamento das dissertações e teses sobre a temática nos últimos oito anos (2010 a 2018). O catálogo de teses e dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) compõe a plataforma de busca em que a pesquisa foi realizada, utilizando-se de palavras-chave como ferramenta de busca, sendo elas: “trabalho feminino no Brasil” e “trabalho AND mulher”.

## Metodologia

O presente estudo consiste em se levantar o estado de conhecimento sobre a temática do trabalho feminino no Brasil e nessa linha, a investigação utiliza-se de pesquisa bibliográfica, a fim de estabelecer conceitos, delinear aspectos históricos e caracterizadores dos assuntos abordados. Como se trata de um estado de conhecimento, o estudo conta ainda com revisão bibliográfica sobre os trabalhos existentes acerca da temática. A revisão bibliográfica possibilita averiguar questões relevantes sobre o objeto pesquisado, como, por exemplo, quais vertentes têm sido mais comentadas; os aspectos mais recorrentes em relação a outros; as teorias mais citadas e evidentes no embasamento dos estudos; os pontos pouco mencionados e que necessitam de visibilida-

de, além da relevância científica e social que o tema apresenta.

O estado de conhecimento não consiste apenas no levantamento de informações sobre um assunto, mas possibilita a formação de um “inventário descritivo da produção acadêmica e científica sobre o tema investigado” (THERRIEN, THERRIEN, 2004, p. 8). O mapeamento dos trabalhos científicos permite elencar e analisar cada produção acadêmica, levando em conta áreas de conhecimento, períodos cronológicos, espaços, formas e condições de produção (FERREIRA, 2002; ROMANOWSKI e ENS, 2006).

Pesquisas que envolvem estado de conhecimento devem, portanto, atender a certas características como a escolha do tempo, do espaço e do tema das investigações analisadas (SILVA; CARVALHO, 2014). Delimitar o tempo e o espaço é necessário para que as análises realizadas tenham base em práticas de determinado contexto social, econômico, político, religioso e/ou cultural, por exemplo. No que se refere ao recorte temático, a justificativa recai sobre o fato de que a especificação do assunto mapeado permite uma análise mais completa e aprofundada acerca do tema investigado. Todas essas delimitações variam de acordo com o tempo que o pesquisador possui para o levantamento dos dados e sua análise, bem como a quantidade de colaboradores na pesquisa.

Do mesmo modo, necessária é a definição da plataforma de mapeamento dos dados a fim de garantir a confiabilidade ao estudo em razão do rigor de avaliação das pesquisas publicadas pelas plataformas científicas. Por fim, deve-se delimitar a forma de levantamento das referências para direcionar as buscas. Como regra, as buscas se dão por palavras-chave nos trabalhos acadêmicos, desde os títulos, resumos, até o próprio texto como um todo, de modo que algumas referências sobre a temática nem sempre serão catalogadas pela ausência das palavras-chave elencadas (SILVA; CARVALHO, 2014). No presente estudo, a busca de palavras-chave concentrou-se nos resumos das produções científicas encontradas.

Nesse contexto, nota-se que o estado de conhecimento não possui um sujeito de pesquisa diretamente, mas sim uma temática (trabalho) em que se insere o sujeito, qual seja, a mulher. Em tal perspectiva, esta investigação pretende contribuir para a percepção do que vem sendo descrito e abordado nas produções científicas acerca do trabalho feminino, de modo a construir debates, discussões e reflexões sobre o comportamento feminino no que se refere ao trabalho feminino no Brasil. Em tal perspectiva, a pesquisa definiu como lapso temporal o período de 2010 a 2018 a ser mapeado, cujo recorte temático recai sobre as mulheres no universo do trabalho, utilizando-se como fonte de busca as seguintes palavras-chave: “trabalho feminino no Brasil” e “trabalho AND mulher”. A plataforma de busca escolhida para a coleta de dados foi o catálogo de teses e dissertações da CAPES, caracterizando-se um estudo de natureza exploratória com dados quantitativos e análise de conteúdo do material encontrado.

## **Resultados**

Definidos os critérios de pesquisa (temática, plataforma de busca, tipos de produção científica, lapso temporal e palavras-chave), num primeiro refinamento utilizou-se do descritor “Trabalho feminino no Brasil” alcançando-se 09 (nove) trabalhos, sendo 08(oito) em nível de mestrado e 01 (um) doutorado, entretanto somente 04 (quatro) trabalhos (01 tese e 03 dissertações) apresentavam-se nos parâmetro da pesquisa.

Em relação ao descritor “trabalho AND mulher”, em um primeiro refinamento foram alcançados 44 estudos (34 dissertações e 09 teses), dos quais somente 09 atenderam aos parâmetros da pesquisa. Após análise dos trabalhos apresentados, o mapeamento chegou ao número de 09 (nove) dissertações e 04(quatro) tese encontradas sobre o “trabalho feminino no Brasil” e “mulher + Trabalho”, produzidas entre os anos de 2010 a 2018, os quais atendiam à proposta desta pesquisa, assim distribuídos pelas regiões do Brasil:

Quadro 1 – Regiões Brasileiras e as respectivas produções científicas produzidas

Regiões Brasileiras	Nordeste	Sul	Sudeste
Produções Científicas	04	04	05

Fonte: elaboração própria.

No que se refere às teses, 03(três) pertence ao Estado do Rio de Janeiro, 01 (uma) ao Estado do Pernambuco. Já as dissertações foram produzidas nos Estados do Paraná 01 (um), Rio Grande do Sul 02 (dois), Santa Catarina 01 (um), Rio de Janeiro 01 (um), Pernambuco 01 (um), São Paulo 01 (um) Bahia 01 (um), Paraíba 01 (um). A região Sudeste concentra, portanto, a maior parte dos trabalhos sobre a questão do trabalho feminino ou trabalho da mulher.

A observação do critério temporal indica que houve um crescimento nas tratativas acerca da temática após 2016, passando de 1 (um) trabalho produzidos em 2010 para 3 (trabalhos) trabalhos defendidos em 2016, 02 (dois) em 2017 e 3 (três) em 2018.

Os trabalhos encontrados apresentam ainda uma particularidade: apenas duas dissertações foram desenvolvidas por homens; os demais trabalhos são todos de autoria feminina. Um argumento que pode explicar tal situação é a proporção, pois a maioria dos pós-graduandos brasileiros são mulheres, totalizando aproximadamente 19% a mais do que o público masculino segundo dados da CAPES.

Além disso, não se pode negar que escrever sobre experiências vividas e sentidas na própria pele apresenta maior detalhamento de informações que talvez pouquíssimos homens conseguiriam descrever com tamanha propriedade. Não se pretende aqui defender a hegemonia feminina na produção científica do assunto em questão, mas apenas observar que é um desafio para o universo masculino expor, retratar, explorar, evidenciar e pormenorizar aspectos tão específicos vivenciados pelo gênero feminino.



Nesse caso, pode-se notar que as palavras trabalho, feminino, mulher e Brasil, objeto desta investigação, são as expressões em evidência nos títulos catalogados. Contudo, merece atenção a palavra “mulher”, destacada tanto quanto as palavras “feminino”, “mercado”, “discurso”, “trabalho”, “jurídico”, “novo” e “Brasil”. Por mais que as produções científicas tenham suas temáticas delimitadas, a recorrência dessas palavras na totalidade dos resultados encontrados permite estabelecer uma interrelação entre os termos.

Por sua vez, “mulher”, “trabalho” e “Brasil” permitem construir o raciocínio de que muitas mulheres brasileiras se aventuram por caminhos em busca de melhorias do seu sustento e também de sua família; em busca de um trabalho que lhe garanta remuneração justa, capaz de garantir melhores condições de vida. Isso acontece porque ainda se vive em uma sociedade em que a desigualdade salarial e oportunidades empregatícias são negadas às mulheres diariamente, mesmo diante de maior escolaridade e horas de trabalho do que os homens (IBGE, 2018). Muitas mulheres se veem obrigadas a encontrar uma “luz” para a realidade em que vivem.

Por fim e não menos importante, as palavras em menor destaque também demonstram aspectos vivenciados pelas mulheres, seja na “política”, em busca de direitos femininos já conquistados e a conquistar; pela “igualdade” na garantia de vida digna para ela e para seus filhos (as) e companheiros (as); na “força” da mulher guerreira que luta todos os dias contra as diversidades da vida; no “protagonismo” pois a cada dia as mulheres conquistam mais espaços no mundo, com objetivos comuns de “busca”, “estudo”, “acesso”, trabalho e a esperança de “novos” dias e conquistas.

## Discussão

As mulheres da sociedade contemporânea se encontram em uma posição nunca sonhada por suas bisavós e avós (SCOTT, 2012). Trata-se de uma caminhada feminina tortuosa, marcada por obstáculos quase que intransponíveis a serem ultrapassados, com inúmeros desafios para chegarem às conquistas atuais.

Ao longo da história do Brasil, em uma sociedade patriarcal, por muitos anos a mulher teve que “[...] obedecer ao pai e marido, passando da autoridade de um para a do outro através de um casamento monogâmico e indissolúvel. O domínio masculino era indiscutível” (SCOTT, 2012 p.170). A mulher não tinha direito dentro do espaço familiar, nem a qualquer tipo de manifestação, tendo a figura masculina (pai ou marido) a soberania nas decisões da família. A submissão feminina era a regra social, sem direito de quaisquer tipos de escolhas e até mesmo a um amor conjugal.

Com o advento da república, abolição da escravatura e o processo de urbanização e industrialização, iniciam-se no Brasil algumas mudanças. A partir de então, a mulher passa a ter uma maior participação dentro da família, com funções voltadas à educação dos filhos, a formação moral das crianças

e também o papel de uma esposa afetiva (SCOTT, 2012). Apesar de a voz feminina evidenciar-se um pouco mais, permanece ainda submissa ao marido, bem como dependente dele sem liberdade para exercer outros trabalhos produtivos.

Nos primórdios da industrialização no Brasil, as classes populares são chamadas a fornecerem mão de obra para o setor produtivo, de maneira que mulheres e crianças são recrutadas para o trabalho. “Em 1872 (ano do primeiro recenseamento geral do Brasil), as mulheres constituíam 76% da força de trabalho nas fábricas; já em 1950 somavam pouco mais de 20%” (SCOTT, 2012, p.220). Segundo Scott (2012), a queda da mão de obra feminina na indústria se deu pelo fato do aumento da oferta de trabalho para os homens, ocorrido nas primeiras décadas do século XX, tendo alguns fatores como a forte migração europeia ou mesmo migrações internas, do campo para a cidade. Por tais razões, novamente a mulher é colocada em segundo plano, restrita ao lar e educação dos filhos.

Apesar da falta de campo de trabalho produtivo na indústria, percebe-se que na prática “[...] as mulheres pobres, mesmo alijadas dos postos de trabalho nas indústrias, não deixaram de combinar atividades domésticas com as que pudessem gerar rendimentos para garantir condições mínimas de sobrevivência para sua família” (SCOTT, 2012, p.236). Nas lições de Mota (2012) foram raros os momentos em que a mulher brasileira conseguiu aparecer enquanto grupo ou segmento social e menciona a atuação da Sociedade Brasileira para o Progresso Feminino pelo direito ao voto como relevante, cuja discussão se iniciou nos idos de 1920, aprovada somente em 1932.

Com uma concentração populacional predominantemente rural, em 1940 a realidade do Brasil era o analfabetismo de mais da metade de sua população. A população urbana da época, que tinha contato com meios de comunicação, sofreu mudanças especialmente quanto às classes médias “[...] para as quais aumentaram as oportunidades de convívio entre os sexos, por conta do deslocamento para os locais de trabalho ou de estudo e das ofertas de diversão fora dos ambientes domésticos (cinemas, bailes, passeios de automóvel)” (SCOTT, 2012, p.258).

Apesar das transformações que ocorriam com a modernização no Brasil, as mulheres ainda se mantinham em restritos espaços de realização. As mulheres que não se enquadravam ao perfil que a época lhes impunha, como as que optavam pela separação em um casamento, eram alvos de críticas, desqualificadas e muitas vezes levadas a marginalização social, mesmo após a instituição do Código Civil Brasileiro e a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial (SCOTT, 2012).

Somente no ano de 1943 adveio previsão legal brasileira sobre a permissão da mulher casada trabalhar fora de casa sem a autorização expressa do marido. A situação de dependência e subordinação das esposas em relação aos maridos estava reconhecida por lei desde o Código Civil de 1916. O status civil da mulher casada era equiparado ao “dos menores, dos silvícolas e dos

alienados” (SCOTT, 2012, p.287), o que significa que era civilmente incapaz.

A submissão da mulher brasileira tinha origens não só numa sociedade machista, como também origens legais que a impunham uma subserviência e uma incapacidade feminina. Ainda em 1943, a legislação dá um passo importante para a conquista de direitos da mulher em termos de proteção da mulher no âmbito do trabalho produtivo por meio da promulgação da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), sem esquecer da Constituição de 1932, artigo 121 que:

[...] proibiu a discriminação das mulheres quanto aos salários, além de estabelecer outras garantias, tais como a proibição do trabalho da mulher em locais insalubres, o direito ao gozo de repouso antes e após o parto sem prejuízo do salário e do emprego e alguns serviços que deveriam ser disponibilizados em amparo à maternidade, tais como a instituição da previdência em favor da mesma (MELO, 2011, p. 1).

De acordo com Melo (2011), as Constituições de 1937, 1946 e 1967 trouxeram mais direitos aos trabalhadores de uma forma geral, como alguns benefícios e direitos resguardados para as mulheres. O Plano Nacional de Política para as Mulheres (2004, p. 108), ressalta que Constituição Federal de 1988 é um marco na redemocratização brasileira, visto que “[...] consolidou importantes avanços na ampliação dos direitos das mulheres e no estabelecimento de relações de gênero mais igualitárias”.

O aumento da participação da mulher no mercado de trabalho somente se deu no Brasil a partir das décadas de 1960 e 1970, como também “[...] a luta das mulheres por crescimento e reconhecimento profissional; o maior acesso à educação formal; a conquista feminina do poder de decidir se e quando ser mãe” (SCOTT, 2012, p.317). Na década de 1980 houve “[...] o fenômeno da ‘reinvenção da mulher’ e, conseqüentemente, de seus papéis na família e na sociedade. Um dos sinais dessa ‘reinvenção’ diz respeito à sua participação no mercado de trabalho” (SCOTT, 2012, p.322).

A participação feminina no mercado de trabalho passa a ser cada vez maior, com disputas por cargos de chefias que antigamente eram disponíveis somente aos homens, como também gerências de bancos, engenharias, motoristas, mecânicas, entre outros. Para Melo (2011, p.1) trata-se de uma fase promocional de direitos das mulheres, havendo constantes buscas pela igualdade de gêneros, baseadas no “[...] tratamento diferenciado apenas naquelas situações em que as diferenças biológicas e de tratamento exigirem, e não nas discriminações arbitrárias infundadas” (MELO, 2011, p.1).

Apesar dos lentos avanços das mulheres em seus direitos muito se vê das ditas “diferenças arbitrárias”. Conforme dados do IBGE (2018), em 2016, no que se refere ao trabalho não remunerado (afazeres domésticos e cuidados de pessoas), as mulheres dedicaram cerca de 73% a mais de horas do que os homens. No quesito “proporção de ocupados em trabalho por tempo parcial,

por sexo” e “rendimentos médios do trabalho”, as mulheres também apresentam disparidades quanto aos homens:

Figura 2: Proporção de ocupados em trabalho por tempo parcial, por sexo

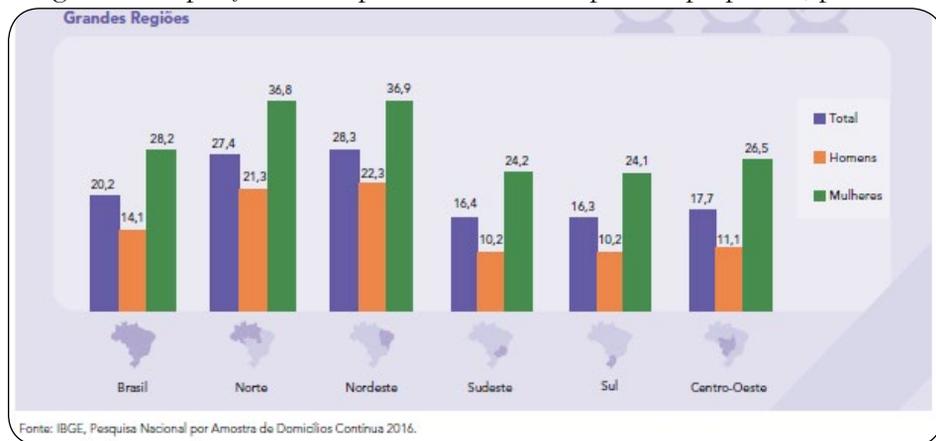
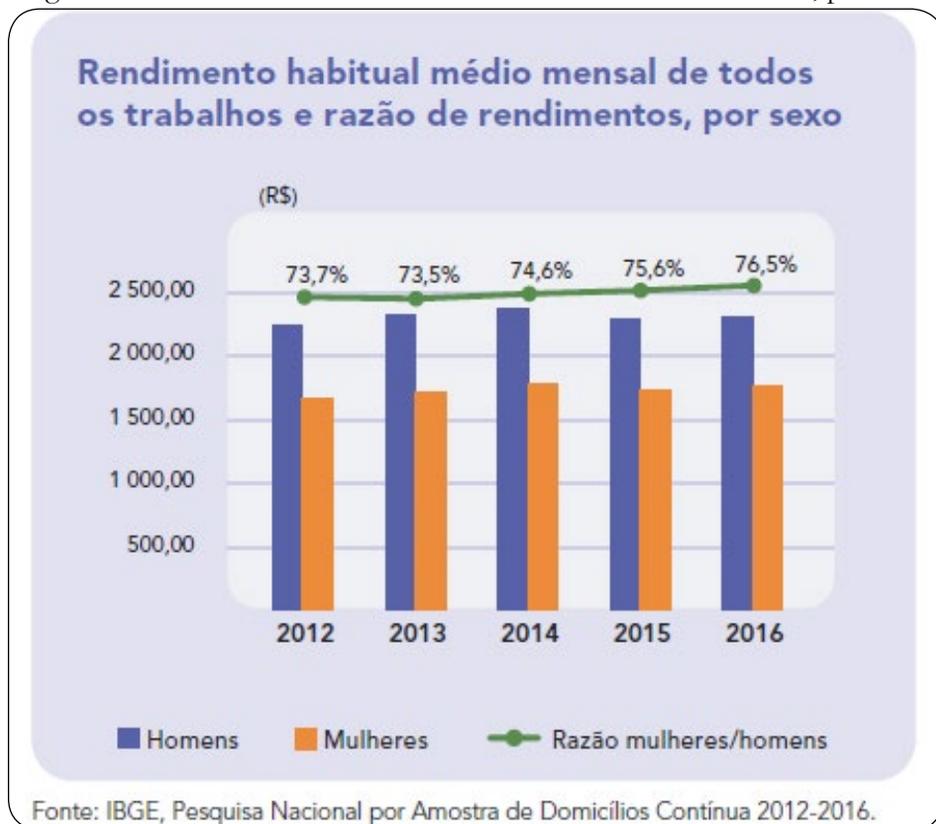


Figura 3: Rendimentos médios do trabalho e razão de rendimento, por sexo



O que as figuras acima expostas apresentam é que em pleno século

XXI, com tantos direitos humanos resguardados e mundialmente estabelecidos, ainda se nota uma diferença salarial de  $\frac{3}{4}$  entre homens e mulheres, ainda que a atividade feminina seja maior do que a masculina quando se consideram as horas remuneradas e não remuneradas. Muitas mulheres encontram-se trabalhando na informalidade, ou mesmo se aventuram abrindo seu próprio negócio.

Nos últimos quatorze anos, o número de empresárias subiu 34%, segundo o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae). Em 2014, o País tinha 7,9 milhões de empresárias.

Um levantamento da Global Entrepreneurship Monitor (GEM) [...] aponta que, em 2014, 51,2% dos empreendedores que iniciam negócios são mulheres, o que contribui para o aumento da autonomia financeira das mulheres.

