ISBN: 978-85-54909-20-8

ORGANIZADORES
José Everton da Silva
Fernanda Sell de Souto Goulart
Jaqueline Moretti Quintero

COLEÇÃO
DIÁLOGOS ENTRE A CIÊNCIA JURÍDICA E A CONTEMPORANEIDADE

- VOLUME IV -
DIREITOS HUMANOS E GÊNERO

Adrielle Ingrid de Souza
Amanda Guimarães da Cunha
Ana Carolina Dias dos Santos
Bruno Berzagui
Charles Alexandre Souza Armada
Claudia Regina Althoff Figueiredo
Clovis Demarchi
Demian Campos Leite
Denis Paulo Ferrari
Eduardo Silva de Freitas
Eliana Camargo Moreira
Eloíse Caroline Schaker
Fabrício Wloch
Fátima Maria Merizio
Felipe Schmidt
Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes
Guilherme Alvaro Boos Maia Cardoso
Guilherme Reis
Helena Liebl
Ildete Regina Vale da Silva
Ildo Miguel Werle
Inara de Fátima Moreira Dias
Jaine Roberta de Souza Marques
Jefferson Medeiros
João Luiz Pereira
João Vitor Soares Zeferino
Jonas Jesus Belmonte
Jonatas Matias Xavier
José Everton da Silva
José Manoel Chaves
Juliana Pereira
Juliane Cristine Beher Trombetta
Larissa Franco Teixeira
Leidiane Gabriela Sarturi
Leonardo Pinheiro Samarão
Luan Vinicius de Souza Kuttert
Luciana de Carvalho Paulo Coelho
Luiz Magno Pinto Bastos Júnior
Márcia Sarubbi Lippmann
Marco Saragoça
Marian Carla Lotin
Marisa Schmitt Siqueira Mendes
Monike Danielle Forlin Dumke
Nathalie Viaud Gattáes Kumm
Pedro Gabriel Cardoso Passos
Queila Jaqueline Nunes Martins
Rafael Guglielmetto Delbuoni
Rafael Padilha dos Santos
Roberto Wöhlke
Rodrigo Mioto dos Santos
Sabrina Leite Kressin
Samara Sandra Tamanini
Solange Lucia Heck Kool
Tainá Fernanda Pedrini
Walter Amaro Baldi
Yury Augusto dos Santos Queiroz

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA
Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante
UNIVALI

2019

ISBN:978-85-54909-20-8

ORGANIZADORES
José Everton da Silva
Fernanda Sell de Souto Goulart
Jaqueline Moretti Quintero

COLEÇÃO
DIÁLOGOS ENTRE A CIÊNCIA JURÍDICA E A CONTEMPORANEIDADE
- VOLUME IV -
DIREITOS HUMANOS E GÊNERO

AUTORES

Adrielle Ingrid de Souza
Amanda Guimarães da Cunha
Ana Carolina Dias dos Santos
Bruno Berzagui
Charles Alexandre Souza Armada
Claudia Regina Althoff Figueiredo
Clovis Demarchi
Demian Campos Leite
Denis Paulo Ferrari
Eduardo Silva de Freitas
Eliana Camargo Moreira
Eloíse Caroline Schaker
Fabrício Wloch
Fátima Maria Merizio
Felipe Schmidt
Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes
Guilherme Alvaro Boos Maia Cardoso
Guilherme Reis
Helena Liebl
Ildete Regina Vale da Silva
Ildo Miguel Werle
Inara de Fátima Moreira Dias
Jaine Roberta de Souza Marques
Jefferson Medeiros
João Luiz Pereira
João Vitor Soares Zeferino
Jonas Jesus Belmonte
Jonatas Matias Xavier
José Everton da Silva
José Manoel Chaves
Juliana Pereira
Juliane Cristine Beher Trombetta
Larissa Franco Teixeira
Leidiane Gabriela Sarturi
Leonardo Pinheiro Samarão
Luan Vinicius de Souza Kuttert
Luciana de Carvalho Paulo Coelho
Luiz Magno Pinto Bastos Júnior
Márcia Sarubbi Lippmann
Marco Saragoça
Marian Carla Lotin
Marisa Schmitt Siqueira Mendes
Monike Danielle Forlin Dumke
Nathalie Viaud Gattáes Kumm
Pedro Gabriel Cardoso Passos
Queila Jaqueline Nunes Martins
Rafael Guglielmetto Delbuoni
Rafael Padilha dos Santos
Roberto Wöhlke
Rodrigo Mioto dos Santos
Sabrina Leite Kressin
Samara Sandra Tamanini
Solange Lucia Heck Kool
Tainá Fernanda Pedrini
Walter Amaro Baldi
Yury Augusto dos Santos Queiroz

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA
Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante
UNIVALI
2019

Reitor
Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitor de Graduação e Desenvolvimento Institucional
Carlos Alberto Tomelin

Vice-Reitor de Extensão e Assuntos Comunitários
José Carlos Machado

Vice-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação
Rogério Corrêa

Organizadores
José Everton da Silva
Fernanda Sell de Souto Goulart
Jaqueline Moretti Quintero

Autores
Adrielle Ingrid de Souza
Amanda Guimarães da Cunha
Ana Carolina Dias dos Santos
Bruno Berzagui
Charles Alexandre Souza Armada
Claudia Regina Althoff Figueiredo
Clovis Demarchi
Demian Campos Leite
Denis Paulo Ferrari
Eduardo Silva de Freitas
Eliana Camargo Moreira
Eloíse Caroline Schaker
Fabrício Wloch
Fátima Maria Merizio
Felipe Schmidt
Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes
Guilherme Alvaro Boos Maia Cardoso
Guilherme Reis
Helena Liebl
Ildete Regina Vale da Silva
Ildo Miguel Werle
Inara de Fátima Moreira Dias
Jaine Roberta de Souza Marques
Jefferson Medeiros
João Luiz Pereira
João Vitor Soares Zeferino
Jonas Jesus Belmonte
Jonatas Matias Xavier
José Everton da Silva
José Manoel Chaves
Juliana Pereira
Juliane Cristine Beher Trombetta
Larissa Franco Teixeira
Leidiane Gabriela Sarturi
Leonardo Pinheiro Samarão
Luan Vinicius de Souza Kuttert
Luciana de Carvalho Paulo Coelho
Luiz Magno Pinto Bastos Júnior
Márcia Sarubbi Lippmann
Marco Saragoça
Marian Carla Lotin
Marisa Schmitt Siqueira Mendes
Monike Danielle Forlin Dumke
Nathalie Viaud Gattáes Kumm
Pedro Gabriel Cardoso Passos
Queila Jaqueline Nunes Martins
Rafael Guglielmetto Delbuoni
Rafael Padilha dos Santos
Roberto Wöhlke
Rodrigo Mioto dos Santos
Sabrina Leite Kressin
Samara Sandra Tamanini
Solange Lucia Heck Kool
Tainá Fernanda Pedrini
Walter Amaro Baldi
Yury Augusto dos Santos Queiroz

Diagramação
Alexandre Zarske de Mello
Matheus Jose Vequi

Revisão
MSc Eliana Camargo Moreira Utzig

Capa
Alexandre Zarske de Mello

Comitê Editorial E-books/PPCJ

Presidente
Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo
Alexandre Zarske de Mello

Membros
Dr. Bruno Smolarek (UNIPAR)
Dra. Flávia Noversa Loureiro (UMINHO/PORTUGAL)
Dr. Daniele Porena (UNIPG/ITÁLIA)
Dr. Pedro Jose Femenia Lopez (UA/ESPANHA)
Dr. Javier Gonzaga V. Hernandez (UCALDAS/COLÔMBIA)
Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)
Dr. José Everton da Silva (UNIVALI)
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)
Dr. Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI)
Dr. Sérgio Ricardo F. de Aquino (UPF)

Comitê Científico da Coleção
Alice Francisco Cruz Salles
Emanuela Cristina Andrade Lacerda
Jefferson Custódio Próspero
Jonathan Cardoso Régis
Marcia Sarubbi Lippmann
Maria Eugenia Furtado
Newton Cesar Pilau
Queila Jaqueline Nunes Martins
Thais Vandresen

Créditos
Este e-book foi possível por conta do Comitê Editorial E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Diretor Executivo Alexandre Zarske de Mello.

Projeto de Fomento
Obra resultado da cooperação acadêmico/científica dos Cursos da Escola de Ciências Jurídicas e Sociais, do Programa se Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI e o intercâmbio internacional entre a Universidade do Vale do Itajaí (Brasil), a Università degli Studi di Perugia (Itália) e a Universidad de Alicante (Espanha).

Ficha Catalográfica

D628 Direitos humanos e gênero [recurso eletrônico] / Adrielle Ingrid de Souza ... [et al.]; José Everton da Silva, Fernanda Sell de Souto Goulart, Jaqueline Moretti Quintero (orgs.). – Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2019.
398 p.; 30 cm. – (Coleção Diálogos entre a Ciência Jurídica e a contemporaneidade; 4)

Livro eletrônico.
Inclui bibliografias.
Vários autores.
ISBN 978-85-54909-20-8 (vol. 4)
ISBN 978-85-7696-230-4 (coleção)
Universidad de Alicante
Modo de acesso: https://www.univali.br/ppcj/ebook

1. Direitos humanos - gênero. 2. Direitos humanos – infância e juventude. I. Souza, Adrielle Ingrid de. II. Silva, José Everton da. III. Goulart, Fernanda Sell de Souto. IV. Quintero, Jaqueline Moretti. V. Título. VI. Série.

CDU: 342.7

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-901,

Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 419

Telefone: (47) 3341-7880

UNIVALI

E-Books/PPCJ

APRESENTAÇÃO

Esta coleção reúne os artigos apresentados no 1º Seminário Sobre Internacionalização nos Cursos de Direito da UNIVALI, que ocorreu nos dias 27 e 28 de março de 2017, no Campus de Itajaí, da Universidade do Vale do Itajaí.

Este Seminário buscou consolidar a cooperação acadêmica e o intercâmbio internacional entre a Universidade do Vale do Itajaí (Brasil), a Università degli Studi di Perugia (Itália) e a Universidad de Alicante (Espanha), sendo oportunidade para propagar o conhecimento científico e as pesquisas desenvolvidas nos Cursos da Escola de Ciências Jurídicas e Sociais, e nas instituições associadas.

O título da obra "Diálogos entre a Ciência Jurídica e a Contemporaneidade" empenha-se em abranger os diversos temas abordados nos 64 artigos aprovados, resultando nesta coletânea de 4 volumes:

VOLUME 1 – Aspectos do Direito Público e da Diversidade

VOLUME 2 – Conflitos e Processo

VOLUME 3 – Constituição, Direito Ambiental e Sustentabilidade

VOLUME 4 – Direitos Humanos e Gênero

É inexorável a qualidade dos artigos apresentados por diversos autores dos mais diferentes estados da federação brasileira, fruto de profícuas pesquisas realizadas por graduandos, Mestrandos, Mestres, Doutorandos e Doutores da UNIVALI e de outros Programas de Pós-graduação em Direito.

Espera-se que a publicação dos artigos apresentados nesse Seminário possa semear e fomentar o aprofundamento de estudos e pesquisas com estudiosos brasileiros e estrangeiros em suas respectivas áreas de atuação.

Mas mais importante ainda é a consolidação do processo de Internacionalização da instituição, que se concretiza no nível dos trabalhos apresentados e na riqueza das temáticas escolhidas.

Na Universidade do Vale do Itajaí e na escola de Ciências Jurídicas e Sociais bem como no PPCJ, o processo de Internacionalização é uma realidade e uma necessidade; num mundo

globalizado e com fronteiras cada vez mais fluídas, estudar em parceria e com outras universidades é um imperativo de qualidade e contemporaneidade.

Que esta obra seja a primeira de muitas e que venha consolidar a excelência de nossa produção.

Boa leitura!

Prof. Dr. José Everton da Silva – UNIVALI

Profa. Dra. Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes – UNIVALI

Profa. Dra. Jaqueline Moretti Quintero – UNIVALI

Sumário

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO COMO MECANISMO GARANTIDOR DA EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL 9
Leidiane Gabriela Sarturi 9
Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes 9
O FENÔMENO DA VIOLÊNCIA PRATICADO CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE 22
João Luiz Pereira 22
Yury Augusto dos Santos Queiroz 22
Marisa Schmitt Siqueira Mendes 22
IMPLICAÇÕES DA MEDIDA PROVISÓRIA 764/2016 NO ATUAL SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO 40
Pedro Gabriel Cardoso Passos 40
A ALTERAÇÃO DO CONCEITO DE PRESCRIÇÃO COM FUNDAMENTO NA POLÍTICA JURÍDICA PARA ATENDER A TEORIA DA *ACTIO NATA* 49
Helena Liebl 49
Luciana de Carvalho Paulo Coelho 49
PRINCÍPIOS E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO 65
Luan Vinicius de Souza Kuttert 65
Claudia Regina Althoff Figueiredo 65
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA: AVALIAÇÃO DE PRECEDENTES DO ANO DE 2016 82
Fabrício Wloch 82
Demian Campos Leite 82
Larissa Franco Teixeira 82
TUTELA PROVISÓRIA: PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA E A LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARTE* 104
Ana Carolina Dias dos Santos 104
Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes 104
USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: PROCEDIMENTOS 121
Adrielle Ingrid de Souza 121
Leonardo Pinheiro Samarão 121
A CRISE HUMANITÁRIA DO POVO SÍRIO: ENTRE OS ATENTADOS DO ESTADO ISLÂMICO E A CONDIÇÃO SUBUMANA DOS REFUGIADOS 133
Tainá Fernanda Pedrini 133
Marco Saragoça 133
Márcia Sarubbi Lippmann 133
A DIGNIDADE HUMANA COMO PARADIGMA JURÍDICO UNIVERSAL NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO 153

Eduardo Silva de Freitas 153
Clovis Demarchi 153
A JUDICIALIZAÇÃO COMO FORMA DE GARANTIR O DIREITO À EDUCAÇÃO 168
Eduardo Silva de Freitas 168
Clovis Demarchi 168
EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: A EXPERIÊNCIA NA REDE BÁSICA MUNICIPAL DE ENSINO DE PALHOÇA (SC) E SEU POTENCIAL TRANSFORMADOR 185
Rodrigo Mioto dos Santos 185
Roberto Wöhlke 185
Denis Paulo Ferrari 185
Guilherme Reis 185
PRISÃO PREVENTIVA E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PARA A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 201
Amanda Guimarães da Cunha 201
Luiz Magno Pinto Bastos Júnior 201
CONSUMO DESENFREADO E CRESCIMENTO ILIMITADO: IMPACTOS NA DEGRADAÇÃO DA SAÚDE HUMANA 214
Marian Carla Lotin 214
Charles Alexandre Souza Armada 214
BREVES NOTAS ACERCA DO ACORDO AMIGÁVEL NO ÂMBITO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 230
Felipe Schmidt 230
Inara de Fátima Moreira Dias 230
Juliane Cristine Beher Trombetta 230
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: AUTONOMIA DA VONTADE NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 124.306/RJ NO ÂMBITO DA 1° TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 242
Jonas Jesus Belmonte 242
DIREITO DE RESPOSTA: A PARTILHA DE SABERES 261
Eliana Camargo Moreira 261
Juliana Pereira 261
SOCIEDADE: UMA ESCOLA CIDADÃ PARA QUEM É VISTO COMO CIDADÃO 274
Samara Sandra Tamanini 274
REFLEXÕES ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO E A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO DOS FENÔMENOS MIGRATÓRIOS TRANSNACIONAIS: DESAFIOS EM QUE O SISTEMA INTERNACIONAL E A SOCIEDADE MUNDIAL ESTÃO INSERIDOS NO LIMIAR DO SÉCULO XXI DIANTE DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS 287
Jaine Roberta de Souza Marques 287
MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA E A ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS 298

Fátima Maria Merizio 298
João Vitor Soares Zeferino 298
Márcia Sarubbi Lippmann 298
POVOS EM MOVIMENTO: UMA ANÁLISE SOBRE AS DIFERENTES FORMAS DE MIGRAÇÃO NO CENÁRIO GLOBAL 313
Eloíse Caroline Schaker 313
Rafael Padilha dos Santos 313
A EFICÁCIA DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NO DESENVOLVIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS 329
Walter Amaro Baldi 329
Jefferson Medeiros 329
José Manoel Chaves 329
Monike Danielle Forlin Dumke 329
ANÁLISE DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS A PARTIR DA COMPREENSÃO DE JUSTIÇA DE ARISTÓTELES 344
Bruno Berzagui 344
Ildo Miguel Werle 344
José Everton da Silva 344
Jonatas Matias Xavier 344
LEX MERCATORIA: A JURISPRUDÊNCIA ARBITRAL COMO FONTE DO DIREITO COMERCIAL 359
Queila Jaqueline Nunes Martins 359
Guilherme Alvaro Boos Maia Cardoso 359
Sabrina Leite Kressin 359
OS CONFLITOS DE LEIS NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE TRABALHO 367
Nathalie Viaud Gattáes Kumm 367
Solange Lucia Heck Kool 367
A IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO DA JUSTIÇA DO TRABALHO E IMPLICAÇÕES FRENTE O *JUS POSTULANDI* 383
Rafael Guglielmetto Delbuoni 383
Ildete Regina Vale da Silva 383

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO COMO MECANISMO GARANTIDOR DA EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Leidiane Gabriela Sarturi[1]

Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes[2]

INTRODUÇÃO

Pode-se definir a Tutela Jurisdicional como a função do Estado de dirimir os conflitos por meio da aplicação do direito ao caso concreto, de maneira que o processo cumpra da maneira mais efetiva o papel que lhe cumpre.[3]

Ocorre que para que a prestação jurisdicional seja efetiva, o legislador pátrio fez constar no texto constitucional diversos princípios para o auxílio da busca da efetividade. Para o propósito a que se destina o trabalho a ser desenvolvido, foi selecionado o princípio da Duração Razoável do Processo.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 inseriu o referido princípio no rol das garantias fundamentais asseguradas a cada cidadão fazendo constar no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988 a seguinte redação: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Importante o estudo do aludido princípio uma vez que, a despeito da importância de tantos outros, influencia diretamente na busca da efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que a morosidade do processo é umas das causas que tem levado o Judiciário ao descrédito da população.

É, ainda, de suma importância a análise aprofundada da questão em debate, uma vez que tal retardamento pode causar graves prejuízos às partes, tendo em vista que estas buscam o Judiciário

[1] Acadêmica do 9º período de Direito na UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, na cidade de Itajaí. E-mail: leidiane.sarturi@hotmail.com.

[2] Doutoranda pela UNIVALI - Universidade do Vale do Itajaí, professora do curso de Direito na cidade de Itajaí. E-mail: fernanda@ssg.adv.br

[3] THEODORO JR, Humberto. Curso **de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 324.

para dirimir seus próprios conflitos, e esperam que o Juiz/Estado dê fim ao litígio de forma justa, imparcial e motivada.

O objetivo deste artigo, portanto, é estudar a Tutela Jurisdicional e a Duração Razoável do Processo como um mecanismo garantidor de sua efetividade, bem como verificar se atualmente existe algum entendimento acerca do tempo máximo de trâmite para o processo.

1. A TUTELA JURISDICIONAL

O Estado, garantidor da paz social, monopolizou para si a solução dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando, assim, o âmbito da autotutela. Como consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto[4].

Conforme se vê da leitura do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, todo aquele que tiver seu direito subjetivo lesado ou ameaçado tem direito ao acesso à Justiça, por meio de Poder Judiciário, para obter do Estado a tutela adequada. Nisso, traduz-se a denominada tutela jurisdicional, por meio da qual o Estado assegura a manutenção do império da ordem jurídica e da paz social nela fundada[5].

Desta forma, através da Jurisdição, e provocado pelo interessado que exerce a ação, o Estado institui um método de composição do litígio com a participação dos reais destinatários da decisão reguladora da situação litigiosa, dispondo sobre os momentos em que cada um pode fazer valer as suas alegações, a fim de alcançar um resultado corporificado em tudo quanto o Judiciário identificou com base nas provas e do direito aplicável retratado na sentença. Jurisdição, ação e processo são, assim, os monômios básicos da estrutura do fenômeno judicial[6].

1.1 A JURISDIÇÃO

Nos primórdios da civilização, o Estado era debilitado e limitava-se a apenas definir os direitos, de modo que era de competência dos próprios titulares dos direitos reconhecidos pelos

[4] FUX, Luiz. **Tutela Jurisdicional**: finalidade e espécies. – Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, vol. 14, n. 2. Jul./Dez. 2002. p. 153

[5] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 324.

[6] FUX, Luiz. **Tutela Jurisdicional**: finalidade e espécies. – Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, vol. 14, n. 2. Jul./Dez. 2002. p. 153/154

órgãos estatais defendê-los e realizá-los com os meios de que dispunham. Estes eram os tempos da justiça privada, que se mostrava impotente e incapaz de gerar a tão almejada paz social.[7]

Assim, o Estado moderno, com o aperfeiçoamento do Estado de Direito, tomou para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas, assim como o encargo de realizar esse direito, caso a parte contrária não cumpra de forma espontânea o comando concreto da lei.[8]

Ressalta-se que subsistem ainda resquícios da justiça privada em casos excepcionais e previstos expressamente na legislação pátria atual, sendo admitida a defesa dos direitos subjetivos com as próprias mãos.

Assim, como forma de desempenhar a função de realizar o direito, estabeleceu-se a jurisdição como poder do Estado de formular e fazer atuar a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica. [9]

Importante conceituar o instituto da Jurisdição, destacando duas grandes teorias a respeito desta: A Teoria de Chiovenda e a Teoria de Carnelutti.

Para Chiovenda, a jurisdição é vista como uma função voltada à atuação da vontade concreta da lei[10]. Segunda esta teoria[11], a jurisdição, no processo de conhecimento:

> Consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes.

Chiovenda acreditava que a função do juiz era aplicar a vontade da lei ao caso concreto, e que a jurisdição significava a atuação da lei. Desta forma, vê-se que a doutrina chiavondina acreditava que o verdadeiro poder estatal estava na lei e de que a jurisdição somente se manifestava através da revelação da vontade do legislador.[12]

---

[7] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 252/253.

[8] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 253.

[9] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 253/254.

[10] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume 11. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.41.

[11] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume 11. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.41. *apud* GIUSEPPE CHIOVENDA, **Principios del derecho procesal**, p. 365.

[12] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume 11. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.41.

Carnelutti, por sua vez, atribuiu à Jurisdição a função de justa composição da lide, entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência do outro interessado. A lide, no sistema carneluttiano, é característica essencial para a presença de jurisdição, pois, havendo lide, a atividade do juiz é jurisdicional, não existindo jurisdição quando não existe conflito de interesses para ser resolvido ou uma lide para ser composta pelo juiz. Carnelutti acreditava que a lei, por si só, era insuficiente para compor a lide, sendo necessário para tanto a atividade do juiz.[13] Nas palavras de Marinoni[14]:

> É evidente que o ângulo visual de Carnelutti revela uma compreensão privatista da relação entre a lei, os conflitos e o juiz, além de uma imagem puramente individualista dos conflitos sociais. Enquanto Chiovenda procurava a essência da jurisdição dentro do quadro das funções do Estado, Carnelutti via na especial razão pela qual as partes precisavam do juiz – no conflito de interesses – a característica que deveria conferir corpo à jurisdição. Carnelutti estava preocupado com a finalidade das partes; Chiovenda, com a atividade do juiz. Por isso, é possível dizer que Carnelutti enxergava o processo a partir de um interesse privado e Chiovenda em uma perspectiva pública.

Celso Antônio Bandeira de Melo[15], por sua vez, define a jurisdição como:

> [...] a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de 'coisa julgada', atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recuso.

Segundo Fredie Didier Junior[16], o conceito de Jurisdição que se encontra de maior acordo com as transformações pelas quais o Estado passou nos últimos tempos é de que:

> A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível.

Diante das considerações acima, é possível concluir que a jurisdição é a atividade realizada pelo Estado, com o objetivo de aplicar o direito ao caso concreto trazido a juízo, que resolve de forma definitiva, como modo de alcançar a pacificação social.

---

[13] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume 11. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 42/43

[14] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume 11. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.43.

[15] BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003 p. 34.

[16] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015. p. 153

1.2 O PROCESSO

A jurisdição realiza os seus fins através do processo.[17] Entretanto, não é qualquer processo que legitima o exercício da função jurisdicional, pois este deve seguir o modelo traçado na Constituição, que consagra o direito fundamental ao processo devido, com todos os seus corolários (contraditório, efetividade, juiz natural, duração razoável do processo, etc.).[18]

Isso se dá pelo fato de que a jurisdição pressupõe caso concreto a dirimir e o processo não pode ser utilizado como simples instrumento de especulação doutrinária ou teórica.[19]

Desta forma, como instrumento da atividade intelectiva do juiz, Humberto Theodoro Junior[20] afirma que o processo se apresenta como a "série de atos coordenados regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição".

Essa série de atos, todavia, não se resume apenas na materialidade da sequência de atos praticados em juízo, pois importa também no estabelecimento de uma relação jurídica de direito público geradora de direitos e obrigações entre o juiz e as partes, com objetivo de obter a declaração ou a atuação da vontade concreta da lei, de maneira a vincular, em caráter definitivo, todos os sujeitos da relação processual. Esses múltiplos e sucessivos atos, portanto, se vinculam entre si e se mantêm coesos graças à relação jurídico-processual que os justifica e lhes dá coerência pela meta final única visada: a prestação jurisdicional.[21]

1.2.1 DO PROCEDIMENTO

Processo e procedimento são conceitos diversos, que não podem ser confundidos. Humberto Theodoro Junior[22] parafraseando José Frederico Marques afirma que:

---

[17] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume 11. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 486.

[18] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015. p. 30.

[19] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 290.

[20] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 290.

[21] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 290.

[22] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 294 *apud* MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, ed. 1958, v. I, p. 14.

> *Processo*, como já se afirmou, é o *método*, isto é, o *sistema* de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto *procedimento* é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto.

Procedimento, do latim *procedere*, que tem por significado ir a diante, prosseguir, pode ser definido como o modo de agir disciplinado em lei pelo qual o processo se movimenta para atingir seu fim. É a exteriorização e a materialização do processo.

Apesar de o processo buscar viabilizar a participação efetiva das partes, somente isso não é suficiente, sendo necessário que as normas processuais confiram ao juiz e às partes instrumento e oportunidades capazes de permitir a efetiva prestação jurisdicional. Assim, o procedimento deixa de ser compreendido apenas a partir das normas que concretizam o direito de a parte influir sobre o convencimento judicial - alegando, produzindo provas, participando da sua produção, considerando sobre o seu resultado, controlando a racionalidade da decisão, recorrendo etc. - e passa a ser visualizado diante das normas que conferem às partes o poder de utilizar as técnicas processuais necessárias à tutela do direto material.[23]

O procedimento, com base na sistemática adotada pelo novo Código de Processo Civil, é classificado em procedimento comum e procedimentos especiais.

O procedimento comum é utilizado sempre que a lei não prever para a causa forma especial, nos termos do artigo 318, *caput* do CPC. Já os procedimentos especiais são utilizados nas causas que fogem à regra comum, em que a lei prevê disposições diferenciadas para a sua aplicação, garantindo uma maior agilidade no trâmite processual para tais situações.

1.3 DA AÇÃO

A Ação pode ser definida como o direito de romper a inércia jurisdicional, atuando ao longo do processo com o fim de alcançar a efetiva tutela jurisdicional.[24] Moacyr Amaral Santos[25] conceitua a ação como:

> [...] um direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo privado invocado, ao qual não pressupõe necessariamente, e, pois, neste sentido, abstrato; genérico, porque não varia, é sempre o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdicional num caso concreto. É o direito de

[23] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume 11. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 455.

[24] BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo : Saraiva, 2015. p. 95.

[25] SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Volume 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 167.

> pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional num caso concreto. Ou, simplesmente, o direito de invocar o exercício da função jurisdicional.

É um direito abstrato que atua independentemente da existência ou não do direito substancial que se pretende reconhecer e executar. O que se pretende com a ação é o restabelecimento da ordem jurídica.[26] Segundo Humberto Theodoro Junior[27]:

> A parte, frente ao Estado-juiz, dispõe de um *poder jurídico*, que consiste na faculdade de obter a tutela para os próprios direitos ou interesses, quando lesados ou ameaçados, ou para obter a definição das situações jurídicas controvertidas. É o direito de ação, de natureza pública, por referir-se a uma atividade pública, oficial, do Estado.

O direito de ação pode ser considerado um direito fundamental composto por um conjunto de relações jurídicas que garantem ao seu titular o poder de acesso aos tribunais e exigir deles uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. Resulta da incidência de diversas normas constitucionais, como o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o devido processo legal.[28] Conforme leciona Marinoni[29] acerca do direito de ação:

> O art. 5.°, XXXV; da CF, diz que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Logo em seguida, o art. 5.°, LIV, refere que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". A combinação desses dispositivos abre a oportunidade para que se afirme o direito de ação não mais como direito a uma sentença, como as teorias clássicas sobre a ação supunham, mas como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo.

Portanto, é possível afirmar que o direito de ação não pode ser visto como o simples direito a um julgamento de mérito, mas sim como o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, mediante processo justo, que tem natureza processual abstrata e que independe da efetiva existência do direito material alegado em juízo.

Estudado o instituto da Tutela Jurisdicional, é ainda de suma importância o estudo da chamada Prestação Jurisdicional.

---

[26] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 320.

[27] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 320.

[28] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015. p. 281.

[29] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume 11. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 247.

2. A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Para chegar à resposta jurisdicional por meio do processo, não se exige da parte autora que esta seja sempre o titular do direito subjetivo litigioso (isto pois a sentença de mérito pode ser contrária ao interesse de quem provocou a atuação da jurisdição). Desta forma, o provimento da justiça nem sempre corresponderá à *tutela jurisdicional* a algum direito. No entanto, sempre haverá uma prestação jurisdicional, pois, uma vez exercido regularmente o direito de ação, não poderá o juiz recusar-se a lavrar a sentença de mérito, seja ela favorável ou não àquele que o exercitou.[30]

Assim, mostra-se de extrema importância diferenciar a tutela jurisdicional e a prestação jurisdicional. Logo, distingue-se a prestação jurisdicional da tutela jurisdicional, pois a primeira será prestada a quem realmente detenha o direito subjetivo invocado, e a segunda independe da efetiva existência de tal direito.[31]

O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva é considerado o mais importante dos direitos, justamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.[32]

Faz-se necessário que o processo desempenhe da maneira mais efetiva possível o papel que lhe toca, e para isso, deve-se oferecer ao processo mecanismos que permitam o cumprimento de sua missão institucional, de forma a evitar que este seja considerado fonte perene de decepções. Destarte, cumpre ao ordenamento processual atender de modo mais completo e eficiente possível ao pleito daquele que exerceu o seu direito à jurisdição, bem como daquele que resistiu, apresentando contestação.[33]

Neste mister, visando garantir uma prestação jurisdicional efetiva, célere e justa, o legislador pátrio introduziu no ordenamento jurídico princípios garantidores de tal direito. Para o presente artigo, destaca-se o princípio da duração razoável do processo, tratado a seguir.

---

[30] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 324.

[31] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 324.

[32] MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf Acesso em: 13/02/2017.

[33] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 63

2.1 DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A demora dos processos é o motivo mais comum de reclamação perante a Corte Europeia de Direitos Humanos em virtude da violação da garantia da tutela jurisdicional efetiva.[34]

No caso do Brasil, este é signatário do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969), que prevê em seu artigo 8, 1:

> Toda pessoa tem o direito a 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 formada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Estava-se diante de uma norma constitucional que impunha uma decisão judicial em prazo razoável e o direito ao processo sem dilações indevidas, por meio da aplicação imediata da norma (art. 5º, § 1º da CF).[35]

O princípio do acesso à Justiça só por si só, já previa uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado. No entanto, a crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava, razão pela qual foi criada mais uma garantia constitucional.[36]

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 incluiu, desta forma, o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal com a seguinte redação: "a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.".

Tal dispositivo revela a preocupação geral do legislador com um dos maiores problemas no julgamento dos processos, que tem feito, nos últimos anos, diversas alterações e acréscimos na legislação processual com o fim de buscar uma solução mais rápida para os conflitos.[37]

O Novo Código de Processo Civil, nessa esteira, aduz em seu artigo 139, II que: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) velar pela duração razoável do processo.[38] Sobre tal princípio, Humberto Theodoro Junior[39] leciona que:

---

[34] RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da duração razoável do processo.** 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 87.

[35] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015. p. 94.

[36] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 432.

[37] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, coordenador Pedro Lenza. **Direito Processual Civil Esquematizado**. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 71.

[38] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015. p. 94.

[39] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 229.

> Dessa maneira, a duração razoável do processo é aquela que resulta da observância do princípio da legalidade (respeito aos prazos processuais) e da garantia de tempo adequado ao cumprimento dos atos indispensáveis à observância de todos os princípios formadores do devido processo legal. O que, em seu nome, se impõe é simplesmente evitar ritos arcaicos e injustificáveis e, sobretudo, impedir a ineficácia organizacional dos aparelhos judiciais, bem como vedar o abuso dos atos desnecessários e do manejo de faculdades e poderes, tanto de partes como de órgãos judiciais, como intento meramente procrastinatório.

Para o aludido princípio, faz-se necessário buscar os melhores resultados possíveis, com a maior economia possível de esforços, despesas e tempo. Esse princípio imbrica com o da efetividade do processo, pois para que o processo seja eficiente, é necessário que sua duração seja razoável.[40]

No entanto, a demora, para ser reputada realmente inaceitável, deve decorrer da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo.[41]

Deve-se observar, todavia, que não se fala em princípio da celeridade, mas sim da razoabilidade, uma vez que o processo não deve ser rápido, célere. O processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional.[42]

Assim, quando a Constituição garante o direito à duração razoável do processo, o faz ressaltando sua inserção entre os direitos fundamentais. Entretanto, existem outros direitos fundamentais que também são assegurados constitucionalmente para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, como o princípio do acesso à justiça e do processo justo, como o contraditório e a ampla defesa, entre outros.[43]

Desta forma, esses princípios devem coexistir com a duração razoável, e por obviedade, não podem ser anulados para buscar uma solução mais rápida ao processo, devendo ser observados todos os predicamentos constitucionais do processo judicial democrático, cuja harmonização haverá de ser encontrada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.[44]

Outrossim, para atingir a razoabilidade e a proporcionalidade, deve-se observar determinados critérios estabelecidos pela Corte Europeia de Direito Humanos. São eles: a

---

[40] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, coordenador Pedro Lenza. **Direito Processual Civil Esquematizado**. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 72.

[41] TUCCI, José Rogério Cruz e**. Garantia do processo sem dilações indevidas: garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: RT, 1999. p. 240.

[42] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015. p. 96.

[43] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 228.

[44] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 228.

complexidade do assunto; o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; a atuação do órgão jurisdicional.[45]

Esses critérios devem ser ponderados de acordo com as peculiaridades de cada caso. Um não é mais importante do que o outro, devendo ser visualizados de forma conjunta para que fique caracterizada a demora irrazoável.

Ademais, a duração exagerada dos processos, nos dias de hoje, decorre não propriamente do procedimento legal, mas sim de sua inobservância, bem como da indiferença e tolerância dos juízes e tribunais diante dos desvios procrastinatórios impunemente praticados.[46]

No entanto, vale ressaltar que nem sempre o retardamento do processo é causado pelos juízes e tribunais, mas sim pelas partes, que produzem atos meramente procrastinatórios no curso do processo. Nesta esteira, o artigo 77 do Código de Processo Civil aduz que:

> Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:
> I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
> II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;
> III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;
> IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;
> V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;
> VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

O mau comportamento das partes que dá causa à dilação indevida do processo não é atribuído ao Estado, e inclusive, pode ser punida com multa não superior a vinte por cento do valor da causa, nos termos do §2º do acima citado artigo. Nos ensinamentos de Carlos Henrique Ramos[47]:

> A Corte Europeia e o direito brasileiro, no mesmo sentido, entendem que "à parte corresponde o dever de realizar com diligência os atos processuais que lhe dizem respeito, abster-se de atuações dilatórias e aproveitar as oportunidades que o direito interno lhe ofereça para abreviar o procedimento".

---

[45] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015. p. 95.

[46] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 229.

[47] RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da duração razoável do processo.** 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. P. 98.

Da mesma maneira, poderá o Juiz responder, civil e regressivamente, por perda e danos quando retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte, nos termos do artigo 143, II do Código de Processo Civil.

Assim, nota-se que todos aqueles que intervém no processo são responsáveis por sua tempestividade. Não somente os tribunais, os juízes e os auxiliares de justiça, mas também as partes, seus advogados, o Ministério Público e quaisquer outras pessoas que participem do processo de alguma forma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado monopolizou para si a solução dos conflitos, e como consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto.

Para tanto, é necessário que o processo desempenhe da maneira mais efetiva possível o seu papel. Desta forma, visando garantir uma prestação jurisdicional efetiva, célere e justa, o legislador pátrio introduziu no ordenamento jurídico princípios garantidores de tal direito. Um desses princípio é o da Duração Razoável do Processo, que garante as partes um processo justo e no tempo devido.

Ocorre que em muitas situações, tal garantia cai por terra, uma vez que é comum os processos serem demasiadamente morosos. No entanto, para aferir se a duração do processo é ou não aceitável, devem ser aplicados os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional.

Desta maneira, não há um tempo certo para o trâmite processual, uma vez que, graças a variedade de procedimentos e pretensões que fazem com que a análise seja feita em cada caso, deve tanto o juiz quanto as partes zelarem para que o processo transcorra de maneira célere e efetiva, podendo até haver penalidades no caso de atos que gerem retardamento injustificado do processo.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo : Saraiva, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015

FUX, Luiz. **Tutela Jurisdicional**: finalidade e espécies. – Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, vol. 14, n. 2. Jul./Dez. 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, coordenador Pedro Lenza. **Direito Processual Civil Esquematizado**. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf Acesso em: 13/02/2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume 11. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da duração razoável do processo.** 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Volume 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

THEODORO JR, Humberto. Curso **de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e**. Garantia do processo sem dilações indevidas: garantias contitucionais do processo civil**. São Paulo: RT, 1999.

O FENÔMENO DA VIOLÊNCIA PRATICADO CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE

João Luiz Pereira[1]

Yury Augusto dos Santos Queiroz[2]

Marisa Schmitt Siqueira Mendes[3]

INTRODUÇÃO

O presente artigo é um tema de enorme relevância em decorrência da realidade social e econômica em que vivem milhares de crianças e adolescentes nos Municípios da Região do Vale do Itajaí no Estado de Santa Catarina e no Brasil.

O objetivo geral do presente trabalho é expor ao leitor que a violência deve ser vista como uma forma incorreta de "disciplinar" e que existem outros meios de disciplinar. Entre os objetivos específicos está a demonstração de que a miséria, o desemprego e as precárias condições de vida constituem-se nas principais causas da violação de direito1s da população infanto-juvenil, porém nem sempre se constituem de fatores isolados e únicos.

Levando-se em consideração os demais objetivos específicos, estes se consubstanciam em trazer uma perspectiva histórica relacionada proteção ao direito da criança e do adolescente, bem como apresentar os aspectos elementares a Lei n. 8.069/90, além de contextualizar a violência contra o menor, e as consequências dessa forma de disciplinar. Figura entre os objetivos específicos também a apresentação dos dados referentes a violência praticada contra menor no brasil,

[1] Acadêmico da graduação em Ciências Jurídicas, 4° período do curso de direito, na universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, campus Balneário Camboriú, colaborador do grupo de pesquisa e extensão PROTEJÁ, e-mail: joão.luiz.p@hotmail.com, Balneário Camboriú, estado de Santa Catarina, Brasil.

[2] Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bolsista CAPES. Pós-graduando lato sensu em Direito Empresarial e dos Negócios pela UNIVALI. Bacharel em Direito pela UNIVALI. Advogado militante nas áreas de Direito Civil, Direito Previdenciário. E-mail: yury.queiroz@hotmail.com. Balneário Camboriú, estado de Santa Catarina, Brasil.

[3] Mestre em Ciência Jurídica com concentração em Fundamentos do Direito Positivo na Universidade do Vale do Itajaí, do qual foi Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Linha de pesquisa Hermenêutica e Principiologia Constitucional. Possui graduação em DIREITO pela Universidade do Vale do Itajaí (2007). Recebeu o prêmio de Mérito Estudantil, em decorrência do destaque nos cinco anos de graduação. Atuou como Conselheira Tutelar no Município de Camboriú. Atualmente é Advogada, Revisora Adjunta da Revista Direito & Política do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Professora da UNIVALI (Itajaí) das disciplinas Estágio Prática Jurídica e Processo Civil e no Curso de Pós Graduação em Processo Civil; Professora de Cursinhos Preparatórios para OAB. Participante do Projeto de Extensão PROTEJÁ: violência contra criança e adolescente é crime. E-mail: marisamendes@univali.com. Balneário Camboriú, estado de Santa Catarina, Brasil.

mediante os elementos do mapa da violência 2012 e com base em todos eles, ao final, apresentar os meios de prevenção e de proteção ao menor.

Assim, buscou-se trazer os relevantes aspectos das principais legislações sobre o tema, e que culminaram na criação da Lei n. 8.069/90, conhecido Estatuto da Criança e do Adolescente.

Apesar da existência de várias obras sobre o tema, esta se reveste de especial importância, na medida em que pretende ser uma contribuição teórica, aberta a todos que direta ou indiretamente trabalham por melhores condições de vida da criança e do adolescente em nossa região.

Estudou-se também as formas de violência mais comuns, que em sua maioria ocorrem no meio intrafamiliar, quais sejam: violência física, sexual, psicológica, abandono e negligência.

Porém, o foco do presente trabalho foi quanto à violência física praticada contra as crianças e adolescentes e suas consequências para vida adulta, pois conforme explica Bittar[4], as marcas deixadas pelas violências domésticas na infância são muitas vezes subestimadas, por considerar seu impacto temporário e desaparecer no decorrer do desenvolvimento infantil. Entretanto, a agressão contra a criança e o adolescente deve ser reconhecida como um sério problema e, mesmo que esses indivíduos vitimizados sejam retirados de suas casas, os efeitos da experiência vivida repercutirão por toda a vida.

Desenvolvido essencialmente na forma teórica, por meio da pesquisa bibliográfica e outra parte de campo por meio da pesquisa documental, buscando na realidade concreta os dados e as informações que descrevem o fenômeno da Violência praticada contra Criança e Adolescente.