(...) A estimativa do Sebrae é de o que o faturamento de 75% das empreendedoras chegue a R\$ 24 mil por ano. Elas já ocupam 43,2% dos cargos de gerência nessas micro e pequenas empresas. (BRASIL, 2017, s/p)

Motivos como esses somados a outras injustiças e violências diárias sofridas pelas mulheres acabam por impulsioná-las a buscarem uma melhor renda para si e suas famílias, assim como melhores condições laborais, recorrendo, portanto, ao empreendimento de seu próprio negócio ou atividade que lhe permita uma melhor remuneração laboral.

No Brasil, atualmente, existem muitas mulheres executivas, conquistando a valorização nas empresas que atuam, mérito que as mulheres têm quanto a organização e capacidade estratégica, conseguindo aos poucos, cargos na alta administração, que ainda, em sua maioria, são ocupados por homens. Segundo a Revista Exame (2018, p.1) essas mulheres ao assumirem lugares de destaque em uma empresa acabam por imprimir valores como “justiça, família, respeito e solidariedade”, os quais influenciam nas decisões de grandes negócios, impactando positivamente na sociedade.

## **Considerações Finais**

Observa-se na história do Brasil que é longa a luta das mulheres pelo seu reconhecimento, enquanto direito e mercado de trabalho. Mesmo com as evoluções ocorridas ao longo dos anos, a desigualdade entre homens e mulheres ainda é evidente, especialmente em relação a rendimentos médios auferidos. Os rendimentos das mulheres ainda estão menores que os dos homens e esse fato precisa ser mudado urgentemente. Essa disparidade salarial não pode esperar cerca de 170 anos, como apontam projeções de pesquisas, para atingir a equiparação. É uma projeção que evidencia o atraso, o retrocesso e a falta de crescimento da sociedade brasileira quanto aos direitos femininos.

O aumento da participação feminina no mercado de trabalho, a maior escolarização, a queda da fecundidade, a difusão de contraceptivos e leis de

proteção às violências sofridas estão entre os direitos conquistados pelas mulheres, mas que nem sempre tiveram a sua total garantia.

Nesse sentido, estudos realizados pela pós-graduação brasileira podem ser veículos de reflexão da realidade vivida, denunciando desigualdades estruturadas em prejuízos acumulados historicamente. Pesquisas em forma de teses e dissertações auxiliam a sociedade a reconhecer erros e acertos no que se refere ao trabalho feminino no Brasil, bem como a fazer com que a responsabilidade social seja reconhecida por todos no compromisso com a igualdade de gênero tão esperada, sonhada e buscada pelas mulheres do mundo.

Deve-se ter em mente o fato de que as pesquisas desenvolvidas denunciam mudanças necessárias para a reversão da atual condição das mulheres no mercado de trabalho e seus reflexos econômicos, garantindo-lhes condições mais paritárias e justas, com histórias de sucesso como muitos estudos catalogados demonstraram.

A análise das produções acadêmicas encontradas permite inferir também sobre a relevância do tema para a sociedade que se tem (capitalista), a fim de que conceda mais visibilidade para as mulheres no mundo do trabalho. Deve-se notar a contribuição da força de trabalho feminina para o coletivo, principalmente pelo seu crescimento nos últimos anos, bem como pelos tempos de crise econômica como este em que se vive.

Dessa maneira, observa-se que a colaboração desse breve estudo bibliográfico se centra na necessidade de continuidade das pesquisas por parte da pós-graduação brasileira. Quanto mais pesquisas existirem sobre a questão do trabalho feminino no Brasil, mais debates, discussões, reflexões e apontamentos surgirão, dos quais podem emergir mais políticas públicas que atendam a essa parcela, ainda marginalizada, da sociedade.

## Referências

BRASIL. COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR (CAPES). **Mulheres permanecem como maioria na pós-graduação brasileira**. Publicado: Quinta, 08 Março 2018. Disponível em: <<http://www.capes.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/8787-mulheres-permanecem-como-maioria-na-pos-graduacao-brasileira>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil*. **Estudos e Pesquisas: informação demográfica e socioeconômica**. n.38. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf)>. Acesso em: 04 fev. 2019.

CARVALHO, Ester Fernandes. **O comportamento empreendedor das doceiras da região do seridó no Rio Grande do Norte** – Dissertação. 114f. Mestrado Profissional em Administração. 2017. Disponível em: <<https://unp.br/wp-content/uploads/2015/08/Disserta%C3%A7%C3%A3o-Ester-Fernandes-de-Ara%C3%BAjo.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

FERREIRA, Norma Sandra de Almeida. *As pesquisas denominadas “estado da*

arte”. **Educação & Sociedade**, São Paulo, ano 23, n. 79, p.257-272, ago. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v23n79/10857.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

MELO, Maria Aparecida Mendonça Toscano. **Legislação do Direito do Trabalho da Mulher**: uma perspectiva de sua evolução, 2011. Disponível em [https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=6254](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6254). Acesso em: 14 de fev.2019.

MOTA, Alda Brito (Et al).MULHERES VELHAS. PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria (Org.). Nova História das Mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 2012. Edição do Kindle.

**REVISTA EXAME**. Protagonismo feminino: gênero não define poder de realização (04/10/18). Disponível em: [exame.abril.com.br/negocios/dino/protagonismo-feminino-genero-nao-define-poder-de-realizacao/](http://exame.abril.com.br/negocios/dino/protagonismo-feminino-genero-nao-define-poder-de-realizacao/) Acesso em: 01 de set/2019.

ROMANOWSKI, Joana Paulin; ENS, Romilda Teodora. *As pesquisas denominadas do tipo “estado da arte” em educação*. **Diálogo Educ.**, Curitiba, v. 6, n. 19, p. 37-50, set./dez. 2006. Disponível em: <<http://alfabetizarvirtualtextos.files.wordpress.com/2011/08/as-pesquisas-denominadas-do-tipo-estado-da-arte-em-educac3a7c3a3o.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

SCOTT, Ana Silva (Et al). FAMÍLIA: O caleidoscópio dos arranjos familiares. PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria (Org.). **Nova História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2012. Edição do Kindle.

SILVA, Francisca Jocineide da Costa e; CARVALHO, Maria Eulina Pessoa de. *O estado da arte das pesquisas educacionais sobre gênero e educação infantil: uma introdução*. In: 18º **REDOR**. Recife, 2014. Disponível em: < <http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/2192/648>>. Acesso em: 09 set. 2016.

THERRIEN, Silvia Maria Nóbrega; THERRIEN, Jacques. *Trabalhos científicos e o estado da questão: reflexões teórico-metodológicas*. **Estudos em avaliação educacional**. v. 15, n. 30, jul./dez. 2004.

# SEPARADOS, MAS IGUAIS: A APLICAÇÃO ARBITRÁRIA DA DOCTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR DO MENOR NO BRASIL

**Maria Eduarda Pereira Prado da Costa**

Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **Resumo:**

O presente trabalho objetiva a análise da arbitrariedade envolvendo a aplicação da doutrina da proteção integral e da doutrina da situação irregular do menor, por meio do método dedutivo. O sistema brasileiro é ambíguo em relação ao perigo envolvendo infantes, sujeitos ativos e passivos dessa situação e amparado pela doutrina menorista, que era legitimada pelo pressuposto que as classes marginalizadas não eram capazes de proteger suas crianças das vulnerabilidades a que eram expostas e dos danos que causavam, sendo a institucionalização a medida racional a se tomar. A doutrina da proteção integral mudou esse cenário. Desde então, a criança e o adolescente são sujeitos de direito em processo de desenvolvimento. Porém, essa não é uma realidade para todos: subsiste a divisão entre quem é criança e quem é *menor*. Destarte, conclui-se que a despeito do avanço obtido com a doutrina da proteção integral, o País precisa combater a aplicação arbitrária da doutrina menorista.

**Palavras-chave:** Doutrina da situação irregular do menor; Doutrina da proteção integral; Direitos infanto-juvenis.

## **O menor: uma construção social**

A infância foi construída socialmente durante os séculos até significar pureza. Etimologicamente, Ariès (1978) aponta que *enfant* denomina aquele que não fala (*en* - não, *fant* - falante), portanto, o período da vida do ser humano em que este ainda não trocou a denteição, dessa forma, não conseguia falar apropriadamente. A mudança começou com a representação de Jesus como criança, na qual ele deixa de ser apresentado como um adulto em miniatura. Essa nova forma de representar as crianças na arte teve um impacto na realidade e infância começou a ser tratada como uma fase peculiar da vida humana, a qual necessitava de cuidado.

No entanto, “se não mais se confundiam criança com adulto, desta nova compreensão resulta outro mal: a criminalização da pobreza” (CRUZ; SILVA,

2015, p. 3). Não se trata apenas de marginalização, mas de apartação ou *apartheid* social, conceito trazido por Cristovam Buarque (1993). No fenômeno da apartação vê-se o outro como alguém a parte, supera-se a desigualdade para falar de diferença, “a exclusão social torna-se apartação quando o outro não é apenas desigual ou diferente, mas quando o outro é considerado como um *não-semelhante*, um ser expulso, não dos meios modernos de consumo, mas do gênero humano” (NASCIMENTO, 1995, p. 25).

Os infantes pobres eram verdadeiros *outsiders* ou desviantes. Para Howard Becker (2009), “desvio *não* é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um ‘infrator’. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso, o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal” (p. 21-22).

A criança e o adolescente pobres fazem parte de uma nova categoria social: *o menor*. Os menores simbolizam a criminalidade inevitável inerente à pobreza. Dessa forma, para o Estado prevenir a delinquência juvenil, surgem políticas públicas de caráter filantrópico e assistencialista. “Seus direitos, assim, eram percebidos muito mais como decorrência de uma ação ou dever de terceiros, especialmente do Estado e da família, em vez de expressão individual de pretensões, aspirações e potencialidades de realizações individuais e coletivas de um segmento populacional” (MELO, 2010, p. 157). Ainda, Cristovam Buarque aduz que “a palavra menor é usada vinculando todas as crianças pobres ao Código Civil, mas os filhos dos *incluídos* são chamados de crianças” (BUARQUE, 1993, p. 50).

Dessa forma, conclui-se que *o menor* enquanto conceito pejorativo usado para denominar a criança vista como tendente à criminalidade por conta de sua vulnerabilidade é resultado de uma construção social.

## **De objeto de tutela estatal à sujeitos de direito: um processo histórico**

### **Doutrina Penal do Menor**

Por um lado, o Brasil adota políticas de assistência à infância desde o Período Colonial com a criação pelos jesuítas de colégios internos, educandários e reformatórios, os quais eram frequentados tanto por crianças pobres quanto pelas abastadas. Por outro lado, nesse mesmo período havia a imputabilidade penal de crianças. As Ordenações Filipinas (1603) no Livro V, Título CXXXV estava disposto que “(...) *quando o delinquente fôr menor de dezasete annos, cumpridos, posto que o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbitrio do Julgador dar-lhe outra menor pena*”.

Após a Independência do Brasil, surgiu o Código Criminal do Império (1830), o qual dispõe no artigo 13 que “*se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commetido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às*

*casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que recolhimento não exceda á idade de dezasete annos*". Portanto, a maioria penal passou de dezessete para quatorze anos.

As políticas assistenciais adquiriram caráter higienista ostensivo após a abolição da escravidão por meio da Lei Imperial n. 3.353, de 13 de maio de 1888. Estas políticas visavam ao controle das classes populares. Dessa forma, a punição de crianças e adolescentes com o advento da República (1889) tornou-se mais severa com o Código Penal (1890), no qual diz em seu artigo 27, inciso I que *"não são criminosos os menores de 9 annos completos"*.

Por seu turno, o século XX passou por diversas mudanças na interpretação da infância e das medidas necessárias para protegê-la. A internação de crianças abastadas diminuiu, ao passo que cresceu a de meninos pobres e livres. Nesse mesmo período, a ausência ou a incapacidade dos pais ou responsáveis era percebida como causa do perigo que ora a criança se encontrava e ora ela oferecia. Ademais, a pressão sobre o Estado referente aos efeitos da ausência teve por resultados a criação do Primeiro Juízo de Menores no Rio de Janeiro (1923) e do Código de Menores (1927), conhecido como Código Mello Mattos. O Juízo de Menores visava à vigilância, regulamentação e intervenção direta sobre crianças e adolescentes, cuja internação era percebida como uma boa alternativa de cuidado e educação, até mesmo pelas famílias, haja vista a culpabilização que elas sofriam pelo caráter ambíguo do perigo. O Código Mello Mattos traz duas categorias de menores: os abandonados (artigo 27) e os delinquentes (artigo 68). O primeiro grupo é composto por crianças que:

I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistencia, por serem seus paes fallecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja, guarda vivam; II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistencia, devido a indigencia, enfermidade, ausencia ou prisão dos paes. tutor ou pessoa encarregada de sua guarda; III, que tenham pae, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupillo ou protegido; IV, que vivam em companhia de pae, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de actos contrarios á moral e aos bons costumes; V, que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem; VI, que frequentem logares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida. VII, que, devido á crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam: a) victimas de máos tratos physicos habituaes ou castigos immoderados; b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensaveis á saude; c) empregados em occupaões prohibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saude; d) excitados habitualmente para a gaturnice, mendicidade ou libertinagem; VIII, que tenham pae, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guar-

da, condenado por sentença irrecorrível; a) a mais de dois anos de prisão por qualquer crime; b) a qualquer pena como co - autor, cúmplice, encobridor ou receptor de crime cometido por filho, pupillo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes.

Já o segundo grupo, são os adolescentes maiores de 14 anos indigitados como autores ou cúmplices de delitos caracterizados como crimes ou contra-venção penal.

A infância foi reconhecida como uma questão social na Era Vargas, na qual foi criado o Serviço de Assistência ao Menor (1941). O SAM visava:

a) sistematizar e orientar os serviços de assistência a menores desvalidos e delinquentes, internados em estabelecimentos oficiais e particulares; b) proceder à investigação social e ao exame médico -psicopedagógico dos menores desvalidos e delinquentes; c) abrigar os menores, á disposição do Juízo de Menores do Distrito Federal; d) recolher os menores em estabelecimentos adequados, afim de ministrar-lhes educação, instrução e tratamento sômato-psíquico, até o seu desligamento; e) estudar as causas do abandono e da delinquência infantil para a orientação dos poderes públicos; f) promover a publicação periódica dos resultados de pesquisas, estudos e estatísticas.

No entanto, a meta assistencial nunca foi atingida e o atendimento era tido mais como uma escola do crimes. Após isso, foi criada a Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor (1964), a qual tinha como diretrizes:

I - Assegurar prioridade aos programas que visem à integração do menor na comunidade, através de assistência na própria família e da colocação familiar em lares substitutos; II - Incrementar a criação de instituições para menores que possuam características aprimoradas das que informam a vida familiar, e, bem assim, a adaptação, a êsse objetivo, das entidades existentes de modo que sômente do menor à falta de instituições dêsse tipo ou por determinação judicial. Nenhum internacional se fará sem observância rigorosa da escala de prioridade fixada em preceito regimental do Conselho Nacional; III - Respeitar no atendimento às necessidades de cada região do País, as suas peculiaridades, incentivando as iniciativas locais, públicas ou privadas, e atuando como fator positivo na dinamização e autopromoção dessas comunidades.

A intenção de aposentar a doutrina do internamento e instaurar a valorização da família, porém, não se concretizou, ao contrário, só reforçou a presumida incapacidade da família.

## **Doutrina da Situação Irregular do Menor**

A doutrina da situação irregular do menor foi oficialmente inaugurada

no Código de Menores de 1979. Essa doutrina atingia de forma repressiva os menores em situação irregular, já “as medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação” (artigo 1º, parágrafo único). Considerava-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal.

A maior característica dessa doutrina é a arbitrariedade, visto a gama de poderes centralizados na mão do Juiz, vez que ele podia “a qualquer tempo e no que couber, *de ofício* ou mediante provocação fundamentada dos pais ou responsável, da autoridade administrativa competente ou do Ministério Público, cumular ou substituir as medidas”.

A internação desses menores gerava uma grave violação aos seus direitos fundamentais que, somada ao processo de redemocratização, engendrou movimentos sociais opositores ao modelo assistencial vigente, os quais serão vistos ulteriormente.

## **Doutrina da Proteção Integral**

A infância transviada passou a ser vista como um sintoma da má-distribuição de renda e da desigualdade social. Partindo dessa premissa, chegou-se à seguinte redação do artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

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.

Inaugura-se a doutrina da proteção integral, pela qual a criança é vista como uma pessoa humana em processo de desenvolvimento e a responsabilidade pelo seu bem-estar e o do adolescente é compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado. A doutrina foi oficializada com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), que logo em seu artigo 1º traz que “esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” e em seu artigo 3º e parágrafo único que:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

Destarte, a criança não mais pode se encontrar em situação irregular, mas somente o Estado ou a sociedade, *i.e.*, a situação de vulnerabilidade em que se encontra a criança decorre da irregularidade daqueles que têm o dever de zelar por ela.

## Retrospectiva dos Direitos Infanto-Juvenis

A Convenção dos Direitos das Crianças (1989) comemora 30 anos e é o “instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal”, tendo sido ratificado por 196 países (ONU, 2019). Porém, um dos primeiros marcos da história dos direitos infanto-juvenis foi a Declaração de Genebra (1924), após ela veio a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que afirma em seu artigo 25, ii o direito dos infantes aos cuidados e assistências especiais. A Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959) traz como primeiro princípio que:

A criança desfrutará de todos os direitos enunciados nesta Declaração. Estes direitos serão outorgados a todas as crianças, sem qualquer exceção, distinção ou discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, nacionalidade ou origem social, posição econômica, nascimento ou outra condição, seja inerente à própria criança ou à sua família.

No sistema interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) conhecida como Pacto de San José da Costa Rica declara que “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

No Brasil, a Comissão Parlamentar de Inquérito do Menor (1975) desencadeou “*maior pressão para que novos instrumentos legais fossem criados para solucionar o problema da carência e combater o aumento da criminalidade nas cidades com maior número de menores abandonados*” (LONGO, 2010, p. 16). Em 1977, foi criada em São Paulo a Pastoral do Menor que objetivava a “*promoção e defesa da vida da criança e do adolescente empobrecido e em situação de risco, desrespeitados em seus direitos fundamentais*”. A Organização das Nações Unidas estabeleceu 1979 como o

Ano Internacional da Criança.

Os movimentos sociais associados ao processo de redemocratização foram o Projeto Alternativas de Atendimento a Meninos de Rua (1982), o I Seminário Latino-americano sobre alternativas comunitárias para meninos de rua (1984), o I Encontro Nacional das Comissões Locais do Projeto Alternativas Comunitárias de Atendimento a Meninos de Rua (1995), que deu origem ao Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua (MNMMR), o I Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua (1986), no mesmo ano a Comissão Nacional “Criança Constituinte” e o convênio estabelecido entre o UNICEF e o MEC, a Carta Aberta aos Constituintes e à Nação Brasileira (1987), que foi a base da Emenda “Criança Prioridade Absoluta”, elaborada pela Frente Nacional dos Direitos da Criança, formada pela Pastoral do Menor, o MNMMR e a Comissão Nacional “Criança Constituinte”, o Fórum Nacional Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (1987), conhecido como Fórum DCA até por fim, chegar na Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, que com o seu artigo 227 precede até mesmo a Convenção dos Direitos da Criança (LONGO, 2010).

## **A dicotomia entre o ser e o dever-ser**

A doutrina da proteção integral foi um grande avanço no País, haja vista que reconheceu as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito e não mais meros objetos da tutela estatal. Agora, as crianças e os adolescentes são percebidos como vulneráveis, motivo pelo qual necessitam de maior atenção. A doutrina inaugura um rol de direitos fundamentais e qualquer atentado contra eles, por ação ou omissão, será punido na forma da lei, de modo que nenhuma criança e ou adolescente deverá ser objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, conforme o artigo 5º do Estatuto.

Não obstante, a recepção da nova doutrina foi parcial pela sociedade no contexto cultural. A presunção da periculosidade tem dois recortes principais: o de classe e o de raça. O recorte racial refere-se ao racismo estrutural, tendo raízes na própria construção histórica do País. A escravidão africana no Brasil perdurou dos séculos XVI até o XIX cuja abolição tem 131 anos e reflete intensamente na sociedade atual, sobretudo, por meio da exclusão social. Já a questão de classe refere-se à presumida incapacidade das famílias pobres de cuidarem e educarem seus filhos, o que geraria a ambiguidade do perigo envolvendo o menor já tratada anteriormente.

Atualmente, a parcela socialmente vulnerável da população ainda sofre com atitudes discriminatórias, sob o pretexto de prevenção ou de legítima defesa. Nesse sentido, em 04 de fevereiro de 2019, o Shopping Pátio Higienópolis, sito em área nobre de São Paulo, ajuizou pedido de providência referente à entrada e permanência de menores em seu interior. Segundo a exordial, o pe-

dido fundamenta-se na suposta prática de atos infracionais equiparados a furto, roubo e agressões pelos infantes, além de violações de caráter social como *esmolar* e usar as escadas rolantes no sentido contrário. Sublinha o autor que as crianças estão em situação de rua e desacompanhadas de pais ou responsáveis e pede autorização judicial para apreendê-las e encaminhá-las à Polícia Militar e ao Conselho Tutelar, assim como visitas periódicas do órgão para inspeção e apuração de menores nessa condição. O Ministério Público se manifestou em favor da extinção do pedido sem resolução do mérito, pois o Conselho é órgão autônomo e independente cuja atuação ocorre nos termos do artigo 98 do Estatuto, *in verbis*: “as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados em razão de sua conduta”.

Ademais, a apreensão refere-se ao poder de polícia do Estado, o qual não pode ser delegado a particulares, devendo a autoridade policial ser comunicada em casos de ato infracional. A juíza responsável decidiu pela extinção do processo sem a resolução do mérito. A magistrada reafirmou a autonomia e independência do Conselho Tutelar, o qual pode ser acionado por qualquer cidadão em casos de ameaça ou violação aos direitos da criança e do adolescente.

Além disso, a sua decisão encontrou respaldo em dois enfoques: (i) aos adolescentes autores de atos infracionais já existe previsão legal de apreensão em flagrante com a comunicação à autoridade judiciária e à família do infrator e (ii) a apreensão de menores desacompanhados sob a pretensão de proteger eles e os frequentadores do risco trata-se, na verdade, de um salvo-conduto para uma polícia de higiene social, sendo uma violação ao direito fundamental de ir e vir, também tutelado pelo Estatuto no artigo 230 com a seguinte redação: “privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita de autoridade judiciária competente”.

A juíza também pontifica que:

Os pedidos formulados pelo requerente fazem lembrar a doutrina *separate, but equal* (separados, mas iguais), que pregava que todos eram iguais, mas permitia a segregação. De se recordar que o shopping é um local privado aberto ao público, e por isso deve permitir a circulação do público sem qualquer tipo de segregação ou preconceito. A simples presença física do outro que não é igual ou não segue o ideal de normalidade que se convencionou para o referido shopping center não legitima o pedido de autorização para apreensão de crianças e adolescentes, chamadas repetidamente pelo requerente de “em situação de rua”, mas indicando, quiçá, atitude discriminatória ilegal (...). A suposta preocupação do requerente com a segurança dos menores parece querer ocultar o incômodo que essas crianças e adolescentes vulneráveis causam nos frequentadores do local e na administração do shopping center (...). O shopping center requerente apresenta capacidade econômica e jurídica suficiente para, junto

aos tantos agentes da rede protetiva, buscar auxiliar a vulnerável comunidade local. Poderia, por exemplo, contratar profissionais gabaritados para identificar as situações de desamparo e, em conjunto ou não com o Poder Público, apresentar programas e projetos de auxílio àqueles que por deficiência diversas não se enquadram no desejável público de frequentadores do empreendimento.

Portanto, fica evidenciado o caráter arbitrário com que se aplica a doutrina repressiva às crianças e adolescentes mais vulneráveis.

## Considerações finais

A tutela da população infantojuvenil, ora fundamentada no assistencialismo na filantropia, foi reconhecida como um dever do Estado, da sociedade e da família. A materialização desses direitos fundamentais foi um grande avanço, sendo essa legislação brasileira uma das protetivas em escala mundial. No entanto, a concretude desses direitos não atingiu a camada mais vulnerável da sociedade, a qual continua a sofrer violações sistemáticas não só da sua dignidade, como da sua existência.

A doutrina da situação irregular foi revogada do ordenamento jurídico, no entanto, continua a influenciar a forma que a sociedade percebe e reage à vulnerabilidade socioeconômica. Nesse sentido, a sociedade em geral percebe com um viés de periculosidade presumida a parcela pobre da sociedade, a qual tem contra si atitudes discriminatórias sob o pretexto de prevenção ou, até mesmo, de legítima defesa.

A história dos direitos infanto-juvenis revela a dificuldade por parte da sociedade e do Estado brasileiro em lidar com a situação em que se encontram essas crianças.

Percebe-se que as políticas estatais isoladas são insuficientes para a proteção dos direitos, vez que é uma questão estrutural, radicalizada no cerne cultural do País. Não ignoramos essa realidade, mas mantemos a esperança para o futuro com prestações positivas do Estado, somadas à efetiva corresponsabilidade entre esse e a sociedade em busca da concretude dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes vulneráveis de maneira contínua e progressiva. Isto é dizer que da mesma maneira que a exclusão é uma herança geracional, a evolução dessas relações também o será.

## Referências

ARIÈS, P. **História social da infância e da família**. Tradução: D. Flaksman. Rio de Janeiro: LCT, 1978.

BECKER, H. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar. 2009. p. 21-22.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: : Presidência da República, [2016]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>.

br/ccivil\_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 20 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Promulga o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 17.943-a de 12 de outubro de 1927.** Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.799, de 5 de novembro de 1941.** Transforma o Instituto Sete de Setembro, em Serviço de Assistência a Menores e dá outras providências. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3799-5-novembro-1941-413971-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm)>. Acesso em: 20 de nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888.** Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.** Institui o Código de Menores. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.513, de 1º de dezembro de 1964.** Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4513impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513impressao.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BUARQUE, C. **Apartação:** o apartheid social no Brasil. - 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993. p. 50.

**CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.** 1699. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2019.

**CONVENÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS.** 1989. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

CRUZ, M. L. S. V.; SILVA, L. L. Da situação irregular à proteção integral: a tutela constitucional da criança e do adolescente. IN: I Congresso Norte Mineiro de Direito Constitucional, 1, 2015, Montes Claros. **Anais...** Montes Claros: Unimontes, 2015. p. 3.. Disponível em: <<http://minascongressos.com.br/direitoconstitucional/x3.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

**DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS.** 1959.

Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_universal\\_direitos\\_crianca.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2019.

LONGO, I. S. **Ser adolescente e criança na sociedade brasileira**: passado e presente da história dos direitos da juventude. In: III CONGRESSO INTERNACIONAL DE PEDAGOGIA SOCIAL, 3, 2010, São Paulo, Associação Brasileira de Educadores Sociais (ABES). Disponível em: <<http://www.proceedings.scielo.br/pdf/cips/n3/n3a13.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Inquérito Civil nº 47/19**. 22.11.2019. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob\\_page.show?\\_docname=2642483.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2642483.PDF)>. Acesso em: 23 nov. 2019.

MELO, E. R. Direitos humanos de crianças e adolescentes no Brasil: dilemas de um cenário cultural em transformação. IN: VENTURI, Gustavo (Org). **Direitos humanos**: percepções da opinião pública. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. p. 157.

NASCIMENTO, E. P. **Modernidade ética**: um desafio para vencer a lógica perversa da nova exclusão. Proposta, [s.n.], ano 23, n 65, jun/1995. Disponível em: <<https://fase.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Proposta-Revista-Trimestral-de-Debate-da-Fase-n%C2%BA-65-1995-06.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro IV. Universidade de Coimbra. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1311.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Providência - entrada e permanência de menores**. Vara da Infância e Juventude. Decisão. Relatora: Juíza Monica Arnoni Gonzaga. Julgado em 18.02.2019. Publicado em: 20.02.2019. Disponível: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1012021-21.2019.8.26.0100&cdProcesso=2S000ZY-VU0000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5JM&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=zQhNjhpH-qEeeEtbI1XX%2F0so7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKl-vL32oK4kDFzF7qZqAsZeFbn01dIp92%2BGHI0iHgKWV0S2vkQg%2Fd2U-zp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReA-ZVN0TXLT5xLC%2BI7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoRk-qHvD0WUuCX%2BnjIKIIVFmvlLn%2FFkWTO7Zn0SWzbXO9i50Ku24tGya-8YOk0MvaPw2dzl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

# NECESSIDADE DA EFETIVAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS COM RELAÇÃO AOS ASPECTOS DA VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTOJUVENIL NO BRASIL, ARGENTINA, CHILE E PORTUGAL

**Kathryn Aline de Oliveira Barbosa**

Centro Universitário Módulo; Graduada em Direito; Graduada em Administração – UNICSUL

## **Resumo:**

O objeto de pesquisa são os aspectos da violência sexual infantojuvenil e a necessidade da efetivação das normas internacionais, levantando a comparativa entre o Brasil, Argentina, Chile e Portugal, averiguando estatisticamente a relação de crianças exploradas sexualmente nesses países em quais parâmetros e causas. O tema se justifica pela necessidade da efetivação das normas internacionais para garantia dos dez princípios que constituem a Declaração Universal dos Direitos da Criança, pois apesar da existência de tais normas e princípios, ainda sim, existe a carência do cumprimento das prerrogativas sociais o que dificulta a efetiva aplicação dos princípios vigentes em favor da Criança, gerando não só a falta da prevenção como também facilitando a prática criminoso. Para a fundamentação da pesquisa será utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica. Os objetivos dessa pesquisa são demonstrar levantamentos estatísticos da violência sexual infantojuvenil para comparativa no Brasil, Argentina, Chile e Portugal; abordar o tema inserindo as normas desenvolvidas por comissões, convenções e premissas dos Direitos Humanos; identificar os problemas sociais que envolvem esses países para adequação e aplicação das normas com mais efetividade. Com relação aos resultados parciais constata-se que a exploração sexual infantojuvenil está amplamente difundida em diversas classes sociais e diversos povos. Trata-se de um problema mundial, que afeta diversas crianças e adolescentes. No ranking de *Out of the shadows* levantado pela *The Economist*, índice que analisa como os países estão reagindo à violência sexual contra crianças, entre os 60 países pesquisados no mês de maio de 2019, o Brasil estava em 13º lugar e a Argentina em 40º. Sob este aspecto a exploração sexual infantil adquire características de ameaça universal, pois nenhum menino ou menina são imunes e os meios de conectividade e mobilidade da comunicação tendem a facilitar amplamente tal abuso.

**Palavras-chave:** Violência sexual; Direitos da Criança; Violência infantojuvenil; Direitos Humanos.

## Introdução

Observa-se que apesar de normas desenvolvidas em comissões e convenções, ainda sim a violência sexual infantojuvenil é uma problemática na sociedade em geral, independente do desenvolvimento econômico, é uma questão dividida em diversos aspectos sociais, históricos e culturais.

A abordagem do estudo em relação ao Brasil, Argentina, Chile e Portugal faz-se necessário, objetivando o levantamento de dados estatísticos e a comparação com as normas internacionais que se desenvolveram para a garantia dos direitos da Criança e do Adolescente.

A violência sexual infantojuvenil vem afunilando a vida de várias crianças e adolescentes ao longo da história. Não se trata de um problema contemporâneo, mas sim da forma que ele passa a mudar com o tempo, pela própria mudança na sociedade em geral.

Tendo em vista os problemas que levam a tal crime e a violência contra o anseio de uma criança ou adolescente, torna-se importante a efetivação das normas internacionais e a garantia dos 10 princípios constituídos através da Declaração dos Direitos da Criança Proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (xiv), de 20 de novembro de 1959<sup>1</sup>, onde a criança têm direitos a liberdade, dignidade, segurança social, saúde, educação, contra o abandono, direitos que vão desde o nascimento até em circunstâncias de risco sendo impreterivelmente a primeira a ser socorrida, pois todos os princípios são devidos a quem é de direito para garantir o desenvolvimento da criança e adolescente no país em que vive.

## Embasamento Teórico

A exploração de crianças e adolescentes remonta ao período de colonização e escravidão no Brasil.<sup>2</sup> Com relação ao período da colonização a violência sexual infantojuvenil foi marcada pela falta de respeito às crianças e adolescentes, pois quando chegavam ao país e tinham a condição de órfãos do Rei, eram expostas aos abusos sexuais, exercendo atribuições de pajens e grumetes, sendo até mesmo incumbidos de se casar com súditos da coroa<sup>3</sup>.

Os pajens, grumetes e órfãos do Rei era a forma de nomeação para diferenciar as categorias dos conhecidos como “os miúdos da expansão marítima”, sendo crianças que embarcavam para início de povoamento do Brasil

1 PORTUGAL. Direção Geral da Educação. **Declaração dos Direitos da Criança**. Disponível em: < [https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs\\_referencia/declaracao\\_universal\\_direitos\\_crianca.pdf](https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs_referencia/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf)>. Acesso em 23 set. 2019.

2 BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. **Cartilha sobre violência sexual contra crianças e adolescentes: identificação e enfrentamento**. Brasília, 2015. 13 p. Disponível em: <[http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/imprensa/cartilhas/cartilha\\_violencia\\_contra\\_crianças\\_adolescentes\\_web.pdf](http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/imprensa/cartilhas/cartilha_violencia_contra_crianças_adolescentes_web.pdf)>. Acesso em 18 set. 2019.

3 MARGRAF, Alencar Frederico; MEIRA, Andrélis Christine de. **As várias facetas da violência sexual infantojuvenil e a necessidade de efetivação das normas nacionais e internacionais**. Revista dos Tribunais, vol. 982/2017, p. 185 – 210. 2017.

a partir de 1530. Na época grumetes eram crianças entre 09 e 16 anos recrutadas de famílias pobres da área urbana ou órfãos desabrigados, nas quais se submetiam a trabalhos mais perigosos e pesados em embarcações que saíam de Portugal em direção ao Brasil, tendo piores acomodações e alimentação. Tudo isso era justificado pelo nível de mortalidade infantil que era alta e as expectativas de vida das crianças portuguesas geralmente não passavam dos 14 anos, e assim eram tratadas as crianças menos favorecidas economicamente<sup>4</sup>.

Os pajens diferenciavam-se porque vinham de setores médios urbanos, de famílias protegidas pela nobreza ou da baixa nobreza, tais famílias viam na expansão marítima uma valorização social dos filhos. Nessa categoria os serviços eram mais leves, pois as crianças e adolescentes atuavam junto aos oficiais, raramente eram castigados e tinham poder sobre esses. Faz-se necessário salientar que além dessas crianças e adolescentes à época com tais classificações, havia o rapto de crianças judias, em que o método cruel exercia uma forma de recrutamento para obtenção de mão de obra e controle do crescimento da população judaica em Portugal<sup>5</sup>.

No Brasil entre 1549 e 1755, época marcada pelo Regime dos Aldeamentos Missionários<sup>6</sup> com a catequização cristã dos jesuítas sobre crianças e adultos indígenas, mesmo quando não aceitavam, passavam por uma base educacional com corretivos pedagógicos, onde tinham que expor o corpo à disciplina em tempo integral e castigos físicos até privações alimentares eram aplicadas em casos de desobediência. Em 1726 houve agravantes, pois foi o ano em que a Monarquia instituiu as escolas e as casas de acolhimento nos casos de abandono<sup>7</sup>.

Da parte histórica para a garantia dos Direitos da Criança e Adolescente e marcos internacionais destaca-se o ano de 1919 com a criação do Comitê de Proteção à Infância no qual foi criado por manifestação dos direitos infanto-juvenis, sendo essa a primeira manifestação de cunho internacional;<sup>8</sup> em 1923 Eglantyne Jebb (1876-1928), fundadora da *Save the Children*, elabora junto com a União Internacional de Auxílio à Criança a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, que ficou conhecida como Declaração de Genebra; em 1927 durante o IV Congresso Panamericano da criança, dez países americanos (Argentina, Bolívia, Brasil, Cuba, Chile, Equador, Estados Unidos, Peru, Uruguai e Venezuela) subscrevem a ata de fundação do Instituto

4 LOPES, Ana Lucia Adriana Costa e. **A criança e seus diferentes nomes: adjectivações no discurso histórico**. Revista Educação em Foco, Juiz de Fora, v. 13, n. 2, p. 67-89, set 2008/fev 2009. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/revistaedufoco/files/2009/11/Artigo-04-13.2.pdf>>. Acesso em 20 set. 2019.

5 Id.

6 OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A Presença Indígena na Formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. 34. p. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004372.pdf>>. Acesso em 21 set. 2019.

7 MARGRAF; MEIRA, op.cit.

8 Id.

Interamericano da Criança (IIN - Instituto Interamericano del Niño, que hoje vinculado à OEA e estendido à adolescência), organismo destinado à promoção do bem-estar da infância e da maternidade na região; em 1934 a Sociedade das Nações aprova novamente a Declaração de Genebra;<sup>9</sup> em 1946 o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas recomendou a adoção da Declaração de Genebra e criou o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), por decisão unânime em primeira sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, onde logo foi utilizado para conceder assistência emergencial para milhões de crianças após a II Guerra Mundial, no Oriente Médio e na China e; em abril de 1948 surge o primeiro instrumento internacional de direitos humanos, a Declaração Americana dos Direitos e deveres dos Homens, no mesmo ano ocorreu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde faz menção aos direitos da criança em seus artigos 7º com direito à proteção e cuidados especiais, 30 com direito à receber auxílio, alimento, educação e amparo dos pais e 31 com direito à educação primária<sup>10</sup>.

Após principalmente o último marco histórico anterior com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e prosseguindo com o desenvolvimento histórico internacional para a garantia de Direitos da Criança e Adolescente destaca-se também o dia 20 de novembro de 1959, onde a Declaração sobre os Direitos da Criança de 1924 foi revisada, obteve aprovação unânime, porém o texto não era de cumprimento obrigatório para os Estados membros; em 1969 ocorreu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, onde hoje é o principal dos instrumentos utilizados para denunciar violações dos direitos da infância e da juventude; a partir da década de 80 ocorre a adoção de textos para tratar da criminalidade juvenil, tal como Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, também conhecida como “Regras de Beijing” em 1985; Prevenção da Delinquência Juvenil conhecida como “Diretrizes de Riad” em 1990; Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade em 1990 e;<sup>11</sup> em 1999 ocorreu a Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho, onde foi estabelecida a proibição das piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para sua eliminação<sup>12</sup>.

Apesar do desenvolvimento histórico internacional do Direito da Criança e Adolescente ter iniciado no ano de 1919, no Brasil a inserção do deba-

9 MATOGROSSO, Tânia Mara. **Como tratar as crianças**. 2 ed. Campo Grande: Coleção pantanal, 2013. 41.p, 42.p.

10 BARBOSA, Joana Bezerra Cavalcanti. **Influência e aplicabilidade das normas de direito internacional na realidade dos jovens em conflito com a lei**. Portal Domínio Público, Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp073021.pdf>> Acesso em 20 set. 2019.

11 Ibid.

12 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 182, Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação**. Disponível em <[https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_236696/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236696/lang-pt/index.htm)>. Acesso em 20 set. 2019.

te sobre a violência sexual contra crianças e adolescentes ocorreu a partir da problemática destes sujeitos denunciada no início da década de 1990 através de instituições ligadas à infância e à juventude<sup>13</sup>.

## Desenvolvimento da Temática

Contemporaneamente para avaliar de modo específico a violência sexual empregada contra crianças e adolescentes é necessário remeter diversos âmbitos, desde o convívio doméstico e familiar até o desenvolvimento da sociedade<sup>14</sup>, por se tratar de um fenômeno complexo que está inserido em esferas sociais, culturais, ambientais, econômicos e políticos, com pouca visibilidade, à ilegalidade e à impunidade<sup>15</sup>.

Para elucidar sobre o termo violência, no latim *violentia* indica a dimensão do violento ou bravo, força; que viola, que profana e trata com violência<sup>16</sup>.

No caso da violência sexual, existe o abuso sexual e a exploração sexual. Das características, nos dois existe a relação de desigualdade entre os envolvidos, poder arbitrário por quem o exerce e vantagens decorrentes da denominação com objetivo de prazer e relações sexuais, sendo que o aspecto que os diferencia são as vantagens decorrentes da denominação com o objetivo de lucro<sup>17</sup>.