Para que se chegasse aos percentuais utilizou-se o método de análise qualitativo e quantitativo[5], através de materiais já elaborados anteriormente, como o Mapa da Violência 2012, que traz índices de violência alarmantes e inacreditáveis em algumas regiões. Justifica-se a utilização dos dados de 2012, considerando que não há outros índices oficiais que sejam tão completos e mais atualizados do que o Mapa da Violência de 2012.

E, apesar de no estado de Santa Catarina, os apontadores figurarem no nível mais baixo, não se pode deixar de combater a violência, para que em uma nova pesquisa, possa-se falar em índices

[4] BITTAR, D. B. **Violência Intrafamiliar: um estudo com mães agressoras usuárias de álcool e drogas,** 2010. Dissertação (Mestrado) – Escola de Enfermagem, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2010, p. 84

[5] GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social.** 6.ed.São Paulo:Atlas,2008.p.94.

o mais próximo de zero possível. Porém como será explicado para se chegar aos baixos índices é necessário um trabalho em conjunto, entre família, sociedade e Estado.

As metodologias adotadas foram essencialmente a pesquisa bibliográfica e outra parte de campo por meio da pesquisa documental, buscando na realidade concreta os dados e as informações que descrevem o fenômeno da Violência praticada contra Criança e Adolescente, para que se chegasse aos percentuais utilizou-se o método de análise qualitativo e quantitativo.

1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE PROTEÇÃO AO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Por um longo período na história da humanidade, não se reconheceu a fragilidade, a imaturidade e a vulnerabilidade da infância e juventude, porque eram concebidos como adultos em miniatura e serviam aos mimos dos adultos, como um animalzinho de estimação que se prestava às carícias e afagos[6]. Porém com a evolução da humanidade e a mudança dos conceitos e valores sociais o ridículo tratamento de *objeto* dispensando ao menor, transformou-se em garantias e direitos que devem ser cumpridos e fiscalizados.

A história de proteção da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro percorreu um longo e difícil caminho até que se obtivessem as normas que existem atualmente, onde o menor torna-se um sujeito de muitos direitos, que não lhe eram conferidos anteriormente[7].

Essa evolução pode ser facilmente observada, através da leitura do Decreto n° 17.943-A de 12 de Outubro de 1927, que consolida a legislação sobre o menor, este utilizava comumente a terminologia *menor delinquente e menor abandonado,* além de atribuir ao Direito penal as questões criminais que envolvessem menores[8].

Posteriormente, e depois de longos e demorados debates e anteprojetos, o Código de Menores de 1972, foi substituído pelo Novo Código de Menores de 1979, que passa a utilizar a denominação *menor irregular,* que abrangia os casos de abandono, a prática da infração penal, desvio de conduta, a falta de assistência ou representação legal, segundo Ishida[9], este novo Código

[6] ARIÈS, P. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.p.276.

[7] ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei N. 8.069, de 13 de Julho de 1990)**. 2. Ed. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 02.

[8] COSTA, Nálbia Roberta Araújo da. **As perspectivas educacionais como instrumento da proteção integral no combate à violência contra a criança e adolescente.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas, área de concentração em direitos humanos), Universidade Federal da Paraíba – UFPB. João Pessoa, 2010, p. 44. Disponível em: <www.publicadireito.com.br>. Acesso em: 27 Jul. 2013.

[9] ISHIDA, Válter Kenji. **A infração administrativa no estatuto da criança e do adolescente.** São Paulo: Atlas, 2009, p. 05.

do Menor, permitia ao judiciário responsabilizar a família, a sociedade e o Estado, nos casos de omissão dos direitos básicos da criança e do adolescente.

Entretanto, apesar de regulado em Códigos desde 1927, os direitos da criança e dos adolescentes, somente adquiriram força, pelo poder constituinte que atendendo aos apelos da população, introduz o art. 227 na Constituição de 1988[10], que declara os direitos fundamentais da criança e do adolescente. É a partir deste ponto que o legislador passa a olhar com uma visão mais próxima da realidade atual vivida pelos menores, editando então a Lei. 8.069, de 13 de Julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tal Lei, segundo Coimbra[11], surge para reordenar o atendimento à criança e adolescente, no sentido de oferecer a esse segmento garantias de uma vida digna, que se materialize na acessibilidade a saúde, educação, moradia e trabalho, tanto para as crianças, quanto para seus pais ou responsáveis.

Nas palavras de Elias[12], tais garantias passaram a ser entendidas como uma proteção integral que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Assim sendo, às crianças e aos adolescentes devem ser prestadas a assistência material, moral e jurídica.

Atendido os aspectos históricos da proteção ao menor passasse a tratar da legislação vigente de proteção ao menor, mais especificamente sobre as que estiverem relacionadas diretamente a Lei. 8.069/90.

1.2. A PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR PRESENTE LEI N. 8.069/90.

A Lei n. 8.069/90, conhecida também como Estatuto da Criança e do Adolescente, em todos os seus artigos possui um único e fundamental objetivo, qual seja, conceder ao menor a proteção integral de seus direitos, que segundo Costa[13] consiste em:

---

[10] COSTA, Nálbia Roberta Araújo da. **As perspectivas educacionais como instrumento da proteção integral no combate à violência contra a criança e adolescente.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas, área de concentração em direitos humanos), Universidade Federal da Paraíba – UFPB. João Pessoa, 2010, p. 44. Disponível em: <www.publicadireito.com.br>. Acesso em: 27 Jul. 2013.

[11] COIMBRA, Cecília Maria Bouças (Coord.). **Violência e exclusão social.** Niterói: EDUFF, 1999, p. 58.

[12] ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei N. 8.069, de 13 de Julho de 1990)**. 2. Ed. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 02.

[13] COSTA, Antônio Carlos Gomes. Natureza e Implantaçao do Novo Direito da Criança e do Adolescente, In: **Estatuto da Criança e do Adolescente –** Estudos jurídicos-sociais; Ed. Renovar, p. 19.

> [...] afirmar o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da sua espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de politicas especificas para promoção e defesa de seus direitos.

A proteção integral do menor foi a grande e principal mudança trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, pois através dela o menor deixa de ser um mero objeto e passa a ser entendido e tratado como uma pessoa que possui direitos e garantias individuais, os quais devem ser cumpridos.

Tal afirmativa encontra abrigo no art. 3° da Lei. 8.060/90, que dispõe ser a criança e o adolescente portadores de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata a Lei, assegurando-lhes, através da lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, que lhe permitam o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O ECA determina que seja de responsabilidade da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Bem como assegura que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais, ou à efetivação destes[14].

Porém, nem sempre essas garantias se fazem presentes, principalmente dentro do âmbito familiar, assim atento ao melhor interesse do menor, cabe ao poder público intervir nos casos onde são ultrapassados os limites aceitáveis pela sociedade, pois, o menor como pessoa em desenvolvimento, apesar de possuir as garantias não às pode por em prática de maneira autônoma.

Anteriormente, falou-se sobre os limites aceitáveis pela sociedade, pois se entende que a violência contra às crianças e adolescentes apresenta-se sob diversas faces que vai desde atos descomedidos, muitas vezes entendidos como formas de “educar e corrigir”, configurados em agressões físicas e reprimendas depreciativas ou vexatórias, até ações de negligência, violência física, psicológica e sexual.

[14] BRASIL. **Lei n. 8.069/1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 27 Jul. 2013.

Todavia destaca-se que as manifestações de violência, quaisquer que sejam, são expressões prejudiciais, pois, podem provocar incapacidades físicas, neurológicas ou emocionais, além de gerar sentimentos ambíguos e comportamentos distorcidos. Pode ainda desencadear transtornos de personalidade, fobias, depressão, dependência química, tentativas de suicídio e morte, contudo o presente estudo se concentrara em demonstrar os dados relacionados à violência física praticada contra os menores, bem como as consequências dela, em seu desenvolvimento.

2. VIOLÊNCIA CONTRA O MENOR.

A palavra violência vem do termo latino *vis,* que significa força. Assim, a violência é o abuso da força, usar violência é agir sobre alguém ou fazê-lo agir contra sua vontade, empregando a força ou a intimidação. Tem como contrários a calma, a doçura, temperança e a paz[15].

Segundo Waiselfisz[16], nas últimas décadas, houve um alargamento do entendimento da violência, uma reconceituação de suas peculiaridades pelos novos significados, de modo a incluir e a nomear como violência acontecimentos que passavam anteriormente por práticas costumeiras de regulamentação das relações sociais[17], como a violência intrafamiliar.

Se faz importante diferenciar a violência intrafamiliar da violência extrafamiliar, na primeira os acontecimentos se dão diretamente dentro do meio familiar, ou seja, entre pais e filhos, irmãos, tios, entre outros que pela posição que ocupam possuem certo privilégio em relação à vítima e sua família. Por outro lado, a violência extrafamiliar ocorre fora da casa e do ambiente do lar, na escola, nas ruas, e na maioria das vezes praticado por pessoas alheias a família, um colega, um vizinho, professor, entre outros, trocando em miúdos, é a violência sofrida no meio social[18].

Feita às devidas diferenciações, o presente trabalho abordará fundamentalmente a violência intrafamiliar, pois para Veronese e Costa[19] a violência doméstica intrafamiliar é motivo de indignação não tanto por um aspecto quantitativo, isto é, nem tanto pelos números de casos em

---

[15] VERONESE, Josiane Rose Petry. COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Violência Doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar.** OAB/SC Editora. Florianópolis, 2006. p. 102.

[16] WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012, crianças e adolescentes do Brasil**. 1º ed. Rio de Janeiro. 2012. p. 07.

[17] PORTO, M. S. G. **A violência entre a inclusão e a exclusão social***. Anais do VII Congresso Sociedade Brasileira de Sociologia*. Brasília, ago., 1997

[18] CARINHANHA, Joana Iabrudi; PENNA, Lucia Helena Garcia. Violência vivenciada pelas adolescentes acolhidas em instituição de abrigamento. **Texto contexto - enferm.**, Florianópolis, v. 21, n. 1, mar. 2012 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072012000100008&l ng=pt&nrm=iso>. acessos em 04 ago. 2013

[19] VERONESE, J.R.P.; COSTA, M.M.M. ***Violência doméstica:*** **Quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 102.

que ela ocorre, mas pelas formas cruéis em que ela se dá e, principalmente, por ocorrer dentro da família, ou seja, pelo fato de que as pessoas que atentam de uma forma ou de outra contra a criança ou o adolescente, sejam as pessoas da sua convivência mais íntima, aquelas que o colocaram no mundo, aquelas em que a criança "naturalmente" confia, aquelas de quem ela depende totalmente, aquelas que deveriam amá-la e protegê-la, enfim, aquelas que deveriam antes querer morrer do que ver os seus filhos sofrendo qualquer forma de violência ou de mal.

Esta violência praticada contra criança e adolescente tem se manifestado de forma crescente e em diferentes modalidades, destacando-se à negligência, o abandono, e a prática da violência psicológica, sexual e física que será tratada em um tópico especifico, haja vista ser o tema central do presente estudo.

Segundo Veronese e Costa[20], o abuso psicológico se encontra inserto dentro de todas as outras formas de violência contra crianças e adolescentes, uma vez que a falta de ternura, indiferença afetiva, aparecem na raiz propiciadora das outras formas de violência infantil.

Ligados também à questão psicológica aparecem o abandono e à negligência, que são definidos por Claramunt[21] como todo comportamento de descuido e desatenção por parte dos responsáveis e o fato de não proverem às necessidades básicas da criança, assim como a falta de respostas às necessidades de contato afetivo e estimulação cognitiva do menor.

Em outras palavras, fala-se em negligência e abandono, quando mesmo junto da criança o adulto não dispensa à eles a atenção e o cuidado adequados e necessários. Descuidos que podem provocar situações perigosas e acidentes, bem como desinteresse nas atividades familiares e desinteresse escolar.

Segundo Toledo[22], à negligência ou abandono trata-se de outra forma de violência infantil, ocasionada pelas omissões efetuadas pelos pais ou por qualquer responsável pela criança, visando não efetuar as necessidades básicas para o desenvolvimento deste menor impúbere.

---

[20] VERONESE, J.R.P.; COSTA, M.M.M. ***Violência doméstica:*** **Quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 116.

[21] CLARAMUNT, M. C. *Casitas quebradas:* el problema de la violencia doméstica en Costa Rica. San José de Costa Rica: EUNED; 1999. In: RAMOS, Martha Lucia Cabrera Ortiz; SILVA, Ana Lúcia da. Estudo sobre a violência doméstica contra a criança em unidades básicas de saúde do município de São Paulo - Brasil. **Saude soc.**, São Paulo, v. 20, n. 1, mar. 2011 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902011000100016&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 30 jul. 2013.

[22] TOLEDO, Gislane Barbosa de. **Violência infantil.** Paraná on line. Disponível em: <http//:www.parana-online.com.br/.../465353/?...VIOLENCIA+INFANTIL>. Acesso em: 31 Jul 2013.

Em suma, à negligência e o abandono, envolve a omissão dos cuidados básicos de proteção da criança e do adolescente, frente a agravos evitáveis e tem como consequência, portanto, o não atendimento de necessidades físicas e emocionais prioritárias.

Porém, à violência sexual é dentre estas modalidades a mais repugnante, e que segundo Veronese e Costa[23], é muito mais frequente do que pode crer a maioria da população, ou mesmo do que é divulgado pelos meios de comunicação. Esta escassez encontra-se intimamente agregada ao fato de que na maioria dos casos, para que se tenha conhecimento do abuso sexual é necessário que a própria criança ou o adolescente, faça a denúncia.

Todavia, as pessoas submetidas à violência sexual intrafamiliar, principalmente as crianças, muitas vezes se sentem responsáveis pelos atos violentos[24], o que dificulta e impede a revelação, bem como o fato de ser o agressor, pessoa íntima e do convívio, faz com que as crianças sintam-se oprimidas e ameaçadas pela possibilidade de outras violências, contra ela ou contra outras pessoas.

Segundo Azevedo e Guerra[25], mesmo quando as vítimas têm condições de fazer a denúncia, elas se mantêm na maioria das vezes em silêncio, pois normalmente podem enfrentar alguns tipos de reação negativa da parte do seu interlocutor, tais como: não receber o crédito, afirmando-se que ela fantasiou ou inventou à experiência e se o dano puder ser minimizado, surge o discurso implícito de que não houve nenhum prejuízo e que é preferível esquecer o assunto.

Por este motivo, é mais que necessário que seja fomentada a conversa entre pais e filhos, e divulgação de informações sobre o assunto para que, sobretudo, seja afastado o medo que, muitas vezes impede a denúncia, pela criança ou por aquele que possui o conhecimento do ato, mas não o faz, passando a ser conivente com ela.

Outra modalidade de violência seria a física objeto central do presente estudo, a qual será abordada a seguir.

---

[23] VERONESE, J.R.P.; COSTA, M.M.M. ***Violência doméstica:*** **Quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 110.

[24] MARGARIDO, A. ***O muro do silêncio:*** **a violência contra crianças e adolescentes.** São Paulo: CIEDS, 2010, p. 37.

[25] AZEVEDO; GUERA, 1998. In: VERONESE, J.R.P.; COSTA, M.M.M. ***Violência doméstica:*** **Quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 114.

2.1. VIOLÊNCIA FÍSICA CONTRA O MENOR.

A violência física segundo Minayo[26] é o uso da força física contra a criança e o adolescente, causando-lhes desde uma leve dor, passando por danos e ferimentos de média gravidade até a tentativa ou execução do homicídio. Em geral, as justificativas para tais ações vão desde a preocupação com a segurança, à educação, até a hostilidade intensa.

Conforme os índices do Mapa da Violência 2012, o próprio SINAN, nas instruções para o preenchimento da ficha de notificação, estabelece o entendimento da categoria violência física: são atos violentos com uso da força física de forma intencional, não acidental, com o objetivo de ferir, lesar ou destruir a pessoa, deixando, ou não, marcas evidentes no seu corpo. Ela pode se manifestar de várias formas, como tapas, beliscões, chutes, torções, empurrões, arremesso de objetos, estrangulamentos, queimaduras, perfurações, mutilações, entre outros[27].

Também é considerado abuso físico o castigo que se mostra incompatível à idade e capacidade de compreensão da criança, como por exemplo, deixar uma criança de 03 anos sentada por horas de castigo[28]. Neste raciocínio, à violência psicológica passa quase despercebida, especialmente quando a marca física se faz visível.

Segundo os estudos feitos para realização do Mapa da violência 2012, demonstrou-se como sendo a violência física a causa mais frequente de atendimentos, abrangendo acima de 40% do total de crianças e adolescentes que demandaram o serviço. Dos índices apurados o mais assustador, é que 67,8% dos casos de violência acontecem na faixa etária de menor de um ano a 10 anos de idade, demonstrando que quanto mais desprotegida a vítima, maior a utilização de força física como disciplinador/punitivo.

Ademais, é importante também destacar que toda agressão, por mais singular que possa parecer, é injustificada e sua repercussão, incalculável, quase sempre passível de futura reprodução, uma vez que os adultos que sofreram maus-tratos e abusos durante a sua infância tendem a

---

[26] MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra crianças e adolescentes: questão social, questão de saúde. **Rev. Bras. Saude Mater. Infant.**, Recife, v. 1, n. 2, ago. 2001 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid =S1519-38292001000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 jul. 2013.

[27] WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012, crianças e adolescentes do Brasil**. 1º ed. Rio de Janeiro. 2012. p. 66-69.

[28] LOIS, Pollyanna Amador. **Violência Familiar.** Coordenação Pedagógica. Coletânea de estudos. Belo Horizonte, v. 1, p. 1223, jan./jun. 2008 – semestral. Disponível em: <http://www.pucminas.br/graduacao/cursos/arquivos/ARE_ARQ_REVIS_ELETR20080701190359.pdf?PHPSESSID=9b650ed11af52889badec0628cd703ef>. Acesso em: 30 Jul. 2013.

reproduzi-lo na idade adulta em sua família e mais especificamente em seus filhos, estruturalmente mais frágil e mais facilmente objeto de vitimização[29].

Contribuem também para os episódios de violência física a segregação residencial, falta de coesão comunitária, baixa qualidade de educação, o acesso a drogas e álcool, ausência de serviços de atenção para as crianças/famílias e a desvalorização da criança.

Bem como, o desemprego, a pobreza, a privação social, os valores, crenças e culturas, a inexistência de leis de proteção, a iniquidade, alta taxa de crimes, presença de armas, fatores raciais, fracasso escolar, delinquência, suicídio, agressões escolares e entre pares, depressão, prostituição, desigualdade social, baixa escolaridade e a extrema concentração de renda, ausência do pai ou da mãe e história de abuso dos pais em suas infâncias e adolescências[30].

Portanto, não se pode combater apenas a violência ao menor, deixando a raiz do problema ainda sem solução, impondo a responsabilidade somente à família e parentes. Pois primeiro, se estaria indo contra a premissa da Constituição Federal que determina ser dever da família, da sociedade e do Estado, fomentar e zelar pelo desenvolvimento do menor, bem como se estaria deixando de combater as possíveis causas da violência[31] como as diferenças socioeconômicas tão presentes no Estado Brasileiro.

2.2. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLÊNCIA AO MENOR.

A violência doméstica contra a criança, além de se constituir em uma realidade dolorosa, ao revelar os maus-tratos perpetrados no mundo intrafamiliar, traz prejuízos a curtos, médios e longos prazos, tanto de ordem física como psicossocial, que podem ser devastadores, já que as experiências vividas na infância refletem na vida adulta[32].

---

[29] VERONESE, J.R.P. **Entre violentados e violentadores.** São Paulo: Cidade Nova, 1998, p.82.

[30] MARTINS, Christine Baccarat de Godoy. Maus tratos contra crianças e adolescents. **Rev. bras. enferm.**, Brasília, v. 63, n. 4, ago. 2010 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672010000400024&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 jul. 2013.

[31] **JERONYMO, Gilberto Costa e Guilherme**. Mapa da Violência coloca Brasil entre os quatro países com maiores taxas de homicídio de jovens. **Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-07-18/mapa-da-violencia-coloca-brasil-entre-os-quatro-paises-com-maiores-taxas-de-homicidio-de-jovens>. Acesso em: 30 Jul. 2013.**

[32] RAMOS, Martha Lucia Cabrera Ortiz; SILVA, Ana Lúcia da. **Estudo sobre a violência doméstica contra a criança em unidades básicas de saúde do município de São Paulo - Brasil**. Saude soc., São Paulo, v. 20, n. 1, mar. 2011 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_artte xt&pid=S0104-12902011000100016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 jul. 2013.

Em maior parte, as vítimas deste tipo de violência apresentam frequentes retardos escolares, tais como inadaptação ao convívio com outras crianças, dificuldade de expressão, e em sua própria concepção do ambiente escolar, uma vez que tendem a ver nele, não um lugar e aprendizado, mas somente um refúgio para aplacar sua situação, o que não deixa de ser totalmente compreensível[33].

Tornando-se um problema multicausal, constituído por uma diversidade de variáveis, que afeta todos os níveis socioeconômicos e culturais da sociedade e, por essas razões, exige intervenção de uma equipe multiprofissional e interdisciplinar, cujos procedimentos possibilitem um atendimento integral.

Pois conforme observam, Farinatti, Biazus e Leite[34], é difícil, avaliar o tênue limite entre os atos educativos e as condutas violentas praticados contra a criança e o adolescente, uma vez que na sociedade aplicam-se métodos disciplinares físicos e verbais e não a persuasão, diálogo, e os exemplos.

Completa, Weber, Viezzer e Brandenburg[35], destacando que a punição corporal parece eficaz no instante em que é aplicada, mas em longo prazo pode acarretar prejuízos não somente ao individuo que a recebe, mas também para os outros com quem convive, consequência igualmente destacada por Elias. Demonstrando-se a urgência de intervenção no ciclo de reprodução do fenômeno da violência, pois, caso contrário, ele tende a se perpetuar, tendo em vista o caráter "hereditário" da conduta de violência[36].

Tratando especificamente do assunto, De Paúl e Domenech[37] encontraram que mães que haviam sofrido punição física com a produção de danos físicos apresentavam um risco mais elevado de maltratar os filhos do que as que não haviam sofrido danos, indicando ser a severidade uma variável importante. Corroborando essa ideia, Pears e Capaldi[38], além da severidade, constataram

---

[33] ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei N. 8.069, de 13 de Julho de 1990)**. 2. Ed. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 108.

[34] FARINATTI, F.; BIAZUS, D. B.; LEITE, M. B. **Abuso Físico:** fundamentação conceitual. In: FARINATTI, F.; BIAZUS, D. B.; LEITE, M. B. editores Pediatria Social – a criança maltratada. Rio de Janeiro: MEDSI, 1993, p. 30.

[35] WEBER, L. N. D.; VIEZZER, A. P.; BRANDENBURG, A. J. **O uso de palmadas e surras como pratica educativa.** Estudos Psicol., 2004, p. 227.

[36] OLIVEIRA, Débora Regina de UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ. **As violências e a proteção legal para crianças e adolescentes no Brasil.** 2011. TCC (graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2011. Disponível em : <http://Siaibib01.univali.br/pdf/Debora Regina de Oliveira.pdf>. Acesso em : 27 Jul. 2013.

[37] De Paúl, J., & Domenech, L. ***Childhood history of abuse and child abuse potential in adolescent mothers: A longitudinal study. Child Abuse & Neglect***, *2000*, p. 701-713. In: BERGAMO, Lilian Paula Degobbi; BAZON, Marina Rezende. Experiências infantis e risco de abuso físico: mecanismos envolvidos na repetição da violência. **Psicol. Reflex. Crit.**, Porto Alegre, v. 24, n. 4, 2011 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722011000400011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 jul. 2013.

[38] Dixon, L., Browne, K., & Hamilton-Giachritsis, C. ***Risk factors of parents abused as children: A mediational analysis of the intergenerational continuity of childmaltreatment (Part I).*** *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2005, *46*(1), p. 47-57.

que a frequência da punição sofrida também seria um fator relevante na transmissão da violência de uma geração para outra, conforme foi dito anteriormente.

Sendo necessário e urgente o combate a violência em conjunto por todos os membros da sociedade, para por fim a todos as formas de violência ao menor em todas as suas formas, seja ela física, sexual, psicológica, o abandono e a negligência. Nesse sentido, são criados muitos órgãos que visam a proteção do menor e a divulgação de informações para combater os abusos.

3. VIOLÊNCIA AO MENOR NO BRASIL SEGUNDO O MAPA DA VIOLÊNCIA 2012.

No presente tópico visa-se analisar em percentuais, as diversas situações que caracterizam à violência dirigida contra as crianças e adolescentes, com base nos dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação – SINAN - do Ministério da Saúde, dados correspondentes ao ano de 2011 e apresentados no Mapa da Violência 2012[39], crianças e adolescentes do Brasil de autoria de Julio Jacobo Waiselfisz, sociólogo e Coordenador da Área Estudos sobrea Violência da FLACSO Brasil[40].

No Brasil, segundos os índices apresentados pelo Mapa da violência 2012, de modo genérico, destacam-se com os índices mais elevados, Pará, Acre e Sergipe, esta última, campeã, nos casos de violência física ao menor, onde 86% do total de seus atendimentos concentram-se na faixa de menores de um ano a 19 anos de idade, dos 400 atendimentos notificados por Sergipe, 344 são referentes à violência dirigida a jovens e adolescentes do Estado. Ainda, de acordo com os mesmos índices existe uma predominância no atendimento por violência em relação ao sexo feminino, uma diferença leve nos anos inicias, mas que agrava-se com a chegada da adolescência, e mais ainda com a maturidade.

Em outro extremo, Paraíba, Minas Gerais e Santa Catarina são as que apresentam as menores proporções. Porém, não é por serem baixos os índices de violência no estado de Santa Catarina, 31,5%, que o poder público pode deixar de se preocupar em aplicar as medidas cabíveis na fiscalização, controle e inibição de atos deste tipo, para que se possa chegar a um índice zero ou o mais próximo dele possível.

[39] Justifica-se a utilização de uma pesquisa de 2012, tendo em vista que estes dados não foram atualizados, apesar de haver buscado outras fontes, os índices mais completos ainda são estes de 2012, porém, através de dados não oficiais, é possível dizer que os índices acima, já cresceram.

[40] WAISELFISZ, Julio Jacobo**. Mapa da Violência 2012, crianças e adolescentes do Brasil**. 2012.

Outro fato, comprovado pela pesquisa realizada e também constante no Mapa da Violência 2012, é que as agressões acontecem de forma predominante na residência das vítimas. É igualmente notório, que os pais, no sentido genérico, são os principais responsáveis pelas violências notificadas, concentrando 39,1% dos atendimentos em 2011.

Esse fato torna-se bem marcante no primeiro ano de vida, e vai diminuindo com o crescimento da criança. Já na faixa de 15 a 19 anos só acontece em 15,8% dos casos, quando o papel dos pais começa a ser substituído a partir dos 5 anos de idade por amigos/conhecidos, e partir dos 10 anos, por parceiros ou ex-parceiros e por pessoas desconhecidas.

Porém dentre as variadas formas de violência a que possui maior destaque, achava-se ser a sexual, porém os índices da pesquisa comprovam que a mais comum ou pelo menos a que mais chega ao conhecimento das autoridades é a agressão física do menor, conforme será demonstrado abaixo.

4. MEIOS DE PREVENÇÃO E DE PROTEÇÃO AO MENOR.

No sentido de prevenir e combater a violência à criança e ao adolescente são criadas várias entidades de proteção ao menor, a exemplo do Conselho Tutelar, instituído através do art. 131 da Lei n. 8.069.

Trata-se de órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade, funcionando como um dos braços do poder público encarregado de fiscalizar e atender à todos os casos que envolvam menores que tiveram seus direitos violados, bem como nos demais casos previstos no art. 136 do ECA.

O conselho tutelar atua como representante do menor, nos casos onde os familiares não podem ou são os culpados pela violação do direito. Em casos deste tipo as consequências podem chegar até a desconstituição do poder familiar através dos procedimentos previstos em lei, em outras palavras, retira-se o menor do lar defeituoso e tenta reacomoda-lo da melhor maneira possível sempre atento ao principio do melhor interesse do mesmo[41], para que possa ser cumprido e resguardado seus direitos.

[41] ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei N. 8.069, de 13 de Julho de 1990)**. 2. Ed. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 178-180.

Outros meios também são utilizados na tentativa de proteção do menor, a exemplo das fundações, projetos governamentais e particulares como o Projeto de Extensão denominado PROTEJÁ realizado pelo Curso de Direito de Balneário Camboriú da Univali, que visa levar as escolas e a comunidade informações que possibilitem a inibição de práticas violentas e facilite a denúncia de atos abusivos.

O Projeto PROTEJÁ, tem além dos comprometimentos acima, o propósito fundamental de apresentar formas de intervenções no contexto legal, institucional e social, bem como criar estratégias para os principais órgãos da rede de proteção a criança e o adolescente atuarem de forma articulada e integrada no município de Balneário Camboriú e região do vale do Itajaí. O trabalho de extensão universitária também pretende fomentar a reflexão sobre os diplomas legais que regulamentam os crimes de violência praticada contra criança e adolescente.

Com essas premissas desde fevereiro de 2011 o Projeto de Extensão Universitária "PROTEJÁ" vem com o compromisso social de estabelecer parcerias para prestar serviços especializados à comunidade com a finalidade de melhorar a qualidade de vida de crianças e adolescentes que estão em situação de risco ou vulnerabilidade.

Em nível nacional atua desde o ano de 2003, o Disque Denúncia Nacional, ou Disque 100[42], que é um serviço de proteção a crianças e adolescentes com foco em violência sexual, vinculado ao Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, da SPDCA/SDH.

Trata-se de um canal de comunicação da sociedade civil com o poder público, que possibilita conhecer e avaliar a dimensão da violência contra crianças e adolescentes e o sistema de proteção, bem como orientar a elaboração de políticas públicas.

Possui o objetivo de receber/acolher denúncias de violência contra crianças e adolescentes, procurando interromper a situação de violação, atua em três níveis ou etapas: ouve, orienta e registra a denúncia, posteriormente encaminha a denúncia para a rede de proteção e responsabilização e faz o monitoramento das providências adotadas para informar a pessoa denunciante sobre o que ocorreu com a denúncia.

[42] SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Disque Denúncia Nacional de Abuso e Exploração contra Crianças e Adolescentes – Disque 100. Disponível em: <http://www1.direitoshumanos.gov.br/spdca/exploracao__sexual/Acoes_PPCAM/disque_denuncia>. Acesso em: 04 Ago. 2013.**

O Disque 100 funciona diariamente das 8h às 22h, inclusive nos fins de semana e feriados. As denúncias recebidas são analisadas e encaminhadas aos órgãos de proteção, defesa e responsabilização, de acordo com a competência e as atribuições específicas, priorizando o Conselho Tutelar como porta de entrada, no prazo de 24 horas, mantendo em sigilo a identidade da pessoa denunciante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A violência contra a criança e o adolescente atualmente apresenta-se em menores proporções do que ocorria antes da Lei. nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, porém os índices ainda são alarmantes, conforme pode ser demonstrado através dos dados do Mapa da Violência 2012.

Mesmo que o Estado de Santa Catarina figure entre os que têm a menor taxa de ocorrências, não se pode deixar de promover a conscientização para que esses índices não sejam só baixos, mas que se aproximem o quanto for possível, de zero. Seja qual for o tipo de violência desempenhada, seja ela física, sexual, psicológica ou apresente-se através da negligência e abandono, o menor sofrerá consequências para o resto da vida, e em muitos casos perpetuará esta conduta violenta em sua família, filhos e esposa.

Portanto, como bem coloca a Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, é dever da família, do Estado e da sociedade, cuidar para que os casos de violência não ocorram bem como para que o menor tenha um crescimento saudável.

E se ocorrer a violência, deve ocorrer também a denúncia, para que possam os danos ser minimizados assim como as consequências ao desenvolvimento do menor, que tão somente pela sua condição de menor já se encontra de alguma forma indefeso.

Sendo de suma importância destacar que somente através de uma efetiva cooperação entre Estado, sociedade e a família o agressor bem como as pessoas coniventes com ele poderão ser punidas disciplinarmente pelo ato repugnante de agressão e violação aos direitos do menor.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARIÈS, P. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.p.276.

AZEVEDO; GUERA, 1998. In: VERONESE, J.R.P.; COSTA, M.M.M. ***Violência doméstica:*** **Quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 114.

BITTAR, D. B. **Violência Intrafamiliar: um estudo com mães agressoras usuárias de álcool e drogas,** 2010. Dissertação (Mestrado) – Escola de Enfermagem, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2010, p. 84

BRASIL. **Lei n. 8.069/1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 27 Jul. 2013.

CARINHANHA, Joana Iabrudi; PENNA, Lucia Helena Garcia. Violência vivenciada pelas adolescentes acolhidas em instituição de abrigamento. **Texto contexto - enferm.**, Florianópolis, v. 21, n. 1, mar. 2012 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-0707201200010 0008&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 04 ago. 2013

CLARAMUNT, M. C. *Casitas quebradas:* el problema de la violencia doméstica en Costa Rica. San José de Costa Rica: EUNED; 1999. In: RAMOS, Martha Lucia Cabrera Ortiz; SILVA, Ana Lúcia da. Estudo sobre a violência doméstica contra a criança em unidades básicas de saúde do município de São Paulo - Brasil. **Saude soc.**, São Paulo, v. 20, n. 1, mar. 2011 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902011000100016&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 30 jul. 2013.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças (Coord.). **Violência e exclusão social.** Niterói: EDUFF, 1999, p. 58.

COSTA, Antônio Carlos Gomes. Natureza e Implantaçao do Novo Direito da Criança e do Adolescente, In: **Estatuto da Criança e do Adolescente –** Estudos jurídicos-sociais; Ed. Renovar, p. 19.

COSTA, Nálbia Roberta Araújo da. **As perspectivas educacionais como instrumento da proteção integral no combate à violência contra a criança e adolescente.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas, área de concentração em direitos humanos), Universidade Federal da Paraíba – UFPB. João Pessoa, 2010, p. 44. Disponível em: <www.publicadireito.com.br>. Acesso em: 27 Jul. 2013.

De Paúl, J., & Domenech, L. ***Childhood history of abuse and child abuse potential in adolescent mothers: A longitudinal study. Child Abuse & Neglect***, *2000*, p. 701-713. In: BERGAMO, Lilian Paula Degobbi; BAZON, Marina Rezende. Experiências infantis e risco de abuso físico: mecanismos envolvidos na repetição da violência. **Psicol. Reflex. Crit.**, Porto Alegre, v. 24, n. 4, 2011 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_ arttext&pid=S0102-79722011000400011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 jul. 2013.

Dixon, L., Browne, K., & Hamilton-Giachritsis, C. ***Risk factors of parents abused as children: A mediational analysis of the intergenerational continuity of childmaltreatment (Part I).*** *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2005, *46*(1), p. 47-57.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei N. 8.069, de 13 de Julho de 1990)**. 2. Ed. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARINATTI, F.; BIAZUS, D. B.; LEITE, M. B. **Abuso Físico:** fundamentação conceitual. In: FARINATTI, F.; BIAZUS, D. B.; LEITE, M. B. editores Pediatria Social – a criança maltratada. Rio de Janeiro: MEDSI, 1993, p. 30.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social.** 6.ed.São Paulo:Atlas,2008.p.94.

ISHIDA, Válter Kenji. **A infração administrativa no estatuto da criança e do adolescente.** São Paulo: Atlas, 2009, p. 05.

JERONYMO, Gilberto Costa e Guilherme. Mapa da Violência coloca Brasil entre os quatro países com maiores taxas de homicídio de jovens. **Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-07-18/mapa-da-violencia-coloca-brasil-entre-os-quatro-paises-com-maiores-taxas-de-homicidio-de-jovens>. Acesso em: 30 Jul. 2013.**

LOIS, Pollyanna Amador. **Violência Familiar.** Coordenação Pedagógica. Coletânea de estudos. Belo Horizonte, v. 1, p. 1223, jan./jun. 2008 – semestral. Disponível em: <http://www.pucminas.br/graduacao/cursos/arquivos/ARE_ARQ _REVIS_ELETR20080701190359.pdf?PHPSESSID=9b650ed11af52889badec0628cd703ef>. Acesso em: 30 Jul. 2013.

MARGARIDO, A. ***O muro do silêncio:*** **a violência contra crianças e adolescentes.** São Paulo: CIEDS, 2010, p. 37.

MARTINS, Christine Baccarat de Godoy. Maus tratos contra crianças e adolescents. **Rev. bras. enferm.**, Brasília, v. 63, n. 4, ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672010000400024&l ng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 jul. 2013.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra crianças e adolescentes: questão social, questão de saúde. **Rev. Bras. Saude Mater. Infant.**, Recife, v. 1, n. 2, ago. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo. php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292001000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 jul. 2013.

OLIVEIRA, Débora Regina de UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ. **As violências e a proteção legal para crianças e adolescentes no Brasil.** 2011. TCC (graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2011. Disponível em : <http://Siaibib01.univali.br/pdf/Debora Regina de Oliveira.pdf>. Acesso em : 27 Jul. 2013.

PORTO, M. S. G. **A violência entre a inclusão e a exclusão social***. Anais do VII Congresso Sociedade Brasileira de Sociologia*. Brasília, ago., 1997

RAMOS, Martha Lucia Cabrera Ortiz; SILVA, Ana Lúcia da. **Estudo sobre a violência doméstica contra a criança em unidades básicas de saúde do município de São Paulo - Brasil**. Saude soc., São Paulo, v. 20, n. 1, mar. 2011 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_artte xt&pid=S0104-12902011000100016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 jul. 2013.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Disque Denúncia Nacional de Abuso e Exploração contra Crianças e Adolescentes – Disque 100. Disponível em: <http://www1.direitoshumanos.gov.br/spdca/exploracao __sexual/Acoes_PPCAM/disque_denuncia>. Acesso em: 04 Ago. 2013.**

TOLEDO, Gislane Barbosa de. **Violência infantil.** Paraná on line. Disponível em: <http//:www.parana-online.com.br/.../465353/?...VIOLENCIA+INFANTIL>. Acesso em: 31 Jul 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry. COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Violência Doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar.** OAB/SC Editora. Florianópolis, 2006.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012, crianças e adolescentes do Brasil**. 1º ed. Rio de Janeiro. 2012.

WEBER, L. N. D.; VIEZZER, A. P.; BRANDENBURG, A. J. **O uso de palmadas e surras como pratica educativa.** Estudos Psicol., 2004, p. 227.

IMPLICAÇÕES DA MEDIDA PROVISÓRIA 764/2016 NO ATUAL SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Pedro Gabriel Cardoso Passos[1]

INTRODUÇÃO

O tema abordado neste artigo cientifico surgiu no final de 2016 com a medida provisória nº 764, editada pelo governo Michel Temer, mais precisamente em 27 de dezembro de 2016 com a publicação no diário oficial da União. A medida provisória contém apenas dois artigos, sendo que só o primeiro artigo e seu parágrafo único contém conteúdo com relevância jurídica. Porém o dispositivo legal entra em conflito com algumas normas já consolidadas no ordenamento jurídico brasileiro e levanta questionamentos quanto ao seu conteúdo.

No que tange ao conteúdo da medida provisória 764/16, cumpre salientar o seu texto legal

> Art. 1º Fica autorizada a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público, em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado.
>
> Parágrafo único. É nula a cláusula contratual, estabelecida no âmbito de arranjos de pagamento ou de outros acordos para prestação de serviço de pagamento, que proíba ou restrinja a diferenciação de preços facultada no **caput**.[2]

Visualiza-se que a medida provisória permite a partir da data de sua publicação a diferenciação de preço conforme o modo de pagamento, naturalmente, o Consumidor terá direito de saber os valores do mesmo produto conforme o modo que irá efetuar o pagamento.

Há tempos os órgãos administrativos de defesa do consumidor vem lutando contra práticas abusivas cometidas pelos fornecedores de bens ou serviços. Encontramos previsão legal das práticas abusivas a partir do Art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente no inciso V, o legislador fala em vantagem manifestamente excessiva praticada pelo fornecedor para com o consumidor[3]. Este é o dispositivo legal que o consumidor se resguardava contra qualquer ato que fosse excessivo, inclusive a cobrança de valores diferenciados para pagamentos realizado com cartão de debito ou pagamentos realizados com dinheiro.

---

[1] Pedro Gabriel Cardoso Passos, formado em licenciatura em história pela Uniasselvi - Leonardo Da Vinci e aluno do curso de Direito do 10º período pela Univali - Universidade do Vale do Itajaí. E-mail:pegacarpa@yahoo.com.br

[2] Brasil. Medida provisória 764/2016.

[3] BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.

A medida provisória 764/2016 foi emitida com a ajuda do atual presidente do Banco Central e também com a ajuda do atual Ministro da Fazenda Henrique Meirellesm que até 2011 era presidente do Banco Central.

Torna-se importante ressaltar qual será o prazo de vigência desta medida provisória e quais serão as atitudes a serem tomadas após tramitar no Congresso Nacional.

Considerando que a medida provisória 764/2016 entrou em vigor em 27 de dezembro de 2016 e de acordo com o Art. 57 da Constituição Federal, o Congresso Nacional encontra-se em recesso até a data de 2 de fevereiro de 2017, o prazo da medida provisória estará suspenso, contando somente a partir desta data. Considerando o recesso, o prazo de validade será 60 dias depois do dia 2 de fevereiro de 2017, de acordo com o Art. 62 §3º e §4º da CRFB/88 podendo ser prorrogado por mais 60 dias caso a votação não tiver sido encerrada nas duas casas do Congresso Nacional, também de acordo com o previsto no Art. 62 §7º da CRFB/88.

Tendo em vista os prazos expostos, considera-se que: a medida provisória 764/2016 poderá vigorar na pior das hipóteses 120 dias a partir do dia 2 de fevereiro de 2017, trancando a pauta de cada casa após o 44º dia.

Se aprovada a Medida Provisória 764/2016, se tornará uma Lei Ordinária e comporá o nosso atual sistema jurídico, no entanto, deverão os juristas analisar as regras de interpretação jurídica, tendo em vista que a medida provisória entra em conflito com algumas leis ordinárias em níveis federais e estaduais.