De acordo com levantamentos de dados estatísticos do *ranking* de *Out Of The Shadows* desenvolvido pela *The Economist*, onde são avaliados setores propícios para o desenvolvimento da criança e adolescente, divididos em meio ambiente, enquadramento jurídico, compromisso e capacidade do governo, engajamento da indústria, sociedade civil e mídia, o Brasil apresentava-se em 13º lugar entre 60 países no mês de maio de 2019, com uma média de pontuação de 62,9. Isso demonstra que é necessário um engajamento maior em diversos setores ao observar que a pontuação 100 é o melhor ambiente para a criança e adolescente.<sup>18</sup> Para complementar os dados, em conforme pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em 2014, do número total de denúncias de violência sexual, 70% deles são cometidos

13 ROCHA, Genilton Odilon Rêgo da; LEMOS, Flávia Cristina; LIRIO, Flávio Corsini. **Enfrentamento da Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes no Brasil: políticas públicas e o papel da escola.** Cadernos de Educação, Pelotas, ed. 38 p. 259 - 287, jan 2011/abr 2011. Disponível em: < <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/caduc/article/view/1550/1457>>. Acesso em 20 set. 2019.

14 Id.

15 BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Violência contra Crianças e Adolescentes: Análise de Cenários e Propostas de Políticas Públicas.** Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/biblioteca/crianca-e-adolescente/violencia-contra-criancas-e-adolescentes-analise-de-cenarios-e-propostas-de-politicas-publicas-2.pdf>>. Acesso em 22 set. 2019.

16 ROCHA; LEMOS; LIRIO, op. cit.

17 MARGRAF; MEIRA, op. cit.

18 THE ECONOMIST. **Out Of The Shadows.** Disponível em: < <https://outoftheshadows.eiu.com/>> Acesso em 25 jul. 2019.

contra crianças e adolescentes. Nos quatro meses de 2019, 4736 denúncias de exploração sexual de crianças e adolescentes foram registrados no país, por meio do Disque 100. Destes casos aproximadamente 90% são registrados no ambiente familiar, conforme dados da Ouvidoria Nacional do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH)<sup>19</sup>.

Já a Argentina apresentava-se em 40º lugar com uma média de pontuação de 46,3 por não ter principalmente um dado significativo no engajamento da indústria, sociedade civil e mídia.<sup>20</sup>

No Chile, dados estatísticos que apresentam quantidades de crimes e vítimas disponibilizados pela Fiscalia demonstram a quantidade total de crimes sexuais periodicamente com cerca de 24.140 no ano de 2017 entre os meses de janeiro e dezembro; entre janeiro e setembro de 2018 haviam cerca de 20.486 casos de crimes sexuais e; entre janeiro e junho de 2019 apresentavam-se cerca de 16.970. Esses levantamentos estatísticos demonstram uma grande quantidade de vítimas menores de idade sem especificações, sendo que no ano de 2017 entre os meses de janeiro e dezembro apresentavam-se cerca de 53.340 vítimas menores de idade e 5.012 casos de vítimas menores em âmbito intrafamiliar; entre janeiro e setembro de 2018 apresentavam-se cerca de 42.203 vítimas menores de idade e 4.060 casos de vítimas menores de idade em âmbito intrafamiliar; entre janeiro e junho de 2019 apresentavam-se cerca de 30.976 vítimas menores de idade e 2936 casos de vítimas menores de idade em âmbito intrafamiliar<sup>21</sup>.

Com relação a Portugal dados extraídos da APAV (Associação Portuguesa de Apoio à Vítima) demonstraram que houve considerável aumento dos casos de abuso sexual contra crianças de até 14 anos do ano de 2015 para 2018, onde os dados apresentam cerca 102 casos para 348 casos<sup>22</sup>, resultando num aumento de 241, 18% em 3 anos.

## Considerações Finais

Apesar do desenvolvimento do Brasil, Argentina, Chile e Portugal, ainda sim nota-se em dados estatísticos a necessidade da efetivação das normas

19 PITORRA, Helbert Garandy. **Despacho nº 81/2019/CGDDCA/DEVDC/A/GAB.SNDCA/SNDCA/MMFDH e ofício nº 3226/2019/GM.MMFDH/MMFDH expedidos do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Coordenação-Geral de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente.** Disponível em: < [https://sei.mdh.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&codigo\\_verificador=0858028&codigo\\_crc=25DAF2C8&hash\\_download=950862bb13ac65efdb17065591cddb21ac28508b5a4ed0ac17e84d461fe598266e270ac0c90a885351a36f6435be6118325d5ee836d041fd997db31434c497ed&visualizacao=1&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.mdh.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=0858028&codigo_crc=25DAF2C8&hash_download=950862bb13ac65efdb17065591cddb21ac28508b5a4ed0ac17e84d461fe598266e270ac0c90a885351a36f6435be6118325d5ee836d041fd997db31434c497ed&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0)>. Acesso em 30 jul. 2019.

20 THE ECONOMIST. op. cit.

21 FISCALÍA. **Estatísticas.** Disponível em: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> Acesso em 25 jul. 2019.

22 ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE APOIO À VÍTIMA (APAV). **Estatísticas APAV.** Disponível em: <[https://apav.pt/apav\\_v3/index.php/pt/estatisticas-apav](https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/estatisticas-apav)> Acesso em 25 set de 2019.

internacionais nos países por terem apresentado muita instabilidade em quantidade de vítimas nos últimos anos e pela estrutura que deve se adequar cada vez mais com o objetivo de garantia da criança e adolescente e o ambiente propício para seu desenvolvimento.

Percebe-se a necessidade da separação dos crimes cometidos de forma específica principalmente em casos em que crianças e adolescentes estão envolvidos. Somente em Portugal através da APAV (Associação de Portuguesa de Apoio à Vítima) foi possível fazer um levantamento exato do perfil das vítimas de crime de abuso sexual.

Ademais para a efetivação das normas internacionais e garantia dos direitos da criança de acordo com os dez princípios da criança de 1959 é necessário mais estruturas que garantam os direitos da criança e adolescente nos países e a participação da sociedade em geral para que todas crianças cresçam em um ambiente propício, pois trata-se de um problema que está em vários âmbitos.

## Referências

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE APOIO À VÍTIMA (APAV). **Estatísticas APAV**. Disponível em: <[https://apav.pt/apav\\_v3/index.php/pt/estatisticas-apav](https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/estatisticas-apav)> Acesso em 25 set de 2019.

BARBOSA, Joana Bezerra Cavalcanti. **Influência e aplicabilidade das normas de direito internacional na realidade dos jovens em conflito com a lei**. Portal Domínio Público, Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp073021.pdf>> Acesso em 20 set. 2019.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Violência contra Crianças e Adolescentes: Análise de Cenários e Propostas de Políticas Públicas**. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/biblioteca/crianca-e-adolescente/violencia-contra-criancas-e-adolescentes-analise-de-cenarios-e-propostas-de-politicas-publicas-2.pdf>>. Acesso em 22 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. **Cartilha sobre violência sexual contra crianças e adolescentes: identificação e enfrentamento**. Brasília, 2015. 13 p. Disponível em: <[http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/imprensa/cartilhas/cartilha\\_violencia\\_contra\\_criancas\\_adolescentes\\_web.pdf](http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/imprensa/cartilhas/cartilha_violencia_contra_criancas_adolescentes_web.pdf)>. Acesso em 18 set. 2019.

FISCALÍA. **Estadísticas**. Disponível em: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> Acesso em 25 jul. 2019.

LOPES, Ana Lucia Adriana Costa e. **A criança e seus diferentes nomes: adjetivações no discurso histórico**. Revista Educação em Foco, Juiz de Fora, v. 13, n. 2, p. 67-89, set 2008/fev 2009. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/revistaedufoco/files/2009/11/Artigo-04-13.2.pdf>>. Acesso em 20 set. 2019.

MARGRAF, Alencar Frederico; MEIRA, Andrélis Christine de. **As várias facetas da violência sexual infantojuvenil e a necessidade de efetivação das normas nacionais e internacionais**. Revista dos Tribunais, vol. 982/2017, p. 185 – 210. 2017.

MATOGROSSO, Tânia Mara. **Como tratar as crianças**. 2 ed. Campo Grande: Coleção pantanal, 2013.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A Presença Indígena na Formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. 34. p. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004372.pdf>>. Acesso em 21 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 182, Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação**. Disponível em <[https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236696/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm)>. Acesso em 20 set. 2019.

PITORRA, Helbert Garandy. **Despacho nº 81/2019/CGDDCA/DEVDC/GAB.SNDCA/SNDCA/MMFDH e ofício nº 3226/2019/GM.MMFDH/MMFDH expedidos do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Coordenação-Geral de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <[https://sei.mdh.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&codigo\\_verificador=0858028&codigo\\_crc=25DAF-2C8&hash\\_download=950862bb13ac65efdb17065591cddb21ae28508b5a4ed0ac17e84d461fe598266e270ac90a885351a36f6435be6118325d5ee836d041fd997db-31434c497ed&visualizacao=1&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.mdh.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=0858028&codigo_crc=25DAF-2C8&hash_download=950862bb13ac65efdb17065591cddb21ae28508b5a4ed0ac17e84d461fe598266e270ac90a885351a36f6435be6118325d5ee836d041fd997db-31434c497ed&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0)>. Acesso em 30 jul. 2019.

PORTUGAL. Direção Geral da Educação. **Declaração dos Direitos da Criança**. Disponível em: <[https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs\\_referencia/declaracao\\_universal\\_direitos\\_crianca.pdf](https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs_referencia/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf)>. Acesso em 23 set. 2019.

ROCHA, Genilton Odilon Rêgo da; LEMOS, Flávia Cristina; LIRIO, Flávio Corsini. **Enfrentamento da Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes no Brasil: políticas públicas e o papel da escola**. Cadernos de Educação, Pelotas, ed. 38 p. 259 - 287, jan 2011/abr 2011. Disponível em: < <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/caduc/article/view/1550/1457>>. Acesso em 20 set. 2019.

THE ECONOMIST. **Out Of The Shadows**. Disponível em: <<https://outoftheshadows.eiu.com/>> Acesso em 25 jul. 2019.

# JUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

**Carlos Gabriel Galani Cruz**

Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas “Campos Salles”. Mestre em Ciências Humanas pela Universidade Santo Amaro. Advogado e Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Campos Salles”.

**Janaina Galani Cruz Tomasevicius**

Bacharela em Direito pelas Faculdades Integradas “Campos Salles”. Mestre em Ciências Humanas pela Universidade Santo Amaro. Advogada e Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Campos Salles”.

## **Resumo:**

Este artigo esboça exemplos sobre a judicialização do Direito de Família. O art. XVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece como direito fundamental a constituição de matrimônio e a fundação de uma família. Porém, a legislação brasileira nem sempre assegurava esse direito, o que exigia a judicialização de questões relativas ao direito de família. Na década de 1960, tem-se o primeiro exemplo de judicialização do direito de família, com as súmulas 380 e 382 do Supremo Tribunal Federal, que protegiam a concubina, já que, naquela época, não havia divórcio e esta ficava desamparada no fim do relacionamento com o concubino. Teve-se outro caso de judicialização no direito de família em 2011, em que se reconheceu união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar. Por fim, reconheceu-se a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, o qual dava tratamentos distintos entre cônjuge e companheiro em matéria sucessória.

**Palavras-chave:** Judicialização; Direitos Humanos; Emancipação da Mulher; União Estável homoafetiva; Revolução dos Costumes.

## **A judicialização dos conflitos**

O Direito tem por objeto a organização da vida em sociedade por meio de normas, as quais têm origem em atos de vontade de colegiados ou criadas por autoridades. Tais origens de normas jurídicas denominam-se fontes. Fontes do Direito, portanto, são as origens do Direito. Para Reale (1999, p.140), são “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positi-

vam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma *estrutura normativa*". Resultando de uma série de fatores estudados pela sociologia e filosofia, certas formas, que são as chamadas estruturas normativas, passam a ter ordenação vigente e tornam-se eficazes. Kelsen dividia as fontes do Direito em duas: as fontes diretas e as fontes indiretas. As fontes diretas são as leis e os costumes. "Nesse sentido, a Constituição é a fonte das normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária" (1996, p. 259). Por outro lado, fontes indiretas são consideradas a doutrina e a jurisprudência.

As fontes do direito são, pois, o processo legislativo, os usos e os costumes que têm importância na esfera jurídica, a própria atividade jurisdicional e o ato negocial. As principais fontes do Direito são, portanto, a lei, os costumes, a jurisprudência, o negócio jurídico e a doutrina, cada uma das quais é dotada de suas particularidades.

A lei é uma regra que emana de uma autoridade soberana em sociedade. O ser humano traz consigo a noção de lei como a expressão de comando, sendo estabelecida numa relação entre o legislador (aquele que emite a norma) e o destinatário (aquele a quem a norma é emitida). Não se pode olvidar que as leis visam solucionar esses conflitos que surgem naturalmente e que, portanto, devem se adequar a sociedade.

A jurisprudência, por sua vez, decorre da aplicação do direito pelos magistrados nos casos concretos, a fim de solucionar os conflitos gerados na sociedade entre indivíduos e grupos. Consiste no conjunto de reiteradas decisões dos Tribunais sobre um mesmo assunto, aplicando-se a sanção prevista na norma jurídica. Serve como precedentes para a adoção de um sistema jurídico único, quando se tratam de conflitos sobre o mesmo assunto. O magistrado, em sua atividade, analisa o caso concreto sob o enfoque do fato, valor e norma. Portanto, o valor que atribui ao caso é que fará toda a diferença em uma sentença.

A judicialização dos conflitos é um processo por meio do qual o Poder Judiciário assume papel de protagonista na sociedade, por regular conflitos que, em tese, deveriam ser objeto de regulação legislativa, refletindo a abertura deste poder estatal na interpretação normativa, pela criação de normas mais adequadas aos interesses e anseios da sociedade. Não se pode olvidar que o Direito deve estar apto a solucionar os problemas existentes na sociedade. O Poder Judiciário, em última análise, ao detectar a impossibilidade de pacificação de um tipo de conflito pelas fontes diretas do Direito, quer seja porque a lei apresenta lacunas ou é contraditória, ou ainda pela ausência desta, deve ocupar esse espaço. A jurisprudência, por sua vez, acaba por prevalecer e gera precedentes para a criação de uma norma. As decisões judiciais se repetem, formando, assim, a judicialização dos conflitos, até que uma lei venha a regular a questão.

Veja-se que a própria lei autoriza o juiz a exercer a função de legislador dentro de certos limites, manifestando juízos de valor e de vontade. Toda vez

que houver lacuna ou incorreções da lei, assim, também nos casos em que ao juiz couber decidir por equidade. Cabe esclarecer, todavia, que a lacuna jurídica é “uma incompletude insatisfatória no seio do todo”. Em outra análise, ela é a lacuna da lei e ocorre toda vez que esta mesma lei não consegue dar resposta a uma questão jurídica. Na medida em que a interpretação de uma lei baste para responder esta questão, o Direito não será lacunoso (ENGIS-CH,1996, p. 276-280). .

Embora esse fenômeno exista em todos os ramos do direito, dar-se-á destaque às situações relativas ao Direito de Família. No Brasil, existem casos considerados exemplos de judicialização nessa área. Para entendê-los, antes se faz necessário situar o leitor sobre as mudanças que possibilitaram a movimentação do Poder Judiciário no Direito de Família. Para tanto, é de fundamental importância destacar a emancipação jurídica da mulher, a tentativa de igualdade entre os homens e as mulheres e o declínio do poder da Igreja Católica.

## **A judicialização no direito de família brasileiro**

O art. XVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece como direito fundamental a constituição de matrimônio e a fundação de uma família.

Porém, quando foi promulgada em 1948, tinha-se vigente no Brasil, por meio do Código Civil de 1916, a família patriarcal, isto é, formada pelo casal com pais e filhos, em que a mulher trabalhava apenas para sua família, cuidando e satisfazendo ao marido, inclusive do ponto de vista sexual e cuidando dos filhos. O marido por sua vez era o cabeça da família a quem a mulher e os filhos deviam obediência. Esse pensamento patriarcal estava previsto em lei em boa parte do século XX, colocando o homem sempre em condição superior em relação à mulher. Ele era o detentor do pátrio poder. A mulher, nesse aspecto, era mera figura coadjuvante, encarregada dos afazeres domésticos e cuidados da prole.

No entanto, essa estrutura familiar não mais se harmonizava com os ideais veiculados pelos tratados e declarações de direitos humanos, os quais reconhecem a dignidade humana, a liberdade e a igualdade entre todas as pessoas, inclusive no âmbito familiar, tornando-se insustentável a desigualdade entre homem e mulher e a supressão da liberdade de retirar-se de um relacionamento falido.

As décadas de 1960 e 1970 foram, precisamente, um período de grandes transformações em todo o mundo e sobre diversos pontos de vista. Os movimentos que modificariam a condição jurídica da mulher e a tentativa de igualdade entre homens e mulheres começam primeiramente na Europa e Estados Unidos e depois se expandem para o Brasil.

Na década de 1960, com o intuito de irradiarem-se os valores dos novos tempos, consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tem-se

o primeiro exemplo de judicialização do direito de família, com as súmulas 380 e 382 do Supremo Tribunal Federal, que protegiam a concubina. É importante lembrar que, à época, não havia divórcio, pois este somente começou a ser possível em 1977 e dessa sorte a mulher concubina ficava desamparada no fim do relacionamento com o concubino.

Em que pese o fato de a Constituição de 1988 ter trazido muitos benefícios nesse sentido, como a mulher poder trabalhar e ter os mesmos direitos trabalhistas que os homens, expressar sua opinião, ser considerada como capaz para exercer os direitos da vida civil, muita ainda há que se fazer. Somente após onze anos da promulgação da Lei do Divórcio, isto é, com o advento da atual Constituição Brasileira, é que se reconheceu a união estável como entidade familiar no art. 226, § 3º.

Desde então, novas entidades familiares surgem e começam a ser reconhecidas. Nesse sentido, tem-se o segundo caso de caso de judicialização no direito de família em 2011, pelo julgamento conjunto da ADI n. 4277 e da ADPF n. 132. No julgamento, reconheceu-se a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar, superando-se a limitação que a interpretação literal do art. 226, § 3º, poderia impor, posto que o texto constitucional traz os termos homem e mulher. Como desdobramento dessa decisão, o CNJ editou a Resolução n. 175, de 2013, a qual autoriza o casamento de pessoas do mesmo sexo.

Por fim, o Código Civil de 2002 conferia tratamentos distintos para situações análogas em matéria sucessória, ao disciplinar a sucessão do cônjuge no art. 1.829 e a sucessão do companheiro no art. 1.790. Tal situação foi intencionalmente prevista para privilegiar o cônjuge em comparação ao companheiro, mas, na prática, obtinha-se o efeito inverso: o companheiro, conforme a situação, poderia ser mais beneficiado que o cônjuge na abertura da sucessão. Devido a todos esses problemas, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil nos Recursos Extraordinários n. 646.721 e 878.694, impondo-se, tanto ao cônjuge quanto ao companheiro, a aplicação do art. 1.829 do Código Civil.

## **Considerações finais**

Com a judicialização de conflitos, por meio da intervenção do Poder Judiciário, tem-se grande avanço na solução de conflitos. As leis, criadas para atender a sociedade, estabelecendo obrigações e direitos para todos, podem entrar em vigor defasadas, devido à lentidão do processo legislativo em matérias sensíveis. Dessa forma, nem sempre se consegue atender de forma plena aos interesses de toda a sociedade.

Portanto, a judicialização de questões jurídicas, não apenas de no âmbito familiar, mas em todos os ramos do direito, foi e continuará sendo processo inevitável para a garantia dos direitos humanos.