Caso a medida provisória não seja aceita pelo Congresso Nacional ou se não for votada, o que se mostra improvável, dispõe o Art. 62 §3º da CRFB/88 que o próprio Congresso deverá através de decreto legislativo disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes[4]. Existe ainda a possibilidade de a medida provisória ter efeitos retroativos, ou seja, o fornecedor que cobrou valores diferenciados de acordo com o meio de pagamento utilizado deverá restituir a quantia cobrada a mais para o Consumidor. Lembrando que esta é uma possibilidade, que irá gerar ônus aos fornecedores e que pode também trazer recursos para órgãos superiores.

1. ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

[4] BRASIL. Constituição Federal, 1988.

Como dito anteriormente o ordenamento jurídico em várias esferas, sejam elas estadual ou federal traz entendimentos e textos que contrariam a medida provisória 764/2016. Para que possamos ter um breve entendimento sobre o que o atual ordenamento jurídico brasileiro entende por cobrança diferenciada de preço para o mesmo produto precisamos elencar os principais dispositivos legais usados pelos órgãos de proteção ao consumidor e também decisões e entendimentos dos diversos tribunais.

O Art. 39, V, do CDC é sem duvidas o dispositivo mais utilizado nas vias administrativas, pois em seu texto é dito que:

> Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...]
> [...]V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;[5]

Naturalmente, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor só foi posto em vigor em 1990 e também o texto deste artigo só entrou no ordenamento em 1994, época que o método de pagamento com cartão de debito ou crédito não era tão popular quanto hoje o dispositivo legal não traz de forma explicita que o fornecedor não poderá cobrar valor diferenciado para o mesmo produto, haja vista que, se o produto apresenta um valor X para pagamento dinheiro, não é culpa do consumidor que terá que pagar o valor de X + R$2,00 (dois reais), pois o fornecedor arca com taxas em máquinas de cartão de crédito e débito. Porém, subentende-se que o fornecedor está tirando uma vantagem do consumidor por conta do método de pagamento.

Ainda, no mesmo código, é possível observar o Art. 51, X, aborda a cobrança diferenciada de maneira unilateral e também a coloca no rol de práticas abusivas, a qual se aplica perfeitamente à cobrança diferenciada de preços, pois se o fornecedor aplica uma diferenciação de preços sem a vontade do consumidor, o mesmo estará infringindo o dispositivo legal.

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]
> [...] X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;[6]

O Ministério de Estado da Fazenda, também em 1994, já se posicionou a respeito da diferenciação de preço para pagamentos em dinheiro e cartão de crédito através da Portaria nº 118/1994, que em seu texto diz:

> Art. 1º Dispensar a obrigatoriedade da expressão de valores em cruzeiro real nas faturas, duplicatas e carnes emitidos por estabelecimentos industriais, comerciais e de prestação de serviços, representativos de suas vendas a prazo, inclusive para serem liquidados com prazo inferior a trinta dias, observando o seguinte: (...)

[5] BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990

[6] _____. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990

> Parágrafo único: O disposto neste artigo aplica-se também as faturas emitidas por empresas administradoras de cartão de credito, caso em que:
> I – não poderá haver diferença de preços entre transações efetuadas com o uso do cartão de credito e as que são em cheque ou dinheiro.[7]

A respeito da diferenciação de preços conforme o modo de pagamento, o que mais deixa o consumidor preocupado é, sem dúvidas, o valor da gasolina, que havendo uma pequena variação de poucos centavos poderá fazer uma grande diferença no momento de adquirir o produto.

O Superior Tribunal de Justiça, possui entendimento consolidado sobre o assunto. No Recurso Especial nº 1.133.410 é reafirmado que o pagamento por cartão de crédito se iguala a pagamento a vista, e as taxas de juros pagas pelo fornecedor ao utilizar este tipo de serviço é inerente a própria atividade econômica desenvolvida pelo empresário.

A partir deste momento será necessário compreender como o mundo jurídico estava lidando com fatos semelhantes no que tange a diferenciação de preços. Também será analisado o que a doutrina e os órgãos de atuação na defesa consumeristas entendem frente a este novo dispositivo legal.

2. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E DOS ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS A RESPEITO DA DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS.

O posicionamento dos doutrinadores brasileiros segue na mesma linha dos entendimentos jurisprudenciais citados anteriormente. Entende-se que a lei de defesa consumerista não pode prever todas as práticas abusivas que o fornecedor de bens ou serviços poderá realizar para tirar vantagem do consumidor.

Para Renato Afonso Gonçalves,[8] o inciso V do Art. 51 do CDC é: “V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva. Tal prática exacerba o desequilíbrio já inerente entre fornecedores e consumidores, gerando desproporcionalidade”[9]

A Medida Provisória 764/2016 traz em seu texto legal o dispositivo que veda a cláusula contratual que proíba ou restrinja a diferenciação de preço. Por este motivo, faz-se necessário ressaltar a o Art. 51 da Lei 8078/90 que aborda nos seus incisos as cláusulas contratuais que serão

[7] _____. Ministério da Fazenda. **Portaria 118 de 1994**.

[8] GONÇALVES. Renato Afonso. **Como se preparar para o exame da ordem, 1ª fase:** Direito do Consumidor**.** 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

[9] _____. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.**

consideradas nulas. Com isso, concluímos que temos a liberdade de contratar e ser contratado, desde que respeitados algumas regras previamente estipuladas no ordenamento jurídico.

Os órgãos de proteção ao consumidor (PROCONs) já se posicionaram enquanto a diferenciação de preços principalmente aplicada por postos de gasolina. Enquanto uns entendem que a diferenciação de preços não deve ocorrer como o PROCON de Blumenau – SC[10], outros entendem que devido a Medida Provisória já estar em vigor, é licita a diferenciação de preço, desde que o consumidor tenha acesso a informação necessária antes de contratar o serviço ou adquirir o produto, para que no momento do pagamento o consumidor fique surpreendido com valores diferenciados.

Através da Nota Técnica nº 002/2016 o PROCON da cidade de Blumenau em Santa Catarina[11] deixou claro que considera a diferenciação de preços como prática abusiva, também mostrou em diversos pontos embasamento legal para o seu posicionamento. Também deixou claro que quando o fornecedor estipula o preço do produto, já calcula qual a margem de lucro que terá, embutindo no valor final itens como, aluguel do estabelecimento, folha de pagamento dos funcionários e impostos a serem pagos. Ocorre que, dando margem para que o fornecedor repasse ao consumidor o custo das taxas cobradas por empresas administradoras de cartões, a relação de consumo fica fragilizada, podendo o consumidor, no futuro, que arcar com outros custos. Para deixar claro, segue um exemplo: João leva seu veículo até um posto de gasolina para encher o tanque, ao chegar no local, é abordado pelo frentista que informa que no referido estabelecimento, o valor total a ser pago pela gasolina será acrescido de 10% de uma taxa de repasse para a operadora do cartão, somados com 10% da companhia de energia elétrica e de saneamento que prestam serviços ao estabelecimento, somados com 10% do serviço do serviço de leva e traz da máquina de cartão do caixa até o veículo" É fácil entender que é um absurdo este tipo de cobrança, onerando o consumidor excessivamente.

Já a segunda turma do TRF da 5ª região, o Desembargador Federal Araken Mariz foi relator, na apelação cível 130990 RN 98.05.03925-0 entendeu que fato do comerciante realizar cobranças com acréscimos sob o valor total do produto, desde que justifique o repasse para a instituição de crédito, não configura abuso de poder.

---

[10] PREFEITURA DE BLUMENAU. **Nota técnica 002 de 2016** Disponível em <http://www.blumenau.sc.gov.br/governo/procon/pagina/notas-tecnicas-procon>. Acesso em: 06 de março de 2016.

[11] ____. **Nota técnica 002 de 2016**. Acesso em: 06 de março de 2017.

O Tribunal Regional Federal em outras ocasiões também já se mostrou favorável em dar provimento a apelações cíveis, como nos casos: AC: 84199 CE 95.05.21819-2 e AC: 84199 CE 002189-90.1995.4.05.0000 nos quais o fornecedor pôde no caso prático realizar cobranças diferenciadas.

Não somente o Tribunal Federal, mas também o Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina também já deu provimento a recursos sobre o mesmo tema, um exemplo seria a ação cível 5370044 SC 2008.053704-4, no qual a Primeira Câmara de Direito Público decidiu dar provimento ao pedido de isenção de multa aplicada pelo PROCON devido a cobrança diferenciada para pagamentos com cartão de crédito, visto que o fornecedor só recebe o pagamento após passados trinta dias.

Visto os fatos expostos, será analisado a partir deste momento qual será o futuro desta medida provisória, quais serão os benefícios e o que ela realmente mudará na relação de consumo do dia a dia.

3. O FUTURO DA MEDIDA PROVISÓRIA

Em uma postagem realizada através da página oficial do Senado Federal na rede social Facebook[12], a "propaganda" realizada para promover a medida provisória traz uma situação irreal. Ao analisar a imagem postada na rede social, é possível concluir que o fornecedor de bens ou serviços quer dar descontos ao consumidor porém é proibido visto que a legislação brasileira não permite, situação esta que se mostra utópica quando realizamos que o Estado brasileiro é capitalista e o objetivo principal do comércio é a arrecadação de capital e não a concessão de descontos. Porém, após esta breve analise a postagem realizada pelo Senado Federal, seguimos.

Não obstante ao considerar que a medida provisória não dá margens para a diferenciação e preços, os PROCONs entendem que somente poderá existir uma diferenciação de preços na medida em que os valores são repassados para a operadora do cartão. Para que possamos entender, segue o primeiro exemplo: João é fornecedor e a cada compra realizada e paga através de cartão de crédito, João repassa do valor total da compra, a quantia de 5% dos valores para a operadora do cartão, neste sentido, João só poderia cobrar 5% a mais sobre o valor da compra, teoricamente para cobrir o valor dos custos. Ocorre que esta situação não se mostra real, ao passo que se o produto

[12] Senado Federal. **PREÇOS DIFERENTES PARA PAGAMENTOS COM DINHEIRO OU CARTÃO**. Disponível em: <https://www.facebook.com/SenadoFederal/photos/a.176982505650946.49197.150311598318037/1574691739213342/?type=3&theater>. Acesso em: 06 de março de 2017.

custa R$100,00 e o fornecedor repassa 5% para a operadora, naturalmente este poderia cobrar R$5,00 a mais do valor total, porém ainda não irá corresponder ao valor total da venda visto que o consumidor terá que pagar o valor de $105,00, porém 5% de R$105,00 é R$99,75, o fornecedor continua não recebendo o valor total que estava cobrando no produto e o consumidor tem que pagar a mais por um produto que custa menos.

No caso supracitado, para que o fornecedor receba o valor de R$100,00 (cem reais) já descontadas as taxas de transferências, este teria que cobrar entre 6% (seis por cento) ou 7% (sete por cento), ultrapassando o que ele repassa para a administradora do cartão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante os fatos narrados, o objetivo da medida provisória não era aumentar o preço do produto, mas sim que estes continuassem no mesmo valor, porém se o consumidor optasse por realizar o pagamento em dinheiro, receberia um desconto, mas na realidade o preço continua o mesmo caso o consumidor adquira o produto em dinheiro e recebe um aumento do preço se opta por realizar o pagamento no cartão de crédito/débito ou cheque.

Considerando os julgados do poder judiciário ao proferir decisões como as citadas neste artigo, observamos uma clara diferença entre esfera administrativa e esfera judiciária, a conclusão é de que a esfera administrativa tende a estar mais do lado do consumidor do que a esfera judiciaria. Em sendo assim, se a medida provisória for aprovada e ser introduzida no ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária, estaria justificando diversos julgados.

O plano de governo de Michel Temer, atual presidente da república, tem como objetivo incentivar a iniciativa privada, e por este motivo torna-se fácil entender qual foi o real motivo da medida provisória em questão. A dúvida que surge refere-se a esse assunto, considerando que a diferenciação de preço veio para cobrir o que o fornecedor repassava de taxas para as operadoras de cartão, o porquê não reduzir as taxas, qual foi o motivo que fez o Presidente escolher entre reduzir as taxas repassadas para as operadoras de cartão de crédito e fazer com que o consumidor arcasse com este ônus?

Por fim, a Medida Provisória apareceu no sistema jurídico brasileiro com uma máscara de ovelha, alegando que seria um dispositivo legal que só traria benefícios para a população, porém, se bem observado e também analisado a realidade dos fatos, é de fácil compreensão que o seu objetivo foi deturpado, trazendo para o consumidor um ônus maior no momento da aquisição do

bem ou serviço, trazendo consigo um retrocesso para a economia brasileira, visto que o dinheiro em espécie voltará para as carteiras dos consumidores, que antigamente estava sendo substituído por cartões, afinal apresentavam mais segurança não somente no que tange a andar com dinheiro da carteira, mas também na administração do mesmo junto ao banco.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

_____. **Medida Provisória 764 de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv764.htm>. Acesso em: 06 de março de 2017.

_____. Ministério da Fazenda. **Portaria 118 de 1994**. Disponível em: <http://www.mppi.mp.br/internet/attachments/Portaria%20n%C2%BA%20118-94%20do%20Ministerio%20da%20Fazenda.doc>. Acesso em 05 de março de 2017.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 06 de março de 2017

_____. Senado Federal. **PREÇOS DIFERENTES PARA PAGAMENTOS COM DINHEIRO OU CARTÃO**. Disponível em: <https://www.facebook.com/SenadoFederal/photos/a.176982505650946.49197.150311598318037/1574691739213342/?type=3&theater>. Acesso em: 06 de março de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.133.410-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 16/03/2010. (Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/inforjut/doc.jsp. Acesso em 16/01/2017).

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 5º região - **AC: 130990 RN 98.05.03925-0**. Relator: Desembargador Federal Araken Mariz, Data de Julgamento: 10/08/1999, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ DATA-15/10/1999 PÁGINA-1101

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AC: 537044 SC 2008.053704-4**. Relator: Newton Trisotto, Data de Julgamento: 20/10/2009, Primeira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Balneário Camboriú)

GONÇALVES, Renato Afonso. **Como se preparar para o Exame de Ordem 1ª fase**: Direito do Consumidor. 5. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

PREFEITURA DE BLUMENAU. **Parecer 002 de 2012.** Disponível em: < http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:siQJ9VeT0HgJ:www.blumenau.sc.gov.br/secretarias/procon/pagina/orientacoes-consumidor%26download%3D7ab46bb93cb2eb99c6978cfbb0172870+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 05 de março de 2017.

_____. **Nota técnica 002 de 2016**. Disponível em: <http://www.blumenau.sc.gov.br/governo/procon/pagina/notas-tecnicas-procon>. Acesso em: 06 de março de 2017.

A ALTERAÇÃO DO CONCEITO DE PRESCRIÇÃO COM FUNDAMENTO NA POLÍTICA JURÍDICA PARA ATENDER A TEORIA DA *ACTIO NATA*

Helena Liebl[1]

Luciana de Carvalho Paulo Coelho[2]

INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que na sociedade brasileira existem normas que não atendem aos anseios da população, ou então, que seus modos de aplicação e consequentes efeitos, tornam-se injustos. O conceito de prescrição, em determinadas situações demonstra isso.

O Código Civil estabelece prazos para que a pessoa exerça a sua pretensão, porém este começa a ser contado da data em que o direito do titular foi violado, nascendo sua pretensão. Entretanto, muitas vezes a pessoa desconhece a violação do seu direito e só descobre depois de algum tempo, tendo prescrita a sua pretensão.

A Teoria da *Actio Nata* surge no sistema jurídico, recentemente, no Código de Defesa do Consumidor. Ela defende que o prazo prescricional só poderia começar a ser contado quando o agente descobre e tem ciência da violação do seu direito. Com isso, objetiva-se por meio deste trabalho tratar sobre a prescrição e a necessidade de inclusão da Teoria da *Actio Nata* na redação do artigo 189 do Código Civil, pois se vê que em muitos casos a pessoa perde a sua pretensão pelo lapso de tempo, sem ao menos ter tido ciência que o seu direito foi violado, o que se torna uma injustiça.

A Política Jurídica, com a sua tarefa de buscar normas que vão de encontro com os valores sociais, entra no contexto da prescrição, auxiliando na tese de alteração do conceito deste instituto.

Em um primeiro momento abordar-se-ão os conceitos e fundamentos da Prescrição utilizada, hoje, pelos doutrinadores, discorrendo, também, sobre os diversos prazos que tem a prescrição, bem como seus tipos, efeitos e requisitos. Não se trata aqui, de uma análise critica, mas sim, de uma análise doutrinária quanto à prescrição.

[1] Estudante do Curso de Direito da UNIVALI, campus de Itajaí; e-mail: helenali.liebl@gmail.com

[2] Professora da UNIVALI, campus de Itajaí e doutoranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI. E-mail: lupaulocoelho@yahoo.com.br

No segundo momento, abordar-se-á a Teoria da *Actio Nata* e as formas de contagem dos prazos prescricionais, discorrendo sobre qual o significado dessa teoria que está sendo utilizada apenas jurisprudencialmente, mostrando assim, a diferença nos efeitos de se utilizar os prazos prescricionais de acordo com a definição da prescrição pelo legislador e como ela, em alguns casos se torna injusta.

Por último, passa-se a tratar da Política Jurídica e como ela pode nos ajudar a ter leis mais justas e humanas, de acordo com as necessidades e princípios sociais. Por fim, analisará a necessidade da inclusão da Teoria da *Actio Nata* no Código Civil, baseada nos conteúdos aqui tratados.

Quanto à metodologia empregada, o relato dos resultados será composto na base lógica Indutiva[3]. Nas diversas fases da Pesquisa, serão utilizadas as Técnicas do Referente[4], da Categoria[5], do Conceito Operacional[6] e da Pesquisa Bibliográfica[7].

1. CONCEITO E FUNDAMENTOS DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

O instituto da prescrição decorre de uma pretensão acerca de um direito violado, tendo o agente um prazo prescricional fixado em lei para exercer essa pretensão. O instituto da prescrição está disposto no artigo 189 do Código Civil[8].

Maria Helena Diniz exemplifica a prescrição da seguinte forma:

[3]"[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Milleniuum, 2008. p. 86.

[4]"[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. p. 53.

[5]"[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia." PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática. p. 25.

[6]"[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. p. 37.

[7]"Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. p. 209.

[8] Art. 189, CC - Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

> O titular da pretensão jurídica terá prazo para propor ação, que se inicia (dies a quo) no momento em que sofrer violação do seu direito subjetivo. Se o titular deixar escoar tal lapso temporal, sua inércia dará origem a uma sanção adveniente, que é a prescrição.[9]

Logo, a prescrição não é a perda da ação em si, mas sim da pretensão, pois se pode dizer que após o direito subjetivo ter sido violado, nasce a pretensão que é a capacidade defensiva do titular do direito, quando, em um determinado espaço de tempo, o titular não a utiliza, nem o seu direito de propor uma ação para fazer valer a prestação devida, surge, então, a prescrição.

A prescrição age contra a inércia da ação, a fim de que a estabilidade do direito se restabeleça. A consequência para a inércia do titular do direito é a perda da pretensão via judicial, já que o objeto da prescrição é a pretensão à prestação devida acerca de uma ordem legal ou obrigacional descumprida, gerando o direito do exercício da ação.

De maneira prática, o dono de uma casa locada tem o direito de cobrar (pretensão), judicialmente, a prestação não paga pelo devedor (direito violado), porém, ele tem um prazo que é de 3 anos, de acordo com o art. 206, § 3º, inciso I do Código Civil[10], após esse período, se credor permanecer inerte, a ação prescreve e este só pode receber o pagamento da divida se o devedor, voluntariamente, o fizer[11].

Tanto para Maria Helena Diniz[12] quanto para Sílvio de Salvo Venosa[13], quatro são os requisitos imprescindíveis para a ocorrência da prescrição, são eles:

A) a existência de uma pretensão, que possa ser alegada em juízo por meio de uma ação exercitável: em razão do direito violado, nasce a pretensão (objeto da ação) que, não sendo atendida pelo sujeito passivo, faz nascer a ação processual, que prescreverá caso o interessado não a mova.

B) a inércia do titular da ação (em sentido material) pelo seu não exercício: o titular do direito deixa que a violação do seu direito permaneça, não ajuizando nenhuma ação para reparação das perdas e danos.

---

[9] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro- Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012. p.433.

[10] Art. 206, CC - Prescreve: § 3º Em três anos: I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[11] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro- Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª edição. São Paulo Saraiva. 2012. p. 434.

[12] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro- Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª edição. São Paulo Saraiva. 2012. p. 434.

[13] VENOZA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil-Parte Geral**. 6º edição. São Paulo. Atlas. 2006; p. 574.

C) Continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo: a inércia prolongada é o que a norma jurídica pretende punir, exigindo a continuidade da inércia para que a prescrição seja consumada. O art. 205[14] do CC fixa o prazo geral de 10 anos para os casos que a lei não fixar prazo menor, havendo também os prazos especiais, encontrados no art. 206.

D) Ausência de algum fato ou ato a que a lei confere eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva de curso prescricional: os artigos 202, 203 e 204 do atual Código Civil apresentam as coisas que suspensão, interrompe e impedem a prescrição já iniciada.

Esse instituto admite renúncia por parte do interessado, de forma expressa ou tácita, porém, somente após este ter sido consumado, conforme artigo 191 do Código Civil[15]. Na forma expressa, o devedor declara "de qualquer forma admitida em direito." [16] que não pretende utilizar-se dela para se beneficiar, já na forma tácita, ele pratica atos que são incompatíveis com a prescrição, por exemplo, se o devedor paga uma dívida já prescrita. Por ser a renúncia um ato unilateral, não depende do consentimento de terceiro.

A parte a quem a prescrição beneficia pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, de acordo com o artigo 193 do Código Civil[17], ou seja, se o processo se encontre na primeira instância, com o juiz monocrático, a parte poderá arguir a prescrição, bem como, se o processo se encontra na segunda instância, nas mãos de um colegiado de juízes superiores.

Na parte do artigo 193 do Código Civil que fala que "a parte a quem aproveita" pode alegar a prescrição, o critério econômico adotado para a legitimidade da alegação é perceptível, pois, como descreve Tepedino qualquer pessoa que tenha benefícios econômicos, direta ou indiretamente advindos da prescrição, pode alegá-la [18], já que ao ser a prescrição reconhecida, ocorre no patrimônio do prescribente um aumento. Essa interpretação tem como fundamento o artigo 191do Código Civil[19] que trata da renúncia, o qual estipula que esta não poderá prejudicar terceiros,

[14]Art. 205, CC - A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor, CC/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[15]Art. 191, CC - A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição, CC/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[16] TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil Interpretado**. 2.ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2007. p 191.

[17] Art. 193, CC - A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[18] TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil Interpretado**. 2.ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2007. p. 368.

[19] Art. 191, CC - A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis

portanto, caso a interpretação sobre a alegação da prescrição fosse somente quanto às partes, ocorreria uma redução do alcance da regra do art. 191, do Código Civil.

A prescrição pode ser alegada de ofício pelo juiz[20]. Segundo o artigo 487, II, do Código de Processo Civil, caso esse instituto seja de ordem pública e de interesse social, poderá ser reconhecido de ofício pelo juiz, extinguindo o feito, sem resolução do mérito e interesse das partes.

O artigo 197, do Código Civil, trata das causas que impedem ou suspendem a prescrição, sendo elas: "entre cônjuges, na constância da sociedade conjugal; entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou a curatela."

As causas impeditivas são as situações que impedem que seu prazo inicie, ou seja, o prazo nem começa a correr. Encontram-se arroladas nos artigos 197 I a III[21] e 199, I e II[22], do Código Civil, sendo fundamentadas no *status* da pessoa, individualmente ou familiarmente, por razões de confiança, parentesco, amizades e situações de ordem moral.

Cabe ressaltar que, se a conduta se originou de algum fato tipificado como crime, o curso da prescrição será impedido até a sentença definitiva, conferindo-a executoriedade[23], pois a coisa julgada na área criminal, o faz também no cível.

Já as suspensivas, são as que param a contagem do prazo, temporariamente, logo este já havia iniciado; vencido o fato suspensivo, a prescrição volta a correr do tempo decorrido computado

com a prescrição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[20] Art. 487, CPC - Haverá resolução de mérito quando o juiz: II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[21] Art. 197, CC - Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[22] Art. 199, CC - Não corre igualmente a prescrição: I - pendendo condição suspensiva; II - não estando vencido o prazo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[23] Art. 200, CC - Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

antes. Estão arroladas nos artigos 198, I a lII[24] e 199, III[25] do Código Civil. A prescrição não correrá contra os ausentes do Brasil a serviço público da União, dos Estados e Municípios e os que se acharem servindo nas Forças Armadas em tempos de guerras.

A prescrição também poderá ser interrompida em situações contidas no artigo 202[26] do Código Civil, quais sejam: despacho que ordene a citação, protesto, protesto cambial, apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores, qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor e qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. A interrupção somente poderá ocorrer uma vez e o prazo prescricional reinicia[27].

Há ações que não prescrevem apesar da regra geral ser de que toda ação é prescritível, porém, essa regra não é absoluta, surgindo, então, as chamadas ações imprescritíveis. Essas ações não prescrevem porque sua relação jurídica é incompatível com a prescrição, como é o caso dos direitos de personalidades (vida, honra, nome, liberdade e nacionalidade) e as ações referentes aos estados de família, como a ação de separação judicial e investigação de paternidade. Quanto a prescrição aquisitiva, em relação a bens públicos, também não correrá a prescrição, não sendo, portanto, adquiridos por usucapião. Algumas pretensões são imprescritíveis por fixação do próprio

[24] Art. 198, CC - Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3o; II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[25] Art. 199, CC - Não corre igualmente a prescrição: III - pendendo ação de evicção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[26] Art. 202, CC - A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; III - por protesto cambial; IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[27] Art. 202, CC - A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: (...).Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

artigo, como acontece com o testamento feito por menor[28], com a pretensão do condômino de a qualquer tempo exigir a divisão da coisa comum [29] ou a meação de muro divisório[30] [31].

Quanto aos prazos da prescrição, estes poderão ocorrer em dez anos (regra geral) [32] ou em um, dois, três, quatro ou cinco anos conforme artigo 206, do Código Civil[33].

O prazo comum, também chamado de subsidiário, pois é aplicado quando a lei não estabelecer prazo menor, é o de dez anos, arrolado no artigo 205, do Código Civil, ocorre em ações pessoais ou reais, referidas ao patrimônio do titular da pretensão.

Todavia, visando o exercício de certos direitos, a lei fixou prazos menores, estabelecidos pelo art. 206, do Código Civil, para algumas situações, conforme a seguir exposto.

2. FORMAS DE CONTAGEM DO INÍCIO DO PRAZO E TEORIA DA *ACTIO NATA*

O prazo prescricional passa a correr, conforme o artigo 189 do Código Civil[34], com o surgimento da pretensão, decorrente da exigibilidade do direito subjetivo, ou seja, a prescrição nasce assim que ocorre a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer. Nem todos os dispositivos relacionados a prazos prescricionais indicam o momento no qual se deverá iniciar a contagem, levando a algumas discussões, entretanto, essa é a regra geral.

---

[28]Art. 1.860, CC - Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento, CC/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[29]Art. 1.320, CC - A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão, CC/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[30]Art. 1.297, CC - O proprietário tem direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas., CC/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[31]Art. 1.327, CC - O condomínio por meação de paredes, cercas, muros e valas regula-se pelo disposto neste Código (arts. 1.297 e 1.298; 1.304 a 1.307),CC/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[32] Art. 205, CC - A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[33] Art. 206, CC - Prescreve: § 1º Em um ano: (...) § 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem. § 3º Em três anos (...)§ 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas. § 5º Em cinco anos: (...).Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[34] Art. 189, CC - Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

Logo, no caso de uma dívida a termo, o início do prazo é quando ela não é paga (vencimento) e no caso de um ato ilícito, quando o evento danoso ocorre ou quando há o conhecimento da sua autoria.

Deve-se levar em conta, quando se contar o prazo prescricional, a regra do art. 132 do Código Civil[35] que trata do momento que se inicia a contagem dos prazos, onde menciona que o dia do início é excluído, incluindo-se o dia do vencimento.

Todavia, jurisprudencialmente, esses parâmetros de início de contagem do prazo vêm sendo contestados devido a adoção do Superior Tribunal de Justiça da Teoria da *Actio Nata*, que de acordo com essa teoria, o prazo só poderá ter início a partir do conhecimento da violação ou lesão do direito subjetivo. Como afirma Flávio Tartuce, "a tese é mais justa, diante do princípio da boa-fé[36]".

Preliminarmente, essa teoria era aplicada ao Direito Tributário e ao Direito Administrativo, entretanto, recentemente ela vem sendo aplicada em decisões na esfera civil. O texto a seguir é um exemplo de julgado em que a Teoria da *Actio Nata* fora aplicada:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RENÚNCIA AO MANDATO. TERMO INICIAL PARA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE FIXAR OS HONORÁRIOS. AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE.
>
> 1. A prescrição relativa a honorários de sucumbência é quinquenal, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei n. 8.906/94 (EOAB), que prevê a fluência do prazo de cinco anos a contar do trânsito em julgado da decisão que fixar a verba.
>
> 2. Ainda que tenha havido renúncia do mandato, a actio nata é o ponto central da teoria da prescrição, sendo assim, o trânsito em julgado da decisão que fixa os honorários é o marco inicial da prescrição da sua cobrança, pois apenas nesse momento advogado torna-se titular do direito.
>
> 3. Ação Rescisória procedente, para fixar os honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa devidamente corrigidos. (AR 4718/SP, Ação Rescisória, 2011/0138809-3STJ)[37].

Um caso muito utilizado como exemplo quando se estuda a A*ctio Nata* é o julgado 1.020.801/SP do STJ, onde uma mulher, ao submeter-se a exames radiográficos em 1995, constatou a presença de uma agulha cirúrgica no abdome. O objeto foi deixado na cessaria ocorrida em 1979, já que a vítima só tinha se submetido a essa cirurgia. A questão é: a pretensão prescreveu, pois de

[35]Art. 132, CC - Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento, CC/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[36] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil- volume único**. 3ª edição. São Paulo. Método. 2013. p. 205.

[37] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória, 2011/0138809-3. Distrito Federal. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data de Julgamento: 11/12/2013, S1 - Primeira Seção. Data de Publicação: DJe 24/03/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 05 jun. 2017.

acordo com o Código Civil de 1916 (atuante na época quando proposta a ação), já haviam se passado mais de vinte anos da violação do direito, ou a pretensão não havia prescrito, em razão da teoria da *Actio Nata*, já que a vítima só tomou ciência do ocorrido em 1995?

O tribunal deu provimento ao recurso especial da vítima e afastou a prescrição, pois segundo o entendimento da referida corte, "não é possível que alguém ajuíze uma ação sem ter ciência exata da extensão do dano sofrido", já que não havia, ainda, a pretensão a ser demandada em juízo, aplicando, assim, o princípio da A*ctio Nata*, como se percebe na transcrição do referido julgado:

> Erro médico. Prescrição. Termo a quo. A turma, na parte conhecida, deu provimento ao recurso especial da vítima de erro médico para afastar a prescrição reconhecida em primeira instância e mantida pelo tribunal de origem. In casu, a recorrente pleiteou indenização por danos morais sob a alegação de que, ao realizar exames radiográficos em 1995, foi constatada a presença de uma agulha cirúrgica em seu abdome. Afirmou que o objeto foi deixado na operação cesariana ocorrida em 1979, única cirurgia a que se submeteu. Nesse contexto, consignou-se que o termo a quo da prescrição da pretensão indenizatória pelo erro médico é a data da ciência do dano, não a data do ato ilícito. Segundo o Min. Relator, se a parte não sabia que havia instrumentos cirúrgicos em seu corpo, a lesão ao direito subjetivo era desconhecida, portanto ainda não existia pretensão a ser demandada em juízo. Precedente citado: REsp 694.287-RJ, DJ 20.09.2006" (STJ, REsp. 1.020.801/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26.04.2011)[38].

Maria Helena Diniz afirma que com essa teoria, a prescrição extingue a pretensão, pois impede o direito de ação e de exceção, já que a defesa do direito material deve ser exercida no mesmo prazo da pretensão.[39]

Uma vetusta expressão utilizada com relação a presente teoria é a seguinte: "*actione non natae non praescribitur*" (enquanto não nasce a ação, ela não pode prescrever), reafirmando a tese doutrinária e jurisprudencial que não é a ação que prescreve, mas sim a pretensão[40].

Jurisprudencialmente, a teoria da A*ctio Nata* encontra-se positivada na Súmula 278 do STJ, que enuncia que o "termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral".

---

[38]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.020.801/SP. Distrito Federal. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Data de Julgamento: Data de Publicação: DJe 26.04.2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 05 jun. 2017 j.

[39] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro- Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012. pg. 432.

[40] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro- Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012. pg. 432.

Entretanto, a adoção da teoria no direito brasileiro já vem sendo utilizada desde 1990, com a implantação do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 27[41], salientando que, ocorrendo acidente de consumo, o prazo prescricional é de cinco anos, com início na data do conhecimento do dano e de sua autoria.

Com isso, surgiu um novo dimensionamento do entendimento da prescrição, adaptando-se melhor às ideias de socialidade e eticidade, bem como à realidade contemporânea e à boa-fé objetiva, este último um dos fundamentos da prescrição.

Assim, a forma como tem sido realizado o início da contagem do prazo prescricional não corresponde com a atual redação do artigo 189 do Código Civil[42] que disciplina a prescrição e, portanto, necessita de uma alteração, fundamentando na Política Jurídica, tema a ser tratado no próximo tópico.

3. POLÍTICA JURÍDICA

O processo de formulação da norma jurídica passa por várias etapas, estabelecidas constitucionalmente, as quais são: iniciativa da lei, discussão, votação, aprovação, sanção, promulgação, publicação e vigência. Porém, podemos falar, em suma, que a lei primeiro é válida, depois vigente e só então, eficaz[43].

Salienta-se, entretanto, que nem toda lei válida é vigente e eficaz ou, então, que nem toda lei vigente produz eficácia. Isso porque a eficácia da norma jurídica está relacionada com a obediência e aplicabilidade da mesma nas condutas cotidianas da sociedade em que atua[44].

Pode-se dizer que uma norma é eficaz porque tem a capacidade de atingir os objetivos previamente fixados como metas.

---

[41] **Art. 27.** Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[42] Art. 189, CC - Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206, CC/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 05 jun. 2017.

[43] Câmara dos Deputados. **Como nascem as leis**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/como-nascem-as-leis>. Acessado em: 05 jun. 2017.

[44] GOMES, Luis Flávio. **Vigência e Validade da Lei**. Busca Legis. 2008. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16222-16223-1-PB.pdf>. p.02.

No Direito Constitucional, a eficácia social precede a eficácia jurídica, pois é a Lei Magna, já sendo, bem antes, respeitada. No entanto, no que tange as leis ordinárias, a eficácia jurídica é a que precede à social, pois, somente após tornar-se apta a produzir efeitos é que passará pelo crivo da observância social[45].

A eficácia se relaciona com a legitimidade. Tem-se que uma norma eficaz é legítima, pois é aceita pela sociedade. Isto porque, entende-se como legitimidade tudo aquilo que está de acordo com a razão, com a justiça ou com a lei, conforme afirma Osvaldo Ferreira de Melo:

> A legitimidade de uma norma ou mesmo de um subsistema de normas vai ter influência na sua eficácia, pois daquela dependerá a sua aceitabilidade e, por via da consequência, a obediência legal[46].

Uma das características da norma jurídica é a imperatividade, que no caso de prescrição, tem duas expectativas possíveis: obediência ou desobediência. Logo, a relação que caracteriza qualquer norma é a relação "autoridade/sujeito", dando caráter jurídico à norma em face da institucionalização da autoridade, esta por sua vez, garante a obediência, de no caso, da prescrição[47].

O emissor da ordem (a autoridade) tem que estar de acordo com o sentimento de legítimo, pois, sem isso, será difícil a adesão por parte do sujeito. Entretanto, a sensação de ilegitimidade permanece, e nem mesmo os recursos da persuasão podem superá-la, surgindo então, os problemas ao político do direito, como: "Deve-se utilizar o critério da vontade da maioria para legitimar a norma proposta? Como obter das minorias se não adesão, pelo menos obediência a normas que elas não escolheram?"[48]

Estes problemas a serem examinados pelo político do direito vão ao encontro do conceito básico da Política Jurídica, qual seja: procurar o direito que deve ser e como deve ser feito.

A Política Jurídica é um processo que produz uma subjetividade coletiva em constante estado de mutação, ou seja, ela busca a alteração dos estados da subjetividade (enquanto cidadania, ética

---

[45] GOMES, Luis Flávio. **Vigência e Validade da Lei.** Busca Legis. 2008. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16222-16223-1-PB.pdf>. p.03.

[46] MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1ª edição. Sérgio Antônio Fabris Editor. CPGD-UFSC. Porto Alegre. 1994. p. 84.

[47] MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1ª edição. Sérgio Antônio Fabris Editor. CPGD-UFSC. Porto Alegre. 1994. p. 84.

[48] MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1ª edição. Sérgio Antônio Fabris Editor. CPGD-UFSC. Porto Alegre. 1994. p. 87.

e justiça). Ela pretende levar em consideração o Direito desde o lugar da cidadania, do ponto de fuga, dos acontecimentos, dos quais surgem novos destinos sociais[49].

Para Osvaldo Ferreira de Melo, a Política Jurídica é "uma prática política de esperança" [50], pois se compromete com o futuro da autonomia e da transformação. Tem-se, também, como um instrumento de mediação entre as práticas de administração da justiça e a realização da cidadania, tanto é que, o Direito e a Política juntos, poderão estimular estratégias necessárias para a autonomia das pessoas e da sociedade, com a recuperação de duas áreas da Filosofia: Ética e Estética.

Isto posto, vê-se que as estratégias da Política Jurídica estão atreladas à construção de territórios éticos e com um compromisso com as necessidades sociais, talvez seja por isso que ela ainda não foi teorizada para entrar na grade dos cursos de Direito.

A Política Jurídica é aberta, sendo o mais adequado espaço de criação democrática no universo jurídico, pois resgata o sentido de justo e útil através de falas com valores culturais. Sendo uma ciência autônoma e prática, ela estuda criticamente o ordenamento jurídico, sendo também, o estudo perceptivo e também restaurativo da nova ordem, pois segundo Gilberto Callado de Oliveira a Política Jurídica "considera o direito como dever histórico e necessitante, submetido à lei da perfectibilidade em ordem ao verdadeiro fim natural da vida social" [51].

Sua função é realizar a crítica ao direito vigente, sendo que os princípios, normas e enunciados devem ser comparados com critérios racionais de Justiça, Utilidade e Legitimidades. Todavia, Gilberto Callado de Oliveira afirma que o objetivo da Política do Direito é "tornar a sociedade mais perfeita, mais útil a todos os membros, mais justa e mais feliz, garantindo-lhes o direito com vistas à perfeição de cada um deles" [52].

Diferentemente da Ciência Jurídica, que entende a norma como sentido de um ato de vontade do legislador ou do juiz, a Política Jurídica, tem a norma como algo que vem da legitimidade

[49] MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1ª edição. Sérgio Antônio Fabris Editor. CPGD-UFSC. Porto Alegre. 1994. p. 87.

[50] MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1ª edição. Sérgio Antônio Fabris Editor. CPGD-UFSC. Porto Alegre. 1994 p 13.

[51] OLIVEIRA, Gilberto Callado. **Filosofia da Política Jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito**. 1ª edição. Univali. Itajaí. 2001. p. 33.

[52] OLIVEIRA, Gilberto Callado. **Filosofia da Política Jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito**. 1ª edição. Univali. Itajaí. 2001. p. 48.

ética e a sua eficácia não como uma relação á sua adequação ao agir, mas sim como a aquiescência social[53].

Osvaldo Ferreira de Melo afirma que a incapacidade da norma em responder aos anseios sociais pela falta de fundamentação ética, inutilidade social ou inadequação com a verdade, exclui o direito, bem como a sua inobservância[54].

Com isto, têm-se a proposição da Política Jurídica em poder recomendar a manutenção da norma vigente, sem alterações ou se devidamente corrigida, a exclusão da norma ou a criação de norma para disciplinar novo direito[55].

O papel do político do direito é, oportunamente, o de propor ou a admissão, no sistema jurídico, de norma exigida pelo sentimento ou ideia do justo e do útil, ou, então, a expurgação de norma que não seja justificada pelos valores sociais. Logo, ele busca a "ideia do direito como um conjunto de realidades facto-normativas referidas a valores[56]", já que cria normas de acordo com os valores dominantes.

Osvaldo Ferreira de Melo afirma:

> (...) resta à Política do Direito examinar a Justiça como categoria cultural, ou seja, como um valor que a consciência Jurídica da sociedade atribui à norma posta ou à norma proposta, pois, afinal, todo valor designa o grau de aptidão de um objeto para satisfazer necessidades[57].

O mesmo autor defende a ideia de que o político do direito possa trabalhar com quatro concepções de Justiças, quais sejam: justiça como ideal político de liberdade e de igualdade; justiça como relação entre as reinvindicações da sociedade e a resposta que lhes dê a norma; justiça como a correspondência entre o conhecimento científico sobre o fato e a norma em questão; e por fim, justiça como legitimidade ética[58].

---

[53] OLIVEIRA, Gilberto Callado. **Filosofia da Política Jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito**. 1ª edição. Univali. Itajaí. 2001. p. 48.

[54] MELO, Osvaldo Ferreira. Temas **Atuais de Política do Direito**. 1ª edição. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1998. p 31.

[55] MELO, Osvaldo Ferreira. Temas **Atuais de Política do Direito**. 1ª edição. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1998. p. 29.

[56] MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1ª edição. Sérgio Antônio Fabris Editor. CPGD-UFSC. Porto Alegre. 1994. pg.105.

[57] MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1ª edição. Sérgio Antônio Fabris Editor. CPGD-UFSC. Porto Alegre. 1994. pg.105.

[58] MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1ª edição. Sérgio Antônio Fabris Editor. CPGD-UFSC. Porto Alegre. 1994. pg.108.

Todas essas concepções demonstram que a norma quando não corresponda à verdade, ou que conflite com a norma moral, será uma norma injusta, conferindo, então, que a Política do Direito tem sua preocupação básica com o direito desejado e não com o direito vigente.

Esse instrumento em questão resgata o valor de justiça para justificar a norma, exigindo validade material, e não somente a validade formal. Ao exigir isto, o valor justiça se torna critério de uma nova racionalidade capaz de produzir efeitos positivos no campo teórico e da práxis político-jurídica.

Como objetivos, a Política Jurídica procura desconstruir paradigmas que negam ou impedem a criatividade como um agir constante, buscando-os através da preocupação em assegurar a valorização do ser humano e a dignidade de tratamento nas relações entre os homens, bem como nas relações destes com a natureza.

Como política, a Política Jurídica tem como tarefa de buscar a norma justa, definindo a natureza e os fins do poder público diante da necessidade de elaborar a ordem. E enquanto jurídica essa tarefa defronta-se com as noções de ordem e de direito, tendo em vistas as inúmeras relações de justiça que surgem entre os homens. No seu livro, Temas Atuais de Política do Direito, Osvaldo Ferreira de Melo, defende que cabe à Política Jurídica "examinar a justiça como categoria cultural[59]".

Por fim, é perceptível que com a Política Jurídica seja possível ter um sistema jurídico mais avançado, mais justo e oportuno, pois ela analisa norma por norma visando o bem da sociedade, de acordo com conceitos e princípios atuantes no ordenamento.

Assim, conforme o que fora aqui exposto, tem-se como é necessária a inclusão da Teoria da *Actio Nata* no artigo 189 do Código Civil, que trata da Prescrição, alcançando, então, os objetivos da Política Jurídica com normas justas.

4. DA INCLUSÃO DA TEORIA DA *ACTIO NATA* NO ARTIGO 189 DO CÓDIGO CIVIL

Ao longo do presente trabalho pode-se perceber que, em muitos casos, o conceito de prescrição trazido no artigo 189 do Código Civil, podem se tornar injustos no momento da sua aplicação ao caso concreto.

[59]MELO, Osvaldo Ferreira. **Temas Atuais de Política do Direito**. 1ª edição. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1998. p. 35.

Isto porque, referido artigo estabelece que, no momento em que o direito é violado, nasce a pretensão para o titular, ou seja, o prazo prescricional começa a contar da violação do direito, contudo, a atual redação desconsidera o momento em que a vítima toma conhecimento da violação.

Desta forma, caso a vítima só tome conhecimento que o seu direito foi violado após algum tempo, já ultrapassado o prazo prescricional, não é justo que ela não possa mais exercer essa pretensão.

Logo, a inclusão da Teoria da *Actio Nata* no art. 189 do Código Civil seria de suma relevância para a celeridade processual e efetividade da norma, já que, segundo esta, o prazo para o exercício da pretensão do titular só poderá começar a contar da data em que a vítima teve conhecimento do direito violado, tornando a norma mais consentânea com o que propõe a Política Jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que restou exposto, conclui-se, em síntese, que a prescrição é um instituto extremamente relevante no nosso cotidiano jurídico e social, pois traz inúmeros efeitos para a nossa vida, bem como nos traz direitos. A prescrição ao tecer prazos para o exercício da pretensão tem como intuito preservar a paz social, a tranquilidade da ordem pública e estabilizar as relações sociais.

Vê-se que, sendo de interesse público, evita que os litígios se prolonguem pelo tempo, não gerando, assim, insegurança jurídica e penalizando o credor pela sua negligência. O direito desse credor ou de quem teve seu direito violado não é eterno, tendo prazo para ser exercitável, ou seja, está sujeito à prescrição. Esse decurso do tempo influencia na aquisição e/ou extinção de direitos, no sentido de manter situações já consolidadas, não obstante importem no convalescimento de uma violação ao direito subjetivo do particular.

Entretanto, o fato do exercício da pretensão não ser eterno, muitas vezes, deixa o titular desprotegido, pois, dependendo da situação, não há como ter ciência na hora que seu direito foi violado, como é o caso de erros médicos em cirurgias. É nesse sentido que surge a Política Jurídica, para dar às pessoas mais segurança jurídica, já que busca normas mais justas e úteis, visando sempre os valores sociais. Junto com ela, a Teoria da *Actio Nata* surge para que a prescrição não deixe o agente que teve seu direito violado desprotegido, caso ele venha a saber da violação quando o seu direito já fora prescrito.

Concluí-se, também, que há a necessidade de mais obras sobre o tema da Política Jurídica, pois ela é de extrema relevância para a evolução da nossa sociedade, no que tange aos direitos e deveres.

Por fim, a inclusão da Teoria da *Actio nata* no Código Civil teria por objetivo o bem estar da população, a segurança e a ordem jurídica, pois só assim, pode-se dizer que a prescrição tida no Código Civil é justa e igualitária, protegendo de uma forma ampla, aquele que tem o seu direito violado, já que este instituto só começaria a contar com o conhecimento da violação do direito pelo titular.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

CIANCI. Mirna. **Prescrição no Código Civil – Uma análise Interdisciplinar**. 2ª ed. Saraiva. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012.

FELIPPE, Donaldo J. **Dicionário jurídico de Bolso**. 20ª edição. Campinas/SP: Millennium. 2011.

GOMES, Luis Flávio. **Vigência e Validade da Lei**. Busca Legis. 2008. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16222-16223-1-PB.pdf>.

JÚNIOR, Humberto Theodoro**. Alguns Aspectos Relevantes da Prescrição e Decadência no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Humberto/Algunsaspectosrelevantesprescr.pdf>Acesso em dez.2016.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Temas Atuais de Política do Direito.** 1ª edição. Porto Alegre: Ségio Antônio Fabris Editor. 1998.

MICHAELIS. **Dicionário Prático da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos. 2008.

OLIVEIRA, Gilberto Callado. **Filosofia da Política Jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito**. 1ª edição. Itajaí: Univali. 2001

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** 3ª edição. São Paulo: Método. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil Interpretado**. 2edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

VENOZA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 6º edição. São Paulo: Atlas. 2006.

PRINCÍPIOS E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Luan Vinicius de Souza Kuttert [1]

Claudia Regina Althoff Figueiredo[2]

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto o estudo dos princípios com sua respectiva conceituação aplicação no ordenamento jurídico. Apresenta-se como objetivo geral conceituar os princípios, bem como analisar sua aplicabilidade no ordenamento jurídico e distingui-los das regras, para que assim possa tratar de sua forma de aplicação, uma vez que existem grandes dificuldades em compreender a forma correta de aplicar um princípio sem que isso acarrete em descumprimento de alguma regra, sendo esta a problemática.

Assim, num primeiro momento o presente trabalho apresenta o conceito de princípio no âmbito filosófico e jurídico.

Em seguida, a pesquisa é focada na distinção dos princípios e das regras. Para tanto, busca-se apresentar o conceito de regra jurídica e de norma jurídica, uma vez que esta é o gênero dos quais aqueles são espécies.

Ao final, estuda-se a aplicação dos princípios propriamente ditos, que devem ser aplicados utilizando-se da ponderação, ou seja, da análise de qual princípio é mais adequado para a solução de determinado caso, com aplicação do método indutivo como base lógica.

Tais considerações são necessárias para que se compreenda a aplicação dos princípios no direito civil brasileiro.

1. CONCEITO DE PRINCÍPIOS

O termo princípio pode ser conceituado nas mais diversas áreas de estudo, todavia, a presente pesquisa limitar-se-á em trabalhar seu conceito sob a visão filosófica e jurídica, não por

[1] Acadêmico do curso de Direito da Unviversidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

[2] Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pela UMSA; Mestre em Ciência Jurídica do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI; Especialista em Direito Civil e Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Advogada pesquisadora e professora do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Email: claudia.f@univali.br

ignorar que sua conceituação nas demais áreas não seja importante, mas por entender que com o conceito nas mencionadas áreas o trabalho poderá ter prosseguimento.

1.1 CONCEITO FILOSÓFICO

O instituto dos princípios foi estudado no campo da filosofia, inexistindo, todavia, um conceito considerado perfeito, uma vez que existem divergências entre os estudiosos sobre qual o conceito adequado deste instituto. Porém, dentre os que se aventuraram a conceitua-lo, destacam-se Robert Alexy e Ronald Dworkin, sendo suas obras as principais fontes deste subtítulo.

Sobre sua conceituação, Robert Alexy[3] afirma que os princípios são enunciados normativos de um alto nível de generalidade que, normalmente, não podem ser aplicados sem agregar premissas normativas adicionais, por muitas vezes experimentando limitações por meio de outros princípios. Enquanto enunciados normativos, os princípios podem ser introduzidos na discussão como descrições de estados de coisas que eles têm vigência.

Na obra intitulada de teoria dos direitos fundamenteis, Robert Alexy[4] deixa claro que os princípios, assim como as regras, são considerados normas, pois ambos são razões para juízos concretos de dever-ser.

Segundo o autor, os princípios permitem exceções e podem entrar em conflito ou contradição; eles não têm pretensão de exclusividade; seu significado real só se desenvolve através de um processo tanto de complementação quanto de limitação recíprocas e eles precisam de princípios subordinados e valorações particulares com conteúdo material independente para sua realização concreta[5].

Noutra vertente está o conceito apresentado por Ronald Dworkin[6], que acredita que o princípio é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

---

[3] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica.** 3. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. p. 255

[4] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. p. 87.

[5] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica.** p. 22

[6] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36

Assim, um princípio só é um princípio de direito se figurar na mais bem fundada teoria do direito que possa servir como uma justificação das regras explícitas, tanto substantivas como institucionais da jurisdição em questão[7], devendo a teoria de direito fornecer uma base para o dever judicial, ou seja, os princípios desta teoria do direito devem apresentar uma maneira ordenada para tentar justificar as regras estabelecidas[8].

Destaca-se ainda o conceito apresentado por Norberto Bobbio, mencionado por Dirley da Cunha Junior[9] em sua obra:

> Os princípios gerais são apenas... normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

Vale destacar ainda o conceito apresentado por Miguel Reale[10]:

> Os princípios são "verdades fundantes" de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis. Desta forma, verifica-se a existência de um ponto em comum dentre os conceitos apresentados, todos eles consideram os princípios como sendo verdadeiras normas jurídicas.

Para o autor, os princípios podem ser discriminados em três grandes categorias, quais sejam, os princípios omnivalentes, que são válidos para todas as formas de saber, os princípios plurivalentes, que se aplicam a vários campos de conhecimento e os princípios monovalentes, que só valem no âmbito de determinada ciência[11].

1.2 CONCEITO JURÍDICO

[7] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 105

[8] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 106.

[9] CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodim, 2008. p. 144

[10] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. 11. tir. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 217

[11] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** p. 217.

Igualmente no ramo do direito existe debate sobre a conceituação adequada do instituto dos princípios. Assim, o presente subtítulo tem por objetivo apresentar alguns conceitos da doutrina jurídica, porquanto sem tal conceituação não será possível que o presente trabalho siga adiante.

Para Sérgio Servulo da Cunha[12], os princípios são opções valorativas implicadas, como fundamento, no enunciado das normas. Para o autor, toda norma deve ser lida como se fosse o parágrafo de um artigo cujo *caput* compreende os princípios de que se irradia e que justificam sua existência como norma[13]. Segundo o autor, do ponto de vista deontológico, princípio é a prescrição consistente numa opção valorativa fundamental[14], termo este que ele explica da seguinte forma:

> Falar em "opção valorativa" é quase redundante, porque todo valor implica uma escolha. No termo "princípio", como vimos, está bem presente o elemento gnosiológico: ele não aponta, como a maioria dos termos, para algo externo ao homem, mas apropria uma relação entre o homem e a realidade[15].

Humberto Ávila[16] vê os princípios da seguinte forma:

> Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovida e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.

O autor ainda apresenta em sua obra as definições de Esser e Larenz: Para Josef Esser, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. [...] Seguindo o mesmo caminho, Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento[17].

Já Flori Antonio Tasca[18] apresenta os princípios como sendo "as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa, revelando o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica".

---

[12] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 2006. p. 54.

[13] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais.** p. 54.

[14] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais.** p. 56.

[15] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais.** p. 57

[16] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 78/79.

[17] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. p. 35/36.

[18] TASCA, Flori Antonio. **Princípios fundamentais do direito civil brasileiro.** Curitiba, Flamma, 2005. p. 53.

De modo diverso, Rodrigo da Cunha Pereira[19] conceitua princípios como "normas muito mais que qualquer outra norma, pois eles traduzem não somente o sentido de um ato de vontade, mas principalmente o 'conteúdo de sentido', e o espírito da norma".

Utiliza-se o autor dos ensinamentos de Esser, que afirma que "no fundo das normas positivas há sempre um princípio latente de direito que, uma vez descoberto, tem em si mesmo o impulso suficiente para ganhar automaticamente um nível igual ao da lei mesma[20]", pronunciamento este que demonstra a função dos princípios não apenas como norma e fonte do direito, mas também meio de aplicação das próprias regras.

Todavia, não se pode dizer que os princípios estão acima ou além do direito, como explica Paulo Márcio Cruz[21], pois eles fazem parte, numa ótica que vai além das concepções tradicionais e absolutistas das fontes normativas, convivendo diretamente com as regras e orientando sua produção, não podendo se falar em oposição entre estes institutos, pois são ambas normas jurídicas.

Agora que a fase de conceituação dos princípios foi superada pode-se prosseguir apresentando a diferenciação deste instituto das regras.

2. PRINCÍPIOS X REGRAS

Este subtítulo tem por objetivo conceituar uma fonte do direito, conhecida como regra, bem como distingui-la dos princípios, o que é essencial para a compreensão do que vem a ser princípios, assim como sua devida aplicação no ordenamento jurídico.

2.1 CONCEITO DE REGRAS

Para que se possa esclarecer as distinções entre princípios e regras se faz fundamental apresentar o que vem a ser uma regra. Para Thais Del Monte[22] "regras são normas jurídicas que obrigam, permitem ou proíbem algo, sendo que sua aplicação depende da subsunção do fato ao que nela está descrito".

---

[19] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.48.

[20] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** p.49.

[21] CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional.** 2. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 100.

[22] MONTE, Thais Del. **Os princípios e as regras jurídicas**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 24 ago. 2010. Disponivel em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28490& seo=1>. Acesso em: 06 nov. 2016.

De maneira diversa conceitua Humberto Ávila[23]:

> As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Também Ronald Dworkin traz relevante conceito apresentado por Hart:

> A versão do positivismo de H. L. A. Hart reconhece, ao contrário de Austin, que regras podem ser de tipos lógicos diferentes. (Hart distingue dois tipos de regras, que chama de "primárias" e "secundárias".) [...] A distinção de Hart entre regras primárias e secundárias é de grande importância. As regras primárias são aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade. [...]. As regras secundárias são aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas.

Quanto as regras, Miguel Reale[24] destaca as de conduta, que são aquelas que tem o indivíduo como destinatário final. Este tipo de norma jurídica, segundo ele, é estruturada de maneira a articular logicamente dois elementos denominados, respectivamente de hipótese ou fato-tipo e dispositivo ou preceito. Sobre o assunto, explica o autor:

> A previsão do legislador raro é de um fato ou evento particular e único, mas sim de uma "espécie de fato", ou um "fato-tipo", ao qual poderão corresponder, com maior ou menor rigor, múltiplos fatos concretos. Quando, na experiência social, se verifica uma correspondência razoável entre um fato particular e o fato-tipo F, previsto na norma, o responsável por aquele fato particular (em geral, o agente, ou o autor daquilo que resultou de seu ato) goza ou suporta as consequências predeterminadas no dispositivo ou preceito.[25]

Antes de adentrar nas diferenciações entre princípios é regras, se faz necessária uma pequena observação, no que tange ao fato de que tanto os princípios quanto as regras possuem um ponto em comum: ambos são normas jurídicas.

Desta forma, é importante apresentar um breve conceito do que vem a ser uma norma jurídica.

2.2 BREVE CONCEITO DE NORMAS

Tendo em vista que tanto as regras quanto os princípios são espécies das quais a norma é o gênero, é de grande valia para o presente estudo apresentar uma breve conceituação de norma.

---

[23] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. p. 78.

[24] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** p. 83

[25] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** p. 83.

Norma é toda regra que serve de pauta a uma conduta ou para o agir. Assim, há normas morais, econômicas, jurídicas etc[26].

Segundo Robert Alexy[27], "uma norma é o significado de um enunciado normativo", termos estes que ele diferencia da seguinte maneira:

> A necessidade de se diferenciar entre enunciado normativo e norma pode ser percebida pelo fato de que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos. [...] o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo primário. É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo.[28]

Outrossim, o autor afirma que a relação entre enunciado normativo e norma equivale à relação entre enunciado afirmativo e afirmação.[29]

Luis Roberto Barroso[30] tece importantes comentários sobre as normas jurídicas, como se depreende do trecho de sua obra:

> As normas jurídicas são prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social. Dentre suas características encontram-se a imperatividade e a garantia. A imperatividade traduz-se no caráter obrigatório da norma e no consequente dever jurídico, imposto a seus destinatários, de se submeterem a ela. A garantia importa na existência de mecanismos institucionais e jurídicos aptos a assegurar o cumprimento da norma ou a impor consequências em razão do seu descumprimento.

Assim, resta superado o objetivo do presente subtítulo, que foi apresentar uma breve conceituação do que é norma enquanto gênero que, de forma sucinta, se faz suficiente para que a pesquisa tenha prosseguimento.

3. DISTINÇÕES ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Existem diversos critérios para que se possa distinguir princípios de regras e, sendo que Luis Roberto Barroso[31] explica ser possível reduzir esses critérios a apenas três, quais sejam o conteúdo, onde o vocábulo "princípio" identifica as normas que expressam decisões políticas fundamentais, ou seja, valores a serem observados em razão de sua dimensão ética ou fins públicos a serem

[26] MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica.** 18. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2000. p. 68.

[27] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** p.54.

[28] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** p.54.

[29] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** p. 57.

[30] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 212.

[31] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** p. 228/231.

realizados, enquanto que as regras jurídicas são comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou uma permissão. Já o segundo critério diz respeito a estrutura normativa, onde princípios normalmente apontam para estados ideais a serem buscados, sem que o relato das normas descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida, ao passo que as regras são normas descritivas de comportamentos, havendo menor grau de ingerência do intérprete na atribuição de sentidos aos seus termos e na identificação de suas hipóteses de aplicação. Por fim, o terceiro critério diz respeito ao modo de aplicação destas fontes, sendo as regras aplicadas ao modo tudo-ou-nada enquanto os princípios indicam uma direção, um valor, um fim.

Outros critérios são utilizados por Robert Alexy[32] sendo o da generalidade utilizado com mais frequência, porquanto este critério consiste em dizer que princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.

Esclarecedor o conceito de generalidade apresentado por Thais Del Monte[33]:

> Generalidade é característica tanto das regras quanto dos princípios, porém, em diferentes graus. As regras são gerais na medida em que são estabelecidas para um número indeterminado de atos e fatos, porém, para que sejam aplicadas, deve haver a subsunção destes atos e fatos aos preceitos nelas prescritos. Já os princípios são normas gerais no sentido de terem aplicação genérica em todo o direito positivo.

Outros critérios apresentados por Robert Alexy[34] são os da "determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito e a importância para a ordem jurídica".

Tendo por base estes critérios, o autor apresentou três teses diversas acerca da distinção entre regras e princípios, consistindo a primeira delas na sustentação de que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso. A segunda tese aceita que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, cuja diferenciação é somente de grau. A terceira tese, por fim, é aquele que Alexy considera como correta, que é aquela que afirma que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa[35].

---

[32] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** p. 87.

[33] MONTE, Thais Del. Os princípios e as regras jurídicas. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 24 ago. 2010. Disponivel em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28490& seo=1>. Acesso em: 06 nov. 2016.

[34] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** p. 88

[35] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** P. 90

Desta forma, ele apresenta um ponto decisivo para distinguir regras de princípios, que é o seguinte:

> Princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...] Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível[36].

Robert Alexy[37] acredita que enquanto as regras entram em conflito umas com as outras, sendo que "um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida[38]. Isso porque "uma regra que expressa uma exceção à outra regra não está em conflito com ela"[39].

Todavia, caso o problema não seja solucionado com a exceção, pertinente a explicação de Robert Alexy mencionada pelas professoras Maria da Graça Mello Ferracioli e Maria Fernanda Gulgemin Girardi[40]:

> Se uma solução deste tipo não é possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isto, eliminada do ordenamento jurídico. Qual das duas normas terá que ser declarada inválida é problema que pode ser solucionado através de regras tais como "lei posterior derroga lei anterior" ou "lei especial derroga lei geral", porém, também é possível proceder de acordo com a importância das regras em conflito. O importante é que a decisão é uma decisão acerca da validez da regra e, desta forma, deve ser analisada.

Já nos casos em que exista uma colisão entre princípios, Robert Alexy[41] afirma que um deles deverá ceder, não necessitando que o princípio cedente seja declarado inválido, nem que seja introduzida cláusula de exceção, bastando que um dos princípios tenha precedência em face do outro em certas condições. Nos casos de ocorrência dessa colisão, Robert Alexy[42] apresenta a seguinte solução:

---

[36] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** p. 90/91.

[37] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** p. 92.

[38] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** p. 92

[39] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 117.

[40] MELLO FERRACIOLI, Maria da Graça; GULGEMIN GIRARDI, Maria Fernanda. A inter-relação enrtre princípios jurídicos, legitimidade e direitos fundamentais: reflexões a partir da visão de Robert Alexy. Novos Estudos Jurí-dicos, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 399-416, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view /406/349>. Acesso em: 07 nov. 2016.

[41] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** p. 93

[42] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** p. 96.

> Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstancias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

Ainda sobre a colisão de princípios, afirma Karl Larenz[43] que:

> Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são abertos, móveis e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por este motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação.

Observando os parágrafos anteriores, no que diz respeito às diferenças entre conflitos das regras e colisões entre os princípios, é possível visualizar uma grande distinção entre estes institutos, assim como é possível constatar que Robert Alexy, no que tange a colisão principiológica, preocupou-se em criar um critério objetivo para que se possa aplicar um princípio em detrimento de outro no caso concreto: a fixação de procedências condicionadas.

Quanto ao caráter dos princípios e das regras, Robert Alexy[44] igualmente apresenta uma relevante distinção:

> Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.
>
> O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.

[43] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. trad: José Lamego. 4. ed. São Paulo: Livraria dos Advogados, 2005. p. 575.

[44] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** p. 103/104

Por sua vez, Humberto Ávila[45] traz à baila critérios diversos para distinguir princípios de regras, sendo o primeiro deles o do caráter hipotético-condicional, descrito da seguinte maneira:

> As regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto.

O segundo critério apresentado é o do modo final da aplicação, onde afirma que as regras são aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, enquanto os princípios, de modo gradual mais ou menos[46]. Neste sentido, pertinente a explicação de Ronald Dworkin[47]:

> As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Já os princípios não funcionam desta forma, pois "mesmo aqueles que se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas[48]".

Por fim, o terceiro critério diz respeito ao conflito normativo, que é explicado por Ávila[49] da seguinte forma:

Segundo alguns autores os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo modo como funcionam em caso de conflito normativo, pois, para eles, a antinomia entre regras consubstancia verdadeiro conflito, a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles.

Ainda sobre a diferença entre princípios e regras jurídicas, Ronald Dworkin[50] explica tal distinção possui natureza lógica. Para ele, os princípios possuem a dimensão do peso ou da importância, pois ao intercruzarem-se, aquele que vai resolver o conflito deve levar em conta a força relativa de cada um[51], ao passo que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes, explicando da seguinte forma:

---

[45] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. p. 40.

[46] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios.** p. 44.

[47] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 39.

[48] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 40

[49] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. p. 51

[50] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 39

[51] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 42

> Uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior[52].

Por derradeiro, se faz essencial apresentar a diferença entre os papéis das regras e dos princípios apresentada por Luis Roberto Barroso[53], que afirma que o principal valor subjacente das regras é a segurança jurídica, não transferindo ao intérprete competência valorativa ou ponderativa, o que torna o direito mais objetivo, ou seja, mais previsível, enquanto que os princípios funcionam como referencial geral ao intérprete, e, sendo mais abertos, permitem uma atuação integrativa e construtiva, possibilitando a produção de uma melhor solução ao caso concreto.

Até o presente momento, dedicou-se este estudo em conceituar os institutos dos princípios e das regras, assim como distinguir uns dos outros. Todavia, a partir de agora a pesquisa terá por objetivo estudar a forma pela qual os princípios são aplicados no ordenamento jurídico.

4. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Sobre a aplicação dos princípios no ordenamento jurídico, faz-se pertinente iniciar o presente capítulo com um caso apresentado por Ronald Dworkin[54] em sua obra, qual seja o caso *Riggs vs Palmer*, veja-se:

> Em 1889, no famoso caso Riggs contra Palmer, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: "É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em qualquer circunstancias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino. " Mas o tribunal prosseguiu, observando que "todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime. " O assassino não recebeu sua herança.

No exemplo acima mencionado, fica evidente que um princípio pode ser aplicado em detrimento a uma regra, se contextualizado ao caso concreto, todavia, sobre o assunto Ronald

[52] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 43

[53] BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** p. 231/232.

[54] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 37.

Dworkin[55] levantou o seguinte questionamento: Quando um Juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor? O autor apresenta a seguinte resposta:

> Os princípios aparecem na resposta de duas maneiras distintas. Na primeira delas, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio; dessa maneira o princípio justifica a modificação. [...] Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros.

Pode-se dizer, assim, que a compreensão e aplicação de uma principiológica no direito contemporâneo pressupõe a quebra e mudança de uma concepção jurídica preponderantemente positivista[56].

Todavia, o autor acredita que o positivismo não chega a enfrentar casos difíceis e enigmáticos que levam à procura de teoria do direito[57], sendo aí que surge a aplicação dos princípios, isso porque o direito atual gira em torno da pessoa humana real e das situações jurídicas[58], ficando extremamente difícil utilizar-se da regra como principal fonte do direito.

Complementando essa ideia, merece destaque os ensinamentos de Luis Roberto Barroso[59]:

> Como o direito gravita em torno desses dois grandes valores – justiça e segurança -, uma ordem jurídica democrática e eficiente deve trazer em si o equilíbrio necessário entre regras e princípios. Um modelo exclusivo de regras supervalorizaria a segurança, impedindo, pela falta de abertura e flexibilidade, a comunicação do ordenamento jurídico com a realidade, frustrando, em muitas situações, a realização de justiça. Um modelo exclusivo de princípios aniquilaria a segurança jurídica, pela falta de objetividade e previsibilidade das condutas e, consequentemente, de uniformidade nas soluções interpretativas.

Dessa forma, com a mudança na visão do direito, se cria o questionamento de qual a fundamentação das decisões? Rodrigo da Cunha Pereira[60] apresenta uma resposta:

> A fundamentação se baseia em princípios jurídicos, ou em padrões a serem observados, por serem uma exigência de justiça ou equidade, ou de alguma dimensão da moralidade. Por serem padrões de comportamento, compostos por uma densa carga valorativa, sua construção normativa se consubstancia em fator essencial para sua aplicação.

---

[55] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** p. 59/60.

[56] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** p. 35.

[57] DWORKIN, RONALD. **Levando os direitos a sério.** p. 71

[58] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** p. 37

[59] BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** p. 232.

[60] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** p. 37

Complementando a ideia de fundamentação baseada em princípios, Ronald Dworkin[61] afirma o seguinte:

> [...] um argumento de princípio nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e a intensidade dos diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a comunidade. Ao contrário, um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor. Assim, um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento.

O autor completa dizendo que "os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo"[62].

Quanto à aplicação dos princípios propriamente dita, Ronald Dworkin[63] afirma que um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas.

Para que se entenda a aplicação dos princípios é necessário compreender também suas funções, seus objetivos.

Neste sentido, "a decisão do constituinte de empregar princípios ou regras em cada caso não é aleatória ou meramente caprichosa"[64], devendo os princípios serem utilizados nas situações que não foram originalmente previstas pelo legislador, mas que se inserem logicamente no raio de alcance dos mandamentos constitucionais, não podendo ser aplicados quando o constituinte tenha reservado a atuação para o legislador originário, conforme explicado por Luis Roberto Barroso[65].

Assim, Sérgio Servulo da Cunha[66] apresenta seis funções, quais sejam, gerar normas, orientar a interpretação, inibir a eficácia de norma que os contrarie, suprir a falta de norma, regular o sistema e projetar o texto sobre a sociedade.

Já Ruy Samuel Espíndola[67] afirma que princípios devem cumprir três funções na ordem jurídica: a fundamentadora, a interpretativa e a supletiva. Por função fundamentadora os princípios

---

[61] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 134.

[62] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** p. 129.

[63] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** p. 138.

[64] BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** p. 233.

[65] BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** p. 234.

[66] CUNHA, Sérgio Servulo da. **Princípios constitucionais.** p. 191.

[67] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.**. São Paulo: RT, 1999. p. 67-68.

ostentam uma eficácia derrogatória e diretiva, pois por ela as normas que se contraponham aos núcleos de irradiação normativa assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade, em face de contraste normativo com normas de estalão constitucional. Já a função interpretativa é aquela onde os princípios cumprem o papel de orientarem as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete. Por fim, na função supletiva os princípios realizam a tarefa de integração do direito, suplementando os "vazios" regulatórios da ordem jurídica, ou seja, a ausência de regras.

Destaca-se ainda, sobre a função dos princípios, que para Rodrigo da Cunha Pereira[68] "[...] exercem uma função de otimização do Direito. Sua força deve pairar sobre toda a organização jurídica, inclusive preenchendo lacunas deixadas por outras normas, independentemente de serem positivadas, ou não, isto é, expressos ou não expressos".

Pelo exposto, pode-se chegar à conclusão de que tanto os princípios quanto as regras são espécies das quais a norma é o gênero, sendo que a aplicação dos princípios em detrimento às regras gera uma insegurança jurídica. Entretanto, conseguem se aproximar da justiça, enquanto que a aplicação das regras em detrimento dos princípios acarretam justamente o oposto, há segurança jurídica porém não há justiça nos casos em que determinado tema não tenha sido legislado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios jurídicos são normas jurídicas com um grande grau de aplicabilidade. São perfeitamente aplicáveis no direito civil brasileiro, uma vez que o direito gravita em torno de dois grandes valores: justiça e segurança jurídica, ou seja, o direito deve manter um equilíbrio entre as regras e os princípios, uma vez que uma interpretação puramente baseada em regras não consegue enfrentar casos com grande complexidade, pois o direito gira em torno de seres humanos e situações fáticas, reais, ao passo que uma interpretação puramente principiológica não possui objetividade o suficiente para assegurar a segurança jurídica almejada.

Assim, os princípios podem e devem ser aplicados no ordenamento jurídico em detrimento de uma regra, desde que tal princípio justifique essa mudança, desde que ele seja compatível com as decisões anteriores que não foram refeitas, ou seja, se pudesse a elas se aplicar.

[68] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** p. 58.

Ainda, os princípios indicam um valor, uma direção, um fim, e, por tanto, devem ser interpretados como se fosse um caput de um artigo, no qual as regras são seus parágrafos, ou seja, as regras devem ser observadas e aplicadas tendo como um princípio maior sua base orientadora, de interpretação.

Conclui-se, desta forma, que os princípios de direito são plenamente válidos sejam como norteadores de interpretação das regras jurídicas existentes, sejam como formas de julgar de acordo com o bem maior – a justiça - nos casos difíceis, aqueles mais complexos não abrangidos pela lei Pátria, ou até mesmo naqueles casos em que a aplicação de uma regra, no caso concreto, acarrete em injustiça grave.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional.** 2. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodim, 2008.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. trad: José Lamego. 4. ed. São Paulo: Livraria dos Advogados, 2005.

MELLO FERRACIOLI, Maria da Graça; GULGEMIN GIRARDI, Maria Fernanda. A inter-relação enrtre princípios jurídicos, legitimidade e direitos fundamentais: reflexões a partir da visão de Robert Alexy. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 399-416, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/406/349>. Acesso em: 07 nov. 2016.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica.** 18. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

MONTE, Thais Del. **Os princípios e as regras jurídicas**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 24 ago. 2010. Disponivel em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28490&seo=1>. Acesso em: 06 nov. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. 11. tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

TASCA, Flori Antonio. **Princípios fundamentais do direito civil brasileiro.** Curitiba: Flamma, 2005.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA: AVALIAÇÃO DE PRECEDENTES DO ANO DE 2016

Fabrício Wloch[1]

Demian Campos Leite[2]

Larissa Franco Teixeira[3]

INTRODUÇÃO

Cresce o número de demandas judiciais contra médicos ou instituições de saúde que buscam indenização por erro ou insatisfação com o tratamento oferecido. Apesar disso, não se tem um levantamento sobre qual especialidade médica é mais demandada na justiça catarinense. É importante definir mais esse dado sobre o ramo médico e jurídico para que os profissionais da saúde possam aperfeiçoar os serviços prestados e os pacientes consumidores possam escolher melhor e se prevenirem sobre determinadas especialidades.

O objeto de estudo são os julgados do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, doravante denominado TJSC, do ano de 2016 que trataram de indenização decorrente de erro médico, ou seja, da reparação civil pelo fato da má prestação de serviço médico-hospitalar.

O problema enfrentado é distinguir qual a especialidade médica foi mais demandada na justiça catarinense no ano de 2016. A importância da pesquisa é definir o entendimento jurídico no Estado de Santa Catarina a respeito do tema, que será útil para profissionais que queiram aqui prestar serviço; útil também para que os que já prestam possam aprimorar seu atendimento e útil para a sociedade, o que inclui os pacientes consumidores do serviço.

[1] Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Perugia/UM/Itália e Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali/SC/Brasil. Mestre em Ciência Jurídica também pela Univali de Itajaí/SC/Brasil. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Univali. Aperfeiçoamentos pela Escola Preparatória da Magistratura e do Ministério Público do Estado de Santa Catarina/Brasil. Assessor de Gabinete do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Páginas: http://lattes.cnpq.br/9149209368888034; https://univai.academia.edu/fwloch; http://orcid.org/0000-0003-0247-9580. Endereço eletrônico: fwloch@edu.univali.br

[2] Médico pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/SC/Brasil, CRM-23692/SC. Especialista em Medicina Geral de Família e Comunidade, também pela Univali/SC/Brasil. Advogado, OAB-22868/SC, e Cirurgião-Dentista, CRO-5511/SC, UNIVALI/SC/Brasil. Páginas: http://lattes.cnpq.br/6574961163170639; Endereço eletrônico: demianleite@yahoo.com

[3] Bacharelanda em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali/SC/Brasil. Endereço eletrônico: larissfranco@hotmail.com

Na primeira fase de pesquisa – a decisão – operou-se com o referente de identificar os elementos obrigacionais da relação médico-paciente, as normas aplicáveis e os requisitos da Responsabilidade Civil. Na segunda fase – a busca de dados – garimpou-se fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais sob o método indutivo das decisões judiciais do TJSC do ano de 2016 que analisaram questões ligadas à indenização decorrente de erro médico ou de defeito na prestação de serviço médico-hospitalar. Na terceira fase de pesquisa, de tratamento de dados recolhidos, foram correlacionadas sob o método cartesiano as formulações recolhidas em função do referente eleito. A quarta fase da pesquisa culminou neste relatório de pesquisa.

No que se refere à Metodologia[4], este trabalho concentrou-se na área de Constitucionalismo e Produção do Direito. Foi desenvolvido sob o método indutivo e cartesiano e operacionalizado com as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional. A pesquisa foi bibliográfica e documental.

1. ASPECTOS INICIAIS DAS OBRIGAÇÕES

A palavra obrigação é originário do latim *obligatio* que, segundo Antônio Filardi Luiz[5], com origem no Direito Romano, designa "o vínculo de direito por interposição do qual somos obrigados a solver algo a alguém, consoante a definição dos romanos". Portanto, "a obrigação exprime uma relação 'pessoal' entre as partes, relação essa garantida por uma sanção jurídica, o *vinculum juris*, o direito de executar o devedor pela prestação não cumprida".

Obrigação é o vínculo que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível. O patrimônio do devedor é que responde.

Quando a obrigação não é cumprida e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Ela surge quando o devedor não cumpre a obrigação; é a consequência jurídica do descumprimento da obrigação.

Para este trabalho interessam as obrigações de meio e de resultado.

---

[4] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 85

[5] LUIZ, Antônio Filardi. **Dicionário de Expressões Latinas**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.211.

Nas palavras de Teresa Ancona Lopes de Magalhães[6]: “Na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade”. Então, nas obrigações de meio o devedor se compromete a desempenhar sua obrigação de forma diligente e conscienciosa, usando de todos os meios possíveis para o melhor desempenho de sua tarefa. Já na obrigação de resultado, o devedor se obriga a realizar uma prestação predeterminada, ou seja, vinculada a um resultado esperado.

Portanto, obrigação é uma relação jurídica na qual o objeto é garantido pelo patrimônio do devedor. Quando a obrigação – seja de meio ou de resultado – é inadimplida, surge a responsabilidade.

2. RESPONSABILIDADE: HISTÓRIA, CONCEITO E ELEMENTOS

O descumprimento de alguma obrigação assumida gerava punição por vingança sem limites para a agressividade individual ou de grupos. Era esperada a reação contra quem agredia outrem. Depois, a vingança teve a conivência do poder público, que estabelecia o tipo e local da retaliação.

Segundo Dias[7], a vingança privada é “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”.

Quando assumiu a direção da composição dos pleitos, a autoridade começou também a punir, substituindo-se ao particular na atribuição de ferir o causador do dano. Resultou daí a cisão dos delitos em duas categorias: os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Aqueles eram reprimidos pela autoridade, como sujeito passivo atingido; nos últimos, intervinha apenas para fixar a composição[8].

Posteriormente, a chamada Lei Aquília fundou o princípio geral de reparação de dano para enfrentar a injúria ao direito. Criou-se a teoria de Culpa Aquiliana, polarizando a responsabilidade em extracontratual e contratual.

[6] MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. **O dano Estético**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 32.

[7] DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 17.

[8] DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, p. 18.

Hodiernamente, predomina a relação entre Responsabilidade Civil e culpa; embora em certos casos essa se estabeleça sem a necessidade da comprovação da culpa: a responsabilidade objetiva.

Para Dias, "a teoria da responsabilidade objetiva, ou doutrina do risco [...] corresponde, em termos científicos, à necessidade de resolver casos de danos que pelo menos com acerto técnico não seriam reparados pelo critério clássico da culpa"[9].

No Direito Brasileiro, o art. 186 da Lei n. 10.406/2002, o Código Civil Brasileiro[10] (CC), previu a consagrada teoria da culpa, em que: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

A reparação do dano, tanto material quanto imaterial (moral ou estético), também se encontra tutelado na Lei n. 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor[11] (CDC) –, quando há a contratação de um serviço.

O CDC é aplicável aos profissionais liberais, conforme Cavalieri Filho[12]:

> O Código do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial privilegiado; apenas os excluiu do sistema de responsabilidade objetiva nele estabelecido. Logo, como fornecedores de serviços que são, estão subordinados a todos os demais princípios e regras do CDC, entre os quais a inversão do ônus da prova nos casos em que assumem a obrigação de resultado.

A teoria da responsabilidade objetiva apresenta duas vertentes: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo. Para nenhuma delas há necessidade de comprovação de culpa. Há a responsabilidade sem culpa ou objetiva.

Observa-se uma tendência de aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, levando em consideração que existe um lado mais fraco na relação jurídica. Extrai-se da referida Lei do Consumidor a dispensabilidade do elemento culpa, em certos casos, conforme art. 14 do CDC, *in verbis*:

> O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

---

[9] DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, p. 48.

[10] BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 29 mar. 2017.

[11] BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 29 mar. 2017.

[12] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Ed. Rev. E ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 410.

Entretanto, no caso dos profissionais liberais, prevalece a necessidade de se apurar a culpa na sua conduta, conforme art. 14, §4º, do CDC: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa".

Permite-se ainda, a critério do magistrado, inverter-se o ônus da prova para facilitação da defesa dos direitos do consumidos, conforme o art. 6º, VIII, do CDC, quando "a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

A Responsabilidade Civil acompanhou a evolução da sociedade. O inadimplemento de uma obrigação pode gerar um dano, do qual decorre a Responsabilidade Civil que merece ser conceituada.

2.1 CONCEITO

Para se buscar uma definição para Responsabilidade Civil, analisa-se o gênero responsabilidade, a qual a doutrina jurídica conceitua Dias[13]:

> Responsabilidade é vocábulo que transmite a ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência. É possível, diante disso, fixar uma noção, sem dúvida ainda imperfeita, de responsabilidade, no sentido de repercussão obrigacional [...] da atividade do homem. A responsabilidade tem inúmeras espécies [...], conforme o campo em que se apresenta o problema: na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado.

A Responsabilidade Civil tem ligação com o comportamento humano tanto no âmbito civil como penal, sendo gerada a partir de ato antijurídico. Para Diniz[14], Responsabilidade Civil define-se como:

> A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Dias[15] afirma que as responsabilidades quanto às "condições em que surgem, [...] são diferentes, porque uma é mais exigente do que a outra, quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se efetivar".

---

[13] DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, p. 20.

[14] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 34.

[15] DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, p. 8.

A Responsabilidade Civil tem relação com o direito obrigacional. Existe um titular de um direito que é o credor. E existe o devedor que é obrigado a honrar uma prestação, seja derivada de ato lícito, seja derivada de ato ilícito.

2.2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

Ao devedor cabe a reparação do dano causado. Ao credor cabe exigir o que lhe é devido contra quem o causou. Portanto, é essencial a existência de um fato, de um dano, de uma ligação entre estes elementos e a culpa.

2.2.1 A CONDUTA

A conduta é a ação ou a omissão de alguma pessoa que termine por causar dano a outrem. O ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem[16].

A conduta é elemento do comportamento humano que produz modificação no mundo exterior. A conduta pode ser: conduta humana positiva, ação; ou conduta humana negativa, omissão (inação, inércia).

A responsabilidade por omissão origina-se da obrigatoriedade de agir. Há o dever jurídico de praticar determinada ação. Comprova-se o dano quando o resultado da situação desfavorável a vítima poderia ter sido evitado, no todo ou em parte, caso o agente houvesse agido conforme deveria.

2.2.2 O DANO

Parafraseando Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, danos ou prejuízos é a lesão a um interesse juridicamente tutelado, que pode ser patrimonial ou não[17].

[16] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil, p. 37.

[17] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 26.

O dano pode ser patrimonial ou material, conforme a repercussão pecuniária sobre o patrimônio da vítima. O dano ainda pode ser extrapatrimonial ou imaterial, também conhecido como dano moral, que se trata da agressão abstrata ao direito da pessoa que se vê prejudicada.