## **Referências**

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução: J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

# BASE EROSION AND PRICE SHIFTING COMO POTENCIAL VIOLADOR DE DIREITOS SOCIAIS

**Cristian Igor Ishibashi**

Graduando em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-CAMPINAS)

**Felipe Amoroso Manzano**

Graduando em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-CAMPINAS)

## **Resumo:**

Em apertada síntese e sem a pretensão de se esgotar - ao menos na presente oportunidade - a discussão sobre o presente objeto de pesquisa, necessário se faz tecer algumas considerações sobre qual será o objeto do artigo a ser apresentado no Congresso Internacional de Direitos Humanos em Coimbra. A discussão, em linhas gerais, versará sobre o fenômeno conhecido como B.E.P.S. (“Base Erosion and Price Shifting”) e a demonstração de seus efeitos estruturais às economias nacionais. A ideia, trazendo ao tema a ser debatido no presente Simpósio, é a discussão sobre como e por quê o fenômeno “BEPS” influencia a situação econômica, sobretudo em países subdesenvolvidos, dado o potencial de reduzir drasticamente a receita governamental. Assim, pode-se notar que direitos sociais previstos em tratados internacionais acabam sendo violados como consequência da transferência de preços. Isto, pois conforme comprovam alguns estudos e como será demonstrado no desenrolar deste artigo, há considerável diminuição do P.I.B. (Produto Interno Bruto) desses países, sendo certo que dessa diminuição de recursos financeiros, direitos sociais restam feridos e longe de serem cumpridos. Nesse sentido, entre os documentos analisados, há um estudo feito por pesquisadores do “International Monetary Fund”, o qual esclarece que países como o Paquistão, por exemplo, perderam 40% de seu P.I.B., e os efeitos drásticos às garantias dos direitos sociais da população local são incontestes. Assim, entre as soluções que precisam ser tomadas, propõe-se a judicialização coletiva desses direitos. Para tal, desenvolver-se-á que a melhor forma de “proteção doméstica” dos direitos sociais pode se dar por meio da sentença judicial estruturante, ou seja, através de uma decisão judicial multidisciplinar que visa implantar uma reforma - estrutural - em determinado ente, organização ou até mesmo instituição, com o fito de garantir e proteger determinado direito fundamen-

tal social, de forma satisfatória, sobretudo no contexto do sistema normativo internacional. O intuito, portanto, deste artigo, é compreender as relações entre o fenômeno econômico de comércio internacional “B.E.P.S.” e as nações, com foco nos efeitos negativos às populações dos países subdesenvolvidos e, ainda, analisar e propor uma possível solução para esse problema: a materialização do instituto da sentença judicial estruturante.

**Palavras-chave:** Base Erosion and Price Shifting; Transfer Pricing; Direitos Sociais Fundamentais; Sentença Judicial Estruturante.

## Notas Introdutórias

É certo que a globalização oportunizou nova dinâmica para a relação entre países, sobretudo em razão do estreitamento de laços - civis, político e especialmente econômicos. Para o desenrolar deste trabalho científico, será dado maior realce ao viés econômico resultante da consequente e atual facilidade que atinge o fluxo de capitais entre os países. Em decorrência da referida «nova dinâmica» trazida pelo fenômeno da globalização, uma seara sensível acabou por sofrer consideráveis consequências: a fiscalidade internacional.

Considerando a menor complexidade nas transações internacionais - situação que, em tese, deveria trazer maiores benefícios aos países envolvidos - contribuintes com atuação transnacional passaram a utilizar-se desta “maior facilidade” para obter proveitos econômicos, através dos diferentes sistemas tributários existentes, com o objetivo de redução - ou, até mesmo, supressão - das suas respectivas cargas tributárias. O mecanismo despertou uma preocupação entre os países, sobre o que chamou-se de “erosão de suas bases tributáveis” praticada por contribuintes que possuem ramificação em vários países - desenvolvidos e subdesenvolvidos.

É certo que a erosão da base fiscal afeta tanto países desenvolvidos, quanto aquele ainda em desenvolvimento. Ocorre, no entanto, que quando analisa-se as consequências em face de países desenvolvidos, estas tendem a atingir a sociedade de maneira drástica. A razão não é outra, senão pela extrema importância das receitas tributárias para a manutenção e custeio de um Estado social, bem como de suas políticas públicas, a erosão da base fiscal de determinados países - sobretudo aqueles subdesenvolvidos, como será demonstrado em tópico específico do presente artigo.

Por meio do presente artigo, busca-se - sem a pretensão de se esgotar a rica discussão levantada - uma análise do fenômeno da erosão da base fiscal, analisando-se, assim, o próprio plano de ação do projeto BEPS<sup>1</sup> e diagnosticando pontos críticos da presente questão a ser levantada, buscando, ao final,

1 Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/978926402716-en> Base Erosion and Profit Shifting>. Acesso em 20 out.2019.

propor soluções para minimizar todas as distorções geradas pelos sistemas fiscais, por meio da chamada sentença estruturante.

## **O fenômeno da Erosão da Base Fiscal, seus efeitos estruturais nas economias nacionais e o Projeto BEPS (“Base Erosion and Profit Shifting”)**

Imagine-se o seguinte quadro: uma multinacional - cujas operações transnacionais se encontram pulverizadas por todo o mercado mundial - com todo o seu aparato e aconselhamento jurídico destinados à busca de brechas legais e instrumentos híbridos - ou seja, figuras que são tratadas de modo diverso em dois países - que causem lacunas na tributação. Utilizando-se desse mecanismo, esta multinacional transfere a base tributável de um país com alta carga tributária para outro onde a tributação seja mais branda, ou, mesmo, nula. Em linhas gerais, esse é o quadro do fenômeno chamado “Base Erosion and Profit Shifting”.

Ou seja, a erosão da base tributária e transferência de lucros, é decorrência direta da maneira como tributos e seus diferentes índices são aplicados nos diferentes países, além do modo com que a transferência dos lucros empresariais ocorre, considerando a volatilidade do capital monetário internacional. Assim, o mote da evasão fiscal e de divisas, da transparência, e dos paraísos fiscais no mundo contemporâneo, marcado por diversos “métodos” que visam aumentar os lucros e diminuir a incidência de tributos, é uma realidade patente.

É certo que não se trata, a prática analisada, de ato ilegal no Ordenamento Jurídico Internacional. Por tal mecanismo, como já mencionado, multinacionais - em sua maioria - buscam instalar-se em países cuja jurisdição fiscal lhes seja favorável, com uma baixa carga fiscal, com o fito de aumentar sua obtenção de lucro, posto que menor seriam os “custos” remanescentes de toda a tributação necessária<sup>2</sup>. Práticas como estas, embora tenham ganhado maior movimento com a facilidade de fluxo de capitais no atual mundo globalizado, remontam desde a década de 90<sup>3</sup>, sendo que, mais especificamente no ano de 1997, a OCDE (Organisation for Economic Co-Operation and Development) emitiu um relatório no qual expôs causas e consequências do fenômeno da erosão da base fiscal<sup>4</sup>. A prática, inclusive, foi alvo de crítica pelo economista francês Thomas Piketty, ao afirmar que “*O direito de estabelecer sua própria taxa de tributação não existe. Não se pode enriquecer por meio do livre comér-*

2 RINCÓN, Ana María et al. Evaluación del Plan de Acción sobre BEPS elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2015.

3 FERRARI, Bruna Camargo. Negócios híbridos e normas CFC: impactos para as multinacionais brasileiras da incorporação do projeto BEPS no direito brasileiro. Tese de Doutorado, 2016.

4 Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). Harmful Tax Competition: an emerging global issue. 1998. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>>. Acesso em 20 out.2019

*cio e da integração econômica com os vizinhos e depois desviar impunemente sua base fiscal. Isto parece roubo, pura e simplesmente*<sup>5</sup>.

Vaitsos, em 1977, realizou estudo para analisar a indústria farmacêutica em Columbia, demonstrando que as empresas multinacionais relataram margens majoradas de transfer pricing, o que acabou por resultar em 20 milhões anuais em custos extras nas importações para a referida indústria, e contribuindo para o aumento substancial da perda de receita por parte do governo (10 milhões anuais). Estudo conduzido pela United Nations University World Institute for Development Economics Research (UNU- WIDER) em 2017 e publicado pela Tax Justice Network mostraram, ainda, que a quantia total de perdas tributárias globais causadas pelo deslocamento de lucros (profit shifting) entre empresas multinacionais é de aproximadamente \$500 bilhões anualmente

Ainda nesta linha, tomando-se, a título de exemplo, os países que compõem a zona da OCDE, dados indicam que os impostos incidentes sobre o lucro da pessoa jurídica gera, em média, receitas no patamar de 3% do PIB de um determinado país, sendo, aproximadamente, 10% do total das receitas fiscais daquele território. Com a ocorrência desta prática efetuada por multinacionais ao redor do mundo, há considerável montante que deixa de integrar os cofres públicos do local em que a riqueza foi gerada - a quantia que deixa de ser recolhida em decorrência da erosão da base fiscal e da transferência de lucros acaba por gerar graves entraves em termos monetários em consequência dos efeitos gerados sobre a integridade fiscal de um país e, por consequente, no custeio da máquina pública e, assim, de políticas e ações governamentais destinadas à garantia, promoção e realização dos direitos sociais<sup>6</sup>.

Em razão das consequências do fenômeno da erosão da base fiscal o Projeto BEPS - o qual leva o mesmo nome do fenômeno que busca mitigar - foi, nos últimos anos, fator de grande influência na chamada “taxação internacional”. Isto, vez que práticas como estas, sem sombra de dúvidas, levam a um quadro em que a carga tributária é distribuída de maneira injusta, haja vista que os contribuintes transnacionais deixam, assim, de oferecer seus resultados à tributação no país no qual a riqueza obtida foi gerada, transferindo esta para países de baixa (ou nenhuma) carga fiscal, o que gera, por consequente, queda de receitas fiscais.

Nesse sentido, o projeto BEPS busca garantir que as empresas paguem impostos sobre os lucros obtidos no país onde estes são gerados e não no local da sede das empresas<sup>7</sup>. Na prática, a ideia é evitar a erosão da base do lucro, que é o fator gerador dos tributos. No entanto, mesmo com toda iniciativa da OCDE na busca por uma maior “justiça fiscal”, fato é que as conse-

5 PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 508.

6 OCDE (2013), *Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros*, OECD Publishing, <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264201248-pt>>

7 PITMAN, Amy Lynn. *Does the OECD have “Teeth?”: Evaluation of Market Reaction to Key Events in the OECD BEPS Action Plan Timeline*. 2015.

quências desta prática ainda continuam a atingir, pela transferência de lucros, países subdesenvolvidos, acarretando um quadro de problemas sociais, em razão da relevante monta que deixa de adentrar aos cofres públicos.

Após ser analisado o cenário geral da erosão da base fiscal, é importante que seja discutida, com maior detalhamento, a transferência de preços, buscando uma análise fática das consequências que este quadro traz para países em desenvolvimento. Será este, portanto, o objeto de análise no segundo tópico deste artigo.

## **Da análise fática do “Transfer Pricing” e suas consequências para economias nacionais em desenvolvimento**

De início, é importante lembrar que o “transfer pricing” não apenas envolve dinheiro advindo de atividades ilegais, mas também a própria manipulação de preços entre partes relacionadas.

São poucas as pesquisas sistêmicas desenvolvidas no sentido de demonstrar o quão prejudicial é a prática de transfer pricing para os países em desenvolvimento. A Global Financial Integrity (2008) estimou que a perda média de receita da tributação dos países em desenvolvimento foi entre \$98 bilhões e \$106 bilhões anualmente, durante os anos de 2002 e 2006, o que corresponde à perda de 4.4% da receita tributária de todos os governos de países em desenvolvimento<sup>8</sup>. O fato de a maioria dos países em desenvolvimento terem indústrias primárias como seu pilar econômico primordial, como a indústria de óleo e gás por exemplo, facilita o deslocamento de largas somas de dinheiro através de transações transfronteiriças, o que encoraja a prática de transfer pricing.

Os efeitos do transfer pricing são, portanto, ainda mais nocivos para os países em desenvolvimento, quando comparados aos desenvolvidos. A principal razão disso é a vulnerabilidade inerente desses países no que tange aos conhecimentos restritos sobre a matéria, e a falta de informação, de expertise e de profissionais com conhecimento para solucionar os problemas advindos<sup>9</sup>. A falta de recursos para controlar e monitorar as atividades de transfer pricing activities também é fator que encoraja a prática.

A metodologia utilizada por pesquisadores do International Monetary Fund em 2016 mostrou que a Argentina perdeu 4.42% de seu Produto Interno Bruto (PIB) devido ao profit shifting, enquanto que o Paquistão perdeu 40% de suas receitas tributárias. Esse relatório concluiu que em termos de tamanho de perdas, as economias ricas sofrem mais devido ao profit shifting, entretanto, países pobres são as maiores vítimas das práticas de profit shif-

8 Hollingshead A (2010). The implied tax revenue loss from trade mispricing. Global Financial Integrity.

9 Plasschaert SR (1985) Transfer Pricing Problems in Developing Countries. New York, St Martin's Press.

10 Easson AJ (1991) International Tax Reform and the Inter-Nation Allocation of Tax Revenue. Institute of Policy Studies Wellington Publishing, New Zealand.

ting<sup>11</sup>. O senso comum é que, independentemente do país, as más práticas de transfer pricing causam grande prejuízo às receitas governamentais, que poderiam ser investidas localmente para a promoção de crescimento econômico e como consequência aumentar o padrão de vida das pessoas que habitam os países em desenvolvimento.

Além disso, existe também a questão ética envolvida nas práticas de transfer pricing, afinal pode-se considerar que tal prática prejudica a sociedade em geral e, portanto, seria moralmente errada. Por um lado, a prática é vista como uma oportunidade legítima das empresas multinacionais, mas, por outro, é manobra que possui o intuito de apresentar resultados financeiros falsos com a finalidade de evasão fiscal. Os impactos negativos experimentados pelo país em desenvolvimento que desempenha papel de hospedeiro, como a perda de receita tributária e direitos aduaneiros, o esgotamento de recursos ambientais e danos ambientais que geram riscos à saúde humana, sustentam tal argumento ético<sup>12</sup>.

Sikka and Willmott sustenta que a prática de transfer pricing gera o enriquecimento de poucos, ao mesmo tempo que priva milhões de pessoas de países em desenvolvimento de água limpa, saneamento, educação, saúde, segurança, transporte, bens públicos e assistência social<sup>13</sup>. Ou seja, a prática de transfer pricing aumentaria os ganhos privados enquanto contribuiria para o empobrecimento social, ao impossibilitar o pagamento de tributos. Entretanto, para Hanson, Crosser e Laufer, que analisam as questões éticas do transfer pricing pela perspectiva tributária, para a qual o método de redução de tributação é legal e transparente em relação à autoridade tributária relevante, seria o transfer pricing um mero modo de planejamento empresarial prudente, não restando a multinacional responsável pelo país hospedeiro de nenhuma maneira.

De uma perspectiva ética, é evidente que apesar de planejamento fiscal ser prática legal, é essencial que as multinacionais considerem os impactos do transfer pricing ao bem-estar social. A literatura disponível, entretanto, acaba sendo limitada à análise dos impactos à sociedade e pouco é pesquisado sobre os dilemas éticos enfrentados pelas empresas. Tal ponto pode ser considerado foco de pesquisa futura<sup>14</sup>.

---

11 Beebeejaun A (2018) The Efficiency of Transfer Pricing Rules as a Corrective Mechanism of Income Tax Avoidance. *J Civil Legal Sci* 7: 237. doi: 10.4172/2169-0170.1000237

12 Mehafdi M (2000) The ethics of international transfer pricing. *Journal of Business Ethics* 28: 365-381.

13 Sikka P, Willmott H (2010) The dark side of transfer pricing: its role in tax avoidance and wealth retentiveness. *Journal of critical perspectives on accounting* 21.

14 Burgess D, Jeffers AE (2008) Ethical issues associated with international transfer pricing practices. *International Journal of Business Research* 8: 78-89.

## **A sentença estruturante como método adequado para mitigar o problema**

Dada a natureza sistêmica e matéria constitucional do problema aqui tratado, nota-se a necessidade de resolução adequada e de urgência, através da reconstrução e transformação de uma determinada burocracia estatal. Nesse sentido, a reforma judicial estrutural oferece solução adequada, uma vez que busca resolver controvérsias dando significado aos valores públicos constitucionais e adaptando a forma tradicional do processo judicial a realidade social em transformação. A sentença estruturante faz com que o juiz adentre no mundo das políticas, não para “eliminar” violação pontualmente, mas sim ameaça imposta pela organização ou sistema e trazendo-o aos limites constitucionais. Portanto, o objeto da medida estrutural deve ser entendido em sentido sistêmico e dinâmico, pois são muitos os caminhos para a eliminação da ameaça.

A missão reformatória da decisão estrutural determina que a medida esteja sempre aberta a revisões, para que a ameaça imposta aos valores constitucionais pela organização seja efetivamente eliminada. Afinal, a medida escolhida pela autoridade judicial pode estar causando séria adversidade, não sendo eficaz ou for desnecessariamente onerosa, o que demandaria revisão. As diretivas emitidas pelo juízo podem ser extremamente específicas e devem ser consideradas em termos instrumentais, pois existe em razão de propósitos finitos e é geralmente escolhida por considerações de justiça e estratégia.

Um dos principais desafios para a reforma estrutural e que pode causar seu fracasso é o pouco conhecimento sobre o comportamento organizacional e sistêmico do que se objetiva reformar. A tarefa da sentença estruturante, portanto, é definir e formular estratégia eficaz para operacionalizar os valores constitucionais, eliminando a ameaça que lhes é imposta pela burocracia do estado. Por exemplo, o direito à igualdade pode existir apenas como um padrão para avaliação das práticas sociais existentes, ao passo que uma medida judicial é um esforço da corte para dar significado concreto a esse valor público.

Portanto, a medida é mais específica, concreta e coercitiva do que a mera declaração do direito, ela constitui a realização do direito. O juiz é colocado em uma relação arquitetural com a burocracia estatal, fazendo se envolver profundamente na reconstrução de um sistema ou organização. Os juízes entretanto não são capazes de determinar todos os resultados do remédio criado, sendo eles dependentes de forças que estão além do seu controle. Os juízes podem emitir ordens e, talvez, até ameaçar seus destinatários, informando consequências de uma eventual desobediência, mas o processo de implementação da reforma estrutural depende de várias outras forças não estão fáceis de controlar.

A reforma vai sempre depender, por exemplo, das verbas e receitas governamentais e, talvez, também, da preservação da estrutura complexa das re-

lações pessoais entre os funcionários da organização objeto da reforma. O juiz deve ser capaz de criar estratégias para obter o apoio dessas forças para que a reforma estrutural ocorra com êxito. Percebe-se, portanto, que o sucesso prático da reforma depende da vontade e das preferências do corpo político<sup>15</sup>.

Nesta situação, objetiva-se sentença que altere substancialmente as práticas de transfer pricing, almejando melhora futura para mitigar a erosão fiscal. Para isso, são necessários instrumentos diversos para interagir com as instituições de relevância, como por exemplo audiências públicas e o *amicus curiae*. As audiências devem permitir a participação ampla da comunidade envolvida, e os especialistas devem auxiliar o juízo, contribuindo com o dimensionamento mais adequado e correto do problema e de eventuais soluções possíveis. Afinal, lidar com políticas públicas implica conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas e a experiência técnica dos especialistas deve ajudar nesse sentido. Um processo apto a lidar com políticas públicas não pode pautar-se pelo regime clássico do processo civil, devendo-se expandir horizontes para o estabelecimento, por exemplo, de Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo (GTA). Esse grupo, formado por representantes técnicos e por sujeitos externos ao processo ligados à questão central, é capaz de propor estratégias, métodos e técnicas para a reformulação das instituições relevantes.

## Considerações Finais

Como já mencionado, um dos mecanismos, idealizado pela OCDE, com o fito de - ao menos - mitigar todo o fenômeno da erosão da base fiscal e da transferência de preços foi a elaboração das propostas presentes no Projeto BEPS. No entanto, estas propostas não possuem normatividade, sendo apenas um conjunto de iniciativas, sugestões, análises e pesquisas acerca da relevância da discussão para a economia global. Além do mais, o Projeto BEPS emergiu após uma demanda por países desenvolvidos acerca das consequências da erosão da base fiscal. No entanto, não pode ser esquecido que, como já analisado, são os países em desenvolvimento que apresentam as consequências mais drásticas e específicas de cada um, motivo pelo qual as determinações genéricas do Projeto BEPS podem não surtir o efeito pretendido.

Por isso, diante de toda análise apresentada, mostra-se, a sentença estruturante, como um recurso colocado à disposição do judiciário doméstico. Dadas as especificidades de cada ente nacional, no caso da erosão fiscal, ao invés de alterações legislativas sobre o tratamento do BEPS, o presente artigo proporá tal intensa e rigorosa atuação judicial, na forma de remédio estruturante, o qual resguarda enorme potencial para a solução do problema bastante complexo. Afinal, conforme referido anteriormente, a problemática constrói-

---

15 SALLES, Carlos Alberto de; FISS, Owen; SILVA, Daniel Porto Godinho da; RÓS, Melina de Medeiros. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. [S.l: s.n.], 2004.

se para os países em desenvolvimento em grande parte em função de contexto institucional falho e desestruturado, no qual faltam recursos e expertise para lidar com a matéria.

Ao mesmo tempo, as consequências do problema, como também mencionado anteriormente, são devastadoras para os países em desenvolvimento, uma vez que são agravados, por exemplo, direitos fundamentais e valores constitucionais como a falta de saneamento básico, educação, saúde, água limpa e assistência social. Nesse sentido, é nítido que a sentença estruturante pode agir desenhando linha de ação estratégica que se poderia iniciar através do lançamento de programas de trabalho em organizações de pesquisa já existentes na nação hospedeira em questão, como universidades ou agências/institutos de pesquisa governamentais ou não, com o grande intuito de operacionalizar tais valores constitucionais, através de intervenção sistêmica. O fomento da produção de conhecimento sobre a matéria em questão com sua consequente aplicação, disseminação e compartilhamento, criam ambiente propício que reduz a vulnerabilidade técnica no assunto e possibilita a organização interna no sentido de reduzir crescentemente os impactos negativos gerados pelo fenômeno da erosão fiscal. É claro que o desenho e formulação de linhas de ação nesse sentido variarão de acordo com o ambiente institucional de cada país, a iniciativa das autoridades locais e requer conhecimento do ambiente institucional e empresarial local.

## Referências

BEEBEEJAUN, A. The Efficiency of Transfer Pricing Rules as a Corrective Mechanism of Income Tax Avoidance. **J Civil Legal Sci** 7: 237, 2018. doi: 10.4172/2169-0170.1000237

BURGESS, D.; JEFFERS A. E. Ethical issues associated with international transfer pricing practices. **International Journal of Business Research** 8: 78-89, 2008.

EASSON, A. J. **International Tax Reform and the Inter-Nation Allocation of Tax Revenue**. Institute of Policy Studies Wellington Publishing, New Zealand, 1991.

FERRARI, Bruna Camargo. **Negócios híbridos e normas CFC: impactos para as multinacionais brasileiras da incorporação do projeto BEPS no direito brasileiro**. Tese de Doutorado, 2016.

HOLLINGSHEAD, A. **The implied tax revenue loss from trade mispricing**. Global Financial Integrity, 2010.

MEHAFDI, M. The ethics of international transfer pricing. **Journal of Business Ethics** 28: 365-381, 2010.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting**. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/978926402716-en> Base Erosion and Profit Shifting.>. Acesso em 20 out.2019.

\_\_\_\_\_. **Harmful Tax Competition: an emerging global issue.** 1998. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>>. Acesso em 20 out.2019

OCDE. **Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros,** OECD Publishing, 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264201248-pt>>

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI.** Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 508.

PITMAN, Amy Lynn. **Does the OECD have” Teeth?”:** Evaluation of Market Reaction to Key Events in the OECD BEPS Action Plan Timeline. 2015.

PLASSCHAERT, S. R. **Transfer Pricing Problems in Developing Countries.** New York, St Martin’s Press, 1985.

RINCÓN, Ana María et al. **Evaluación del Plan de Acción sobre BEPS elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico,** 2015.

SALLES, Carlos Alberto de; FISS, Owen; SILVA, Daniel Porto Godinho da; RÓS, Melina de Medeiros. **Um novo processo civil:** estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. [S.l.: s.n.], 2004.

SIKKA, P.; WILLMOTT, H. **The dark side of transfer pricing:** its role in tax avoidance and wealth retentiveness. *Journal of critical perspectives on accounting* 21, 2010.

# O INSTITUTO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL (ECI) NA REALIDADE SOCIOECONÔMICA BRASILEIRA: VIOLAÇÕES SISTÊMICAS DE DIREITOS E A FALHA NO ACESSO À SAÚDE

**Luis Cláudio Martins de Araújo**

Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da graduação e pós-graduação da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Professor do Doutorado e Mestrado da Universidade Veiga de Almeida (UVA). Professor convidado da pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU), da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (ESAJ) e da Universidade Cândido Mendes (UCAM)

**Rodrigo Augusto Fatudo Magalhães**

Graduando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC)

## **Resumo:**

O estado de coisas inconstitucional (ECI) é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. O ECI é um importante instrumento para superar os bloqueios e fazer a máquina estatal funcionar. A intervenção judicial estrutural pode ainda ter o efeito de aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do ECI. Adotadas ordens flexíveis e sob monitoramento, mantêm-se a participação e as margens decisórias dos diferentes atores políticos e sociais sobre como superar os problemas estruturais. Na ordem jurídica pátria o instituto foi incorporado no julgamento, pelo STF, da ADPF 347, que tratava das violações existentes no sistema carcerário brasileiro. Contudo, questiona-se a possibilidade de que novos cenários de violações recebam o tratamento do ECI. Nesse sentido a saúde pública brasileira, especificamente o SUS, faz, de fato, jus a uma nova declaração do instituto por parte do Supremo.

**Palavras-chave:** Estado de Coisa Inconstitucional; Realidade socioeconômica brasileira; Falha no acesso à saúde.

## Introdução

As violações sofridas pelo povo brasileiro são cada vez mais naturalizadas. São tidas como questões imutáveis. Contudo, não devem assim permanecer. Diante de violações sistemáticas de direitos fundamentais, um estudo aprofundado quando ao tema do Estado de Coisas Inconstitucional se faz necessário.

Enquanto grande parcela da população sofre diante das violações, os poderes executivo e legislativo se mantêm inertes em relação à defesa desses direitos fundamentais, os quais o Estado teria a obrigação de respeitar e promover.

Diante disso, o poder judiciário deve tomar para si funções atípicas e ativistas que permitam, sem que isso se transforme em verdadeira supremacia judicial, a tomada de providências em caráter dialógico com os demais poderes e com a sociedade, visando a efetivação do respeito aos direitos fundamentais.

Ainda no tratamento do ECI um fato deve ser constatado: a sua declaração fere princípios como o da tripartição dos poderes, levantando ainda o questionamento quanto à sua legitimidade para esse tipo de sentença, por não ser um poder eleito.

Contudo, deve-se despir de pré-conceitos em relação ao ativismo judicial, de modo que não pode se considerar o ativismo na declaração do ECI “aprioristicamente ilegítimo, salvo aquele voltado a afirmar a supremacia judicial: o ativismo do tipo antidialógico” (CAMPOS, 2016), devendo esse ser evitado.

Como então avaliar a legitimidade, que deve ser analisada caso a caso, da declaração de um ECI pela corte constitucional brasileira? Preliminarmente à exposição de uma possível resposta para esse questionamento, uma verdade deve ser necessariamente analisada: a questão da legitimidade de um ECI coloca em confronto diferentes princípios da ordem jurídica nacional, principalmente a separação dos poderes e os princípios relacionados aos direitos fundamentais violados (dignidade da pessoa humana, integridade física, acesso à saúde, etc.).

Tendo em vista uma realidade de princípios conflitantes, uma das técnicas possíveis é a aplicação da ponderação de princípios, por meio da regra da proporcionalidade, teorizada pelo jurista Robert Alexy, por meio do qual serão sopesados os princípios conflitantes, analisando qual deve prevalecer no caso concreto. Análise minuciosa deve então ser feita tendo como base os subprincípios da regra da proporcionalidade – *Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*. Tome-se nota que esses subprincípios devem ser analisados de forma cumulativa e na exata sequência ora apresentada.

Em sede da adequação, percebe-se que o ECI é adequado pelo fato de ser “apto para alcançar o resultado pretendido”<sup>1</sup>. Parte da doutrina defende

---

1 ÁVILA, p. 172

ainda que esse subprincípio poderia ser atingido pelo mero fomento o resultado pretendido, não se obrigando a efetivamente concretizá-lo, sendo então a adequação a necessidade de que “o objetivo legítimo pretendido seja alcançado *ou pelo menos fomentado*” (SILVA, 2002, p. 37).

Já no que tange a necessidade, essa seria atingida, podendo tratar o meio como necessário, quando não há meios, que na mesma intensidade, promovessem, com menor limitação, o direito fundamental atingido. Dessa forma, o ECI resta necessário tendo em vista que, por características inerentes à sua declaração, como a demanda da atuação de diversos órgãos estatais para a solução das violações, não há outro método menos restritivo que, na mesma intensidade, promovesse os direitos. (SILVA, 2002, p. 38)

Dando fim então ao exame de proporcionalidade, passa-se ao último subprincípio, a proporcionalidade em sentido estrito, que realiza o “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (SILVA, 2002, p. 40).

A declaração de um ECI se encontra então em consonância com esse último requisito tendo em vista que, na prática pública, apesar de ser uma relevante violação ao princípio da separação dos poderes, a importância da realização dos direitos fundamentais com ele colidentes são consideravelmente superiores, não só pela quantidade de direitos violados mas também pela profundidade dessas violações.

Ainda no que tange à legitimidade, as audiências públicas não devem ser tomadas exclusivamente como métodos de acompanhamento de cumprimento da decisão. Somando-se ao já exposto papel de acompanhamento decisório e de efetivação da decisão na superação das violações, os processos que tratam de políticas públicas, “jamais podem existir sem audiências públicas”, sendo “esse tipo de ato o motor desses processos”<sup>2</sup>.

Por fim, extremamente necessário se fazer a reflexão quanto aos muitos casos de violação de direitos fundamentais existentes no Brasil. Atualmente um deles se mostra gritante: o quadro da saúde pública.

As violações massivas decorrentes de um quadro verdadeiramente inconstitucional do Sistema Único de Saúde (SUS), com o passar do tempo, se mostram cada vez mais aptas a ensejar a instituição de novo quadro de ECI. O quadro de violações não é novo, ele vem se perpetuando na sociedade por décadas, tal como a omissão dos poderes estatais na promoção de políticas públicas para sua superação.

Não seria possível falar que o Estado pode simplesmente abrir mão de promover os direitos fundamentais relacionados à saúde, um dos pilares para uma sociedade justa, produtiva e igualitária.

Os valores e direitos violados aqui, afetam ainda não somente um ou outro integrante da sociedade, mas sim valores coletivos, de tal forma que

---

2 ARENHART, p. 17.

processos individuais não seriam capazes de apresentar uma solução adequada, além de congestionar a atuação judiciária. Reiterasse, portanto, a necessidade de uma atuação ativista do judiciário<sup>3</sup>.

O judiciário, de tal maneira, em conjunto com a sociedade, tem papel fundamental na superação desse quadro de Coisas Inconstitucional da saúde brasileira por meio de um meio dialógico, que efetive os direitos violados, por meio de sentenças estruturais e com um necessário acompanhamento pós-decisório.

Cinco foram os principais autores utilizados no projeto em análise, sendo eles Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016), Siddharta Legale Ferreira (2016), Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 40), Sérgio Cruz Arenhart<sup>4</sup> e Robert Alexy (2008).

No que tange ao primeiro autor, o mesmo foi um dos pioneiros no estudo do cenário do Estado de Coisas Inconstitucional, sendo seu livro uma obra aprofundada acerca do tema, passando pelas mais variadas reflexões e problematizações. Desse modo, o autor, ao apresentar ainda o histórico do ECI, sua evolução, seus prós e contras, seu impacto institucional, e diversos outros tópicos acerca do tema, em conjunto com outras doutrinas, possibilita uma análise que permite o efetivo entendimento quanto ao instituto, plantando uma semente que possibilita questionamentos quanto a possibilidade de novas declarações de ECI.

Quanto ao segundo autor, o mesmo se mostra completamente inovador ao tratar da possibilidade de se haver um Estado de Coisas Inconvencional, onde demonstra que as violações massivas e sistemáticas de direito podem ser consideradas não somente estados de coisas inconstitucionais, mas verdadeiramente inconvencionais.

Sobre o terceiro autor, as reflexões trazidas pelo mesmo em relação a regra da proporcionalidade e seus subprincípios fomentam um instigante debate quanto a questão da legitimidade do ECI. Não seria possível que o estado se eximisse de suas obrigações para com a sociedade, de tal forma que ferir certos princípios, como a separação dos poderes, seria aceitável para a efetivação de todo um rol de princípios (dignidade da pessoa humana, acesso à saúde, integridade física, etc.) da população que são violados.

O quarto autor traz questionamentos quanto a melhor forma de realizar a efetivação de direitos fundamentais dos particulares, mostrando a inaptidão das demandas individuais, e até mesmo das demandas coletivas, nesse sentido. Realça ainda a importância da participação de setores populacionais, por meio de audiências públicas e de *amici curiae*, na legitimação do julgamento de causas de passem por políticas públicas. Se texto nos proporciona, dessa forma, elementos aplicáveis ao ECI e que o dão legitimidade e efetividade.

Por fim, há ainda, no presente trabalho, influência do autor alemão Robert Alexy (2008). A partir da elaboração do conceito de regras e princípios,

3 ARENHART, p. 16.

4 ARENHART, Sérgio Cruz.

passando então a tratar da ponderação dos princípios, o autor apresenta ferramentas que possibilitam o melhor entendimento e aplicação do ECI, fundamentalmente a ponderação.

## Aspectos teóricos e globais do ECI

Tipicamente, ao pensar em violações de direitos, pensamos em primeiro lugar em uma conduta positiva, comissiva, por parte de um determinado agente. Contudo, é possível que se fale em omissão que enseje violação massiva e sistemática de direitos.

Nesse sentido, essa omissão reiterada e persistente pode ter tido origem no legislativo, na falta de elaboração de normas que promovam a disseminação e aplicação de direitos fundamentais, ou no executivo, na falta de elaboração e implementação de políticas públicas que satisfaçam esse tipo de direitos.

A Corte Constitucional Colombiana então apresenta uma possível solução: o Estado de Coisas Inconstitucional. Na ordem jurídica pátria o instituto foi incorporado no julgamento, pelo STF, da ADPF 347, que tratava das violações existentes no sistema carcerário brasileiro.

Contudo, fica o questionamento quanto à possibilidade de que novos cenários de violações no âmbito nacional recebessem o tratamento do ECI. Nesse sentido a saúde pública brasileira, especificamente o SUS, faz, de fato, jus a uma nova declaração do instituto por parte do Supremo, que poderá apresentar soluções a partir de uma participação da população, visando adaptar as soluções já apresentadas conforme novas demandas que vão surgindo ao longo do tempo, ensejando uma necessidade de acompanhamento da sentença.

Nesse sentido, o estado de coisas inconstitucional, possui alguns pressupostos principais, tais como a situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

Os pressupostos do ECI revelam conexão com a figura do “litígio estrutural”, caracterizado pelo alcance a número amplo de pessoas e por implicar ordens de execução complexa. A ideia de “litígio estrutural”, por sua vez, vincula o ECI à fixação de *structural remedeis* (remédios estruturais), ou seja, o juiz deve interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, lançando mão de ordens que, ao mesmo tempo, redimensionem esses ciclos e permitam melhor coordenação estrutural. Importante destacar que o juiz não chega a detalhar as políticas, e sim a formular ordens flexíveis, cuja execução será objeto de monitoramento contínuo, por exemplo, por meio de audiências públicas periódicas, com a participação de setores da sociedade civil e das autoridades públicas responsáveis.

Assim, sem chegar a ser um “elaborador” de políticas públicas, o juiz

comporta-se como um “coordenador institucional”. Nessa seara então da ADPF, deve-se dar especial atenção ao caso paradigmático da ADPF 347, por meio da qual o STF instituiu a figura do Estado de Coisas Inconstitucional, que será posteriormente melhor abordado.

Ante o exposto, vale aqui observar as palavras do professor Carlos Alexandre Azevedo Campos, que afirma que:

(...) a preocupação deve ser com a falta de medidas normativas que resulte em inefetividade de disposições constitucionais, e não necessariamente de medida legislativa, assim entendida como ato de competência do legislador. A omissão pode se dar, por exemplo, por ausência de decreto, regulamentação ou outras medidas próprias do Poder Executivo e seus órgãos. (...) a omissão normativa pode decorrer da própria falta de coordenação de medidas legislativas e administrativas, de falhas nos ciclos de políticas públicas<sup>5</sup>.

Resta então evidente a complexidade de omissões inconstitucionais, devendo essas serem exaustivamente estudadas, sendo esse uma das finalidades do estudo a ser elaborado.

Dada a complexidade do tema, teorias como a do litígio estrutural, ou processo estrutural, como anteriormente citado, devem ser analisadas. Podem ser definidos em atenção a doutrina do *structural suit* (processo estrutural) de Owen M. Fiss, professor emérito da *Yale Law School*, como litígios estruturais aqueles em que: (...) *um juiz, pondo em confronto uma burocracia estatal e valores de dimensão constitucional, se compromete em reestruturar a organização com finalidade de eliminar ameaças aqueles valores apresentados pela presente organização institucional*<sup>6</sup>.

A questão do litígio estrutural fica também intimamente relacionado com as questões policêntricas. Essas são problemáticas complexas, com mais de um centro, de modo que a resolução do problema em sua totalidade demanda esforços simultâneos para resolução de todos esses centros correlacionados<sup>7</sup>.

Podem as questões policêntricas serem comparadas com “teias de aranha”. A tensão entre os vários fios da teia se determina pela relação entre todo o conjunto de fios, de tal sorte que caso se quebre um fio, a tensão será tão somente distribuída para dos demais, não sendo suficiente para a quebra da teia.

Nessa medida, para a solução desse tipo de litígio, resta necessário que sejam expedidas ordens, visando mudanças estruturais, para variados órgãos estatais. Esse número de órgãos envolvidos será, portanto, maior ou menor conforme a quantidade de centros do litígio estrutural.

Desta feita, fica evidente que, tendo em vista persistentes e massivas violações de direitos, tendo como origem omissões estatais, aqueles que tem

5 *Ibid.*, p. 31, 32.

6 FISS, 1979, p.2. (187 CA).

7 FLETCHER, (1981) (184 CA).

seus direitos violados irão, naturalmente, buscar a tutela jurisdicional para ver satisfeitos seus direitos.

Justamente por serem violações massivas que atingem diversos grupos populacionais, será igualmente massiva a quantidade de processos com pedido e causa de pedir semelhante, ou até mesmo iguais, que serão impetrados contra as violações estatais. Esses novos processos, somados aos antigos, poderão, com tranquilidade, gerar engessamento da máquina judiciária, que, no caso brasileiro, já se encontra saturada.

Outro fator importante no que tange à quantidade de demandas é a possibilidade de que haja uma discrepância decisória sobre casos semelhantes caso haja uma quantidade massiva de processos.

Essa discrepância causaria insegurança jurídica e de sobremaneira feriria princípios do processo civil que são tipificados no atual código de processo civil, como o artigo 926, que determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, ou seja, “*treating cases like alike*”<sup>89</sup>”.

O quadro *supra* apresentado ocorreu, variadas vezes, na Colômbia. Observando então o quadro de violações no país, a Corte de Constitucionalidade Colombiana instituiu o inovador instituto do Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI), por meio da qual o judiciário, de modo ativista, por meio de interferência na elaboração de políticas públicas que visassem o término das violações.

Dessa maneira, o ativismo<sup>10</sup>, ao menos na perspectiva aqui enfrentada, é observado quando o poder judiciário, com maior interferência em ativida-

8 ZANETTI, set./2014.

9 BARROSO, p. 6.

10 Lembra-se que o conceito de judicialização, não se confunde o conceito de ativismo judicial. Luís Roberto Barroso, atento à recorrente distorção entre os conceitos, esclarece a distinção existente: “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política. (...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” Segundo ainda Luís Roberto Barroso “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição à situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de Políticas Públicas.” No sentido oposto, a autocontenção judicial, representa a conduta por meio da qual o Poder Judiciário, inspirado pela ideologia positivista liberal, opta em limitar-se à aplicação mecânica do texto da lei, endossando o respeito à esfera de atuação dos demais poderes. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.**

des típicas dos outros poderes, atua mais ampla e intensamente na busca pela implementação de valores e fins constitucionais. Condutas como imposição de condutas de fazer e de não fazer quanto a políticas públicas (senso essa modalidade a mais importante para a análise do ECI), a aplicação de normas constitucionais em eventos não expressamente previstas pelo legislador, e declaração de inconstitucionalidade de normas emanados do legislador por critérios menos rígidos e por conceitos mais abertos, mostram claramente posturas ativistas<sup>11</sup>.