A liquidação do dano é prevista no artigo 944 do CC, que expressa que "a indenização mede-se pela extensão do dano". Conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[18]:

> O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse Dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. –, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

De fato, de nada adianta existirem os outros pressupostos da Responsabilidade Civil, sem que se possa auferir, de alguma maneira, o dano, pois este é que enseja a indenização devida.

O dano patrimonial ou material é o que exterioriza um prejuízo mensurável, visível, ou que possa ser apurado, acarretando na perda ou deterioração, parcial ou total, dos bens materiais da vítima que são suscetíveis de avaliação pecuniária.

Já o dano moral é aquele que afeta interesses não materiais. A dor moral estabelece-se no foro íntimo do ofendido, sendo inerente à sua personalidade. O dano moral ofende a esfera pessoal da vítima. Parafraseando Clayton Reis, os danos morais decorrem de um prejuízo da vítima nos seus valores íntimos e pessoais, objeto de uma verba pecuniária para satisfazer ou compensar os valores imateriais lesionados[19].

Já o dano estético pode causar abalos reais sem deixar de ter caráter subjetivo, visto que a beleza estética segue critérios de padrões humanos. Sobre o dano resultante de um procedimento puramente estético, em que o Paciente não apresenta problema de saúde, destaca Gonçalves[20]:

> Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória. Da cirurgia malsucedida surge a Obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado. A indenização abrange, geralmente, todas as despesas efetuadas, danos morais em razão do prejuízo estético, bem como verba para tratamentos e novas cirurgias.

---

[18] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil.** p. 24.

[19] REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 8.

[20] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo, Saraiva, 1988. p. 122.

O dano estético deve ser analisado levando-se em conta as peculiaridades do caso, independentemente do dano moral e do dano material. Geralmente os tratamentos estéticos demandam obrigação de resultado.

2.2.3 O NEXO DE CAUSALIDADE

Para que se busque configurar uma responsabilização, a conduta de alguém e o dano devem estar relacionados, estabelecendo um nexo de casualidade, que é elemento indispensável em qualquer tipo de Responsabilidade Civil.

Sergio Cavalieri Filho[21] define nexo causal como "elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano". O autor ressalta que pode haver responsabilidade sem culpa, mas não responsabilidade sem nexo.

Ocorrendo culpa exclusiva da vítima, quebra-se o nexo de causalidade e a obrigação de indenizar, conforme disposto no artigo 393 do CC:

> O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
> Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Assim, quando a conduta do médico não estiver ligada ao dano ao paciente, o profissional não é obrigado a arcar com indenização.

2.2.4 A CULPABILIDADE

A culpa representa o elemento subjetivo da Responsabilidade Civil e possui as seguintes modalidades: imprudência, negligência ou imperícia. A culpa deverá ser comprovada por meio da verificação do fato antijurídico:

> Ato ilícito é a violação do dever ou o Dano causado a outrem por dolo ou culpa. O dolo consiste na intenção de ofender o direito ou prejudicar o patrimônio por ação ou omissão. A culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina violação de direito alheio ou causa prejuízo a outrem. Na culpa há, sempre, a violação de um dever preexistente. Se esse dever se funda em um contrato, a culpa é contratual; se no princípio geral de direito que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extracontratual ou aquiliana[22].

[21] CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67.

[22] BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 9.ed. v. 5. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. p. 134.

A imprudência é a falta de diligência necessária, é o não prever o previsível por descuido. Pode-se verificar num ato comissivo ou omissivo. A negligência é caracterizada pela conduta profissional que desconsidera os deveres da profissão. Age com imprudência aquele que o faz de modo afoito, precipitado, sem reflexão do ato, realizando dano que seria previsível diante da devida atenção que o caso mereceria. A imperícia acontece pela falta de conhecimento profissional ou desconhecimento de técnica. Imperícia é a falta de aptidão ou habilidade para fazer algo que o agente, em razão de sua profissão ou atividade[23].

A negligência, a imprudência e a imperícia têm características próprias com pequenas diferenciações entre elas. José Aguiar Dias considera que pode haver momentos em que "essas espécies se entrelaçam, verificando-se, então, a negligência revestida de imprevisão, a imprudência forrada de desprezo pela diligência e pelas regras de habilidade, a imperícia traçada de negligência"[24].

Provada a conduta ilícita, o dano, o nexo de causalidade e a culpabilidade surge o dever de indenizar, seja por dano material ou imaterial, conforme a extensão do dano. A reparação do dano é baseada no prejuízo efetivo, gerando obrigação correspondente.

Destaca-se aqui a responsabilidade do médico por ato de terceiros. As categorias que figuram como terceiros para com a relação profissional-paciente, de forma mais evidenciada, são aqueles técnicos sob a responsabilidade do profissional. Em regra, o médico é responsável civilmente pelos atos desses terceiros, i.e., da equipe médica.

Importante tratar rapidamente da responsabilidade objetiva.

A lei impõe a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é objetiva, isto é, e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Dispõe o artigo 927 do CC: "Nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

É o que encampa a teoria do risco[25], que aponta que toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco, e pode ocasionar danos a terceiros, obrigando-se a repará-los. A

[23] *Passim* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Editora Lumen Juris. 12ª edição. Rio de Janeiro. 2011.

[24] DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Editora Lumen Juris. 12ª edição. Rio de Janeiro. 1997. p. 123.

[25] GOMES, Orlando. **Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 199.

Responsabilidade Civil do médico, em regra, não é enquadrada na forma descrita, mas, sim, como responsabilidade subjetiva.

A teoria clássica da teoria da culpa subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da Responsabilidade Civil. A prova da culpa em sentido lato, abrangendo o dolo ou a culpa em sentido estrito, passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.

Então, para a Responsabilidade Civil do médico deverá ocorrer os pressupostos fundamentais: conduta, dano, nexo de causalidade e culpa.

Na responsabilidade extracontratual ocorre violação de um dever jurídico externo. Trata-se de uma responsabilidade de ordem social mais ampla e difusa. Haverá na culpa sempre a violação de um dever. O descumprimento da obrigação contratual enseja a indenização, de acordo com o artigo 389 do CC, o qual estabelece que "não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado".

Nessa esteira, a pessoa jurídica que presta serviços de saúde, por intermédio do contrato, utilizando-se das atividades profissionais do médico, responde objetivamente por dano advindo do tratamento. E cabe a ela provar que o profissional de seus quadros não agiu culposamente.

Já nos casos do contrato entre médico e paciente se trata de um contrato que versa sobre obrigação de meio e não obrigação de resultado, como se viu, salvo os tratamentos estéticos.

Cabe ao profissional realizar todos os esforços necessários para o sucesso do tratamento, dentro de preceitos do Código de Ética Médica, que dá a orientação da regular conduta profissional.

O planejamento e a execução técnica de procedimentos, firmado e informado de maneira clara contribui para o equilíbrio e para a qualidade da relação médico-paciente na prestação de serviço.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Em regra, quem afora uma ação judicial deve provar a veracidade do que alega, i.e., tem o ônus a prova. Extrai-se do art. 373 da Lei n. 13.105/2015, Código de Processo Civil Brasileiro[26] (CPC):

[26] BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 mar. 2017.

“Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Não é diferente quando se apura a responsabilidade do profissional da medicina. Como sua obrigação é de meio, i.e., empreender seu melhor para o tratamento sem garantia do resultado, há necessidade da verificação de sua culpa, de acordo com a teoria subjetiva. Cabe verificar se ocorreu imprudência, negligência ou imperícia.

O egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina julgou assim: "A obrigação decorrente da atividade curativa do médico não é de resultado e sim de meio. Sua Responsabilidade Civil, nos termos do art. 951 do atual Código Civil, é subjetiva, devendo para tanto, ser provado que agiu com imprudência, negligência ou imperícia”[27].

A exceção é a previsão do Código de Defesa do Consumidor, o qual possibilita a inversão probatória e tutela o paciente hipossuficiente na relação jurídica, o que impõe ao médico provar que não agiu culposamente.

Para que o juiz determine a inversão do ônus da prova, faz-se necessária a verificação da hipossuficiência do paciente demandante, que não é absoluta. Até porque, por vezes, a prova negativa pode não ser realizável nem mesmo pelo médico; ou mesmo a alegação pode ser frágil e sem os mínimos elementos fáticos. Em consonância, o TJSC decidiu assim:

> Comete ato ilícito "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (CC, art. 186), cumprindo-lhe repará-lo (CC, art. 927). São também responsáveis pela reparação civil, entre outros, "o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele" (CC, art. 932, II). Relativamente à Responsabilidade Civil dos hospitais e/ou dos médicos, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que: I) "é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14" (T-3, REsp n. 731.078, Min. Castro Filho; T-4, AgRgAgREsp n. 785.171, Min. Luis Felipe Salomão; T-3, AgRgAg n. 1.229.919, Min. Sidnei Beneti); II) "é possível a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), ainda que se trate de responsabilidade subjetiva de médico, cabendo ao profissional a demonstração de que procedeu com atenção às orientações técnicas devidas" (T-4, REsp n. 25.838, Min. Luis Felipe Salomão; T-4, AgRgAg n. 969.015, Min. Maria Isabel Gallotti; T-3, REsp n. 696.284, Min. Sidnei Beneti); III) "a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no art. 14 do CDC, no caso o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia)" (T-4, AgRgREsp n. 1.385.734, Min. Luis Felipe Salomão; T-3, AgRgAgREsp n. 805.129, Min. João Otávio de

[27] TJSC. AC n. 2012.053404-1, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, j. 28-4-2016.

> Noronha). 02. Por força do disposto no art. 156 do Código de Processo Civil, "o juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico". É certo que a absoluta submissão do juiz ao perito importaria transmudá-lo em julgador. Porém, quando a prova técnica for essencial para a resolução do litígio, o seu laudo apenas poderá ser desprezado se houver provas com força bastante para derruí-lo (CPC, art. 479). Produzida tão somente prova pericial e tendo o expert concluído que o médico não foi imperito, negligente ou imprudente, não respondem ele e/ou o hospital pela reparação dos danos (material e moral) resultantes de eventual insucesso nos serviços prestados à autora[28].

Então, nas obrigações de meio, maior parte dos ramos da medicina, o legislador estimulou o esclarecimento da verdade, com a possível inversão do ônus da prova. Tal é aplicável em situações especiais, em que juiz venha a constatar que uma das partes, no caso o paciente, está em desvantagem (hipossuficiência ou verossimilhança da alegação).

Já a obrigação de resultado é excepcionalidade aplicável nos tratamentos estéticos, notadamente a Cirurgia Plástica estética. O egrégio TJSC também decidiu assim:

> Diferentemente dos demais ramos da medicina, a cirurgia estética gera obrigação de resultado. Nesses casos, compete à vítima demonstrar que o médico não alcançou o resultado prometido com o procedimento adotado para que a culpa resulte reconhecida, tocando ao facultativo, para eximir-se da responsabilidade, evidenciar a ocorrência de alguma causa excludente de culpabilidade[29].

Na cirurgia plástica, o profissional obriga-se a um determinado fim, pois o que interessa é o resultado dessa atividade, sem o qual não terá cumprido a obrigação.

Contudo, Diniz[30] acentua que não cabe indenização quando “o evento danoso se deu por erro escusável, em face do estado da ciência, por culpa da vítima, por caso fortuito ou força maior e se ele agiu sem culpa e em conformidade com as normas norteadoras do exercício de sua profissão”.

O egrégio TJSC, nestes casos, tem o seguinte entendimento:

> Em se tratando de Responsabilidade Civil do médico em cirurgia estética ou plástica, consoante doutrina e jurisprudência pacífica, a obrigação é considerada de resultado, o que traz como consequência a presunção de culpa, com a inversão do ônus da prova[31].

Por outro lado, importante destacar que o paciente pode prejudicar o sucesso do tratamento, especialmente quando esconder distúrbios orgânicos que poderiam interferir nos procedimentos e no tratamento médico. As complicações e intercorrências podem representar o comprometimento do tratamento, sem decorrer de ato do profissional.

---

[28] TJSC. AC n. 0017588-97.2008.8.24.0033, rel. Des. Newton Trisotto, j. 30-06-2016.

[29] TJSC. AC n. 0004402-93.2010.8.24.0014, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 20-10-2016.

[30] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Responsabilidade Civil, p. 210.

[31] TJSC. AC n. 0112446-87.2007.8.24.0023, rel. Des. Júlio César M. F. de Melo, j. 9-6-2016

Assim, não se pode ter como certa a responsabilidade do médico por falhas do resultado do tratamento se forem decorrentes de complicações ou intercorrências médicas que surgem não de um ato médico específico, mas de uma série de fatos, tais como reação adversa do organismo da pessoa, pouca resistência imunológica etc."[32].

Por exemplo, por mais estético que seja o tratamento, em uma situação que a cicatrização dos pacientes prejudique o resultado estético, especialmente na ocorrência de quelóides, seria injusto responsabilizar o profissional que teve toda a diligência no tratamento.

Nesse sentido, o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina julgou assim: "A ocorrência de cicatriz hipertrófica ou queloidiana é resultado pelo qual não responde o cirurgião plástico, tendo, no entanto, a obrigação contratual, em contrato-fim, de informar o paciente dos riscos do procedimento, suas possíveis consequências e o respectivo tratamento"[33].

Destaca-se ainda a subjetividade que envolve a questão estética, pois há a diferença entre a estética reparadora e a embelezadora, que muitas vezes passa pela opinião e preferência de cada pessoa. Um pequeno detalhe que o paciente considera um defeito, para um outro pode parecer normal.

O profissional evitará problemas se agir com prudência e técnica, embasado pela literatura médica, e respeitar um planejamento nos tratamentos e condutas diante da relação obrigacional que trava com seu paciente, da forma mais harmônica possível.

Nos casos em que os procedimentos são essencialmente estéticos e não dependam da colaboração do paciente, mas apenas de técnica cientificamente reconhecida para obter-se o sucesso ao seu final, pode-se considerar a obrigação de resultado. Esses casos são exceções.

4. ANÁLISE DOS JULGADOS DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Analisou-se a Responsabilidade Civil do médico de acordo com suas especialidades, tendo por base os acórdãos não sigilosos e disponibilizados no site do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina do ano de 2016.

[32] COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 35.

[33] TJSC. AC n. 2012.084903-8, rel. Des. Monteiro Rocha, j.10-10-2016.

Buscou-se identificar quais são as especialidades médicas envolvidas nas lides, bem como as condutas médicas e entendimentos do Tribunal Catarinense acerca da Responsabilidade Civil do médico.

Foi um estudo quantitativo e qualitativo de caráter documental. De acordo com Gil[34], a pesquisa documental é muito parecida com a bibliográfica. A diferença está na natureza das fontes, pois esta forma vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os seus objetos.

A pesquisa foi composta por apelações cíveis de processos judiciais julgadas por acórdãos em feitos datados entre 1º de janeiro de 2016 e 31 de dezembro de 2016. Procedeu-se à pesquisa dos termos, “Responsabilidade Civil”, e “erro médico”, das classes processuais do tipo “apelação”.

Foram excluídos os termos “dentista” e “dpvat” por não se enquadrarem no tema objeto de estudo. Excluíram-se os processos que, por lhes faltarem perícia técnica, foram devolvidos para a Primeira Instância.

[34] GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Os dados foram coletados a partir da pesquisa de jurisprudência no site do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conforme *print screen*:



Dos processos foram avaliadas as ocorrências de absolvições/condenações em Segundo Grau de jurisdição cujos temas giravam em torno da Responsabilidade Civil do médico, das instituições de saúde privadas ou públicas (Município ou Estado de Santa Catarina). Buscou-se distinguir as especialidades médicas mais frequentes em demandas judiciais.

Foi assegurada a não identificação dos profissionais, instituições de saúde ou quaisquer outras partes envolvidas nos processos judiciais avaliados. Os processos analisados são públicos, não protegidos pelo segredo de justiça e estão disponíveis na rede mundial de computadores. Não

houve identificações de profissionais, instituições de saúde ou partes envolvidas nos processos judiciais. Foram respeitados os aspectos éticos e a privacidade.

Assim, foram selecionados 42 processos que preencheram os critérios para a análise proposta. Entretanto, 7 deles tiveram que ser excluídos, a saber: 1 acórdão considerou erroneamente tratamento odontológico como erro médico, e 4 foram devolvidos à origem para instrução probatória, por necessitarem de perícia. Quanto aos outros 2 processos, um foi destinado a resolução de conflito de competência, e 1 último foi redistribuído para a Câmara de Direito Público, por conta de competência para o julgamento. Restaram, portanto, 35 processos para a análise.

Quanto à origem, os processos judiciais ascenderam ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina oriundos das seguintes Comarcas: Araranguá (1), Blumenau (4), Camboriú (1), Campos Novos (2), Capital (6), Chapecó (1), Curitibanos (1), Gaspar (1), Itajaí (2), Joaçaba (1), Joinville (6), São José (2), Tubarão (3), Guaramirim (1), Itaiópolis (1), Itapema (1) e Lages (1).

As origens e as suas respectivas quantidades de processos em números absolutos foram delineadas e estão visualizáveis na arte que segue (gráfico 2).

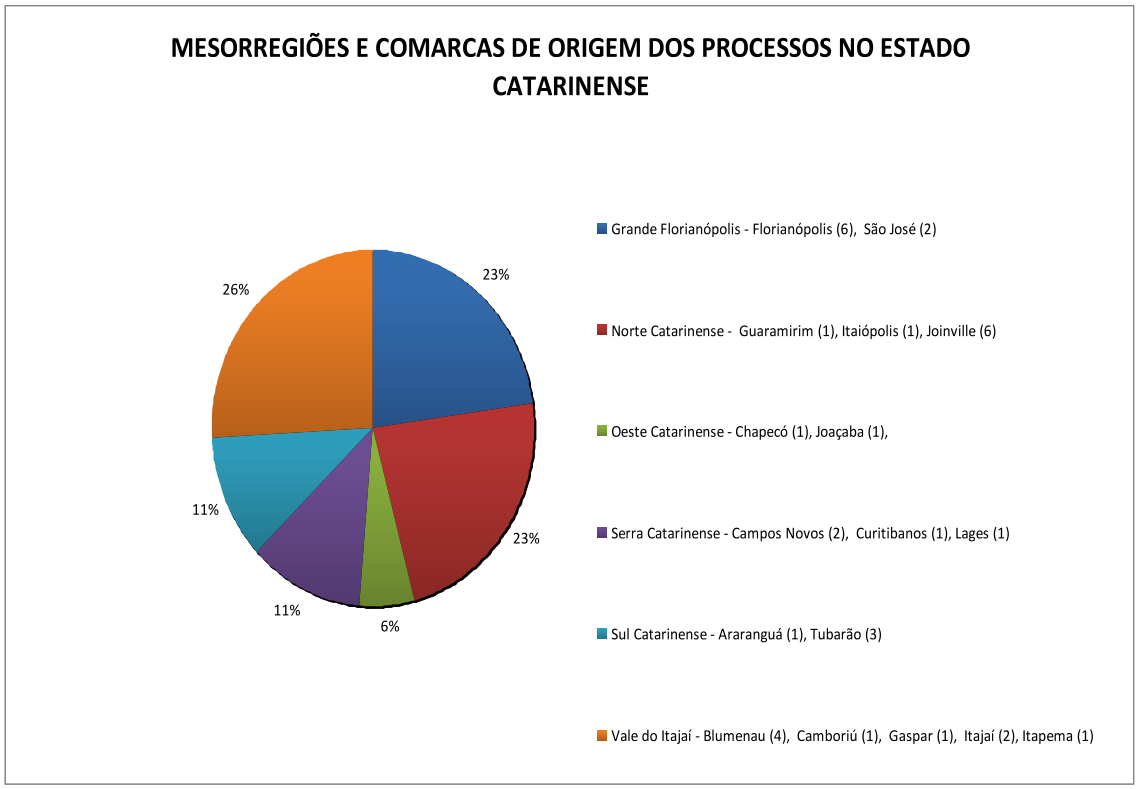


Gráfico 2: Distribuição da amostra de demandas no egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, segundo as Comarca de Origem, organizadas por suas Mesorregiões no estado.

Entre os processos analisados, houve 11% de pedidos procedentes e 89% improcedentes. Ou seja, do total de 35 processos, apenas 4 concluíram pela condenação por Responsabilidade Civil do médico.

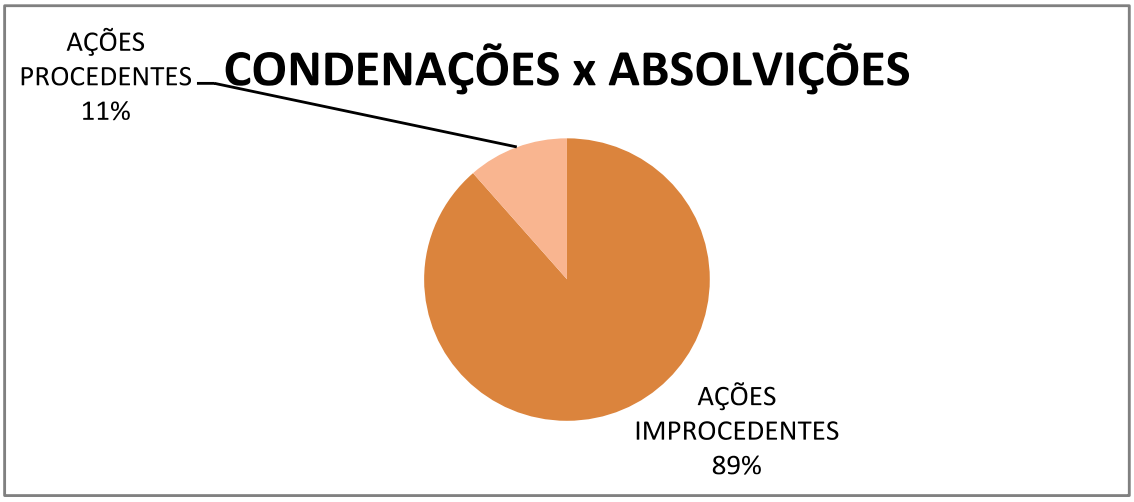


Gráfico 3: Distribuição da amostra segundo os percentuais de resultado entre as 14 especialidades médicas identificadas nos processos julgados em 2ª Instância em 2016.

Desses 4 processos julgados por acórdão que geraram condenações, 3 foram relacionados à Cirurgia Plástica. A remanescente diz respeito a um caso relacionado à Infectologia, a qual condenou um hospital por infecção hospitalar após uma cirurgia. Já para as condenações por procedimentos estéticos, o entendimento adotado foi de que esta especialidade tem relação obrigacional de fim, não de meio, conforme explicado anterioremente.

Nessa esteira, as especialidades envolvidas em processos judiciais pesquisados aparecem na seguinte frequência: Anestesiologia (3), Cirurgia de Cabeça e Pescoço (1), Cirurgia de Cardíaca (2), Cirurgia Geral (2), Cirurgia de Plástica (6), Emergência / Pronto Atendimento (4), Ginecologia e Obstetrícia (7), Infectologia (1), Oftalmologia (2), Ortopedia (5), Patologia Médica (1), Pediatria (1). (Tabela 2)

Especialidade	% e nº de proc. por especialidades do total (35)	% e nº de pedidosimprocedentesdo total (35)	% e nº de condenaçõespor especialidade
Anestesiologia	8,57% (3)	8,57% (3)	0 (0)
Cirurgia (Cabeça e Pescoço)	2,85% (1)	2,85% (1)	0 (0)
Cirurgia de Cardíaca	5,71% (2)	5,71% (2)	0 (0)
Cirurgia Geral	5,71% (2)	5,71% (2)	0 (0)

Cirurgia Plástica	17,14% (6)	6,52% (3)	50% (3)
Emergência/ P. Atendimento	11,42% (4)	11,42% (4)	0 (0)
Ginecologia e Obstetrícia	20% (7)	20% (7)	0 (0)
Infectologia	2,85% (1)	0,00% (0)	100% (1)
Oftalmologia	71% (2)	5,71% (2)	0 (0)
Ortopedia	14,28% (5)	14,28% (5)	0 (0)
Patologia Médica	2,85% (1)	2,85% (1)	0 (0)
Pediatria	2,85% (1)	2,85% (1)	0 (0)

Tabela 1: Distribuição da amostra segundo a especialidade demandada judicialmente e % de absolvições em relação ao total geral de processos e de condenações em relação aos processos por área/especialidade médica.

A Ginecologia e Obstetrícia foi a especialidade mais demandada com 20% (7) do total, mas sem condenações. A Cirurgia Plástica foi a segunda com mais processos, 17,14% (6), 50% (3) dos quais geraram condenações. A Ortopedia veio em terceiro lugar em número de demandas, 14,28% (5), mas sem condenações. Atendimentos de Emergência, apesar de não terem ensejado condenações, aparecem com 11,42% (4) das demandas. Nas 3 demandas da especialidade Anestesiologia (8,57%) também não houve comprovação de culpa do médico.

A Infectologia teve a maior proporção de condenações, levando em conta a quantidade de demandas analisadas, com 100% (1). Essa proporção de condenações não deve levar à conclusão precipitada de que a especialidade é problemática, mas, sim, de que o único caso que chegou ao egrégio Tribunal de Justiça recebeu veredicto pela condenação. No caso, a condenação ocorreu por complicação decorrente de infecção hospitalar, em que a responsabilidade objetiva foi aplicada.

Os elevados números de demandas relacionados às especialidades de natureza cirúrgica, decorrem das expectativas de resultado dos pacientes. Entretanto, na maioria não houve comprovação da culpa do profissional.

Dentre as 7 especialidades com maior número de demandas, julgadas por acórdãos, seguem gráficos para destaque dos resultados:

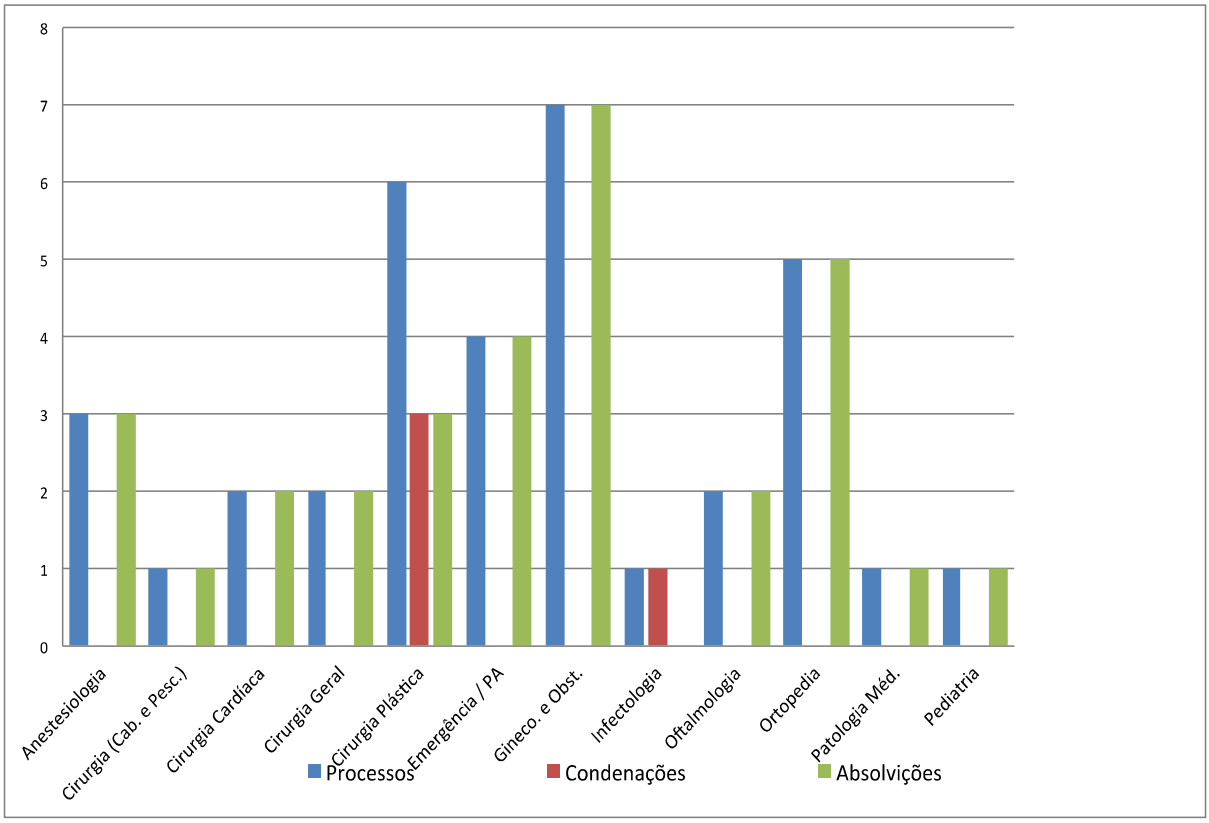


Gráfico 4: Distribuição da amostra das 12 especialidades demandadas, segundo os percentuais de resultado, nos processos julgados em Segunda Instância em 2016.

Verifica-se que a Ginecologia e Obstetrícia, a Cirurgia Plástica, a Ortopedia são as especialidades com maior número de demandas no estudo.

Mesmo se fazendo a análise sob a teoria do resultado, não se pode afastar que, por vezes, o resultado deixa de ser alcançado por fatores impossíveis de serem controlados pelo profissional, cabendo a avaliação de cada caso em litígio.

Os dados mostram que as especialidades médicas cercadas de procedimentos, principalmente as relacionadas com cirurgias, parecem ter originado mais demandas judiciais, a saber: Ginecologia e Obstetrícia (7), Cirurgia Plástica (6) e Ortopedia (5).

Ainda, visto que o estudo analisa processos em Segundo Grau de Jurisdição, também pode ser inferido que essas áreas têm maior propensão ao litígio em relação às outras. Isso por não se resolverem em acordos nas comarcas de origem ou mesmo por haver casos em segredo de justiça, portanto, sigilosos e modificadores da amostra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão do estudado, viu-se que a relação jurídica que se forma entre médico e paciente é regida por contrato e engloba obrigações recíprocas. Obrigação é o encargo que cada um assume na relação.

No que tange às obrigações do médico, estas podem ser de meio ou de resultado. Nas obrigações de meio, ele se compromete a atuar da maneira mais diligente possível, mas sem garantir o resultado final do ajuste. Já, nas obrigações de resultado, o profissional tem que garantir o resultado esperado e acertado com o paciente.

No ramo médico, em regra, o profissional firma contrato com o paciente no qual assume a obrigação de agir da melhor maneira possível no tratamento da sua moléstia, sem garantir a cura, i.e., assume a obrigação de meio. Se, por outro lado, o serviço contratado é estético ou embelezador, a obrigação assumida pelo médico é de resultado, ou seja, o médico assume a obrigação de produzir aquele resultado esperado pelo paciente.

A Responsabilidade Civil aparece quando o médico deixa de cumprir sua obrigação e, culposamente, pratica um ato omissivo ou comissivo que causa dano. Quando a conduta do médico não estiver ligada ao dano do paciente, o profissional não é obrigado a arcar com indenização. Quando a obrigação – seja de meio ou de resultado – é inadimplida, surge a responsabilidade.

Em ambos os casos, a relação jurídica é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, e a responsabilidade é contratual e subjetiva.

A diferença é que nas obrigações de resultado, o médico terá mais dificuldade em demonstrar que mesmo os tratamentos embelezadores e estéticos apresentam componentes biológicos e biomecânicos que não permitem considerar a certeza de resultado.

Isso pode ser agravado em razão de que, por se tratar de relação de consumo, o ônus da prova pode ser invertido – se o paciente for hipossuficiente ou houver verossimilhança das suas alegações –, de modo a recair sobre o médico o encargo de provar que não agiu com culpa ao não conseguir alcançar o resultado prometido e esperado.

Já a pessoa jurídica que presta serviços de saúde – geralmente hospitais –, por meio de contrato, utilizando-se das atividades profissionais do médico, responde objetivamente por dano

advindo do tratamento, cabendo a ela provar que o profissional de seus quadros não agiu culposamente.

Especificamente sobre os números, urge destacar que a Ginecologia e Obsetrícia é a especialidade de maior número de demandas judiciais na amostra do estudo: 7 das 35 demandas (20%), sem nenhuma condenação. A Cirurgia Plástica vem logo em seguida: 6 das 35 demandas (17,14%), porém com condenação em 50% das ações ajuizadas.

Apesar de Infectologia ter sido a especialidade com maior porcentagem de condenação, 100%, essa proporção de condenações não deve levar à conclusão de que a especialidade é problemática, mas, sim, de que o único caso que chegou ao Tribunal, recebeu veredicto pela condenação.

Conclui-se que as especialidades médicas relacionadas com cirurgias – ginecologia e obstetrícia, cirurgia estética e ortopedia – em que as expectativas de resolutividade são mais concretas, originam mais demandas judiciais.

Por fim, também se pode inferir que as áreas cirúrgicas referidas têm maior propensão ao litígio em relação às outras, talvez por não se resolverem em acordos nas comarcas de origem ou mesmo por haver casos em segredo de justiça, portanto, sigilosos e modificadores da amostra.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 9.ed. v. 5. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 mar. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Ed. Rev. E ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1988.

LUIZ, Antônio Filardi. **Dicionário de Expressões Latinas**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. **O dano Estético**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TJSC, AC n. 0112446-87.2007.8.24.0023, rel. Des. Júlio César M. F. de Melo, j. 9-6-2016.

TJSC, AC n. 0017588-97.2008.8.24.0033, rel. Des. Newton Trisotto, j. 30-06-2016.

TJSC. AC n. 0004402-93.2010.8.24.0014, rel. Des. Jorge Luis C. Beber, j. 20-10-2016.

TJSC. AC n. 2012.053404-1, rel. Des. Júlio César M. F. de Melo, j. 28-4-2016.

TJSC. AC n. 2012.084903-8, rel. Des. Monteiro Rocha, j.10-10-2016.

TUTELA PROVISÓRIA: PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA E A LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARTE*

Ana Carolina Dias dos Santos

Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes

INTRODUÇÃO

O Estado democrático de Direito, no qual o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se inserido, tem como uma de suas finalidades o justo processo, executado através do poder judiciário, em sua magna competência jurisdicional, buscando manter uma condição harmônica de convivência entre os indivíduos que integram o estado, isto é, o direito é feito para a sociedade, que recorre aos institutos de direito na busca pela adequada tutela jurisdicional.

O propósito do presente artigo, é analisar o enfrentamento de norma e princípio, no âmbito das tutelas jurisdicionais de caráter provisório, com fulcro no Princípio constitucional da Ampla Defesa e do Contraditório frente a concessão liminar *Inaudita Altera Parte* de tutela provisória, destacando o novo texto normativo processual, com as alterações referente à Tutelas Provisórias, pois o novo Código de Processo Civil, promulgado em 2015, fez importantes modificações neste título.

Por fim, demonstra-se a forma pela qual admite-se o afastamento do direito ao contraditório e a ampla defesa em detrimento do direito material ou processual, protegido liminarmente, apontando o objetivo destas ferramentas e seu cabimento.

1. TUTELA PROVISÓRIA

O convívio em sociedade, é naturalmente conflituoso, pois entre indivíduos há inúmeras divergências, que embora simples, causam demasiados transtornos. Os sujeitos convivem entre si e são naturalmente Homens Políticos, de acordo com Aristóteles, pois "aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade"[1], logo concorda-se que é essencial ao homem a convivência com os seus, por ser ele criatura política. Nessas relações conflituosas,

[1] ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Martin Claret, 2001.

surge o Estado como ente mediador em meio aos litígios e o homem aceita esta intervenção, como afirma Jean-Jacques Rosseau em seu Contrato Social,

> cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo.[2]

Destarte, uma vez inserido no meio social, as situações de conflitos serão objeto de mediação do Estado, através da força Judiciária, que mediará e dirá o que é de direito, *"da mihi factum, dabo tibi jus"*[1]. O sujeito que entender ter seu direito lesado, ou danos em seu bem jurídico, age em provocação ao Estado, para que este lhe aponte e diga as partes o que lhe é devido. É a jurisdição advinda da tripartição de poderes salientada por Montesquieu, através do poder judiciário, dar-se-á a atividade jurisdicional sobre as situações litigantes.

Conhecidamente sabe-se que o processo não é e nem deve ser um fim em si mesmo, ora, não é objetivo da atividade jurisdicional a lide meramente, mas sim a concretização do direito ou garantia, que é objeto de análise no mesmo, assim disserta Humberto Theodoro Júnior[3], "o processo deve estar voltado a efetividade, evitando, quando possível, o dano ou o agravamento do dano ao direito subjetivo".

É quando surge a intervenção da tutela nas relações litigantes, a terminologia vinda do latim que significa ″o que defende ou protege″ tem como condão proteger direito ou garantia em ocorrência de dano, havendo possibilidade de deferimento do pleito, "a concessão de tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito exista"[4], Daniel Amorim Assumpção Neves coloca a tutela como ferramenta à ser arguida em proteção a possível direito, concessão sumária que evite o prosseguimento do dano ou grave risco em que se coloca a situação. Assim ensina Luiz Guilherme Marinoni,

> Isso quer dizer que o procedimento deve ser concebido tendo em vista os vários interesses que convergem na solução da controvérsia e na prestação de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (art. 5º,XXXV, da CF), sejam eles interesses estritamente processuais – respeitantes aos direitos fundamentais processuais que integram o direito ao processo justo e aos direitos processuais previstos pelo legislador infraconstitucional – sejam eles interesses ligados ao direito material - construídos a partir do desenho dado pelo Direito a cada instituto de direito material.[5]

---

[2] ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** São Paulo: L&PM, 2007.

[3] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, volume 1.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

[4] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil, volume único.** Bahia: JusPODVIM, 2016.

[5] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, volume 3.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Logo, quando partes se opõem em litígio, buscam cessar o dano sofrido e reparar o que já ocorreu, pois de forma alguma servirá a mera litigância se não houver devido adimplemento ao direito tutelado, assim é colocado por Marcus Vinícius Rios Gonçalves.

> Constatada a existência daqueles que não podiam ser classificados propriamente nem como uma coisa nem como outra, e que muitas vezes não pertenciam a uma pessoa ou a um grupo determinado, foram criados mecanismos eficazes de proteção e acesso a justiça, com atribuição de legitimidade a entes determinados para a sua defesa.[6]

Mecanismo de eficácia sob possíveis direitos, que atua na seara coletiva ou individual, tornou-se historicamente necessário devido ao compasso de avanços socioeconômicos, que trouxe a massificação e o consumo e assim multiplicou as relações entre indivíduos, criando uma infinidade de direitos e garantias, bem como riscos à esses.

Previstas já desde o Código de Processo Civil de 1973, que já aludia a ação acautelatória em seu artigo 273, trazia os mecanismos necessários à efetivação de possível julgamento definitivo, estabelecia o uso do instrumento da tutela jurisdicional para resguardar, antecipar, total ou parcialmente os efeitos da lide principal, na possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. Após a reforma do texto processual em 1994, através da lei 8.952/1994[7], a atividade ganhou efeito de ação principal e não apenas mecanismo acessório ao processo. Neste sentido, a lei 12.016/2009[8], traz também a possibilidade de execução provisória da sentença, por meio de interpelação de Mandado de Segurança, ao ferir-se direito líquido e certo, não protegido por *habeas corpus* ou *habeas data* , podendo o juiz ordenar a suspensão da atividade ao entender que posteriormente não haveria mais eficácia para a decisão do pleito.

Eis o advento da lei 13.105/2015[9] que revogou totalmente o texto do Código de Processo Civil de 1973, estabelecendo um Novo Código de Processo Civil, inovando em praticamente todos os instrumentos processuais, não foi diferente com as tutelas jurisdicionais, que recebeu novo texto e novos mecanismos, recebendo um livro sobre Tutela Provisória, agora com os institutos de tutela de urgência ou evidência.

> Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.
> Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental."[10]

---

[6] GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Tutela de direitos difusos e coletivos.** São Paulo: Saraiva, 2016.

[7] BRASIL. **Lei 8.952/1994**

[8] BRASIL. **Lei 12.016/2009**

[9] BRASIL. **Lei 13.105/2015**.

[10] BRASIL. **Código de processo civil.** 2015.

Concedida em caráter antecedente ou incidental, ou seja, antes da propor a ação principal ou já no decurso desta, as partes podem ingressar com pedido liminar de tutela, desde que presentes os requisitos para concessão jurisdicional da mesma, que ademais será objeto deste artigo.

2. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA

Destarte, notório que trata-se de medidas "tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco do dano à efetividade do processo"[11], pode-se contemplar então a existência dos institutos de *fumus boni iuris e periculum in mora,* que retratam a verdadeira verossimilhança na possibilidade de dano e grave risco ao direito devido a demora processual.

> Art. 300 - A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo."[12]

O *caput* do art. 300 do Código de Processo Civil, destaca como requisitos para concessão da tutela de urgência, a evidência de direito, dano ou risco ao resultado efetivo do processo, neste sentido admitindo, fumus boni iuris, a mera evidência de provável direito.

A exigência do legislador, quanto a existência de fumus boni iuris, nada mais é do que uma precaução ao possível dano irreparável na concessão de tutela provisória. Neste sentido, é também requisito da tutela provisória o periculum in mora, que nada mais é do que o risco de dano em decorrência do lapso temporal dos trâmites processuais, ou seja, quando o próprio processo poderia colocar em risco a eficácia de possível sentença no futuro. Neste sentido, ensina Luiz Marinoni:

> "A tutela provisória é necessária simplesmente porque não é possível esperar, sob pena de o ilícito ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente, não ser removido ou de dano não ser reparado ou reparável no futuro. Assim, é preciso ler as expressões perigo de dano e risco ao resultado útil do processo como alusões ao perigo na demora. Vale dizer: há urgência quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do direito. "[13]

A atividade processual demanda tempo e às vezes mais tempo do que as partes gostariam, o caráter urgente da medida acautelatória justifica a necessidade de celeridade, assim, não há tempo para aquele que deseja que o dano sofrido cesse. Então não havendo prejuízo ao resultado

---

[11] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, volume 1.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

[12] BRASIL. **Código de processo civil.** 2015

[13] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo código de processo civil comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

do processo e estando evidente que o tempo processual irá atrapalhar o objetivo final da ação, ocorrerá a evidência de *periculum in mora*, motivo suficiente para a concessão da tutela pleiteada.

3. TUTELAS EM ESPÉCIE

O Código de Processo Civil, com seu novo texto, admite agora duas espécies de Tutela Provisória, serão agora, de urgência e de evidência, podendo tratar de matéria de urgência, cautelar ou antecipada. Provisória, caracteriza a medida como temporária, não podendo ter duração eterna, denota o caráter urgente, a antecipação dá a possibilidade de satisfação do pleito antes de decisão definitiva, cumprindo a função de proteger o direito em tema.

> Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.
> Parágrafo único: A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental."[14]

Podendo ser antecedente ou incidental, ou seja, passível de pedido antes da apresentação da petição inicial em caráter antecedente, assim a parte pode primeiramente arguir a concessão de tutela, onde apontará apenas o direito e as razões de urgência, apresentando o risco do dano, só após apresentará a petição versando à respeito do objeto de direito, após o deferimento da tutela em caráter antecedente, terá a parte 15 dias para emendar com a Petição Inicial. Ou ainda no curso processual, concedida a tutela, como incidente processual, a qualquer tempo durante o processo de conhecimento ou de execução, as partes podem ingressar com uma petição simples e pedir a concessão de tutela provisória, para Humberto Theodoro Júnior:

> Justifica-se essa abertura do processo a partir apenas do pedido de tutela emergencial, diante da circunstância de existirem situações que, por sua urgência, não permitem que a parte disponha de tempo razoável e suficiente para elaborar a petição inicial, com todos os fatos e fundamentos reclamados para a demanda principal. O direito se mostra na iminência de decair ou perecer se não for tutelado de plano, razão pela qual merece imediata proteção judicial. O novo Código admite, portanto, que a parte ajuíze a ação apenas com a exposição sumária da lide, desde que, após concedida a liminar, adite a inicial, em quinze dias ou em outro prazo maior que o órgão jurisdicional fixar, com a complementação de sua argumentação e a juntada de novos documentos (art. 303, § 1º, I)."[15]

O CPC traz a ressalva para concessão desta modalidade de tutela jurisdicional, condicionada não somente aos fatores de periculum in mora e fumus boni iuris, como também a possibilidade de

[14] BRASIL. **Código de processo civil.** 2015.

[15] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, volume 1.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

reversão do resultado do processo. "Art. 300. § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Assim, tenta-se manter seguridade no ato, pois não poderia o poder judiciário dar o que não é realmente de direito a quem não lhe compete. Uma vez que este tipo de procedimento está fundado em concessão sumária, de direito futuro e ainda incerto, mesmo que evidente, precisa este ser reversível, para que as partes não se encontrem prejudicadas pela própria atividade jurisdicional. Matéria já presente no texto normativo anterior, a irreversibilidade dos efeitos da decisão, refere-se aos efeitos fáticos de sua outorga. Para João Batista Lopes,

> É evidente que quando se fala em reversibilidade, não se pode pensar em apenas duas situações, de modo que ou a medida seja reversível ou irreversível. É possível que a reversibilidade seja de difícil realização ou demande tempo, dinheiro e muita atividade processual. Assim, é possível apurar no caso concreto o quanto a medida pode ser mais ou menos facilmente reversível."[16]

Será fundada em urgência ou evidência, há então dois gêneros para a concessão da tutela, tratados respectivamente pelos artigos 300 e 311 do CPC. Tratando-se de urgência, sendo esta antecipada ou cautelar, a primeira se caracteriza pela antecipação do mérito, antecipa-se o direito objetivado que só poderia ser alcançado em sentença.

3.1 TUTELA DE URGÊNCIA

O caráter urgente visa evitar ou diminuir o dano, por isso a ideia de concessão imediata, sem o qual há evidente perigo de dano até o fim dos trâmites processuais. O lapso temporal das demandas é ponto negativo em situações de urgência, o devido processo no entanto demanda tempo que se mantido pode ferir o provável direito, afinal, a intenção é cessar um dano ou evitar que este ocorra.

> Ambas as modalidades de tutela de urgência, portanto, têm como requisito essencial de concessão a existência de uma situação de perigo de dano iminente, resultante da demora do processo (periculum in mora). Este perigo pode ter alvo a própria existência do direito material (caso em que será adequada a tutela de urgência satisfativa) ou a efetividade do processo (hipótese na qual adequada será a tutela cautelar)."[17]

Assim, ensina Alexandre Freitas Câmara, logo, pode-se diferenciar estas duas modalidades, satisfativa e cautelar, pelo momento e necessidade processual a que adequam.

---

[16] LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

[17] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro, 2ª ed.** São Paulo: Atlas, 2016.

A tutela antecipada, tem a peculiaridade de antecipar o resultado satisfativo do mérito, depende de evidente e comprovado risco ao direito pleiteado, ou seja, a iminência de *periculum in mora*, que possa afetar o interesse principal da ação, conforme Humberto Theodoro Junior "seu objeto, portanto, se confunde, no todo ou em parte, com o objeto do pedido principal. São efeitos da futura acolhida esperada desse pedido que a tutela satisfativa de urgência pode deferir provisoriamente à parte"[18]

Desta forma, o juiz concederá liminarmente o suposto resultado da lide, para Câmara "se destina a permitir a imediata realização prática do direito alegado pelo demandante, revelando-se adequada em casos nos quais se afigure presente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial".

Enquanto a tutela cautelar destina-se a proteção da própria atividade processual, ou seja, para que o processo não encontre-se prejudicado pelos trâmites do mesmo, seria pois inadmissível a própria lide afetar o resultado útil do processo. Então a concessão desta modalidade está ligada a defesa de institutos essenciais ao processo, que pelo lapso temporal pode prejudicar o fim útil a que se destina, podendo tratar-se de provas, bens ou pessoas, que serão decisivas na demanda.

> Chama-se tutela cautelar à tutela de urgência do processo, isto é, à tutela provisória urgente destinada a assegurar o futuro resultado útil do processo, nos casos em que uma situação de perigo ponha em risco sua efetividade. [...] A tutela provisória cautelar, portanto, não é uma tutela de urgência satisfativa do direito (isto é, uma tutela de urgência capaz de viabilizar a imediata realização prática do direito), mas uma tutela de urgência não satisfativa, destinada a proteger a capacidade do processo de produzir resultados úteis.[19]

Assim, de forma concisa fica evidenciada a diferença entre as categorias de tutela de urgência, mesmo que singela, a linha tênue de suas definições, encontra-se no objeto final a que irá atingir, ambas servem para proteção, mas em momentos diversos, uma para tutelar direito imediato e em dano, isto é, o direito propriamente dito, enquanto a outra esta voltada ao alcance da atividade processual útil, para que se alcance então o resultado justo do processo.

3.2 TUTELA DE EVIDÊNCIA

[18] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, volume 1.** Rio de Janeiro: Forense, 2015

[19] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro, 2ª ed.** São Paulo: Atlas, 2016.

Prevista no art. 311 do Código de Processo Civil, a tutela de evidência é uma recente categoria criada no âmbito processual, é evidente a diferença para com a tutela de urgência em vários pontos do próprio texto normativo.

> Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:
> I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
> II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
> III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
> IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
> Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente."[20]

Diferente da tutela de urgência, não é necessário o iminente risco de dano e estado de perigo, *periculum in mora* é matéria dispensável, pois aqui não é objetivo proteger o resultado útil processual, que ainda pode ser sentenciado, o intuito é a concessão do direito propriamente, já garantido, isto é, que se configura evidente. Por isso, desnecessário comprovar a presença de *periculum in mora* ou o caráter urgente, embora sirva para antecipar o resultado fático do processo. Está por si só fundado, na comprovação de fato, do direito material, é necessário um juízo de convicção de que há *fumus boni iuris* e há evidências de direito líquido e certo. Conforme Humberto Theodoro Junior:

> A tutela da evidência não se funda no fato da situação geradora do perigo de dano, mas no fato de a pretensão de tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte. Justifica-se pela possibilidade de aferir a liquidez e certeza do direito material, ainda que sem o caráter de definitividade, já que o debate e a instrução processuais ainda não se completaram. No estágio inicial do processo, porém, já se acham reunidos elementos de convicção suficientes para o juízo de mérito em favor de uma das partes.[21]

Desta forma, o legislador priorizou o direito material, que não pode ficar prejudicado pelos trâmites processuais, se sua constatação é evidente, ou seja, se a parte já conseguiu demonstrar satisfatoriamente ser detentor de tal direito. O CPC traz um rol de possibilidades de cabimento para propositura de tutela de evidência, sendo duas delas possíveis de concessão liminarmente, ou seja, antes que o réu seja citado e outras duas em caráter incidental, isto é, no decorrer do processo. A previsão de tutela de urgência em caráter incidental, prevista no art. 311, I e IV, trata de dois usos,

[20] BRASIL. **Código de processo civil.** 2015.

[21] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, volume 1.** Rio de Janeiro: Forense, 2015

satisfatório ou sancionatório, no inciso I, o objetivo é aplicar uma sanção sobre aquele que atua de má fé no processo, objetivando protelar a lide, enquanto que no inciso IV, é a satisfação de direito tão comprovado que não houve sequer prova capaz de colocar sob dúvida sua concessão.

Em caráter liminar, o juízo está baseado não somente na probabilidade evidente de direito, mas também na discussão da matéria de fato em outros juízos, isto é, a existência de precedentes e súmulas vinculantes, que demonstrem que o que se discute é objeto de matéria repetitiva, assim ensina Alexandre Câmara.

> o CPC implanta um sistema de precedentes vinculantes (assim entendidos os julgamentos produzidos em casos repetitivos – recursos excepcionais repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas – e incidente de assunção de competência)."[22]

Então quando o demandante demonstra possuir direito líquido e certo em petição inicial, fundado em matéria reipersecutória, inciso III e já discutido em julgamentos de casos repetitivos, inciso II, será passível de concessão liminar pois acredita-se que nestas circunstâncias é muito provável que o demandante tenha razão em sua alegação, que além de provável é evidente.

4. LIMINAR INAUDITA ALTERA PARTE

O conceito de liminar, vindo do latim, *liminaris*, nada mais é que aquilo que se faz do começo, que se discute no princípio, processualmente não é difícil compreender o seu uso, logo de início.Assim sendo, é previsão legal de um ato que virá antes de qualquer outro no processo, se fundado em *inaudita altera parte*, antes mesmo de que haja citação para manifestação do réu. A função *inaudita altera parte* se caracteriza pela prática dos atos antes da efetiva participação do réu, é uma medida drástica que se assegura como exceção à regra, sendo admitida apenas se comprovado os requisitos de concessão liminar da tutela.

> A concessão de liminar, todavia, não depende apenas de estar o requerente na iminência de suportar ato do requerido que venha a provocar a consumação do dano temido. O perigo tanto pode derivar de conduta do demandado como de fato natural. O que justifica a liminar é simplesmente a possibilidade de o dano consumar-se antes da citação, qualquer que seja o motivo. Impõe-se o provimento imediato, porque, se se tiver de aguardar a citação, o perigo se converterá em dano, tornando tardia a medida cuja finalidade é, essencialmente, preveni-lo."[23]

[22] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro, 2ª ed.** São Paulo: Atlas, 2016.

[23] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, volume 1.** Rio de Janeiro: Forense, 2015

Ou seja, conforme salienta Theodoro Júnior, a liminar visa assegurar que a atividade processual seja de fato útil em garantir o direito que se encontraria prejudicado evidentemente pela citação do réu, sua oitiva ensejando em má fé, ou aduzindo a ineficácia do feito. Assevera Nelson Nery Junior:

> Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo inaudita altera parte, o que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento."[24]

Entende-se então, que a função da liminar inaudita altera parte, é como todo o sistema de tutela, atuar em caráter protecionista, desde o início do ato processual, onde for possível demonstrar fumus boni iuris, periculum in mora e o evidente prejuízo que pode ser causado, se seguido o feito de citação para oitiva das demais partes, não só em mora como em dano, o processo pode estar em risco, assim sendo, o direito objeto do mesmo estará em dano também. Logo, trata-se de concessão que virá antes dos demais atos, sem que se ouça a parte contrária, que terá oportunidade de oitiva em momento posterior, quando o objeto de direito não estiver mais em esfera de risco.

No campo das tutelas provisórias, está prevista no art. 300, § 2º, que lê-se " A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia"[25]. Para atender esta possibilidade, deve o julgador atentar-se as demais regras de concessão das tutelas provisórias e principalmente na necessidade de dispensa da oitiva do réu, para o resultado efetivo. Pois esta irá conferir ao autor, nada mais que o direito substancial que se busca. Para Marinoni, "A possibilidade de o tempo ou a atuação da parte contrária frustrar a efetividade da tutela sumária constitui pressuposto para postergação do contraditório no processo civil".

5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

É de conhecimento geral e previsto em texto constitucional[26], o princípio aplicado processualmente, de ampla defesa e contraditório. Historicamente um dos princípios mais importantes à conquistar força normativa, pois através deste qualquer indivíduo encontra-se

[24] NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

[25] BRASIL. **Código de processo civil.** 2015.

[26] BRASIL. **Constituição 1988. Artigo 5º, LV.**

cerceado pela atividade jurisdicional, sendo livre e com poder para que se defenda de quaisquer alegações, assim como também dar sua tese contraditória ao que se está sendo acusado. Ou seja, é fundamental ao processo e direito essencial às partes, que haja defesa do indivíduo quando este tiver sua esfera de direitos invadida, ora o indivíduo, pessoa de direito, pertencente ao Estado, como já salientado, está sujeito à atividade jurisdicional.

A condição de pessoa, integra do estado democrático de direito, participante do contrato social que a todos recai, está também sob a esfera da atividade jurisdicional, onde na busca por direitos ou mero cumprimento de deveres, pode o Estado invadir a esfera pessoal de cada indivíduo, chamando ao processo, podendo este ser o acusado, requerido, à quem se imputa fatos ou obrigações de sua competência. Mas como saber se o que se imputa é verdadeiramente correspondente com o que é de fato, que o direito que se requer é incumbência daquele chamado a cumprir? O Estado estaria atuando erroneamente ao negar à aquele que está sob o polo passivo, o direito de apresentar sua própria versão dos fatos, renegando amplitude à discussão de fato e de direito, pois não é também função dos órgãos de justiça, através do Estado, conceder coisas, bens e direitos a todo aquele que vier a sua porta alegando que os possui, sem que este o prove.

Conforme Marinoni e Mitidiero:

> Previsto conjuntamente com o direito à ampla defesa (art. 5º, IV, da CF), o direito ao contraditório constitui a mais óbvia condição do processo justo e é inseparável de qualquer ideia de administração organizada de Justiça, funcionando como verdadeiro *"cardine della ricerca dialettica"* pela justiça do caso concreto. Tamanha sua importância que o próprio conceito de processo no Estado Constitucional está construído sobre sua base. O direito de ação, como direito ao processo justo, tem o seu exercício balizado pela sua observância do direito ao contraditório ao longo de todo o arco procedimental." [27]

Logo, a própria condição de integrante do Estado de direito, concede ao sujeito direitos como de uma relação processual justa, isto é, que o devido processo seja efetivado, com ampla defesa e contraditório.

5.1 AMPLA DEFESA

O direito a defesa, é garantia primária, introduzida ao texto constitucional[28] e de aplicação a toda matéria processual vigente, é fundado em proteção ao polo passivo, aquele à quem se volta as

[27] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional. 4ª.ed.** São Paulo: Saraiva, 2015.

[28] BRASIL. **Constituição 1988. Artigo 5º, LV.**

acusações, alegações e requerimentos. É a outorga de paridade de ferramentas processuais entre demandante e demandado, para que o processo seja justo, afinal, conforme aqui já salientado, o processo não pode ser um fim em si mesmo, o respeito ao espaço de manifestação de todas as partes, para que se efetue a sadia atividade jurisdicional, faz-se necessário. A ampla defesa, assim como o contraditório, traz a bilateralidade para a ação. Para Rodrigo César Rebello Pinho:

> devem ser concedidas todas as oportunidades para ver respeitado o seu direito, assegurando-se a indispensabilidade da citação, a nomeação de defensores dativos em processos criminais e a notificação para a prática de atos processuais".[29]

A função de um princípio que tutela um direito ao polo passivo, está enraizada na base social do sistema jurídico, objetivando o processo justo, pois, quando se recorre à esfera judicial para a solução de um conflito, é de se esperar que a tutela oferecida seja satisfatória ao autor, mas que respeite os limites e a veracidade do fato alegado. A instituição judiciária é basilar como os demais poderes constituintes do estado democrático de direito, seu desempenho, tem reflexo em todos os âmbitos sociais, logo é primordial que as partes encontrem no poder judiciário, espaço para exercer o direito propriamente dito.

A origem do direito a defesa provém de longa data, pode-se dizer que desde o texto postulado na Carta Magna em 1215, o direito a defesa já estava positivado, através do art. 39, onde lê-se:

> Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra."[30]

É possível destacar mais de um princípio neste simples artigo, há que se destacar que já naquela época, direitos como a defesa, ao devido processo legal e ao contraditório, eram de evidente importância, pois a ideia que se estabelecia naquele momento, era de reformulação do Estado, dando imparcialidade aos seus atos e criando institutos mais justos para a relação da coroa para com seu povo. Presente na Constituição brasileira desde 1924 com breves concessões de direitos e garantias que dão a ideia de um processo legal, porém com destaque ao texto de 1967, em seu art. 150, onde expressamente pode se encontrar o direito à ampla defesa e a previsão de um processo contraditório:

---

[29] PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria geral da constituição e direitos fundamentais, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

[30] CARTA MAGNA. Art. 39. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html. Acessado em 01 de março de 2016.

> § 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela Inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.
> § 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu."[31]

Destarte, a função social desempenhada pela ampla defesa, é essencial a todo processo, tornando páreo para com o direito a ação a resposta do demandado. Essencial para que a prática jurisdicional não se torne arbitrária e para que se alcance o justo resultado do processo, de forma que ambas as partes possuam igualdade de direitos ao atuar e assim assevera Marinoni e Mitidiero:

> O direito de defesa é direito à resistência no processo e, à luz da necessidade de paridade de armas no processo, deve ser simetricamente construído a partir do direito de ação. O direito de defesa – com os meios e recursos a ela inerentes – grava todo e qualquer processo. Jurisdicional ou não, estatal ou não, o direito de defesa se impõe como núcleo duro que contribui para a legitimação da imposição da tutela jurisdicional ao demandado."[32]

5.2 CONTRADITÓRIO

Da mesma forma que o direito à ampla defesa, o direito ao contraditório encontra-se previsto constitucionalmente[33] e nos mesmos moldes históricos, uma vez que um princípio termina por remeter à outro. Ligado ao devido processo legal e também à paridade de armas, o contraditório é fundamental à processualística, pois busca a prática correta, de um processo justo, que possa contribuir para a efetiva tutela jurisdicional, livre de vícios.

Ao admitir o contraditório, admite-se a importância da bilateralidade da ação, ou seja, que haja dois polos, passivo e ativo, que proponham e respondam pelo conflito apresentado com igualdade. À todo indivíduo que vê sua esfera de direitos invadida, sob qualquer alegação, deve poder apresentar sua posição perante os fatos. O contraditório concede a liberdade de interação e construção processual através das partes, à quem compete o ônus de provar o que se alega e o que se refuta. Para Marinoni:

> Existindo a possibilidade de advir para alguém decisão desfavorável, que afete negativamente sua esfera jurídica, o contraditório é direito que se impõe, sob pena de solapado da parte seu direito ao processo justo, [...] todo processo deve ser realizado em contraditório, sob pena de nulidade. Não há processo sem contraditório."[34]

---

[31] BRASIL. **Constituição de 1967.**

[32] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional. 4ª.ed.** São Paulo: Saraiva, 2015.

[33] BRASIL. **Constituição 1988. Artigo 5º, LV**.

[34] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional. 4ª.ed.** São Paulo: Saraiva, 2015.

Historicamente, pode-se dizer que o contraditório obteve reconhecimento na mesma medida que o direito à ampla defesa, de forma esparsa inicialmente, até ganhar espaço em 1967 na Constituição brasileira e hoje encontra-se previsto da seguinte forma, "art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."[35] É o efetivo reconhecimento constitucional do processo bilateral, como fundamental à resolução justa e útil do conflito, para Câmara por exemplo, o processo é o próprio procedimento em contraditório:

> compreendido como garantia de participação com influência e de não surpresa, permite a participação efetiva dos interessados no resultado em sua construção. Pois essa participação com influência é o que confere legitimidade democrática dos atos de poder estatais (entre os quais, evidentemente, se encontram os resultados dos processos judiciais)".[36]

Há que se perguntar, ora, qual o cabimento de admitir-se a concessão de tutelas satisfativas em caráter antecedente, através de liminar inaudita altera parte, ao considerar-se a imprescindibilidade da oitiva do demandado, cerceado pelo direito à ampla defesa e ao contraditório. O juízo de valor feito nestes moldes, enfrenta norma e princípio, onde a própria lei admite a concessão liminar de direito, que é capaz de afastar um princípio com poder normativo.

No entanto, este tipo de concessão, não ocorre de ofício e exige do demandante a produção de itens probantes, que demonstrem o risco à que corre seu direito, *periculum in mora*, a probabilidade de direito que alega possuir, *fumus boni iuris*, se tratando de matéria de evidência, demonstrar ainda a existência de caso repetitivo ou súmula vinculante que já tenha versado sobre a matéria. Porém, mais do que demonstrar todos esses requisitos, que servem para segurança jurídica dos atos, é necessário que fique evidenciado que a oitiva da parte contrária, trará danos ao processo e pôr fim ao direito material, é o que Alexandre Câmara ensina em relação a tutela de evidência:

> Impende, então, ter claro que a concessão inaudita altera parte da tutela de evidência é um mecanismo de distribuição do ônus do tempo do processo, que tem por objetivo evitar que toda a carga resultante da duração do processo recaia sobre um demandante que muito provavelmente tem razão (afinal, seu direito, mais do que meramente provável, é evidente)."[37]
>
> no direito à técnica antecipatória no processo civil, cuja raiz constitucional é inquestionável a partir do direito à tutela adequada e efetiva dos direitos. O direito à técnica antecipatória permite decisão sob cognição sumária e difere o contraditório para depois de sua prolação. O direito à cognição exauriente

[35] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.**

[36] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional. 4ª.ed.** São Paulo: Saraiva, 2015

[37] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016

> – e à ampla defesa que o fundamenta - resta restringido em face da necessidade de organização de um processo capaz de prestar tutela adequada aos direitos".[38]

Afasta-se o princípio para que se execute a devida tutela jurisdicional, cumprindo a função do processo, que é efetivar o direito material, conceder à quem é de direito. Deve ser feito de forma criteriosa e respeitando os princípios e normas que regem o processo, reconhecendo a possibilidade de um preceito como a ampla defesa e o contraditório ser afastado, em nome do direito material, assim sendo da função social do processo propriamente. Este afastamento, no entanto, tem caráter temporário, pois não se elimina o direito ao contraditório, apenas o afasta para evitar danos, logo, após o direito sair do campo de risco processual, a oitiva da parte contrária, pode perfeitamente ser efetuada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo não tem por escopo ser um fim em si mesmo ou eterno litígio, toda relação processual se constitui da necessidade de reconhecimento de um direito ou a solução de uma relação conflituosa. A esfera judicial é a esperança para muitas situações das quais já se exauriu os meios de solução, então ao adentrar o ambiente forense, procura-se a adequada tutela jurisdicional, com poder efetivo de sanar a demanda.

O novo Código de Processo Civil, inovou no Título referente à Tutelas Provisórias, em seu cabimento e gêneros, inclusive criando a categoria de Tutela de Evidência. Sob estas modificações, ainda cabe o uso de ferramentas processuais, como a liminar *inaudita altera parte* em enfrentamento ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

A disposição de um direito, o diferimento deste, em detrimento da garantia de preservação do direito material tutelado, à que se está buscando na atividade processual, pode sim ocorrer e desta forma, afastar um preceito básico, se este comprovadamente oferece dano processual e material. Logo, torna-se evidente, que o objetivo, sempre será a adequada tutela do direito, tanto em conceder uma tutela em caráter liminar, como negá-la, se estiver evidente que não há prejuízo em aguardar o cumprimento do devido processo, em seu lapso temporal normal. Assim, fica evidente, a relatividade na disposição de concessão das Tutelas Provisórias, onde deve ser levado em conta sempre os riscos, o direito e a função legítima do processo.

[38] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional.** 4ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2015

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BRASIL. Código de processo civil, 1973.

BRASIL. Código de processo civil. 2015.

BRASIL. Constituição de 1967.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. Lei 8.952/1994.

BRASIL. Lei 12.016/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Agravo Regimental : AGR 14028553520158120000. Julgamento: 18 de agosto de 2015. Relator Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.13.356244-7/001. Relatora Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Julgamento: 26 de junho de 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2ª ed. São Paulo : Atlas, 2016.

CARTA MAGNA. Art. 39. Disponível em:http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html. Acessado em 01 de março de 2016.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. Tutela de direitos difusos e coletivos. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang Curso de direito constitucional. 4ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, volume 3.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil, volume único. Bahia: JusPODVIM, 2016.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria geral da constituição e direitos fundamentais, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo: L&PM, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: PROCEDIMENTOS.

Adrielle Ingrid de Souza[1]

Leonardo Pinheiro Samarão[2]

INTRODUÇÃO

Introduzida pelo Novo Código Civil, o qual acrescentou o artigo 216-A na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), a Usucapião Extrajudicial é uma nova maneira de viabilizar o reconhecimento da propriedade diretamente perante as serventias extrajudiciais, sem a intervenção direta do Poder Judiciário.

Assim o interessado, optando pela via extrajudicial, deverá comparecer ao Tabelionado de Notas, em posse de toda a documentação relacionada ao imóvel, para lavratura da Ata Notarial, para, posteriormente, requerer ao Oficial de Registro de Imóveis o reconhecimento e registro da propriedade. Neste novo instituto poderão ser aplicadas diversas modalidades de usucapião encontradas na legislação brasileira.

A criação da Usucapião Extrajudicial se coaduna com o fenômeno da desjudicialização, retirando do Poder Judiciário as situações que não versem sobre direitos indisponíveis do indivíduo e em que não exista litígio.

Este trabalho possui como problema de pesquisa o questionamento da existência de vantagens na utilização deste instituto, no qual foi aplicado o método lógico indutivo.

1.USUCAPIÃO

1.1CONCEITO

A usucapião é um modo de aquisição da propriedade. Sílvio Venosa[3] explica que o vocábulo deriva de *usucapio*, que vem de *capere* (tomar) e de *usus* (uso), ou seja, tomar pelo uso.

[1] Graduada no Curso de Direito da UNIVALI – Campus Balneário Camboriú. E-mail: adrielle_isouza@hotmail.com

[2] Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da UNIVALI – Campus Itajaí. E-mail: leo_samarao@hotmail.com

3 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direitos reais. 15. ed. São Paulo: Altas, 2015. p. 217.

Guilherme Gama[4] resume e declara que a usucapião é a "aquisição da propriedade da coisa usucapida em favor do possuidor". Já Gomes[5] expõe que a usucapião é a forma de adquirir a propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos em lei.

Marco Aurélio Bezerra de Melo[6] alerta ao fato de que a posse ad *usucapionem* acontece apenas quando é exercida de maneira ininterrupta, sem oposição, com a intenção de dono (*animus domini*) por determinado prazo. Ademais, a coisa deve ser hábil para ser usucapida, não se aplicando, portanto, a usucapião aos bens públicos, conforme reza o artigo 183, parágrafo 3°, e artigo. 191, parágrafo único, da Constituição.

1.2. MODALIDADES

A usucapião extraordinária é encontrada no artigo 1.238 do Código Civil e tem por exigência uma posse mansa e pacífica pelo período de quinze anos, independente de título e boa-fé. Tal prazo pode ser reduzido para dez anos nos casos em que o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou quando nele realizar serviços ou obras de caráter produtivo. Para Venosa[7] esta última categoria destina-se para imóveis rurais, por sua natureza, não se excluindo, porém, a sua aplicação em imóveis urbanos. Têm-se, portanto, duas possibilidades de usucapião extraordinária.

No artigo 1.242 do Código Civil encontra-se a usucapião ordinária, que prevê a necessidade da posse mansa, pacífica e ininterrupta por dez anos, acrescido a necessidade da existência de justo título e boa-fé. O prazo de dez anos pode ser reduzido para cinco anos, consoante o exposto no parágrafo único do artigo 1.242 do Código Civil, se o imóvel houver sido adquirido "onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia"[8].

Luís Ramon Alvares[9] comenta que tal modalidade pode ser denominada como usucapião tabular ou decorrente de registro cancelado. Para Afrânio de Carvalho[10] tal dispositivo busca

4 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direitos reais. São Paulo: Atlas, 2011. p. 337.

5 GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 180.

6 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 107.

7 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direitos reais. 15. ed. São Paulo: Altas, 2015. p. 228.

8 TARTUCE, Flávio. Direito **civil: direito das coisas**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 167.

9 ALVARES, Luís Ramon. Manual **do registro de imóveis: aspectos práticos da qualificação registral**. 1. ed. São José dos Campos: Editora Crono, 2015. p. 148.

10 CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 206.

preservar o proprietário aparente, o qual teve o título aquisitivo anteriormente registrado no registro de imóveis, o qual veio a ser cancelado por vício de qualquer natureza. "A lei em vigor protege quem, nessa situação, mantém no imóvel a moradia ou realizou ali investimentos de interesse social e econômico"[11].

Sílvio de Salvo Venosa[12] lembra que a Usucapião especial urbana foi criada pela Constituição de 1934, baseada na função social da propriedade. A usucapião especial urbana, ou usucapião especial *pro misero*, encontra-se na Constituição Federal de 1988 em seu art. 183 e, com e a mesma redação, nos artigos 1.240 do Código Civil e 9º do Estatuto da Cidade (Lei n° 10.257/2001).

Flávio Tartuce[13] salienta que a usucapião especial urbana tem como requisitos a posse mansa e pacífica pelo período de cinco anos, em uma área urbana inferior a 250m², devendo o imóvel ser utilizado para própria moradia ou da família do usucapiente, além disso, este não poderá ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural, em qualquer parte do território nacional e também não pode ter sido beneficiado por esta espécie de usucapião anteriormente.

Também conhecido como usucapião *pro labore*, a usucapião especial rural pode ser encontrada no artigo 191 da Constituição Federal e no art. 1.239 do Código Civil. Assim como ocorre na usucapião especial urbana, a legislação determina o prazo de cinco anos para sua aquisição, o usucapiente não pode ser proprietário de outro imóvel e também aqui não há a exigência de justo título é boa-fé. A área máxima a ser usucapida é de 50 hectares. Para Sílvio de Salvo Venosa[14] é essencial que exista edificação no imóvel e que esta sirva de moradia para o usucapiente ou para sua família.

Instituída pelo art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), a usucapião coletiva destina-se à população de baixa renda. Para utilizar este gênero de usucapião é necessário que a área total dos condôminos seja superior a duzentos e cinquenta metros quadrados e que a posse seja exercida ininterruptamente por cinco anos.

A Lei nº 12.424/2011 introduziu o art. 1.240-A no Código Civil prevendo a usucapião de imóvel pertencente à entidade familiar cujo cônjuge ou companheiro(a) abandonou o lar. Sílvio de Salvo Venosa[15] entende que a intenção deste artigo é "preservar e proteger um teto de moradia

11 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direitos reais. 15. ed. São Paulo: Altas, 2015. p. 229.

12 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direitos reais. 15. ed. São Paulo: Altas, 2015. p. 230 e 231.

13 TARTUCE, Flávio. Direito **civil: direito das coisas**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 173.

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direitos reais. 15. ed. São Paulo: Altas, 2015. p. 230 e 235.

15 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direitos reais. 15. ed. São Paulo: Altas, 2015. p. 230 e 232.

para o cônjuge ou convivente que se separa e permanece no imóvel". Como requisitos Luís Ramon Álvares[16] destaca o prazo de dois anos, em uma área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, sendo que o imóvel deve ser utilizado como moradia própria ou de sua família. Ressalta-se que aqui também o interessado em adquirir a propriedade pela usucapião não pode ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano.

A Lei nº 11.977/2009 institui a usucapião administrativa, a qual deve ser realizada perante o cartório de Registro de Imóveis, sem a necessidade de processo judicial. Guilherme Gama[17] explica que referida lei além de haver criado o programa "minha casa minha vida" do governo federal também determinou regras para regularização fundiária de assentamento urbanos.

Conforme relata Flávio Tartuce[18] o Poder Público, nos termos do art. 59 da Lei, pode legitimar a posse de ocupantes de imóveis públicos ou particulares.

> Tal legitimação da posse será concedida aos moradores cadastrados pelo Poder Público, desde que: a) não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural; b) não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente. [...] Após a concessão de tal direito o detentor deste título, decorrido cinco anos, poderá requerer ao Oficial de registo de imóveis a conversão deste título em registro de propriedade, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

Assim, transcorridos cinco anos, o detentor do titulo de legitimação de posse, pode solicitar a conversão do titulo em propriedade.

2. USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

Na grande parte das espécies de usucapião anteriormente descritas, o possuidor, preenchendo os requisitos estabelecidos em lei, pode requerer ao juiz que declare por sentença a aquisição da propriedade pela usucapião. A sentença proferida constituirá um título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Contudo, a Usucapião Extrajudicial, enfoque do presente trabalho, não segue o procedimento das demais modalidades.

Flávio Tartuce[19] revela que o Novo Código de Processo Civil trouxe uma revolução em relação à usucapião imobiliária. Inicialmente porque agora não existe mais um tratamento específico da

---

[16] ALVARES, Luís Ramon. Manual **do registro de imóveis: aspectos práticos da qualificação registral**. 1. ed. São José dos Campos: Editora Crono, 2015. p. 148.

17 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direitos reais. São Paulo: Atlas, 2011. p. 333.

[18] TARTUCE, Flávio. Direito **civil: direito das coisas**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 179.

[19] TARTUCE, Flávio. Direito **civil: direito das coisas**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 309.

ação de usucapião, anteriormente encontrada entre os procedimentos especiais, sendo realizada pela via extrajudicial ou judicialmente, pelo procedimento comum.

2.1 DAS FORMALIDADES

Em primeiro lugar convém mencionar que a Usucapião Extrajudicial é uma faculdade das partes e não uma obrigatoriedade. Além dos requisitos de cada espécie de usucapião, o procedimento extrajudicial exige certas formalidades.

O art. 216-A da Lei 6.015 de 1973[20] assim dispõe:

> Art. 216-A.- Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado [...].

De referido dispositivo pode-se extrair que a competência do procedimento é determinada pelo local de situação do imóvel. Assim, o procedimento acontecerá perante o Registro de Imóvel da circunscrição imobiliária onde se situar o imóvel. Para ingressar com o procedimento o usucapiente deve solicitar, mediante requerimento, ao Oficial do Registro de imóveis o reconhecimento da Usucapião Extrajudicial, sendo representado por advogado.

2.2 INSTRUÇÃO DO PEDIDO

Além dos requisitos acima mencionados, o art. 216-A determina que o pedido deve ser instruído com certos documentos junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, frisando a necessidade de representação por advogado.

Antes de chegar ao Registro de Imóveis o interessado deve dirigir-se ao Tabelionato de Notas para elaboração da ata notarial, a qual deriva do poder geral de autenticação que é incumbido o notário, sendo-lhe atribuído a possibilidade de narrar os fatos com autenticidade, conforme estabelecido no art. 6º, III, da Lei 8.935/94.

Leonardo Brandelli[21] explica que a ata notarial é:

---

[20] BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em 20 de ago. 2016. Acesso: 4 mai. 2016.

[21] BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 349.

> O instrumento público mediante o qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, é o translada para seus livros de notas ou para outro documento. É a apreensão de um ato ou fato. Pelo notário, e a transcrição dessa percepção em documento próprio.

Gabriela Andreazza[22] declara que os conteúdos das atas se perpetuam no tempo, possuindo caráter probatório, carimbado pela fé pública do notário. Portanto, o notário utilizando-se da sua fé pública, com base nos documentos e provas apresentadas pelo requerente, deve atestar o tempo de posse do requerente no imóvel, conforme o caso e suas características.

O art. 216-A, *b*, da Lei de Registros Públicos (Lei n° 6.015/73)[23] menciona a necessidade de juntada de:

> [...] planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação e responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional e pelos titulares de direitos reais e de outros dirigirão registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos confinantes.

Walter Ceneviva[24] acrescenta que o memorial descritivo deverá conter os elementos mencionados nos artigos 176 e 225 da Lei Registros Públicos (Lei n° 6.015/73).

O art. 216-A da Lei continua e em sua alínea *c* estabelece a necessidade de juntada de certidões negativas dos distribuidores da comarca da residência do requerente e de situação do imóvel, com o intuito de comprovar que a posse é mansa e pacífica.

Mesmo não sendo requisito em todas as formas da usucapião o art. 216-A, *d*, da norma anteriormente citada trouxe a necessidade de juntada de justo título, ou qualquer documento que comprovem a origem, tempo, continuidade e natureza da posse.

Flávio Tartuce[25] comenta que tal dispositivo deve ser requisito essencial apenas da usucapião ordinária, haja vista que as outras modalidades dispensam o justo título.

2.3 PROCEDIMENTOS

Como já mencionado o interessado em empregar o procedimento de usucapião pela via extrajudicial deverá comparecer ao Tabelionato de Notas para elaborar a ata notarial. Em posse

[22] ANDREAZZA, Gabriela Lucena. (Org). **Direito cartorial e registros públicos na perspectiva da advocacia.** 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015. p. 197.

[23] BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em 20 de ago. 2016. Acesso: 4 mai. 2016.

[24] CENEVIVA, Walter. **Lei de registros públicos comentada**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 460 e 564.

[25] TARTUCE, Flávio. O **novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações.** São Paulo: Método, 2015. p. 328.

deste documento deverá requerer ao Oficial do Registro de Imóveis competente o reconhecimento da Usucapião Extrajudicial.

O pedido formulado deve ser autuado e receber um número de protocolo, o qual restará prorrogado até o desfecho do procedimento. Prenotada a solicitação o Oficial deverá proceder a qualificação do título, verificando se o imóvel e as partes estão devidamente qualificadas, bem como se é possível identificar o tipo de usucapião em que se enquadra a solicitação e se esta preenche todas as premissas da lei.

O parágrafo 3º do art. 216-A estabelece que o oficial deverá, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos ou pelo correio dar ciência à União, Distrito Federal e ao Município, para que se manifestem, no prazo de 15 dias, sobre o pedido.

Ademais, registrador é obrigado a dar publicidade ao procedimento que poderá ser efetivada por intermédio de publicação de edital em jornal de grande circulação, para dar ciência a eventuais interessados, também no prazo de 15 dias (art. 216-A, parágrafo 4º, da lei 6.015/73).

Ocasionalmente, se a planta apresentada não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais ou de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, estes serão notificados pelo registrador para que, no prazo de quinze dias, manifestem o seu consentimento, (art. 216-A, parágrafo 1º, da lei 6.015/73). Flávio Tartuce[26] alerta ao fato de que o silêncio, neste caso, será interpretado como discordância.

Havendo qualquer impugnação do pedido, seja pelo Poder Público, seja por qualquer interessado, o registrador remeterá os autos ao juízo competente da comarca do imóvel.

Se houver necessidade de qualquer esclarecimento o oficial concederá o prazo de 15 dias para o solicitante (art. 216-A, parágrafo 5º, da Lei 6.015/73). Caso em que, discordando das exigências apresentadas, o interessado poderá suscitar o procedimento de dúvida (art. 216-A, parágrafo 7°, da Lei 6.015/73).

Transcorridos o prazo de quinze dias sem a manifestação de eventuais interessados, será registrada a propriedade em favor do usucapiente.

Flavio Tartuce[27] comenta que:

[26] TARTUCE, Flávio. O **novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações.** São Paulo: Método, 2015. p. 328.

[27] TARTUCE, Flávio. O **novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações.** São Paulo: Método, 2015. p. 329.

> sem a pendência de qualquer diligência para a solução de dúvidas e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e delitos direitos registrado ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas.

Nelson Oliveira[28] lembra que neste caso não há ITCMD ou ITBI a ser recolhido, pois trata-se de aquisição originária. Todo fato gerador de tributos deve ter dois polos: ativo e passivo. Nesse caso, só há o ativo.

Assim, o procedimento terá êxito se existir o consentimento em relação ao pedido formulado de todos aqueles que figuram como detentores de direitos reais ou quaisquer outros direitos averbados ou registrados na matrícula do imóvel em questão, bem como daqueles que se encontram nas matrículas dos imóveis confrontantes.

2.4 VANTAGENS DA APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL

É de conhecimento público e notório que o Poder Judiciário, em todas as suas esferas, está sobrecarregado e que este problema tende cada vez mais a se agravar, tendo em vista o aumento diário de ações em trâmite.

As ações de usucapião, na maioria dos casos, demoram anos para o seu desfecho, chegando a tornar-se impraticáveis em alguns casos. Assim como outras medidas que vem sendo implementadas, a Usucapião Extrajudicial busca dar uma alternativa ao cidadão que necessita do reconhecimento da sua propriedade. Flávio Tartuce[29] aponta que se "categoria for bem aplicada, pensamos que trará benefícios à sociedade".

Gama declara que na busca pela desjudicialização na Usucapião Extrajudicial devem ser observados os seguintes fatores:

> [...] a) atendimento à política de desenvolvimento urbano, eis que o instituto a legitimação da posse passa a integrar o rol dos instrumentos da política urbana do Estatuto da Cidade (Lei n° 10.257/01, art. 4º, V, u), desenvolvendo a função social da cidade; b) atribuição de efetividade ao direito à moradia e ao princípio da dignidade da pessoa humana, eis que a legitimação da posse serve como instrumento de concretização dos direitos de moradia e de cidadania, substratos da dignidade da pessoa humana, c) atendimento ao princípio da duração razoável do processo, com base na Emenda Constitucional nº 45/04 [...]; d) garantia do direito à ampla defesa e do contraditório [...]; e) atendimento ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, eis que há previsão de mecanismos para que qualquer litígio possa

[28] OLIVEIRA, Nelson Corrêa de. **Aplicações do direito na prática notarial e registral: 2.332 questões**. 3. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2007. p. 629.

[29] TARTUCE, Flávio. O **novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações.** São Paulo: Método, 2015. p. 330.

> ser resolvido, inclusive com a cessação do procedimento extrajudicial, se for o caso; f) redução da sobrecarga do Poder judiciário em questões que não se revelam complexas ou difíceis de solução."

Percebe-se, portanto, que a realização do procedimento de usucapião diretamente nas serventias extrajudiciais vai ao encontro das necessidades atuais, visto que possibilita aos cidadãos um procedimento mais célere, com toda a segurança jurídica necessária. Além disso, atende os princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, favorecendo e facilitando o reconhecimento da propriedade.