O ECI então se dá pela explícita posição ativista da corte de cúpula do judiciário. Não pode, contudo, ser tomada como ilegítima a atuação da corte. Fatores como a inércia dos demais poderes na efetivação de direitos fundamentais; a participação de setores da sociedade em Audiências Públicas, participação de *amici curiae*; a efetivação de medidas dialógicas com os demais poderes; e outros, tornam a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional legítima.

Ao tratar objetivamente de posições ativistas no judiciário, não podem preconceitos acerca da tripartição dos poderes serem tidos como absolutos. Nesse sentido a doutrina afirma que:

O ativismo judicial é multifacetado, possui diferentes dimensões, responde a diferentes incentivos e fatores, de modo que a análise de sua legitimidade deve ser contextual. Com efeito, no contexto de um ECI não faltam fatores ou incentivos para o comportamento ativista das cortes. A legitimidade dependerá, portanto, não do exercício puro e simples de ativismo judicial, mas das circunstâncias do caso e da medida de ativismo tomada em face dos outros poderes<sup>12</sup>.

Caso paradigma do ECI na realidade colombiana é o caso dos docentes dos municípios de *María La Baja* e *Zambrano*, tendo seus direitos previdenciários negados pelas autoridades locais. A despeito de apenas 45 professores terem requerido a tutela jurisdicional, foi constatado que cerca de 80% dos docentes se encontravam em situação semelhante.

Na sentença que tratou do caso acima descrito, a corte a) declarou o ECI; b) determinou que municípios em situação semelhante corrigissem a inconstitucionalidade em prazo razoável; e c) ordenou que fossem enviadas, para providências, cópias da decisão aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos membros do CONPES social, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais<sup>13</sup>.

Portanto, uma parte da decisão é fundamental para o entendimento do instituto do ECI:

11 BARROSO, p. 6.

12 CAMPOS, 2016, p. 219, 220.

13 CAMPOS, 2016, p. 123,124

A Corte Constitucional tem o dever de colaborar de maneira harmônica com os demais órgãos do Estado para a realização de seus fins. Do mesmo modo que deve se comunicar a autoridade competente a notícia quanto a comissão de um delito, não se vê motivo para omitir a notificação de que um determinado estado de coisas é violador da Constituição Política. O dever de colaboração se torna imperativo se o remédio administrativo oportuno pode evitar a excessiva utilização da ação de tutela. [...] Se pedir o cumprimento diligente das obrigações constitucionais de uma determinada autoridade ajuda a reduzir o número de causas de cunho constitucional, que, de outra forma, inevitavelmente, seriam apresentados, tal ação também se destaca como um meio legítimo através do qual o Tribunal exerce a sua função de guardiã da integridade da Constituição e da eficácia de seus mandamentos. Se o estado de coisas, como tal, não está de acordo com a Constituição, está diretamente relacionado com a violação dos direitos fundamentais, verificada em um processo de proteção pelo Tribunal Constitucional, a notificação da regularidade existente pode ser acompanhada de um pedido específico ou genérico para as autoridades no sentido de realizar uma ação ou de se abster de fazê-lo. Neste caso, entende-se que a notificação e o pedido compõem um repertório de ordens que o Tribunal pode emitir, em lugar de revisão, com o objetivo de restabelecer a ordem fundamental abalada<sup>14</sup>.

Já o caso mais importante de declaração de ECI na Colômbia se deu em sede do julgamento do caso do deslocamento forçado, em que famílias, por conta de problemáticas relacionadas a violência e a grupos paramilitares, abandonando suas casas e migrando dentro do território.

O julgamento se deu em sede da *Sentencia T – 025*, de 2004<sup>15</sup>, sentença essa que é marcante pela quantidade de ordens direcionadas aos demais órgãos estatais para findar as violações, de modo que ela:

Trata de uma verdadeira “macro sentença” por 1) o tamanho da população beneficiária, 2) a gravidade das violações de direitos que pretende resolver 3) os numerosos atores estatais e sociais que envolve, e 4) a ambição e duração do processo de implementação das ordens, que já levam seis anos e seguem abertas. A envergadura do caso amplia, como por um efeito de lupa, os desafios e as oportunidades para a garantia dos direitos sociais nas condições de países latino-americanos (e de outras partes do mundo) em que se combinem a presença de cortes ativistas, o litígio e a mobilização social a favor dos direitos, e a existência de Estados fragmentados e burocracias com capacidade (e vontade) limitadas para aplicar esses direitos<sup>16</sup>.

No caso do deslocamento forçado tivemos então a corte atuando não só de modo a declarar a inconstitucionalidade da omissão do legislativo e do

14 CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. Sentença SU-559.

15 CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. Sentença T-025/04.

16 RODRÍGUEZ GRAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. p. 68.

executivo.

A corte teve a sua atuação calcada na finalidade de findar a violação de direitos, de modo que também supervisionou o cumprimento de seu julgado por meio de audiências públicas, que auxiliaram ainda na verificação da efetividade da decisão, de tal maneira que ensejaram novas decisões para garantir o sucesso do ECI, modelando até mesmo as medidas legislativas utilizadas<sup>17</sup>.

Esse monitoramento ressalta ainda o caráter dialógico da decisão ao ser um termômetro para que, mesmo ao longo do tempo, haja uma preocupação pela corte de que a decisão e sua finalidade estejam sendo efetivamente cumpridos.

Após toda a exposição previamente feita e, seguindo a doutrina de Carlos Alexandre Azevedo Campos, quatro serão, portanto, os pressupostos que ensejam uma declaração de ECI; a) a violação massiva e sistemática de direitos fundamentais; b) constante omissão das autoridades públicas em seu dever de promoção dos direitos fundamentais, seja ela legislativa na falta de elaboração da norma ou do executivo na não implementação de políticas públicas; c) a necessidade do envolvimento de todo um conjunto de órgãos visando findar as violações nos direitos fundamentais, com a responsabilidade recaindo para diversos agentes; e d) potencial para uma ampla quantidade de demandas judiciais sejam impetradas pelos afetados, de modo que somando-se as demandas anteriores, causaria um congestionamento na máquina judiciária<sup>18</sup>.

## Aspectos Brasileiros do ECI

Frustrado ficaria Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, ao constatar as mais variadas violações aos direitos fundamentais exaustivamente tipificados pela carta constitucional de 1988. Como afirmou durante o processo constituinte, com bastante clareza, antecipando as necessidades básicas inerentes a todos os cidadãos:

A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa (Ulysses Guimarães)<sup>19</sup>.

Diversos são os brasileiros que não possuem acesso a justo e suficiente salário, que não leem ou escrevem, que não possuem residência, que não conseguem ter acesso a hospitais e remédios, nem ao lazer em sua hora de descanso. Na visão do constituinte, portanto, essas pessoas não poderiam ser consideradas cidadãs, o que, por si só, demonstra, a defasagem da efetivação

17 CAMPOS, 2016, p. 142, 143, 153.

18 Ibid, p. 180-187

19 GUIMARÃES, Ulisses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382.

dos direitos fundamentais na realidade brasileira.

O cenário político e institucional brasileiro torna-se cada vez mais conturbado com o passar do tempo. Grande parcela da massa populacional encontra-se desacreditada e desesperançosa diante do cenário de massivas e contínuas violações de diferentes direitos fundamentais de diferentes grupos sociais, tipicamente minorias e grupos vulneráveis<sup>20</sup>.

Esse tipo de violação, encontra-se tão enraizado por vezes na nossa sociedade de modo tão naturalizado, não sendo possível, inclusive delimitar de forma exaustiva quantas são aquelas pessoas que se encontram em situação de violação, sendo assim um problema não só jurídico, mas social<sup>21</sup>.

No Brasil, por meio da decisão proferida no âmbito da ADPF 347, impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), o Supremo Tribunal Federal declarou a existência de um Estado de Coisa Inconstitucional no âmbito do sistema carcerário brasileiro.

A partir da instituição do ECI brasileiro no caso da ADPF 347, percebeu-se uma violação massiva e sistemática de direitos, ensejada por omissões estatais, ante um grupo amplo da sociedade e que demanda soluções interinstitucionais, sendo esse estado de coisas conflitante com a constituição.

No caso brasileiro, o STF atuou de modo ativista determinando que fossem realizadas determinadas medidas, sendo uma das principais a necessidade de os juízes e tribunais realizassem “audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão<sup>22</sup>”.

A liminar, com a implementação da audiência de custódia, apenas realizou a aplicação dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que eram reiteradamente descumpridos pelo Estado brasileiro.

Contudo, a implementação das audiências de custódia não foi a única providência dada a outros poderes institucionais por parte do poder judiciário. Houve ainda a determinação de aplicação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), demonstrando a relativização da tripartição dos poderes existente na decretação de um ECI, tendo em vista que o direcionamento de recursos seria atividade, a priori, do poder executivo.

Desse modo, além da contrariedade constitucional, outra contrariedade se encontra também presente: o conflito com os tratados internacionais de direitos humanos, especialmente com o Pacto de *San José* da Costa Rica e ao entendimento da Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH). Trata-se então de verdadeira aplicação analógica do ECI no plano transfronteiriço.

Dessa forma, observa-se que a CIDH já condenou o Estado brasileiro, por mais de uma vez, por conta de descumprimento de devida atenção aos direitos fundamentais, principalmente em unidades prisionais e socioeducativas.

20 RAQUEL CÁRDENAS, p. 5661

21 CAMPOS, 2016, p. 180.

22 Liminar deferida em sede da ADPF 347.

Resta essa realidade demonstrada de modo que, até outubro de 2016, haviam 35 Medidas Provisórias, 5 sentenças e 8 supervisões de cumprimento de sentença.

Interessante ainda observar a quantidade de cumprimento de sentenças. Como já demonstrado anteriormente, o acompanhamento do órgão expedidor de sentença que determina determinadas ações em sede de litígios estruturais é essencial para a efetivação da mesma. Esse tipo de medida pela CIDH reforça a possibilidade de uma aplicação de um Estado de Coisas Inconvençionais, em analogia ao Estado de Coisas Inconstitucional.

Na doutrina brasileira, se ressaltam as lições de Siddharta Legale Ferreira e de David Pereira de Araújo, que, em proposta autoral, trouxeram à tona a referida teoria do Estado de Coisa Inconvençional. Afirmam, após ampla análise de casos de julgamento envolvendo o Brasil na CIDH, especificamente no que tange a presídios e unidades socioeducativas, que:

A corte IDH e a CIDH podem desempenhar um papel relevante nesse litígio estrutural, cobrando ações concretas por parte do Estado, provocando uma atuação da União que não pode alegar no plano internacional que a saúde pública envolve uma competência federativa do Estado-Membro. Mais do que isso, a reiteração de medidas provisórias, somadas aos mecanismos de supervisão de cumprimento de sentença consubstanciam uma importante fase pós-deliberativa ou pós-decisória de acompanhamento da decisão e, a despeito dos limites e insuficiências, de ativismo judicial transaccional pode estimular um diálogo interinstitucional no plano interno, por exemplo, quando a corte IDH cobrou um plano de emergência, como o fez no caso envolvendo o Presídio de Curado. Esse diálogo, por meio de uma maior intervenção da Corte IDH, aumentará potencial e gradativamente a efetividade dos direitos humanos previstos na CADH, auxiliando o Estado brasileiro a reverter o atual Estado de coisas não só inconstitucional, mas também inconvençional<sup>23</sup>.

Contudo, não pode ser o sistema carcerário, atualmente, o único objeto passível de receber uma declaração de ECI, de modo que seria a saúde brasileira, representado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) um outro possível objeto, como há de ser demonstrado com a evolução da pesquisa.

O SUS hoje, como é notório, se encontra em estágio de colapso. Ante a realidade fática vivenciada por toda a população brasileira, sobremaneira, aquela parcela não abastada sendo essa a grande maioria, tendo em vista a alta concentração de renda na sociedade brasileira, é latente que o sistema de saúde brasileiro não atende minimamente a demanda social. Pela simples observação, sendo, portanto, senso comum, aqueles que procuram por atendimento médico em unidades públicas são submetidos a necessidade de uma espera explicitamente desproporcional.

Aqueles que então efetivamente recebem o tratamento, no momento do

---

23 FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira. 2016, p. 79.

atendimento, são atendidos em hospitais públicos que se encontram muitas vezes em estado precário, com falhas estruturais, falta de material, remédios, médicos, enfermeiros, anestesistas, pediatras, etc.

O problema da saúde brasileira não é atual, de tal forma que as violações massivas a direitos (dignidade da pessoa humana, acesso à saúde, integridade física, etc.), são historicamente reiteradas. Essas precariedades são incontestavelmente fruto de omissões do legislativo e do executivo que deveriam ter se aprofundado na elaboração de políticas públicas que pudessem reverter esse dramático quadro.

Uma atuação ativista declaratória de ECI por parte do STF, nesse sentido seria extremamente favorável tendo em vista que, contando com a participação da sociedade civil por meio de audiências públicas e da participação de *amici curiae*, poderiam elaborar aprofundados avanços no quadro de evidentes inconstitucionalidades.

Desta forma, a participação da corte, em momento posterior ao declaratório de ECI, na realização de uma fiscalização de cumprimento da sentença, deve ainda ocorrer indubitavelmente. O acompanhamento posterior se mostra como um dos fatos que causa maior efetividade na superação das violações, de modo que, em análise do professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos quanto ao acompanhamento realizado pela Corte Colombiana de Constitucionalidade no caso do deslocamento forçado, “o monitoramento expôs as omissões e deficiências dos poderes políticos na fase de cumprimento das decisões<sup>24</sup>”.

## Conclusão

A realidade socioeconômica, política e institucional brasileira tem apresentado as mais variadas barreiras para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na carta constitucional. Ao importar o ECI da corte constitucional colombiana, o STF trouxe a possibilidade de intervir de forma ativista na efetivação de direitos, trazendo uma resposta dialógica aos problemas existentes.

Após a utilização do ECI no âmbito da ADPF 347, nasce o questionamento quanto a possibilidade de que novos cenários de violações sistemáticas de direitos sejam reconhecidas como passíveis de receberem a tutela do instituto em análise.

Dessa forma, passada minuciosa e aprofundada análise dos pressupostos para provimento de nova declaração – quais sejam a violação massiva e sistemática de direitos fundamentais; reiterada omissão dos poderes públicos; a necessidade do envolvimento diversos agentes para obtenção de uma efetiva solução; e potencial de grande congestão judicial – concluiu-se que um cenário em especial faz jus, qual seja o do Sistema Único de Saúde (SUS), amplamente conhecido pelas falhas de acesso à saúde a que dá causa.

---

24 CAMPOS, 2016, p. 210.

Dialogando com o pressuposto da necessidade do envolvimento diversos agentes para obtenção de uma efetiva solução, a presente pesquisa aponta para que, ao se tratar do ECI, há a existência dos litígios estruturais e das questões policêntricas, já aprofundadas anteriormente.

Além de um estado e um Estado de Coisas Inconstitucional, concluiu-se ainda que haveria a possibilidade de que fosse também decretado a existência de um Estado de Coisas Inconvencional, em atenção à doutrina do professor Siddharta Legale<sup>25</sup>, tendo em vista o descumprimento de pactos internacionais a que se submete o Brasil, em especial o pacto de São José da Costa Rica.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado De Coisas Inconstitucional No Brasil**. Lumen Juris, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, p. 6. Disponível em: <[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Seleção.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Seleção.pdf)>. Acesso em 01.novembro.2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional** – Salvador. JusPodivm, 2016

CRISOVAM, Thaianie Correa. **A Supremacia Judicial E A Teoria Dos Diálogos Constitucionais**: Sobre a implementação de mecanismos de diálogo no panorama constitucional brasileiro. Universidade Federal Do Rio Grande Do Sul Faculdade De Direito Programa De Pós-Graduação, 2017.

CURSINO, Bruno Barca. O transplante do Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema jurídico brasileiro via ADPF. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 16 – n. 50, p. 89-121 – jul./dez. 2017

ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da. **O diálogo constitucional numa perspectiva brasileira**: um colóquio contínuo entre os três poderes. RDU, Porto Alegre, Volume 11, n. 63, 2015, 65-83, maiojun 2015.

FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira. O estado de coisas inconvencional: trazendo a corte interamericana de direitos humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. **Revista Publicum Rio de Janeiro**, v.2, n. 2, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042/23647>>. Acesso em 01.novembro.2019.

FISS, Owen M. **The forms of Justice**. The Supreme Court Term. Harvard Law Review Vol. 93 (1), 1979.

FLETCHER, William A. **The Discretionary Constitution Institutional**

---

25 FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira. 2016.

**Remedies and Judicial Legitimacy**, 91 Yale L.J. (1981)

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valetina de. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/inc.v5i1.56031.

MARIANO, Cynara Monteiro; Furtado, Emmanuel Teófilo; Maia, Isabelly Cysne Augusto. Contribuições do Estado De Coisas Inconstitucional para a superação das omissões não normativas: Dos Entraves Institucionais Ao Desenvolvimento Humano. **Revista Culturas Jurídicas**, Vol. 5, Núm. 10, jan./abr., 2018

PAIXÃO, Juliana Patrício da. **Estado de coisas Inconstitucional**. Lumen Juris, 2017.

SILVA, Cecília de Almeida. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** 798 (2002), p. 40. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em 01.novembro.2019.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 20 [ 1 ]: 77-100, 20 010

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015.

# DA NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DA VISÃO GARANTISTA CLÁSSICA, PARA CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS

**Guilherme Fernandes Cruz Humberto**

Juiz de Direito da 9ª Vara Cível de Campinas. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

## **Resumo:**

O estado moderno tem no Judiciário a última instância entre os poderes a assegurar os direitos reconhecidos. Os direitos sociais, como liberdades positivas, ensejam obrigações do Estado, um dever fazer, mas, assim como os direitos individuais, vem sendo tidos como igualmente vinculantes à atividade do Poder Público. Assim, se há direitos sociais fundamentais, se são reconhecidamente vinculantes da atividade estatal e se qualquer lesão a direito, ou ameaça, ainda que por omissão, pode ser levada ao Judiciário, a questão que se coloca é sobre que limitações há à justiciabilidade daqueles direitos?

**Palavras-chave:** Justiciabilidade; Direitos sociais; Concretização; Judiciário.

## **Da necessária superação da visão garantista clássica, para concretização das liberdades positivas**

O título, ao estabelecer como necessária a superação da visão garantista clássica, permite entrever uma das distinções entre as liberdades individuais e as liberdades positivas que interessa ao tema.

A distinção se relaciona ao aspecto histórico, à cronologia do surgimento daquelas liberdades.

Não há como delimitar uma data exata, mas são as revoluções que acabaram com o absolutismo medieval, especialmente a Revolução Francesa, que fazem surgir o Estado de Direito, tendo na lei as balizas de sua atuação, e daí a denominação das liberdades individuais como negativas, imposição de um não fazer: *Era a época das monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano; sua vontade era a lei, a que obedeciam todos os cidadãos, justificadamente chamados servos ou vassalões (aqueles que se submetem à vontade de outrem)* (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, Ed. Atlas, 14ª ed., São Paulo, 2002, p.23).

Historicamente os direitos ou liberdades individuais como os conhecemos hoje surgiram como resposta a esse poder absoluto dos monarcas.

Ainda que sofram vez ou outra ataques, há muito os institutos que as asseguram foram criados e são aplicados, há muito sedimentaram-se em uma base coerente e inquestionável, ou raramente questionada, do ponto de vista conceitual:

O constitucionalismo clássico, reduzindo a Constituição simplesmente a um instrumento jurídico, dava competência aos três órgãos fundamentais da ordem estatal – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário – ao mesmo passo que declarava os direitos e garantias individuais ... a Constituição exprimia apenas o lado jurídico do compromisso do poder com a liberdade, o Estado com o indivíduo (Paulo Bonavides, *Direito Constitucional*, 21ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2007, p. 94/95).

Contudo, limitar, barrar, balizar a atuação do Estado em face do indivíduo não impediu as mazelas da Revolução Industrial.

Fruto da gradativa democratização e culminando como resposta liberal aos anseios que também levaram à implantação dos regimes socialistas, gradativamente foram estabelecidos e reconhecidos os direitos sociais, a liberdades positivas, imposição ao Estado de um dever de fazer.

A partir da Constituição de Weimar (1919), que serviu de modelo para inúmeras outras constituições do primeiro pós-guerra, e apesar de ser tecnicamente uma constituição consagradora de uma democracia liberal, houve a crescente constitucionalização do Estado Social de Direito, com a consagração em seu texto dos direitos sociais e a previsão de aplicação e realização por parte das instituições encarregadas dessa missão. A constitucionalização do Estado Social consubstanciou-se na importante intenção de converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito (Alexandre de Moraes, 'Direito Constitucional', Ed. Atlas, 25ª ed., São Paulo, 2010, p. 4).

Na Constituição Federal Brasileira, de 1988, os direitos sociais são elencados em seus artigos 6º a 11 (Título II, Capítulo II da Constituição). O artigo 6º faz enunciação geral dos direitos sociais e os seguintes esmiúçam os direitos relativos e decorrentes do direito do trabalho.

Diz o artigo 6º: *São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*

Estes direitos são novos, no mundo todo paulatinamente reconhecidos a partir do início do século XX mas, e esse aspecto nos interessa aqui, especificamente a enunciação acima mostra o quanto ainda dependem daquele processo de sedimentação pelo qual já passaram os direitos individuais.

A enunciação do artigo 6º ganhou sua redação atual com a Emenda Constitucional 90, de 2.015, que introduziu o transporte como direito social.

Essa sensação de novidade, contudo, não deve levar ao equívoco de que isso tornaria menos cogentes as normas que preveem estes direitos.

A fim de garantir sua efetividade, a própria Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, inciso XXXV, assegura que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, mas vai além, posiciona os Direitos Sociais como um capítulo dentro do título Dos Direitos e Garantias Fundamentais (capítulo II, do título II), todos estes considerados cláusulas pétreas, imutáveis segundo o artigo 60, §4º, inciso IV.

A pergunta que cabe a este ponto é sobre se, considerada a existência de direitos sociais fundamentais, se são reconhecidamente vinculantes da atividade estatal, e se qualquer lesão a direito, ou ameaça, ainda que por omissão, pode ser levada ao Judiciário, que limitação há à justiciabilidade daqueles direitos?

Adverte-se que a busca pela resposta a esta indagação é o caminho que deve ser trilhado tanto no controle concentrado de constitucionalidade, exercido pelos tribunais superiores, como no controle difuso, em que os magistrados resolvem as questões constitucionais como questões prejudiciais, que antecedem logicamente a resolução do mérito de cada pedido.

O cunho da abordagem feita aqui, em si evidentemente principiológica, como se dirige a solucionar as demandas postas em juízo reveste-se de um caráter bastante prático, como se verá.

Retomando a questão da época do surgimento dos Direitos Sociais, a sua relativa novidade, quando comparados com os Direitos Individuais, significa que há menos tempo o Estado tem de lidar com eles e há menos tempo os seus titulares os reivindicam.

Um direito, como resposta normativa a um anseio social, não é criado em momentos estanques, trata-se de um processo dinâmico, existe uma depuração.

A consequência disso é que o intérprete, por vezes, se depara com a falta de regulamentação.

Alega-se a violação de um Direito Social, constitucionalmente previsto, para exigir alguma conduta do Poder Público, mas este se escusa sob o argumento de que não houve regulamentação normativa daquele direito, de que não haveria uma obrigação devidamente especificada.

Assim como não pode a lei afastar a apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário, a esse poder de dizer o direito, de jurisdição, surge como contrapartida necessária um dever: não pode o Judiciário abster-se da apreciação!

Para a usual crítica de que a atuação em questão poderia significar indevida invasão da esfera legislativa, a resposta é negativa.

Dizia um antigo Professor do Curso de Direito na Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Desembargador Jorge Luiz de Almeida, nas aulas graduação do autor do presente artigo, algo como: “O fórum é o hospital do direito. O direito é normalmente praticado nas ruas, o que chega nos fóruns é

a notícia de sua violação”.

Aquele magistrado que diz ao Poder Público que deve agir e como agir não está, portanto, legislando, não está prévia e de modo universal regulando um aspecto da vida social, mas está sim exercendo simplesmente a essência de seu mister: impedir ou reparar a lesão ou ameaça a direito.

Essa atuação é determinada não somente pela interpretação sistemática e lógica da nossa Constituição, mas também expressamente determinada pela lei.

O Decreto-lei 4657, de 4 de setembro de 1942, criado como “Lei de Introdução ao Código Civil”, significativamente teve a denominação alterada em 2010, pela Lei nº 12.376, para “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

A mudança é significativa porque as regras ali existentes são notadamente principiológicas e não se limitam ao puro âmbito do Direito Civil, como a denominação anterior sugeria.

Feitas estas ponderações, chega-se àquilo de interesse aqui, a regra do artigo 4º: Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Antes de concluir quanto ao ponto, vale trazer o texto da Lei de Introdução anterior, Lei nº 3071, de 1º de janeiro de 1916, artigo 5º: Ninguém se escusa, alegando ignorar a lei; nem com o silêncio, a obscuridade, ou a indecisão dela se exime o juiz de sentenciar ou despachar.

A lei, que não permitia ao juiz “se eximir”, adotou termos mais cogentes na lei mais nova: “o juiz decidirá”.

Evidencia-se assim o que se afirmou acima, sobre caber ao juiz suprir, para o caso concreto, a falha ou ausência normativa.

Precisamente por tais motivos é que não se pode acusar a decisão judicial superadora de invadir a esfera legislativa.

Como há muito ensinava Clovis Bevilacqua (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, volume I, 11ª ed., Livraria Francisco Alves, Editora Paulo de Azevedo, 1956, Rio de Janeiro, pág. 85), em comentário àquele artigo 5º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil (supra citado, Lei 3071 de 1º de janeiro de 1916): *No silêncio da lei, o juiz funciona como revelador do direito latente, porque todas as relações entre os indivíduos se enquadram na ordem jurídica e devem ser disciplinadas por uma norma de direito.* Como, porém, o juiz não é o legislador, a sua ação obedece a prescrições rigorosas, que a limitam e lhe marcam o momento preciso, em que se pode manifestar. As condições de sua admissibilidade são: 1ª, silêncio da lei; 2ª, obediência aos preceitos dos arts. 6º e 7º da Introdução. (art. 6º - A lei, que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos, que especifica e art. 7º - Aplicam-se, nos casos omissos, as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito – observação entre parênteses nossa).

“Mas a infinita variedade dos fatos apresentará, sempre, modalidades

imprevistas. É esse elemento novo, quando aparece numa relação de direito, deve ser pelo direito regulado, ainda que a lei sobre êle se tenha calado”.

Precisamente por tais motivos, há de se concluir, é que não se pode acusar a decisão judicial superadora de invadir a esfera legislativa.

Questão curiosa é que “o silêncio, a obscuridade, ou a indecisão” da lei podem em tese referir-se a direitos individuais ou a direitos sociais. Mas então por que não é costumeiro alegar-se a invasão da esfera legislativa pelo juiz, quando a discussão envolve direitos individuais?

A razão é singela: o processo de sedimentação dos direitos individuais é mais antigo.

A par da criação e aprimoramento das normas, os intérpretes lidam com tais direitos individuais há mais tempo e a população, os titulares dos direitos, também criaram consciência e aprenderam a reivindicá-los, tudo de modo que mesmo conceitos legais eventualmente mais abertos não são vistos como vazios.

De um modo geral, pode-se dizer que historicamente nos acostumamos a ver o Judiciário limitar os demais poderes, não a exigir sua atuação.

Imprescindível superar esta visão garantista clássica!

Quando o autor deste artigo atuava como Magistrado na Comarca de Mococa, cidade de cerca de setenta mil habitantes no Estado de São Paulo, o Ministério Público ingressou com Ação Civil Pública (autos 994.08.013918-1/50002 – número de origem 306/2007 da 2ª Vara de Mococa, que cumulava a competência dos casos de Infância e Juventude) em que pleiteou, liminar e definitivamente ao final, que fosse a municipalidade compelida a oferecer e manter, na Comarca, entidade com capacidade para internação de adolescentes em situação de risco.

O pedido da ação foi embasado na necessária proteção à infância, Direito Social previsto no artigo

6º da Constituição Federal, e cuja primazia vem explicitada no seu artigo 227:

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.

Considerado o direito posto, a prioridade constitucional e o princípio da municipalização do atendimento à criança e ao adolescente, estabelecido legalmente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, a sentença foi de procedência, com acolhimento ao pedido.

Em julgamento do recurso de apelação e do de reexame necessário, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a omissão:

De fato, impende consignar que pouco esforço tem sido notado para se adequar a situação de falta de vagas à realidade social, deixando-se de cumprir o disposto na Constituição Federal e no estatuto da Criança e do Adolescente, bem como em outras leis esparsas, não só em relação ao abrigo, mas também ao ensino infantil e outras medidas de proteção aos menores” (fl. 313 dos autos supra indicados).

Contudo, a despeito do reconhecimento da omissão, surpreendentemente ponderou: *Todavia, com a devida vênia a opinião esposada pelo MM Juiz de Direito sentenciante e pelos representantes do Ministério Público, não cabe ao Poder Judiciário, sob o argumento de corrigir esta omissão, imiscuir-se no mérito administrativo do Poder Executivo.*

Em face do princípio constitucional da separação de poderes, não cabe ao Judiciário determinar que o Município crie, instale ou mantenha instituição ou programa destinado ao abrigo de menores, pois isto se insere na liberdade discricionária do administrador, tendo em vista que somente ele, em contato com a situação concreta, está em condições de aferir a oportunidade e a conveniência de determinados atos” (fls. 13/314 dos autos supra indicados).

O caso é paradigmático porque não somente a defesa da Fazenda Municipal, mas também o acórdão refutou o pedido com base na tese clássica de que a separação de poderes impediria a superação da escassez normativa e a determinação de fazer pelo juízo, por violar a discricionariedade do administrador.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2.010, pág. 975):

“A interpretação do sentido da lei, para pronúncia judicial, não agrava a discricionariedade, apenas lhe reconhece os confins; não penetra na esfera da liberdade administrativa, tão-só lhe declara os contornos; não invade o mérito do ato, se intenta em avaliações inobjektiváveis, mas recolhe a significação possível da função do texto, do contexto e da ordenação normativa como um todo, aprofundando-se até o ponto em que pode extrair razoavelmente da lei um comando certo e inteligível.

A discricionariedade fica então acantonada nas regiões em que a dúvida sobre a extensão do conceito ou sobre o alcance da vontade legal e ineliminável.

Não há como esquivar-se a este dilema: ou as palavras da lei significam sempre, em qualquer caso, realmente alguma coisa, ou não há lei, pois negar consistência a suas expressões é contestar-lhe a existência.

Se há lei – e conclusão diversa seria absurda – é porque seus termos são inevitavelmente marcos significativos, exigentes ou autorizadores de uma conduta administrativa, cuja validade está como é curial, inteiramente subordinada à adequação aos termos legais. Ergo, não há comportamento administrati-

vo tolerável perante a ordem jurídica se lhe faltar afinamento com as imposições normativas, compreendidas sobretudo no espírito, no alcance finalístico que as anima. E sobre isto a última palavra só pode ser do Judiciário.”

A posição de Bandeira de Mello não é isolada, ao contrário, desde há muito vem encontrando apoio da Doutrina, conforme anota Odete Medauar (Direito Administrativo Moderno, 3ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1998, pág. 435):

No direito pátrio, na vigência da Constituição Federal de 1946, as posições marcantes de Seabra Fagundes, Víctor Nunes Leal e Caio Tácito assinalaram um passo importante na ampliação do controle jurisdicional além da competência e forma do ato administrativo, para adentrar nos motivos e fins, como integrantes da legalidade e não da discricionariedade e mérito.

A tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988. O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros da atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade.

Ora, a lógica é impositiva, se os direitos sociais são reconhecidamente fundamentais, se vinculam a todos, mas exigem uma determinada ação do Estado, a simples omissão do agente público diante da constatação de uma carência social, significa a violação do direito e, mais do que autoriza, exige a atuação do Poder Judiciário, se provocado por qualquer dos legitimados a reclamar o direito.

Trata-se da Supremacia do Interesse Público, bem delimitada pela Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (Direito Administrativo, 14ªed. Ed. Atlas, São Paulo, 2002, pág. 70):

“Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão”.

E mais: *Cada vez que ela (a Administração) se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado (observação entre parênteses é nossa).*

Contudo, e já tendo claro que o Judiciário deve atuar, se provocado, podendo exigir do administrador uma conduta, quando omisso, como apurar se realmente há omissão do Poder Público no caso concreto, a justificar seja compelido a supri-la?

Trata-se de um evidente juízo de razoabilidade.

O próprio surgimento dos Direitos Sociais é atrelado ao que espera o povo, do seu estado. São os anseios de que lhes seja propiciado, cada vez mais, o atendimento de suas necessidades, a partir daquelas mais básicas.

O juiz, como membro da coletividade, deve aferir, naquele contexto, o que seria razoável que tivesse sido feito pelo administrador, sopesados o tem-

po e os recursos de que dispunha.

Foram estas as balizas utilizadas naquele caso do Município de Mococa, naquela Ação Civil Pública (autos 994.08.013918-1/50002 – número de origem 306/2007 da 2ª Vara de Mococa, que cumulava a competência dos casos de Infância e Juventude) que objetivava fosse a municipalidade compelida a oferecer e manter entidade com capacidade para internação de adolescentes em situação de risco.

Após a ponderação de que se o Estatuto da Criança e adolescente previu medida de proteção de colocação destes em abrigo, indiretamente passou a exigir a implementação de entidades capazes, deliberou-se sobre o que era razoável exigir (sentença naquela Ação Civil Pública, pág. 6): É obvio que estas entidades não são criadas de um dia para o outro, mas justamente por isso a legislação determinou “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (artigo 4º, §ún., “d”, do ECA).

No entanto, frise-se novamente, o ECA existe há 18 anos e o Prefeito Municipal está no cargo há 7 anos, porém não houve iniciativa alguma para criação de tal abrigo para adolescentes na cidade.

Esta longa omissão é que apequena, se não torna totalmente desprovido de força, o argumento de que não se pode impor obrigação à Fazenda Pública sob pena de ofensa à Lei de Diretrizes Orçamentárias”.

Ingressa-se, deste modo, no terceiro argumento usualmente posto para justificar o não atendimento a um dos direitos sociais, a limitação orçamentária, doutrinariamente nominada reserva do possível.

A par da invasão da reserva do legislador e da discricionariedade do administrador, a reserva do possível sempre aparece como explicação do administrador sobre os motivos que o levaram a não adotar alguma medida que seria razoável esperar dele.

Tem-se neste aspecto outro grande traço distintivo entre as garantias individuais, liberdades negativas, e as garantias sociais, liberdades positivas: as da segunda espécie, porque geram ao Estado um dever de agir, ensejam custos que inexistem quando se trata de liberdades negativas, limites à atuação do Estado.

Aqueles presos à visão clássica, de que o Poder Judiciário serve apenas para frear eventuais abusos do Poder Público em face do particular, entendem descabido ao juiz ordenar alguma conduta, alguma política pública em oneração aos cofres públicos, eis que tal significaria invadir a função do administrador.

Há que se superar esta visão, sob pena de assistirmos, inertes, à violação de um direito fundamental.

Sem mecanismos que assegurem a efetivação de um direito, este não passa de retórica legislativa. A sua proteção exige que se possa determinar ao administrador a execução de determinada conduta

Na linha do quanto ponderado, naquela Ação Civil Pública do Municí-

pio de Mococa, não se conformando com o teor do acórdão proferido nos autos, o Ministério Público recorreu ao Supremo Tribunal Federal.

A Ministra Ellen Gracie assim consignou em sua decisão (STF, agravo de instrumento 845.741, São Paulo):

(...) o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de ser permitido ao Poder Judiciário, mesmo que excepcionalmente, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. Nesse sentido: AI 583.476/SC, rel. Min. Celso de Mello, DJe 24.5.2010; e RE 556.600/SC, de minha relatoria, DJe 11.2.2011.

A determinação judicial, repise-se, não significa exercer o Judiciário mister do administrador, como ordenador de políticas públicas e despesas.

Elevados os direitos sociais à condição de direitos fundamentais, natural considerar como prioritária a destinação de recursos públicos ao seu atendimento.

Era até dispensável, mas diversas leis, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, contêm norma expressa a respeito do caráter prioritário dos direitos de que tratam. O artigo 4º, § único, “d”, do Estatuto, como já se viu, assevera a “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

A aferição sobre a destinação de recursos deve ser pragmática.

Cabe ao Judiciário, ante o reclamo de que determinado direito social foi preterido, perquirir se o administrador destinou recursos a políticas não prioritárias, em detrimento das que visam aos direitos sociais, ou mesmo se omitiu-se, havendo recursos em conta.

Como assevera Paulo Bonavides:

O Estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade” (Paulo Bonavides, *Direito Constitucional*, 21ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2007, p. 378/379).

Foi nesta linha a decisão final do Supremo Tribunal Federal:

Assim, não há falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quanto inadimplente, de políticas públicas constitucionais.

mente previstas. Nesse sentido: RE 463.210-AgR/SP, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 03.02.2006; RE 384.201-AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe03.8.2007; e, mais recentemente, RE 600.419/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.9.2009; RE 482.741/SC, rel. Min. Eros Grau, DJe 08.02.2010; e RE 541.730/SC, de minha relatoria, DJe 26.5.2010.

Ante o exposto, com fundamento no art. 544, §4º, do Código de Processo Civil (redação anterior à Lei 12.322/2010), conheço do agravo e, desde logo, dou provimento ao recurso extraordinário para restabelecer a sentença proferida na primeira instância.

O administrador que não age com observância àqueles direitos fundamentais inaugura verdadeira crise de inconstitucionalidade, a qual, segundo ainda Paulo Bonavides, é “irmã gêmea da ingovernabilidade” (obra supra, p. 390).

Desde que não atinjam um grau insustentável, a superação destas crises importa nos gradativos sedimentação e amadurecimento dos Direitos Sociais.

Natural que em uma democracia jovem como a brasileira o Judiciário ainda venha a ser muito provocado, para compelir aquele que se afastou das políticas públicas que visam àqueles direitos.

A tendência é que o Poder Público cada vez mais respalde a igualdade de seus cidadãos, no mais amplo aspecto, dispensando a intervenção do Judiciário para sua efetivação, mas permanecem os mecanismos que asseguram sua justiciabilidade.

## Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Direito Administrativo Brasileiro**, Malheiros Editores, 27ª edição, São Paulo, 2.010.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, volume I, 11ª edição, Livraria Francisco Alves, Editora Paulo de Azevedo, Rio de Janeiro, 1956.

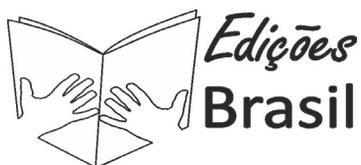
BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**, 21ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, Editora Atlas, 14ª edição, São Paulo, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, Editora RT, 3ª edição, São Paulo, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, Editora Atlas, 25ª edição, São Paulo, 2010.

Apoio Cultural:



[www.edicoesbrasil.com.br](http://www.edicoesbrasil.com.br)  
[contato@edicoesbrasil.com.br](mailto:contato@edicoesbrasil.com.br)



EDITORA FIBRA

[www.editorafibra.com.br](http://www.editorafibra.com.br)  
[contato@editorafibra.com.br](mailto:contato@editorafibra.com.br)



Contato: [cnunes.adv@uol.com.br](mailto:cnunes.adv@uol.com.br)  
[@edbrasilica](https://www.instagram.com/edbrasilica)



**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS  
VOLUME 4**

**IV CONGRESSO  
INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA  
uma visão transdisciplinar**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)



Série Simpósios do IV CIDHCoimbra 2019

ISBN 978-65-86051-06-3



9 17865861051063