Ingo Sarlet[30] destaca que o direito à propriedade deve ser considerado inerente à dignidade da pessoa humana. Além do mais, a medida favorece a proteção do interesse social e o bem comum, pois conforme leciona Diego Perez[31] a intenção da usucapião "é a promoção do bem comum".

Evidente que por ser um procedimento recente ajustes são necessários para a sua melhor utilização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo elucidar as peculiaridades do procedimento da Usucapião Extrajudicial. Foi observado que apesar de ser um procedimento novo e que pode ser ainda aprimorado, veio com o intuito de auxiliar o Poder Judiciário e principalmente ajudar o cidadão.

Convém lembrar que a maioria das modalidades de usucapião encontradas no direito material podem ser realizadas pelo procedimento extrajudicial, desde que não haja litígio. Assim, se for da vontade do interessado em realizar o procedimento da usucapião pela via extrajudicial, deverá comparecer junto ao Tabelionato de Notas para lavratura da ata notarial, documento que será utilizado no Registro de Imóveis para analise dos requisitos necessários.

A modalidade de usucapião deve ser escolhida pelo usucapiente, que por meio da documentação apresentada deverá comprovar o preenchimento dos requisitos determinados em lei. Feita a análise da documentação o Oficial do Registro de Imóveis, havendo necessidade, poderá conceder prazo para que o usucapiente junte outros documentos ou preste esclarecimentos. Caso

---

[30] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 107.

[31] PÉREZ, Diego Selhane. (Cor)**. A sentença de usucapião e o registro de imóveis. Títulos judiciais e o registro de imóveis.** Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005. p. 235.

em que, não concordando, ou a qualquer momento, o usucapiente poderá iniciar o procedimento de suscitação de dúvida.

Estando em ordem toda a documentação o Oficial de Registro de Imóveis deverá intimar o Poder Público para que, em quinze dias, se manifeste sobre a solicitação. Além disso, o Oficial deverá publicar o procedimento por edital, em jornal de grande circulação, para o conhecimento de qualquer interessado. Realizado todo o procedimento sem impugnações, deverá o Registrador proceder ao registro da propriedade em favor do usucapiente.

Verifica-se que nada obstante a Usucapião Extrajudicial possua diversas formalidades e requisitos específicos, o procedimento é abreviado, fato que facilita na celeridade para sua conclusão e na redução de custos por parte do interessado. Ademais, é importante ressaltar que ainda que procedimento seja célere a segurança jurídica nos atos praticados resta mantida.

Por derradeiro, restou evidente que os objetivos propostos para a presente pesquisa foram concluídos, porém existem muitos assuntos a serem abordados sobre a Usucapião Extrajudicial em razão da extensão e da atualidade do tema.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALVARES, Luís Ramon. Manual **do registro de imóveis: aspectos práticos da qualificação registral**. 1. ed. São José dos Campos: Editora Crono, 2015.

ALVES, Gabriel Algusto Martins. **Usucapião extrajudicial: avaliação do novo procedimento introduzido pela lei n. 13.105 de 2015. 2015.** Monografia defendida na Faculdade de Direito do Estado de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis. 2015. Disponível em https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/157112/TCC%20usucapião%20extrajudicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 01 de ago. 2016.

ANDREAZZA, Gabriela Lucena. (Org). **Direito cartorial e registros públicos na perspectiva da advocacia.** 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em 28 de ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em 20 de ago. 2016.

BRASIL. **Constituição da Républica Federativa do Brasil de 1988**. promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 07 de ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm. Acesso em 28 de ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em 27 de ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 26 de ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.** Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em 25 de jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011.** Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12424.htm. Acesso em 25 de ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 22 de jul. 2016.

CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CENEVIVA, Walter. **Lei de registros públicos comentada**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2011.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Nelson Corrêa de. **Aplicações do direito na prática notarial e registral: 2.332 questões**. 3. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2007.

PÉREZ, Diego Selhane. (Cor)**. A sentença de usucapião e o registro de imóveis. Títulos judiciais e o registro de imóveis.** Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TARTUCE, Flávio. Direito **civil: direito das coisas**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. O **novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações.** São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 15. ed. São Paulo: Altas, 2015.

A CRISE HUMANITÁRIA DO POVO SÍRIO: ENTRE OS ATENTADOS DO ESTADO ISLÂMICO E A CONDIÇÃO SUBUMANA DOS REFUGIADOS

Tainá Fernanda Pedrini[1]

Marco Saragoça[2]

Márcia Sarubbi Lippmann[3]

INTRODUÇÃO

Os deslindes das Grandes Guerras levaram a comunidade internacional a refletir acerca dos direitos inatos aos homens, discutidos e positivados muito tempo antes do ocorrido. À época, imprescindível era o aumento deste rol de garantias e da busca por mecanismos para a sua concretização.

Um dos resultados do pós-guerra foi o alarmante número de refugiados e deslocados. Diante disso, vários tratados internacionais foram produzidos e ratificados até os dias atuais, assim como, foram criados órgãos específicos vinculados a Organização das Nações Unidas (ONU) para tratar do assunto, como é o caso do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

Contudo, embora exista este suporte jurídico e político internacional, a supressão humanitária e de direitos dos refugiados sírios, ocasionado por uma guerra ainda vigente e incessante de quatro anos, trouxe à tona a latente violação aos direitos destes em condição de refúgio, que vivem as sombras da sociedade. Aos sobreviventes, restam as perversas lutas nas alfândegas, descaso, fome, prostituição, trabalho infantil, sede e agressões das populações locais. Nesse sentido, o presente artigo objetiva discutir a condição atual dos refugiados sírios no continente europeu, analisando os direitos que lhe são inerentes como sujeito de direito internacional. O método utilizado foi o indutivo.

[1] Tainá Fernanda Pedrini é acadêmica de Direito da Univali – Universidade do Vale do Itajaí, cursando o nono período. E-mail: tainapedrini@live.com.

[2] Marco Saragoça é acadêmico de Direito da Univali – Universidade do Vale do Itajaí, cursando o décimo período. E-mail: marco.saragoca94@gmail.com.

[3] Márcia Sarubbi Lippmann, doutoranda de Ciência Jurídica pela Universidade do Minho e professora da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: marciasarubbi@me.com

1. DA NECESSÁRIA DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE REFUGIADO

A humanidade passou de sua condição nômade à construção de civilizações, culturas, embates, chegando ao momento de confrontos e guerras para expansões de reinos e impérios. A transição de civis para outros territórios em busca de paz surge, em grã maioria, por necessidade de segurança individual e coletiva. "Por razões políticas, religiosas, sociais, culturais ou de gênero milhões de pessoas já tiveram que deixar seus países e buscar proteção internacional em outros. " Exemplos fáticos a serem citados: Grécia antiga, Roma, Egito e Mesopotâmia. Lugares onde já existiam casos claros de refúgio, mesmo que motivados por perseguições religiosas em sua maioria. [4]

Quanto ao plano jurídico e de direito do conceito de refugiado, pode-se dizer que tomou partida ao findar da Segunda Guerra Mundial, com toda sua bagagem afrontosa aos direitos e garantias fundamentais, aproximadamente 40 milhões de pessoas se deslocaram do seu país de origem em busca de abrigo. Tal movimentação preocupou os principais integrantes dos denominados países aliados: Estados Unidos da América, França e Reino Unido[5].[6] Perceberam, então, a necessidade de um conceito uno de refugiado a ser aplicado.

Mesmo sendo firmado na legislação internacional e ratificado no Brasil, não são raras as vezes em que a movimentação de pessoas denominada de refúgio é confundida com deslocamento interno e asilo. Para evitar tal distorção, capaz de tornar o assunto ambivalente, far-se-á a diferenciação do presente tema entre as pessoas que se encontram na forma de deslocados internos (movimentação civil dentro do próprio Estado motivada por violência)[7] e asilados[8] (perseguição individual por atividades políticas)[9].

---

[4] BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. **Refúgio no Brasil**: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. 1.ed. Brasília: ACNUR, 2010, p.12.

[5] ACNUR. **A situação dos refugiados no mundo:** cinquenta anos de ação humanitária. Almada: A Triunfadora Artes Gráficas, 2000, p. 13.

[6] Ressalta-se que a atenção aos refugiados era estimada muito tempo antes das consequências desencadeadas pelas Grandes Guerras. Já na Primeira Guerra Mundial, a Liga das Nações, "criada em 1919 e que antecedeu a própria Organização das Nações Unidas", foi "um marco de referência para a conscientização da comunidade internacional sobre sua responsabilidade em prover proteção e ajudar a solucionar seus problemas" DEMANT, EVA; et al. **Refúgios, Migração e Cidadania:** caderno de debates 4. p. 28.

[7] ACNUR. **Deslocados internos:** fugindo de suas próprias terras. Disponível em: < http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/deslocados-internos/>. Acesso em 04 nov. 2015.

[8] A íntegra do Tratado pode ser analisada em: https://www.oas.org/dil/esp/Tratado_sobre_Derecho_Penal_Internacional_Montevideo_1889.pdf

[9] GARCIA, Márcio Pinto. **Battisti:** asilo ou refúgio?. Disponível em: <http://mundorama.net/2009/05/14/battisti-asilo-ou-refugio-por-marcio-pinto-garcia/>. Acesso em 04 nov. 2015.

O refúgio se difere em caráter geral, vez que se aplica a perseguições, ou fundado temor, coletivas motivadas por raça, religião, nacionalidade, opinião política ou a participação de um determinado grupo social. Ademais, a situação dos refugiados altera a ordem pública do país do qual fogem. Ressalta-se que o asilo é uma faculdade do Estado e, enquanto não concedido, o sujeito encontra-se ilegal no país, sujeito à deportação.

Em suma, o refúgio caracteriza-se quando alguém deixa o seu país de nacionalidade ou moradia habitual tendo em vista que este falhou em prover sua proteção ou é o próprio que ameaça persegui-lo, motivado por raça, crença, grupo social ou opinião política. O deslocamento do refugiado ocorre, portanto, para que a sua própria vida ou liberdade seja preservada.

2 DO TRATAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS

Com as profundas mudanças no globo pós-guerra visto no tópico anterior, as questões relativas aos direitos humanos foram internacionalizadas, atingindo igualmente os refugiados e redesenhando o mapa político global. Inicia-se a cooperação entre os países mediante uma agenda global com intuito de institucionalizar e irradiar os direitos humanos.

Todavia, "é no âmbito do estado-nação que efetivamente elabora-se, tanto o marco jurídico quanto as políticas relativas aos direitos humanos [...]".[10] Em face disto, cada país integrante de um tratado internacional prescinde de "adequação jurídica e das políticas públicas frente a realidade [...] e, o diálogo contínuo entre os diversos atores sociais a partir de seus valores, causas e interesses, [...] orientados pela busca da cidadania e o respeito ao ser humano. "[11] Foi nesse cenário que ocorreu a positivação desses direitos em primeiro plano e, em momento posterior, houve a sua implementação pelos países aderentes aos documentos produzidos em cooperação.

Pode-se dizer, a título doutrinário, que o Direito Internacional dos Refugiados se desdobra dos Direitos Humanos. Diferencia-se destes, pois contêm maior grau de especificidade, isto é, dirige-se à assistência de pessoas que sofrem perseguição. Os Direitos Humanos consubstanciam-se em uma proteção abstrata de garantias consideradas inatas ao ser humano, aplicadas a qualquer pessoa em qualquer momento ou país, desde que tal país seja seu signatário.

[10] BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. **Refúgio no Brasil**: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. 1.ed. Brasília: ACNUR, 2010, p.24.

[11] BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. **Refúgio no Brasil**: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. p.24.

Apesar de considerada “carta de boas intenções”, sem valor normativo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura em seu artigo 15 e 13, respectivamente, que todo o ser humano tem o direito à nacionalidade, assim como, de “livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado”[12].

Entende-se, inicialmente, como pedra fundamental à positivação dos direitos, a Convenção da ONU para Refugiados, realizada em 1951, e seu protocolo, no ano de 1967, as quais “estabelecem os princípios legais sobre os quais se baseiam inúmeras legislações e práticas internacionais, regionais e nacionais”. A Convenção de 1951 afirma inicialmente que o refugiado não poderá ser expulso ou devolvido para as fronteiras ou territórios onde suas vidas ou liberdades estejam ameaçadas, trata-se do princípio denominado de *“non refoulement”*[13], não se aplicando tão somente ao país de origem, como a qualquer outro que cause temor de perseguição ou devolução do refugiado ao seu país originário.

Estende-se, ainda, esse direito no que tange à confidencialidade das informações do indivíduo sob proteção, ou seja, quaisquer dados pessoais, documentos, localização do refugiado ou o próprio pedido de refúgio não podem ser revelados a outrem, salvo se a pessoa em questão manifestar expressamente o seu aceite.

Além disso, esse documento busca igualar o refugiado, no que tange ao tratamento, aos estrangeiros que residem legalmente no país, garantindo assim a liberdade de pensamento, deslocamento, propriedade, a não sujeição à tortura e tratamento degradante. Da mesma forma, busca garantir assistência médica, educação e direitos trabalhistas aos refugiados.[14]

Dentre suas funções principais destacam-se prover a proteção internacional e buscar soluções para os problemas dos refugiados. Trata-se, portanto, de um trabalho apolítico que visa assegurar os direitos do ser humano de forma primordial, observando o cenário mundial de forma única e igualitária.

Para tanto, a ACNUR divide-se em escritórios continentais e sub-regionais e elege um responsável vinculado ao Secretário Geral da ONU denominado de Alto Comissário. Na prática, este órgão concretiza seus objetivos ajudando financeiramente os refugiados em suas necessidades

[12] ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 20 de nov. 2015.

[13] O princípio da não repulsão (*non refoulment)* no artigo 3° da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outra Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

[14] ACNUR. **Protegendo os refugiados no Brasil e no mundo**. p. 7.

básicas, facilitando, inclusive a transferência de seus bens entre países; proporciona cursos para sua inserção no mercado de trabalho, principalmente no que se refere ao aprendizado do idioma local; e, ainda, participa e fiscaliza as interlocuções políticas entre os Estados a fim de garantir os direitos do refugiado em questão.

Ao mesmo tempo, existem outras Convenções e Tratados que alargaram a proteção aos refugiados. Cita-se a Quarta Convenção de Genebra Relativa Proteção das Pessoas Cíveis em Tempo de Guerra e seu protocolo adicional[15]; a Convenção Relativa ao Estatuto dos Apátridas[16] e a Convenção para a Redução da Apatridia, a qual implantou formas de tratamento aos apátridas, que muitas vezes são também refugiado, os Estados que ratificaram tais convenções obrigam-se a não privar um sujeito de ter sua nacionalidade em razão de motivos raciais, étnicos, religiosos ou políticos e a Convenção sobre os Direitos da Criança que assegura uma proteção adequada e assistência humanitária às crianças que encontram-se refugiadas[17].

Por fim, há instrumentos regionais de garantia de direitos aos refugiados. Especificamente na Europa, destaca-se: o Acordo Europeu Relativo a Supressão de Vistos para Refugiados; a Resolução I4 sobre Concessão de Asilo a Pessoas Ameaçadas de Perseguição; o Acordo Europeu sobre a Transferência da Responsabilidade relativa a Refugiados; a Recomendação sobre Harmonização de Procedimentos Nacionais Relativos a Asilo; a Recomendação relativa a Proteção de Pessoas que satisfazem os Critérios da Convenção de Genebra e que não são Formalmente Reconhecidas como Refugiados; a Convenção de Dublin e demais convenções europeias acerca de extradição e segurança social.

3. O HOLOCAUSTO DOS REFUGIADOS SÍRIOS

[15] Art. 77. As pessoas que, antes do início das hostilidades, foram consideradas apátridas ou refugiadas, nos termos dos instrumentos internacionais pertinentes aceites pelas Partes interessadas, ou da legislação nacional do Estado de acolhimento ou de residência, serão, em qualquer circunstância e sem qualquer discriminação, pessoas protegidas, nos termos dos títulos I e III da Convenção IV. *In* GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. **Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais**. Direito Internacional Humanitário. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-I-conv-genebra-12-08-1949.html>. Acesso em 20 nov. 2015.

[16] "A apatridia refere-se à condição de um indivíduo que não é considerado como um nacional por nenhum Estado. Apesar dos apátridas também poderem ser refugiados, as duas categorias são distintas e ambos grupos são de interesse do ACNUR. A apatridia ocorre por uma variedade de razões incluindo discriminação contra minorias na legislação nacional, falha em incluir todos os residentes do país no corpo de cidadãos quando o Estado se torna independente (sucessão de Estados) e conflitos de leis entre Estados." *In* ACNUR. **Em busca de uma nacionalidade**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/apatridas/>. Acesso em 20 nov. de 2015.

[17] UNICEF. **A Convenção sobre os Direitos da Criança.** Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

Apesar da existência de diversos diplomas ratificados e em vigência na comunidade internacional, a violação aos direitos humanos ainda é latente no mundo e escopo para um alarmante e crescente número de refugiados nos últimos anos.

Especificamente para a população síria, as latentes ablações aos direitos humanos ocorridas, traduzidas em verdadeiros holocaustos, se devem à organização jihadista do Oriente Médio, localizada nos dias atuais em Raqqa, na Síria. Dentre os seus principais objetivos destaca-se a criação de um Estado no qual somente exista a religião islâmica e, por isso, o referido grupo é mundialmente conhecido por Estado Islâmico, o qual foi originado pela invasão dos Estados Unidos da América ao Iraque, culminando no desmembramento deste. Todavia, pode-se somar tal fator ao crescente alijamento da população de sunitas, dominada pelo governo do primeiro-ministro xiita Nuri al-Maliki.[18]

Recorda-se que os povos sunitas e xiitas surgiram após o assassinato do quarto sucessor de Maomé conhecido como califa Ali[19], em 661. Após o ocorrido, parte dos muçulmanos denominados de "shiat Ali", uma espécie de protetores de Ali, defendiam que a "única liderança legítima para o Islã deveria vir da linhagem direta de Maomé", enquanto o grupo reconhecido como sunitas consideraram os posteriores líderes do califado e não apenas Ali, "genro e primo do profeta", isto é, não necessariamente havendo necessidade de um traço de consanguinidade.[20]

> O islamismo preceitua como o único detentor de estabelecer o lícito e vedar o ilícito, é Allah, a Ele é reconhecido a qualidade de único legislador. Por isso qualquer invasão dos homens nesta prerrogativa, para os islâmicos, portanto uma prerrogativa divina, constituí ato deplorável, não pertence aos homens almejarem o posto de colabores de Deus, cabe-lhes apenas submeterem aos seus desígnios.[21]

Jihad[22] é um termo de derivação árabe que significa luta ou empenho pelo equilíbrio em busca da defesa dos valores do islamismo. Apesar de sua tradução significar guerra santa, a ISCA-*Islamic Supreme Council of America* defende que a palavra usual árabe para guerra é *al-Harb* e, por

[18] NASSER, Reginaldo. O que move o Estado Islâmico?. **Carta Educação.** Disponível em: <http://www.cartaeducacao.com.br/aulas/o-que-move-o-%E2%80%A8estado-islamico/>. Acesso em: 22 nov. 2015.

[19] Assim são denominados pelos praticantes do islamismo a pessoa reconhecida como verdadeiro sucessor de Maomé, dotado da chefia e liderança no Estado conquistado o qual aplica-se a lei islâmica (Sharia). Todo o califa governa, portanto, um califado (Estado Islâmico).

[20] GOMES, Luiz Flávio. **Estado Islâmico**: de onde veio e aonde quer chegar.

[21] AVILA JUNIOR, Luiz Carlos; SANTOS, Wagner Camilo. **As grandes religiões como fonte e inspiração dos grandes sistemas jurídicos.** In: CRUZ, Paulo Marcio; OLIVIERO, Maurizio. Sistemas jurídicos e constitucionalismo. Erechin: Deviant, 2015, cap. XII, ebook, ISBN 978-85-69114-23-9.

[22] BARTHOLO Jr. Roberto S.; CAMPOS, A.E; **Islã:** O credo é a conduta. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

isso, não se trata de um conceito violento ou uma declaração de guerra as outras religiões.[23] Contudo, ressalva-se que:

> If military jihad is required to protect the faith against others, it can be performed using anything from legal, diplomatic and economic to political means. If there is no peaceful alternative, Islam also allows the use of force, but there are strict rules of engagement. Innocents - such as women, children, or invalids - must never be harmed, and any peaceful overtures from the enemy must be accepted. Military action is therefore only one means of jihad, and is very rare. To highlight this point, the Prophet Mohammed told his followers returning from a military campaign: "This day we have returned from the minor jihad to the major jihad," which he said meant returning from armed battle to the peaceful battle for self-control and betterment. [24]

Para a Suprema Corte Islâmica da América, a Jihad não prescinde de declaração da própria autoridade religiosa, aconselhada por estudiosos, vez que o conceito de guerra justa para a religião em questão é de suma importância. Por isso, a ISCA observa e adverte acerca dos novos grupos políticos que subvertem o conceito da guerra santa a fim de justificar diversas formas de violência na fé islâmica. “In most cases, Islamic splinter groups invoked jihad to fight against the established Islamic order”.[25]

Nesse sentido, o grupo reconhecido como Estado Islâmico (EI) vem, em nome do islamismo, promovendo por meio de táticas brutais diversos atentados terroristas que resultam num alarmante número de mortos e torturados frequentemente expostos por mídias do EI na internet.

Como considerado anteriormente, devido à invasão estadunidense ao Iraque e seu posterior esfacelamento, parte do país foi povoado por sunitas. Diante disso, o El, após dominar grande parte do Iraque[26], excluiu cerca de 6 milhões de pessoas das províncias sunitas, perseguindo-os constantemente, inclusive, impossibilitando que estes sujeitos encontrem emprego.[27]

“Num período de seis meses, o ISIS (sic) foi capaz de ocupar um território do tamanho equivalente ao Estado da Jordânia, incorporando parte do leste da Síria e do oeste do Iraque,

[23]ISLAMIC SUPREME COUNCIL OF AMERICA. **Jihad**: A Misunderstood Concept from Islam – What Jihad is, ans is not. p. 10. Disponível em: < http://islamicsupremecouncil.org/understanding-islam/legal-rulings/5-jihad-a-misunderstood-concept-from-islam.html>. Acesso em 23 nov. 2015.

[24] ISLAMIC SUPREME COUNCIL OF AMERICA. **Jihad**: A Misunderstood Concept from Islam – What Jihad is, ans is not, p.10.

[25]ISLAMIC SUPREME COUNCIL OF AMERICA. **Jihad**: A Misunderstood Concept from Islam – What Jihad is, ans is not, p. 10.

[26]NASSER, Reginaldo. O que move o Estado Islâmico?. **Carta Educação**

[27] NASSER, Reginaldo. O que move o Estado Islâmico?. **Carta Educação.**

incluindo Mossul[28], a segunda maior cidade iraquiana".[29] Tudo isso com o objetivo de fundar um país puramente islâmico, no qual haveria a conversão do maior número de pessoas, para que assim a autoridade desta religião fosse imposta, principalmente em locais onde residem os sunitas.

Para tanto, os integrantes do EI obrigam as pessoas que vivem nas áreas dominadas a converterem-se ao islamismo, assim como a obedecer ao seu código de leis denominado de Sharia, de outro modo são torturadas ou mortas. Salienta-se a situação da Síria, vez que mais de 4 milhões da sua população se encontra em estado de refúgio e mais de 7,6 milhões de pessoas estão deslocadas dentro do próprio país.[30]

Segundo o Presidente da ACNUR, esta "é a maior população refugiada por um único conflito em toda uma geração. É uma população que precisa de apoio global, porém está vivendo em condições terríveis e afundando na pobreza"[31]. O estopim dos problemas na Síria aconteceu em 2011, quando, influenciados pela Primavera Árabe, buscava-se a retirada de Bashar al-Assad do poder, a fim de eleger um governo mais democrático, vez que Hafez al-Assad esteve no poder por 30 anos e, seu filho Bashar al-Assad herdou-o e perpetuou-se por mais 10 anos, além dos altos índices de desemprego[32] que assolavam a população. [33]

> Syria's poor human rights situation deteriorated further in 2009, as the authori-ties arrested political and human rights activists, censored websites, detained bloggers, and imposed travel bans. No political parties are licensed. Emergency rule, imposed in 1963, remains in effect and Syria's multiple security agencies continue to detain people without arrest warrants. The Supreme State Security Court (SSSC) , an exceptional court with almost no procedural guarantees, resumed trials in March 2009, following an eight-month suspension.[34]

---

[28] Em 2014: " As ISIS takes over town after town in Iraq, they are acquiring money and supplies including American made vehicles, arms, and ammunition. The group reportedly scored $430 million this week when they looted the main bank in Mosul. They reportedly now have a stream of steady income sources, including from selling oil in the Northern Syrian regions they control, sometimes directly to the Assad regime" ROGIN, Josh. America's Allies Are Finding ISIS. **The Daily Beast.** 14 set. 2014. Disponível em: < http://www.thedailybeast.com/articles/2014/06/14/america-s-allies-are-funding-isis.html>. Acesso em 26 nov. 2015.

[29]NASSER, Reginaldo. O que move o Estado Islâmico?. **Carta Educação.**

[30]ACNUR. **Refugiados Sírios já passam de 4 milhões.** 09 jul. 2015. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/acnur-refugiados-sirios-ja-passam-dos-4-milhoes/>. Acesso em 26 nov. 2015.

[31] ACNUR. **Refugiados Sírios já passam de 4 milhões.**

[32] JOURNALIST'S RESOURCE. Youth exclusion in Syria: Social, economic and institucional dimensions. **Harvard Kennedy School**. 11 agosto 2011. Disponível em: <http://journalistsresource.org/studies/international/development/youth-exclusion-in-syria-economic>.Acesso em: 27 de nov. 2015.

[33] BBC NEWS. **Bashar al-Assad's inner circle**. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-13216195>. Acesso em: 26 nov. 2015.

[34] HUMAN RIGHTS WATCH. **World Report:** 2010 events of 2009. United States of America. Disponível em: < https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/wr2010.pdf>. Acesso em 27 nov. 2015.

Contudo, a subversão política ao governo Sírio atingiu países vizinhos como o Iraque e o Líbano[35], somados aos demais países já influenciados pela Primavera Árabe, eclodindo guerras civis em boa parte de todo o território. Diante disso, a comunidade internacional passou a intervir, gerando o esfacelamento dos Estados e, principiando o acaloramento das rivalidades locais, xiitas e sunitas.

Desde então, a manifestação social que era em prol da positivação e concretização de direitos humanos tornou-se uma guerra religiosa, o que fez o Estado Islâmico, no ano de 2013, iniciar a dominação dos territórios mencionados em busca da imposição de sua religião, leis e pensamentos.[36]

> Islamic State has declared a "caliphate" in the areas where it operates in Iraq and Syria, which include the Syrian city of Raqqa as well as Iraq's Mosul. The Observatory says more than 170,000 people have been killed in Syria's conflict, which started as a peaceful protest movement in 2011 but descended into a multifaceted civil war after a government crackdown.[37]

Diante desse cenário, 250 mil pessoas já morreram e 12 milhões foram forçadas a sair de suas casas no período incessante de quatro anos de guerra.[38] O genocídio do povo sírio já ultrapassou as barreiras deixadas na história por Ruanda em 1994 e só pode ser comparado aos massacres dos povos armênios nas Grandes Guerras ou mesmo ao holocausto dos Judeus na Segunda Guerra Mundial.

Desde o ano de 2011, mais de 429 mil pessoas requereram asilo na Europa, sem contar com as pessoas que ainda não iniciaram seus processos ou mesmo estão em situação de ilegalidade no país.[39] Os números ainda tendem a aumentar diante da continuidade da guerra e das circunstâncias assolam a população, isto é a extinção de 83% da energia elétrica do país[40], a fome e o desemprego.

---

[35] Sem contar com a represália do governo frente as manifestações populares. Ver mais em: http://www.bbc.com/news/world-middle-east-17734946.

[36] THE GUARDIAN. **Islamic State**: what factors have fuelled the rise of the militants?. Disponível em: <http://www.theguardian.com/world/2014/aug/20/islamic-state-isis-rise-militants-al-qaida-somalia-arab>. Acesso em 26 nov. 2015.

[37] REUTERS. **Ninety killed by Islamist attack on Syrian gas field-monitor**. 17 jul. 2014. Disponível em: <http://www.reuters.com/article/2014/07/17/syria-crisis-gas-idUSL6N0PS45W20140717#SeR5J6u7Q3p2ORFr.97>. Acesso em 27 nov. 2015.

[38] ONU BR. **'Tsunami' de refugiados vai continuar enquanto houver conflito na Síria, diz representante da ONU**. 25 set. 2015. Disponível em: < http://nacoesunidas.org/tsunami-de-refugiados-vai-continuar-enquanto-houver-conflito-na-siria-diz-representante-da-onu/>. Acesso em 03 dez. 2015.

[39] ONU BR. **'Tsunami' de refugiados vai continuar enquanto houver conflito na Síria, diz representante da ONU**.

[40] JOSH BUTLER. A guerra extinguiu 83% das luzes na Síria. **Inter Press Service (IPS).** Disponível em: < http://www.ipsnoticias.net/portuguese/2015/03/ultimas-noticias/a-guerra-extinguiu-83-das-luzes-na-siria/>. Acesso em 03 dez. 2015.

Ocorre que o deslocamento dessas pessoas para outros países origina outras problemáticas. Isso porque caso estes indivíduos não forem aceitos nos novos territórios ou não forem auxiliados, depois de acolhidos, estarão condenados a morte ou uma vida nas sombras, insuportável, vez que sem sustento e sem direitos.

4. ANÁLISE DA EFETIVAÇÃO DE GARANTIAS AOS REFUGIADOS SÍRIOS EM OUTROS PAÍSES À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Salienta-se que as condições em que se encontram os refugiados são precárias e desumanas também em outros Estados. Os sobreviventes que seguiram para a Jordânia, Egito e Líbano, sem auxílios e com dificuldade de estabilização, apostam em viver entre 45 à 50 centavos de euro por dia, sujeitam-se ao trabalho infantil, evasão escolar, mendicância e prostituição[41], o que causa um aumento da movimentação, de um país ao outro, desses sujeitos pelo próprio estado de esquecimento e repúdio. Há, também, falta de investimento eficaz destes Estados nos fatores de saúde e economia dos refugiados. Necessário reforçar as agressões que sofrem estes indivíduos, seja pela polícia nas respectivas alfândegas ou pela própria população local.[42]

No caso da Europa, boa parte dos países se preocupam com o choque cultural entre seus cidadãos e os refugiados, vez que parte da população europeia desconhece ou ignora a condição de vulnerabilidade pessoal e social dos sírios, decorrente das violações dos direitos no seu país de origem e, igualmente, por preconceitos de raça[43], gênero, classe ou até mesmo xenofobia.[44]

"Muitos refugiados são tratados, inclusive e sobretudo por algumas autoridades públicas, como potenciais criminosos, como pessoas que vêm ao país apenas para se aproveitar da sua

---

[41] ONU BR. **Perda de esperança e pobreza extrema levam os sírios a pedir refúgio na Europa.** 29 set. 2015. Disponível em: < http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/perda-de-esperanca-e-pobreza-extrema-levam-os-sirios-a-pedir-refugio-na-europa/>. Acesso em: 03 dez. 2015.

[42] MUNDO. **Pequeno refugiado sírio é agredido enquanto vendia lenço de papel para comerciantes.** R7. Disponível em: <http://noticias.r7.com/balanco-geral/videos/pequeno-refugiado-sirio-e-agredido-enquanto-vendia-lenco-de-papel-para-comerciantes-15102015>. Acesso em: 04 dez. 2015. Neste mesmo norte: DAILYMAIL. **Tearful Syrian refugee boy sparks outpouring of sympathy across Turkey after being beaten by restaurant manager for selling tissues on the streets to survive**. Disponível em: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3175871/Tearful-Syrian-refugee-boy-sparks-outpouring-sympathy-Turkey-beaten-restaurant-manager-selling-tissues-streets-Izmir-survive.html>. Acesso em: 20. nov. 2016.

[43] CESAR, Janaina. **'Se for negro, não entra': Polícia italiana impede refugiados de embarcar em trem para a Alemanha**. Opera mundi. 26 ago. 2015. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/41136/se+for+negro+nao+entra+policia+italiana+impede+refugiados+de+embarcar+em+trem+para+alemanha.shtml>. Acesso em 04 dez. 2015. No mesmo norte: WORLD NEWS. **Tighter border controls block African migrants in Italian Alps.** Reuters. 29. mai. 2015. Disponível em: <http://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-g-idUSKBN0OE1QG20150529>. Acesso em: 27. dez. 2016.

[44] AMORIM, João Alberto Alves. Concessão de Refúgio no Brasil – A proteção internacional humanitária no direito brasileiro. **Revista Internacional de Direito e Cidadania.** fev. 2012, p. 63-73.

condição econômica e social".[45] Diante disso, cria-se diversos sujeitos apátridas, condenando-os a falta de nacionalidade e principalmente de direitos básicos, dentre eles obter uma identificação do seu país, passaporte, direito a voto e, na maioria dos casos, a impossibilidade de ingressar em um sistema de ensino. "Cerca de 70% das crianças sírias nascidas no exílio não contam com registro de nascimento".[46]

A União Europeia buscou organizar uma política comum para a concessão de refúgios nos países membros. No entanto, países como Reino Unido, Irlanda e Dinamarca não aderiram a maior parte das regras estabelecidas, inclusive impedindo a entrada de refugiados em seus países. No caso da Hungria, além de não acolher os refugiados, ainda obstava-se sua passagem pelo país por trem, fato que levou os indivíduos a percorrerem caminhando.

> Sem banheiros, sem comida e hostilizado pela polícia, o grupo decidiu que seguiria a viagem a pé. A coluna de pessoas parou o trânsito da cidade, enquanto idosos, crianças, mulheres grávidas e centenas de homens marchavam. Pela estrada, a polícia foi obrigada a acompanhar o cortejo, mas não o impediu de seguir viagem. "Os húngaros são cruéis. Não nos permitem ir de trem, mas não nos para se formos caminhando", declarou Mahmoud, um dos sírios que liderou a ideia de seguir a pé.[47]

Ao mesmo tempo, alguns países acolheram um número expressivo de refugiados e, após um determinado período de tempo e número de abrigados, foram obrigados por questões políticas de soberania nacional a controlar sua entrada. No mês de setembro de 2015, refugiados foram bloqueados ao tentarem ultrapassar as fronteiras da Tunísia para a Grécia. À época, a Turquia já abrigava mais de 2 milhões de refugiados sírios e iraquianos, portanto, o país aparentava um descontrole na entrada de imigrantes, impedindo-os ao acesso em seu território mediante força policial.[48]

Estima-se que a Turquia ainda é o país com maior número de refugiados sírios recepcionados no mundo: em março, alcançou 2.733.655. O cenário geográfico auxilia, uma vez que o país faz

---

[45] AMORIM, João Alberto Alves. Concessão de Refúgio no Brasil – A proteção internacional humanitária no direito brasileiro. **Revista Internacional de Direito e Cidadania.**

[46] ONU BR. **Nascidas no refúgio, crianças sírias enfrentam risco de apatridia.** Disponível em: < http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/nascidas-no-refugio-criancas-sirias-enfrentam-risco-de-apatridia/>. Acesso em: 31. Out. 2016.

[47] CHADE, Jamil. Impedidos de usar trens, refugiados iniciam marcha para deixar Hungria. **Estadão.** 05 set. 2015. Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,impedidos-de-usar-trens--refugiados-iniciam-marcha-para-deixar-hungria,1756821>. Acesso em: 04 dez; 2015. Ainda: WORLD/EUROPE.. Migration crisis: Desperate refugees escape camps and start a 110-mile trek to Austria**. The Telegraph.** Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/11843189/EU-refugee-crisis-Migrants-in-Bicske-station-Hungary-siege-continues-overnight-live.html>. Acesso em: 01. out. 2016.

[48] MUNDO. Migrantes são impedidos pela polícia de cruzar da Turquia para a Grécia. **G1**. 16 set. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/09/migrantes-sao-impedidos-pela-policia-de-cruzar-da-turquia-para-grecia.html>. Acesso em: 04 dez. 2015. Neste sentido: EUROPE. The mass migration of refugees from Turkey to Greece has stalled. **The Washington Post.** Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/world/europe/eu-deal-to-stop-migrants-puts-fear-in-those-waiting-in-turkey/2016/03/26/77c2cc3e-f114-11e5-a2a3-d4e9697917d1_story.html?utm_term=.649b297a1468>. Acesso em> 04. nov. 2016.

fronteira com a Síria. Inclusive, por tal motivo, a Turquia é um dos países que presta apoio militar nas ofensivas contra o EI e os curdos em território sírio.[49] Todavia, a prestatividade do país no acolhimento dos refugiados deve ser controlada pelas instituições europeias, pois o país enfrenta sérios problemas internos que já prejudicam a segurança dos cidadãos turcos, passando, agora, a prejudicar os refugiados.

Inicialmente, destacar-se-á o mais antigo dos embates: o conflito entre turcos e curdos. As primeiras rebeliões curdas são datadas da década de 1920, com o fim do Império Otomano e a incorporação turca de alguns territórios (inclusive curdos) para a constituição de sua república. Estima-se que mais de 40.000 pessoas (curdos e turcos) tenham morrido em batalhas ou atentados. Nos dias atuais, os curdos afirmam enfrentar uma restrição cultural forte, onde há a proibição de sua língua em meios de comunicação impressos e na mídia. Os turcos, por sua vez, afirmam que os rebeldes persistem com a ideia de criação do novo e autônomo Estado curdo.[50]

Entretanto, a Turquia ainda se surpreenderia com outro fator pernicioso em sua história. No dia 15 de julho de 2016, pontos estratégicos das cidades de Ancara e Istambul foram tomados por militares, incluindo controle aéreo com caças e terrestre com tanques. O exército afirma que tais medidas foram tomadas em nome da democracia, com a finalidade de destituir do governo o atual presidente da república, Recep Tayyip Erdoğan, acusado de ser autocrata e ter possibilitado o aumento do terrorismo no país. [51] A situação foi pacificada no dia seguinte, 16, após a morte de 265 pessoas, 1.440 feridos e a prisão de 2.839 militares acusados de participarem do golpe.[52]

A Turquia aparenta necessitar de maior auxílio internacional para controle dos refugiados, bem como fomento na qualidade de vida destes. Os conflitos armados entre curdos e turcos, bem

---

[49] MUNDO. Turquia amplia ofensiva contra Estado Islâmico na Síria. **O Globo**. 03 ago. 2016. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/turquia-amplia-ofensiva-contra-estado-islamico-na-siria-20047434>. Acesso em 24 out. 2016, No mesmo norte: WORLD NEWS. Turkey fires on U.S.-backed Kurdish militia in Syria offensive. **Reuters**. 26. Ago. 2016. Disponível em: < http://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-syria-turkey-idUSKCN10Z07J>. Acesso em: 31. Out. 2016.

[50] MUNDO. PKK curdo diz que intensificará guerra na Turquia. **G1**. 24 abr. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/04/pkk-curdo-diz-que-intensificara-guerra-na-turquia.html>. Acesso em 24 out. 2016. Ainda: EUROPE. Kurdish PKK warns Turkey of long fight for freedom. **BBC**. 25. Abr. 2016. Disponível em: < http://www.bbc.com/news/world-europe-36081204>. Acesso em: 30. Out. 2016.

[51] MUNDO. Forças Armadas fazem tentativa de golpe contra governo na Turquia. 15 jul. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/07/1792157-primeiro-ministro-da-turquia-acusa-militares-de-tentarem-golpe-de-estado.shtml>. Acesso em: 26 out. 2016. Neste sentido: NEWS. Turkey coup against president Erdogan. Everything we know on Saturday. **The Telegraph**. 15. Jul. 2016. Disponível em: < http://www.telegraph.co.uk/news/2016/07/15/turkey-coup-against-president-erdogan-everything-we-know-on-satu/>. Acesso em: 30. Out. 2016.

[52] MUNDO. Turquia diz que 265 morreram em tentativa de golpe. **G1**. 16 jul. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/turquia-diz-que-161-morreram-em-tentativa-de-golpe-militares-seriam-104.html>. Acesso em: 27 out. 2016. Neste norte: WORLD. Turkey officials to demand extradition of Fethullah Güllen from US. **The Guardian**. 28. Jul. 2016. Disponível em: < https://www.theguardian.com/world/2016/jul/28/turkey-fethullah-gulen-extradition-coup-attempt>. Acesso em: 30. Out. 2016.

como a instabilidade no governo pós-tentativa de Golpe de Estado, inviabilizam o ideal de melhoria na vida dos sírios.

Embora pareça um discurso pessimista, os refugiados já encontram problemas para entrar no país. Alguns casos de abuso por parte dos militares já resultaram em mortes de refugiados sírios que estavam na fronteira, seguindo para a Turquia.[53]

Há, também, situações de descontrole em relação à subsistência dos refugiados dentro do território turco. Isso ocasionou, recentemente, na denúncia de trabalho escravo dos refugiados sírios, incluindo crianças, dentro de fábricas turcas que produzem roupas de grife no continente europeu. A carga horária excederia 12 horas por dia independente da idade do empregado. O valor remuneratório seria menor que uma libra por hora, muito abaixo do salário-mínimo turco. O pagamento mensal é feito na rua, por terceiro, através de procedimentos clandestinos.[54]

Diferentemente deste, países como a Espanha, Islândia e Alemanha mostraram-se receptivos, havendo ainda, neste último, grande movimentação da população local a fim de acolher, alimentar e auxiliar na chegada dos refugiados. Em contrapartida, nestes países, existiram movimentações e protestos por populares em aversão a entrada dos refugiados.[55]

O modelo alemão de controlar a entrada de refugiados sofreu inúmeras mutações desde a crise síria com o EI. Inicialmente, afirmou que poderia receber, por ano, 500 mil sírios que buscassem refúgio em seu país. Em agosto de 2015, abriu nova exceção: ao contrário do estabelecido na Regulação de Dublin (lei que regulamenta o processo de asilo político aos refugiados e sua candidatura na União Europeia), informou que os sírios poderiam se registrar no país, independentemente de onde entrassem na União Europeia.[56]

A política de acolhimento alemã é proveniente de Angela Merkel, atual chanceler da Alemanha. Ela afirmara compreender a situação afrontosa aos direitos humanos que os sírios passavam e, portanto, teria crença que o país e sua população auxiliariam na grave situação que os

---

[53] NEWS. Turkish borders guards kill 11 after 'firing indiscriminately' at Syrian Refugees. **The Telegraph**. 19 jun. 2016. Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/06/19/turkish-border-guards-kill-11-after-firing-indiscriminately-at-s/>. Acesso em: 28 out. 2016.

[54] BRASIL. Crianças sírias 'são exploradas em fábricas de grifes europeias na Turquia', revela investigação da BBC. **BBC**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-37760592>. Acesso em: 26 out. 2016.

[55] MUNDO. Protesto contra refugiados na Alemanha d/eixa ferido. **G1.** 19 out. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/10/protesto-contra-refugiados-na-alemanha-deixa-ferido.html>. Acesso em: 04 dez. 2015. Ainda: WORLD NEWS. German anti-Islam protest swells on fears about refugee influx. **Reuters.** 19. Out. 2016. Disponível em: <http://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-germany-pegida-idUSKCN0SD11820151019>. Acesso em: 03. Nov. 2016

[56] BRASIL. Por que os refugiados querem ir à Alemanha?. **BBC**. 8. set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150908_europa_refugiados_hb>. Acesso em: 28. out. 2016.

refugiados se encontravam. Incrivelmente, num primeiro momento, houve consenso entre a classe política de esquerda e direita no país. Além da solidariedade e altruísmo próprios no acolhimento de imigrantes, a Alemanha encontrou o meio para coibir um fardo que já existe, mas que pode aumentar consideravelmente em algumas décadas: a proporção de pessoas com 65 anos ou mais sobre a população entre 16 e 64 anos aumentará de 32% (2013) para 59% em 2060. Em suma, para que não haja dois trabalhadores para cada aposentado em 2060, a maciça entrada de imigrantes deve condicioná-los ao mercado de trabalho. Isso fomentaria a economia e gera um equilíbrio para o Estado manter as aposentadorias no futuro.[57]

Contudo, após ataques sexuais (durante o reveillon – 2015/16) praticados por refugiados em cidadãs da cidade de Colônia/ALE, a população alemã começa a desaprovar tais medidas da Chanceler. Como categórica manifestação, em 14 de janeiro de 2016, o prefeito de Landshut, Peter Dreier, contratou um ônibus e o ocupou com 31 refugiados sírios. O destino era o próprio escritório da Chanceler.[58] Apenas o início da instabilidade política que o governo alemão passaria a suportar.

Angela Merkel passa a sofrer forte pressão política, alcançando 40% de desaprovação meses antes das eleições no país. O discurso da chanceler muda, demonstrando que a pressão popular atingiu seu plano de governo. Nesse momento, passa a afirmar que a condição dos refugiados é temporária, devendo estes retornar ao seu país de origem assim que a situação crítica for pacificada na Síria, bem como o EI seja derrotado.[59]

A situação piorou após atentados terroristas praticados por refugiados sírios vinculados ao EI no mês de julho de 2016, totalizando treze pessoas mortas. Tais atrocidades fomentaram o discurso da oposição, contrária ao asilo de refugiados, no país. Entretanto, ressalta-se que os sírios também foram vítimas de agressões, bem como seus abrigos foram atacados, inclusive com uso de fogo. Não se trata de um fato isolado, mas de 500 ataques no total. [60]

---

[57] BRASIL. Como a Alemanha se beneficiará recebendo 800 mil refugiados. **BBC**. 9. set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150909_beneficio_imigrantes_alemanha_lgb>. Acesso em: 21. out. 2016.

[58] MUNDO. Contra refugiados, político deixa sírios em casa de Merkel. **EXAME.com**. 15. jan. 2016. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/mundo/contra-refugiados-politico-deixa-sirios-em-casa-de-merkel/>. Acesso em: 22. out. 2016. Ainda: NEWS. Bavarian governor packs 31 migrants onto a coach and sends them on seven-hour journey to Angela Merkel's office in Berlin after warning the German leader: 'We can't manage'. **Dailymail.** 14. Jan. 2016. Disponível em: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3399260/Angry-Bavarian-politician-sends-bus-refugees-Merkel.html>. Acesso em: 06. Nov. 2016.

[59] WORLD NEWS. Forty percent of Germans say Merkel should resign over refugee policy: poll. **Reuters.** 29. jan. 2016. Disponível em: <http://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-germany-merkel-idUSKCN0V70KM>. Acesso em: 15. out. 2016.

[60] BRASIL. Alemanha enfrenta aumento de ataques contra abrigos de imigrantes. **BBC**. 10. out. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151010_alemanha_ataques_imigrantes_fn>. Acesso em: 01. set. 2016.

Atualmente, fala-se no fomento econômico de países fronteiriços à Síria, através dos refugiados sírios. Isso viabilizaria a economia destes países e inibiria a entrada de novos refugiados sírios na Alemanha. A ideia é utilizar do programa "Cash for work" para criação de 50 mil postos de trabalho nestas regiões. O investimento do governo alemão seria de 200 milhões de euros até o fim de 2016. Criados os empregos, estes seriam destinados estritamente aos sírios. Há, por fim, um caráter social na medida, pois o programa prevê serviços de professores e outros especialistas educacionais para cuidados das crianças sírias daquelas regiões. Segundo a revista alemã De Spiegel, 34 mil postos de trabalho já foram criados na Turquia, Líbano, Iraque e Jordânia.[61]

Percebe-se, após esta explanação, a divergência entre as leis e pactos internacionais positivados e a concretização dos mesmos. Diante disso, é necessário destacar as palavras do Relator Especial, nomeado pela ONU, a fim de que preparasse informações sobre a "Cooperação Internacional para Evitar Novos Fluxos de Refugiados":

> É por demais evidente que, se não se [adotarem] adoptarem medidas para neutralizar a negação ou a violação dos direitos humanos, se não houver uma distribuição mais justa dos recursos existentes no mundo, maior contenção e tolerância, se, independentemente da raça, religião, pertença a um grupo social ou político, não se conceder a todos o direito a pertencer a uma comunidade ou a movimentar-se legalmente a fim de procurar emprego, condições de vida decentes e segurança pessoal, o mundo continuará a ter de enfrentar o problema dos êxodos de populações. Este problema, se não for resolvido, representará uma ameaça cada vez maior à paz e à estabilidade no mundo.[62]

Acerca do aduzido, destaca-se a dificuldade dos países em acolher e disponibilizar acesso à qualidade de vida e estabilização econômica aos refugiados, em especial os casos alemão e turco, onde, seja pelo alto número de refugiados, seja pelo confronto cultural entre refugiados e o povo que os recepciona, demonstra o despreparo das organizações internacionais em possibilitar que casos extremos sejam contornados com medidas temporárias de refúgio. Isso porque não se adequam ao necessário da prevenção que adequaria qualquer política internacional para tratamento dos que se encontram em tamanho malefício, mas tratam de maneira descontrolada dos efeitos causados pelas guerras civis. protegeu e auxiliou os refugiados sírios. Isto é, pode-se dizer que foi o país que mais se aproximou de um modelo ideal ou da concretização dos tratados ratificados pela União Europeia e a própria Alemanha.

---

[61] INTERNACIONAL. Alemanha investirá em empregos para refugiados sírios. **Agência Brasil**. 01. out. 2016, Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-10/alemanha-investira-em-empregos-para-refugiados-sirios>. Acesso em: 29. out. 2016.

[62] ONU. **Direitos Humanos e Refugiados**: ficha informativa n° 20 dez. 2002. Disponível em: < http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_Informativa_20.pdf>. Acesso em 04 dez. 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Tratados e Convenções que vincularam aos Estados participantes o dever de amparar refugiados embasaram-se num plano formal, sem controle e organização fáticos. Tal postura ocasiona desequilíbrios e ondas de refugiados para países que não se encontram preparados para recebê-los, tal qual é o caso de Turquia e Alemanha.

É pertinente salientar que a ineficácia da proteção internacional mediante Tratados e Convenções permeia o despreparo dos Estados participantes, mas não exime as próprias organizações internacionais frente ao conteúdo genérico destes textos. Ainda que se fale em amparo aos refugiados no protecionismo necessário por estas organizações, não se pode editar uma medida geral e tornar discricionária a postura dos Estados. Tal medida, com a devida ratificação pelos países, não afrontaria princípios como o da Autodeterminação dos Povos, isto é, uma intervenção externa que inibiria sua soberania, mas daria um norte basilar aos Estados participantes, bem como preveniria a precariedade no acolhimento e tratamento dos refugiados. Injúrias aos direitos humanos que não podem ser aceitas no Estado Contemporâneo.

Como visto, Turquia e Alemanha enfrentam problemas internos que dificultam a ambientação e estadia dos sírios. No primeiro caso, vê-se um problema político forte, com tentativa de golpe de Estado e conflitos civis seculares. Já na Alemanha, mesmo com a política recepcionista de sua Chanceler, Angela Merkel, o embate cultural é maior e medidas xenofóbicas são tomadas constantemente. Não eximindo os refugiados que praticam crimes, mas transparece uma etnocentria incrustada na população alemã ao ponto de se proibir o uso de peças do vestuário islâmico como a burca. A cultura do medo que se instala é descontrolada e sobrepõe o ideal do governo alemão de retirar o vínculo entre sua cultura e as duas guerras mundiais da qual foi autora. Tal objetivo cumpriria a função de erguer a diplomacia alemã com os outros países do plano global, o que é ineficaz frente aos últimos acontecimentos

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ACNUR. **A situação dos refugiados no mundo:** cinquenta anos de ação humanitária. Almada: A Triunfadora Artes Gráficas, 2000.

_____. **Protegendo os refugiados no Brasil e no mundo**. Agência da ONU para Refugiados, Brasília, p. 7. Disponível em: < http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2014/Protegendo_refugiados_no_Brasil_e_no_mundo_2014.pdf?view=1>. Acesso em: 05 nov. 2015.

_____. **Em busca de uma nacionalidade**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/apatridas/>. Acesso em 20 nov. de 2015.

_____. **Refugiados Sírios já passam de 4 milhões.** 09 jul. 2015. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/acnur-refugiados-sirios-ja-passam-dos-4-milhoes/>. Acesso em 26 nov. 2015.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999.

ANDRADE, José Henrique Fischel de. Regional policy approaches and harmonization: a latin American perspective. **International Journal of Refugee Law.** Oxford, 1998.

AVILA JUNIOR, Luiz Carlos; SANTOS, Wagner Camilo. **As grandes religiões como fonte e inspiração dos grandes sistemas jurídicos.** In: CRUZ, Paulo Marcio; OLIVIERO, Maurizio. Sistemas jurídicos e constitucionalismo. Erechin: Deviant, 2015, cap. XII, ebook, ISBN 978-85-69114-23-9.

BARTHOLO Jr. Roberto S.; CAMPOS, A.E; **Islã:** O credo é a conduta. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

BBC NEWS. **Bashar al-Assad's inner circle**. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-13216195>. Acesso em: 26 nov. 2015.

BRASIL. Lei federal. Lei n° 9.474, de 22 de julho de 1997. **Lex:** legislação federal e marginalia, Brasília, 1997.

WORLD NEWS. **Tighter border controls block African migrants in Italian Alps.** Reuters. 29. mai. 2015. Disponível em: <http://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-g-idUSKBN0OE1QG20150529>. Acesso em: 27. dez. 2016.

CHADE, Jamil. Impedidos de usar trens, refugiados iniciam marcha para deixar Hungria. **Estadão.** 05 set. 2015. Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,impedidos-de-usar-trens--refugiados-iniciam-marcha-para-deixar-hungria,1756821>. Acesso em: 04 dez. 2015.

DEMANT, EVA; et al. **Refúgios, Migração e Cidadania:** caderno de debates 4. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, nov. 2009.

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. **Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais**. Direito Internacional Humanitário. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-I-conv-genebra-12-08-1949.html>. Acesso em 20 nov. 2015.

GARCIA, Márcio Pinto. **Battisti:** asilo ou refúgio?. Disponível em: <http://mundorama.net/2009/05/14/battisti-asilo-ou-refugio-por-marcio-pinto-garcia/>. Acesso em 04 nov. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado Islâmico**: de onde veio e aonde quer chegar. Luiz Flávio Gomes. 19 nov. 2015 Disponível em: <http://luizflaviogomes.com/estado-islamico-de-onde-veio-e-aonde-quer-chegar/>. Acesso em 22 nov. 2015.

HUMAN RIGHTS WATCH. **World Report:** 2010 events of 2009. United States of America. Disponível em: < https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/wr2010.pdf>. Acesso em 27 nov. 2015.

ISLAMIC SUPREME COUNCIL OF AMERICA. **Jihad**: A Misunderstood Concept from Islam – What Jihad is, ans is not. p. 10. Disponível em: < http://islamicsupremecouncil.org/understanding-islam/legal-rulings/5-jihad-a-misunderstood-concept-from-islam.html>. Acesso em 23 nov. 2015.

JOSH BUTLER. A guerra extinguiu 83% das luzes na Síria. **Inter Press Service (IPS).** Disponível em: < http://www.ipsnoticias.net/portuguese/2015/03/ultimas-noticias/a-guerra-extinguiu-83-das-luzes-na-siria/>. Acesso em 03 dez. 2015.

MUNDO. Protesto contra refugiados na Alemanha deixa ferido. **G1.** 19 out. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/10/protesto-contra-refugiados-na-alemanha-deixa-ferido.html>. Acesso em: 04 dez. 2015.

NASSER, Reginaldo. O que move o Estado Islâmico?. **Carta Educação.** Disponível em: <http://www.cartaeducacao.com.br/aulas/o-que-move-o-%E2%80%A8estado-islamico/>. Acesso em: 22 nov. 2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 20 de nov. 2015.

ONU. **Direitos Humanos e Refugiados**: ficha informativa n° 20. dez. 2002. Disponível em: < http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_Informativa_20.pdf>. Acesso em 04 dez. 2015.

ONU BR. **'Tsunami' de refugiados vai continuar enquanto houver conflito na Síria, diz representante da ONU**. 25 set. 2015. Disponível em: < http://nacoesunidas.org/tsunami-de-refugiados-vai-continuar-enquanto-houver-conflito-na-siria-diz-representante-da-onu/>. Acesso em 03 dez. 2015.

ONU BR. **Perda de esperança e pobreza extrema levam os sírios a pedir refúgio na Europa.** 29 set. 2015. Disponível em: < http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/perda-de-esperanca-e-pobreza-extrema-levam-os-sirios-a-pedir-refugio-na-europa/>. Acesso em: 03 dez. 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 12.ed. São Paulo: Conceito, 2011.

REUTERS. **Ninety killed by Islamist attack on Syrian gas field-monitor**. 17 jul. 2014. Disponível em: <http://www.reuters.com/article/2014/07/17/syria-crisis-gas-idUSL6N0PS45W20140717#SeR5J6u7Q3p2ORFr.97>. Acesso em 27 nov. 2015.

ROGIN, Josh. America's Allies Are Finding ISIS. **The Daily Beast.** 14 set. 2014. Disponível em: < http://www.thedailybeast.com/articles/2014/06/14/america-s-allies-are-funding-isis.html>. Acesso em 26 nov. 2015.

THE GUARDIAN. **Islamic State**: what factors have fuelled the rise of the militants?. Disponível em: <http://www.theguardian.com/world/2014/aug/20/islamic-state-isis-rise-militants-al-qaida-somalia-arab>. Acesso em 26 nov. 2015.

UBILUT, Liliana Lyra; MADUREIRA, André de Lima. Os desafios de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena + 30. **REMHU, Revista Interdisciplinar Mobilidade**

Humana, Brasília, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852014000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 04 nov. 2015.

UNICEF. **A Convenção sobre os Direitos da Criança.** Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

JUNIOR, Alberto do Amaral; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem.** 1 ed. São Paulo: Edusp. 1999, p. 105.

ONU BR. **Nascidas no refúgio, crianças sírias enfrentam risco de apatridia.** Disponível em: < http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/nascidas-no-refugio-criancas-sirias-enfrentam-risco-de-apatridia/>. Acesso em: 31. Out. 2016.

DAILYMAIL. Tearful Syrian refugee boy sparks outpouring of sympathy across Turkey after being beaten by restaurant manager for selling tissues on the streets to survive. **Dailymail**. Disponível em: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3175871/Tearful-Syrian-refugee-boy-sparks-outpouring-sympathy-Turkey-beaten-restaurant-manager-selling-tissues-streets-Izmir-survive.html>. Acesso em: 20. nov. 2016.

EUROPE. The mass migration of refugees from Turkey to Greece has stalled. **The Washington Post.** Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/world/europe/eu-deal-to-stop-migrants-puts-fear-in-those-waiting-in-turkey/2016/03/26/77c2cc3e-f114-11e5-a2a3-d4e9697917d1_story.html?utm_term=.649b297a1468>. Acesso em> 04. nov. 2016.

WORLD NEWS. Turkey fires on U.S.-backed Kurdish militia in Syria offensive. **Reuters**. 26. Ago. 2016. Disponível em: < http://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-syria-turkey-idUSKCN10Z07J>. Acesso em: 31. Out. 2016.

EUROPE. Kurdish PKK warns Turkey of long fight for freedom. **BBC**. 25. Abr. 2016. Disponível em: < http://www.bbc.com/news/world-europe-36081204>. Acesso em: 30. Out. 2016

NEWS. Turkey coup against president Erdogan. Everything we know on Saturday. **The Telegraph**. 15. Jul. 2016. Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/07/15/turkey-coup-against-president-erdogan-everything-we-know-on-satu/>. Acesso em: 30. Out. 2016.

MUNDO. Turquia diz que 265 morreram em tentativa de golpe. **G1**. 16 jul. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/turquia-diz-que-161-morreram-em-tentativa-de-golpe-militares-seriam-104.html>. Acesso em: 27 out. 2016. Neste norte: WORLD. Turkey officials to demand extradition of Fethullah Güllen from US. **The Guardian**. 28. Jul. 2016. Disponível em: < https://www.theguardian.com/world/2016/jul/28/turkey-fethullah-gulen-extradition-coup-attempt>. Acesso em: 30. Out. 2016.

NEWS. Turkish borders guards kill 11 after ‘firing indiscriminately’ at Syrian Refugees. **The Telegraph**. 19 jun. 2016. Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/06/19/turkish-border-guards-kill-11-after-firing-indiscriminately-at-s/>. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. Crianças sírias 'são exploradas em fábricas de grifes europeias na Turquia', revela investigação da BBC. **BBC**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-37760592>. Acesso em: 26 out. 2016.

MUNDO. Protesto contra refugiados na Alemanha d/eixa ferido. **G1.** 19 out. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/10/protesto-contra-refugiados-na-alemanha-deixa-ferido.html>. Acesso em: 04 dez. 2015. Ainda: WORLD NEWS. German anti-Islam protest swells on fears about refugee influx. **Reuters.** 19. Out. 2016. Disponível em:<http://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-germany-pegida-idUSKCN0SD11820151019>. Acesso em: 03. Nov. 2016.

BRASIL. Por que os refugiados querem ir à Alemanha?. **BBC**. 8. set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150908_europa_refugiados_hb>. Acesso em: 28. out. 2016.

BRASIL. Como a Alemanha se beneficiará recebendo 800 mil refugiados. **BBC**. 9. set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150909_beneficio_imigrantes_alemanha_lgb>. Acesso em: 21. out. 2016.

MUNDO. Contra refugiados, político deixa sírios em casa de Merkel. **EXAME.com**. 15. jan. 2016. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/mundo/contra-refugiados-politico-deixa-sirios-em-casa-de-merkel/>. Acesso em: 22. out. 2016. Ainda: NEWS. Bavarian governor packs 31 migrants onto a coach and sends them on seven-hour journey to Angela Merkel's office in Berlin after warning the German leader: 'We can't manage'. **Dailymail.** 14. Jan. 2016. Disponível em: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3399260/Angry-Bavarian-politician-sends-bus-refugees-Merkel.html>. Acesso em: 06. Nov. 2016.

WORLD NEWS. Forty percent of Germans say Merkel should resign over refugee policy: poll. **Reuters.** 29. jan. 2016. Disponível em: <http://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-germany-merkel-idUSKCN0V70KM>. Acesso em: 15. out. 2016.

BRASIL. Alemanha enfrenta aumento de ataques contra abrigos de imigrantes. **BBC**. 10. out. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151010_alemanha_ataques_imigrantes_fn>. Acesso em: 01. set. 2016.

INTERNACIONAL. Alemanha investirá em empregos para refugiados sírios. **Agência Brasil**. 01. out. 2016, Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-10/alemanha-investira-em-empregos-para-refugiados-sirios>. Acesso em: 29. out. 2016.

A DIGNIDADE HUMANA COMO PARADIGMA JURÍDICO UNIVERSAL NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO[63]

Eduardo Silva de Freitas[64]

Clovis Demarchi[65]

INTRODUÇÃO

Pensar a Dignidade Humana[66] como Paradigma Jurídico é elevá-la à condição de ideia e conteúdo básico para a implementação de uma nova ordem política e jurídica no contexto da Globalização. Ou seja, é a partir da Dignidade da Pessoa Humana que se deve conceber, se deve perceber e se deve delinear os modelos para a Sociedade e para o Direito neste contexto.

É de fácil constatação, nos dias de hoje, que se vive em um grande paradoxo. Tem-se uma grande evolução da tecnologia que responde pelas inovações e descobertas e com isso se ampliam as formas e os meios de se comunicar, quebrando as barreiras e as fronteiras, ou os limites impostos pela ideia de território ou de soberania, estabelecendo as nuvens como limites, ou passando a não ter mais limites, pois as ondas vão até onde terminam.

Do outro lado, apesar da evolução, e toda a tecnologia, de tudo, observa-se consequências perversas, que geram a baixos salários, aumento do desemprego, aumento da pobreza, generalização da fome e a da miséria. Distribuem-se as guerras, ou guerrilhas com a finalidade de deixar todos em estado de alerta.

Estas mudanças no cenário global, derivadas do fenômeno da Globalização, afetaram (e afetam) diretamente o Direito considerado como instrumento criado para regular as relações interpessoais com o objetivo de estabelecer critérios mais justos, equitativos e humanitários. O desafio de responder a esta realidade mundial precisa ter um conteúdo básico que plasme esta ordem política, social e econômica que está se formando, e este conteúdo pode ser a Dignidade da Pessoa Humana.

---

[63] Artigo apresentado como requisito final do Programa de Bolsas de iniciação Científica – PIBIC/CNPq, realizado no período de agosto de 2015 a julho de 2016, pelo Acadêmico Eduardo Silva de Freitas sob a orientação do professor Dr. Clovis Demarchi.

[64] Aluno do Curso de Direito, UNIVALI - Itajaí, membro do Grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas. Bolsista do Programa de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) (2013-atual). Itajaí/SC – Brasil. E-mail: edusfreitaslol@hotmail.com

[65] Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Líder do grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas e membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Endereço eletrônico: demarchi@univali.br.

[66] Para o presente projeto, Dignidade Humana e Dignidade da Pessoa Humana serão tratadas como sinônimas, apesar de que autores como Ingo Sarlet fazem distinção entre os termos.

Neste contexto, o artigo tem como objeto a análise da Dignidade Humana como um paradigma jurídico para plasmar a construção de um princípio norteador do Direito no contexto de Globalização. O seu objetivo é identificar no que consiste a Dignidade Humana e a possibilidade dela ser um paradigma jurídico universal que plasmaria, juridicamente, a Globalização.

A realização da pesquisa passará por três momentos, sendo que no primeiro se tratará sobre o contexto da Globalização. Com relação à Globalização as discussões serão pautadas em Bauman[67] e Giddens[68]. No segundo momento se abordará a Dignidade Humana. As análises sobre a Dignidade Humana partirão das obras de Kant[69] e Sarlet[70]. No terceiro verificar-se-á se é possível tratar a Dignidade Humana como um paradigma Jurídico universal que atenda ao contexto de Globalização.

Quanto à Metodologia[71], o relato dos resultados será composto na base lógica Indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, serão acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A GLOBALIZAÇÃO

1.1 GLOBALIZAÇÃO EM BAUMAN

Bauman[72] analisa o fenômeno da Globalização a partir da racionalização da empresa moderna, asseverando que nesta os empregados, os fornecedores e os porta-vozes da comunidade não têm voz nas decisões que os investidores podem tomar; e que os verdadeiros tomadores de decisão, as "pessoas que investem", têm o direito de descartar, de declarar irrelevante qualquer postulado que os demais possam fazer sobre a maneira como elas dirigem a companhia.

> A essa altura tal princípio faz parte da família de verdades auto-evidentes que servem para explicar o mundo, sem precisarem elas mesmas de explicação; que ajudam a afirmar coisas sobre o mundo sem serem mais vistas elas mesmas como afirmações, quanto mais objetos de discussão e argumentação[73].

---

[67] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. Tradução de: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Hazar, 1999.

[68] GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de: Maria Luiza Borges. 4 ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

[69] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. Tradução de: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

[70] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

[71] Adotar-se-á as orientações de metodologia de pesquisa de PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

[72] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. Tradução de: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Hazar, 1999. p. 13.

[73] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 13-14.

Prossegue o autor destacando que em "princípio, não há nada determinado em termos de espaço na dispersão dos acionistas. Eles são único fator autenticamente livre da determinação espacial. E é a eles e apenas a eles que 'pertence' a companhia[74]".

> Cabe a eles portanto mover a companhia para onde quer que percebam ou prevejam uma chance de dividendos mais elevados, deixando todos os demais – presos como são à localidade – a tarefa de lambar as feridas, de consertar o dano e se livrar do lixo[75].

Para Bauman[76] no mundo do pós-guerra espacial, "a mobilidade tornou-se o fator de estratificação mais poderoso e mais cobiçado, a matéria de que são feitas e refeitas diariamente as novas hierarquias sociais, políticas, econômicas e culturais em escala cada vez mais mundial".

Descrevendo o modo como se opera esta estratificação, Bauman menciona que esta mobilidade, adquirida por "pessoas que investem" – aquelas com capital, com o dinheiro necessário para investir – "significa uma nova desconexão do poder face a obrigações, com efeito uma desconexão sem precedentes na sua radical incondicionalidade". Esta desconexão dos poderes face a obrigações "com os empregados, mas também com os jovens e fracos, com as gerações futuras e com a auto-reprodução das condições gerais de vida[77]", faz surgir, segundo Bauman[78]:

> [...] uma nova assimetria entre a natureza extraterritorial do poder e a contínua territorialidade da 'vida como um todo' – assimetria que o poder agora desarraigado, capaz de se mudar de repente ou sem aviso, é livre para explorar e abandonar às consequências dessa exploração. [...] Livrar-se da responsabilidade pelas consequências é o ganho mais cobiçado e ansiado que a nova mobilidade propicia ao capital sem amarras locais, que flutua livremente. Os custos de se arcar com as consequências não precisam agora ser contabilizados no cálculo da "eficácia" do investimento[79].

Consoante Bauman[80], fazendo uma retrospectiva histórica, podemos nos perguntar em que medida os fatores geográficos, as fronteiras naturais e artificiais dos territórios, as "distintas identidades das populações *Kulturkreise* [círculos culturais], assim como a distinção entre 'dentro e fora' – tudo tradicionalmente objeto da ciência geográfica" foram no essencial meros derivativos conceituais, artifícios materiais das restrições de tempo e custo impostas à liberdade de movimento.

---

[74] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 15.

[75] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 15.

[76] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 16.

[77] Zygmunt Bauman sintetiza esta contraposição decorrente da desconexão dos poderes face a obrigações desta(s) natureza(s) na seguinte fórmula: "em suma, liberdade face ao dever de contribuir para a vida cotidiana e a perpetuação da comunidade".

[78] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 16.

[79] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 16-17.

[80] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 19.

Ao conceituar de forma crítica a ideia de "distância", Bauman[81] põe que "longe de ser um 'dado' objetivo, impessoal, físico, a 'distância' é um produto social; sua extensão varia dependendo da velocidade com a qual pode ser vencida" e prossegue explicando que, como consequência, todos os outros "fatores socialmente produzidos de constituição, separação, e manutenção de identidades coletivas – como fronteiras estatais ou barreiras culturais – parecem, em retrospectiva, meros efeitos secundários dessa velocidade".

> Parece ser essa a razão – assinalemos – pela qual a "realidade das fronteiras" foi como regra, no geral, um fenômeno estratificado de classe: no passado como hoje, as elites dos ricos e poderosos eram sempre de inclinação mais cosmopolita que o resto da população das terras que habitavam; em todas as épocas elas tenderam a criar uma cultura própria que desprezava as mesmas fronteiras que confinavam as classes inferiores; tinham mais em comum com as elites além-fronteiras do que com o resto da população do seu território[82].

Conjugando os fatores e elementos até então expostos Bauman[83] conclui parcialmente que esta nova "percepção das 'coisas fugindo ao controle' é que foi articulada [...] num conceito atualmente na moda: o de globalização".

> O significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o de caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. A globalização é a "nova desordem mundial" de Jowitt com outro nome.

Ao iniciar sua incursão na distinção entre as ideias de universalização e globalização, Bauman[84] coloca então que:

> [...] esse caráter, inseparável da imagem da globalização, coloca-a radicalmente à parte de outra ideia que aparentemente substituiu, a da "universalização", outrora constitutiva do discurso moderno sobre as questões mundiais mas agora caída em desuso e raramente mencionada.

A ideia de universalização transmitia a esperança, a intenção e a determinação de se produzir a ordem; além do que os outros termos afins assinalavam, ela indicava uma ordem universal – a produção da ordem numa escala universal, verdadeiramente global. "Como os outros conceitos, a ideia de universalização foi cunhada com a maré montante dos recursos das potências modernas e das ambições intelectuais modernas[85]".

> Toda a família de conceitos anunciava em uníssono a vontade de tornar o mundo diferente e melhor do que fora e expandir a mudança e a melhoria em escala global, à dimensão da espécie. Além disso,

[81] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 19.

[82] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 19-20.

[83] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 66-67.

[84] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 67.

[85] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 67.

> declarava a intenção de tornar semelhantes as condições de vidas de todos, em toda parte, e, portanto, as oportunidades de vida para todo mundo; talvez mesmo torná-las iguais[86].

Nada disso restaria no significado de globalização, este referir-se-ia "primordialmente aos efeitos globais, notoriamente não pretendidos e imprevistos, e não às iniciativas e empreendimentos globais[87]".

Seria dizer: "nossas ações podem ter e muitas vezes têm mesmo efeitos globais; mas não, nós não temos nem sabemos bem como obter os meios de planejar e executar ações globalmente[88]".

Desta forma, Bauman[89] constata que a globalização "não diz respeito ao que todos nós [...] desejamos ou esperamos fazer", mas sim ao que está acontecendo a todos nós. A ideia de globalização refere-se explicitamente "às 'forças anônimas' de von Wright operando na vasta 'terra de ninguém' – nebulosa e lamacenta, intransitável e indomável – que se estende além do alcance da capacidade do desígnio e ação de quem quer que seja"[90].

1.2 GLOBALIZAÇÃO EM GIDDENS

Giddens[91] inicia sua exposição sobre o tema "Globalização" pela afirmação de que vivemos num mundo de transformações, "que afetam quase todos os aspectos do que fazemos. Para o bem ou para o mal, estamos sendo impelidos rumo a uma ordem global que ninguém compreende plenamente mas cujos efeitos se fazem sentir sobre todos nós".

A partir desta premissa, o autor passa então a analisar o termo em si. Refere que este é utilizado por atuantes principalmente nos âmbitos negocial, político e acadêmico.

A "súbita popularidade" do termo provoca, simultaneamente, falta de clareamento quanto ao significado de seu conceito e reações intelectuais. "A globalização tem algo a ver com a tese de que agora vivemos num único mundo", proclama Giddens.

---

[86] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 67.

[87] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 67.

[88] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 67-68.

[89] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 68.

[90] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. p. 68.

[91] GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. p. 17-29.

Procurando expor a visão de diferentes pensadores acerca da ideia, Giddens[92] os divide em duas categorias a que o autor nomeia de "céticos" e "radicais". O primeiro grupo, os "céticos", desacredita na ideia de globalização a partir da afirmação de que, independentemente de seus efeitos, a economia global não é especialmente diferente da que existiu em períodos anteriores.

> A maioria dos países, argumentam os céticos, aufere apenas uma pequena parcela de sua receita do comércio exterior. Além disso, boa parte do intercâmbio econômico se dá entre regiões, não num âmbito verdadeiramente mundial. Os países da União Européia, por exemplo, comercial principalmente entre eles mesmos. O mesmo pode ser dito dos outros blocos comerciais importantes, como os da Ásia-Pacífico ou da América do Norte.

O segundo grupo, "os radicais", por sua vez, "sustentam não só que a globalização é muito real, como que suas consequências podem ser sentidas em toda parte".

> O mercado global, dizem eles, está muito mais desenvolvido do que mesmo nas décadas de 1960 e 1970 e é indiferente a fronteiras nacionais. As nações perderam a maior parte da soberania que possuíam outrora, e os políticos perderam a maior parte de sua capacidade de influenciar os eventos. Não é de surpreender que ninguém mais respeite líderes políticos, ou tenha muito interesse no que eles possam ter a dizer. A era do estado-nação está encerrada. As nações, como o expressou Kenichi Ohmae, escritor japonês da área de Negócios, tornaram-se meras "ficções". Escritores como Ohmae vêem as dificuldades econômicas da crise asiática de 1998 como demonstrações da realidade da globalização, ainda que vista sob seu aspecto destrutivo.

Giddens[93] aponta também o que os "céticos tendem a se situar na esquerda política, sobretudo na velha esquerda", relacionando isto ao fato de que, se a globalização "for essencialmente um mito, os governos continuam capazes de controlar a vida econômica e o *welfare state* permanece intacto".

Para o primeiro grupo, "os céticos", a noção de globalização "é uma ideologia espalhada por adeptos do livre mercado que desejam demolir sistemas de previdência social e reduzir as despesas do Estado", uma vez que o que aconteceu "é no máximo uma reversão ao modo como o mundo era um século atrás. No século já havia uma economia global aberta, com considerável quantidade de comércio, inclusive comércio de moedas"[94].

Giddens[95], por sua vez, considera a globalização "não só nova, como revolucionária", apontando serem equivocadas as visões tanto dos "radicais" como dos "céticos" por verem o fenômeno da globalização "quase exclusivamente em termos econômicos". "Isso é um erro. A

[92] GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. p. 17-29.
[93] GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. p. 17-29.
[94] GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. p. 17-29.
[95] GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. p. 17-29.

globalização é política, tecnológica e cultural, tanto quanto econômica. Foi influenciada acima de tudo por desenvolvimentos nos sistemas de comunicação que remontam apenas ao final da década de 1960[96]".

Prossegue o autor destacando fatos que dariam início, continuidade e notoriedade ao fenômeno da globalização, tais como: o lançamento do primeiro satélite comercial em 1969, ao qual já se somam atualmente mais de duzentos sobre a Terra; a estreia da possibilidade de comunicação instantânea de um lado a outro do mundo; a aceleração, durante os últimos anos, dos outros tipos de comunicação eletrônica, cada vez mais integrados à comunicação por satélite; a invenção, após 1950, dos cabos transatlânticos ou transpacíficos exclusivos, bem como a posterior ampliação do número de canais de voz que comportavam, de menos de cem para mais de um milhão[97].

No que tange à influência territorial do fenômeno da globalização, Giddens[98] registra que é errado pensar que a globalização afeta unicamente os grandes sistemas, como a ordem financeira mundial. "A globalização não diz respeito apenas ao que está 'lá fora', afastada e muito distante do indivíduo. É também um fenômeno que se dá 'aqui dentro', influenciando aspectos íntimos e pessoais de nossas vidas".

> O debate sobre valores familiares que está se desenvolvendo em vários países, por exemplo, poderia parecer muito distanciado de influências globalizantes. Mas não é. Sistemas tradicionais de família estão começando a ser transformados, ou estão sob tensão, especialmente à medida que as mulheres reivindicam maior igualdade. Até onde sabemos pelo registro histórico, jamais houve antes uma sociedade em que as mulheres fossem sequer aproximadamente iguais aos homens. Esta é uma revolução verdadeiramente global da vida cotidiana, cujas consequências estão sendo sentidas no mundo todo, em esferas que vão do trabalho à política.

Dito isto, o autor conclui inicialmente que a globalização não é um processo singular, "mas um conjunto complexo de processos. E estes operam de uma maneira contraditória ou antagônica". Em decorrência disto, e estabelecendo uma relação entre a questão do poder e a globalização Giddens[99] aduz que uma das consequências de aludido fenômeno é retirar poder ou influência de comunidades locais e nações para transferi-lo para a arena global, o que acarreta para aquelas a perda de parte do "poder econômico que antes possuíam". Pondera, portanto, que a globalização também cria novas pressões por autonomia local.

[96] GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. p. 17-29.
[97] GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. p. 17-29.
[98] GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. p. 17-29.
[99] GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. p. 17-29.

> A globalização não somente puxa para cima, mas também empurra para baixo [...]. O sociólogo americano Daniel Bell descreve isso muito bem quando diz que a nação se torna não só pequena demais para resolver os grandes problemas, como também grande demais para resolver os pequenos.

De acordo com Giddens[100], a globalização é a razão "do ressurgimento de identidades culturais locais em várias partes do mundo. [...] Nacionalismos locais brotam como uma resposta a tendências globalizantes, à medida que o domínio de estados nacionais mais antigos enfraquece".

> Essas mudanças estão sendo impelidas por uma série de fatores, alguns estruturais, outros mais específicos e históricos. Influências econômicas estão certamente entre as forças propulsoras – especialmente o sistema financeiro global. Elas não são, contudo, como forças da natureza. Foram moldadas pela tecnologia e pela difusão cultural, assim como pelas decisões tomadas pelos governos para liberalizar e desregulamentar suas economias nacionais[101].

Realizadas estas proposições, Giddens[102] observa que somos a primeira geração a viver nessa sociedade, "cujos contornos até agora só podemos perceber indistintamente. Ela está sacudindo nosso modo de vida atual, não importa o que sejamos. Não se trata – pelo menos no momento – de uma ordem global conduzida por vontade humana" e para sujeitar esta sociedade novamente à nossa vontade devemos reconhecer a incapacidade de nossas instituições. "Precisamos reconstituir as que temos, ou criar novas. Pois a globalização não é um acidente em nossas vidas hoje. É uma mudança de nossas próprias circunstâncias de vida. É o modo como vivemos agora[103]".

2. DA IDEIA DE DIGNIDADE HUMANA

2.1 DIGNIDADE HUMANA EM KANT

Inicialmente, mister se faz salientar que, para Kant[104], "Observar a virtude em sua verdadeira configuração nada mais é do que representar a moralidade despida de toda a mescla de elementos sensíveis e de todos os falsos adornos da recompensa e do amor de si mesmo".

No entendimento de Kant[105], o homem existe como um fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Dessa maneira, em todas as suas ações, tanto

[100] GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. p. 17-29.

[101] GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. p. 17-29.

[102] GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. p. 17-29.

[103] GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. p. 17-29.

[104] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. Tradução de: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 57.

[105] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. p. 58.

nas direcionadas a ele mesmo como “nas que o são a outros seres racionais”, deve ser ele sempre “considerado simultaneamente como fim”.

> Todos os objetos das inclinações têm um valor apenas condicional, pois se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se fundamentam seria sem valor o seu objeto. As próprias inclinações, porém, como fontes das necessidades, tão longe estão de possuir um valor absoluto que as torne desejáveis em si mesmas que, muito pelo contrário, melhor deve ser o desejo universal de todos os seres racionais em libertar-se totalmente delas. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional[106].

Em Kant[107] os seres cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio.

O imperativo de Kant[108] é então: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

Esse princípio da humanidade e de toda a natureza racional em geral como fim em si mesma não é extraído da experiência[109]. Primeiro, pela sua universalidade, pois que se aplica a todos os seres racionais em geral, sobre o que nenhuma experiência tem alcance para determinar seja o que for, segundo porque nele a humanidade se representa não como fim dos homens, isto é, como:

> [...] objeto de que fazemos por nós mesmos efetivamente um fim, mas como fim objetivo, o qual, sejam quais forem os fins que tenhamos em vista, constitui como lei a condição suprema que restringe todos os fins subjetivos, e que, por isso mesmo, só pode derivar da razão pura[110]”.

Deve, com efeito, o princípio de toda a legislação prática residir objetivamente na regra e na forma da universalidade que a capacita a ser uma lei, contudo subjetivamente ele reside no fim, mas o sujeito de todos os fins é todo o ser racional como fim em si mesmo: “disso decorre o terceiro princípio prático da vontade como condição suprema da concordância dessa vontade, com a razão prática universal, quer dizer, a ideia da vontade de todo ser racional concebida como vontade legisladora universal[111]”.

---

[106] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. p. 58.

[107] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. p. 58-59.

[108] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. p. 59.

[109] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. p. 61.

[110] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. p. 61.

[111] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. p. 61-62.

2.2 DIGNIDADE HUMANA EM SARLET

Sarlet[112] adverte que a dignidade não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece; não deixando de considerar, entretanto, que o Direito poderá exercer papel na sua proteção e promoção. A fim de aferir as circunstâncias em que ocorrem ofensas à dignidade humana, Sarlet tem como necessária uma clarificação quanto ao que se entende por dignidade da pessoa, para que se possa constatar, e coibir eventuais violações (por intermédio do Direito). A dignidade é tida como intangível pelo fato de que assim foi decidido, "na medida e no sentido em que se decidiu, o que demonstra como se pode chegar a resultados tão díspares e até mesmo conflitantes entre si, na aplicação concreta da noção de dignidade da pessoa[113]".

Neste contexto, Sarlet[114] refuta a tese de que a dignidade não constitui um conceito juridicamente apropriável (e que não caberia em princípio, aos Juízes ingressar na esfera do conteúdo ético da dignidade, relegando tal tarefa ao debate público que se processa na esfera parlamentar) pondo que para a jurisdição constitucional, quando provocada a intervir na solução de determinado conflito versando sobre as diversas dimensões da dignidade, não existe a possibilidade de recusar a sua manifestação[115], sendo, portanto, compelida a proferir uma decisão, razão pela qual já se percebe que não há como dispensar uma compreensão jurídica da dignidade da pessoa humana, já que desta haverão de ser extraídas consequências jurídicas.

A dignidade independe de circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas[116]. O fato de os seres humanos serem dotados de razão e consciência representa justamente em que consiste sua igualdade[117].

Cumpre igualmente ressaltar o fato de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, "de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade[118]".

---

[112] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 53.

[113] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. p. 53.

[114] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. p. 54.

[115] Veja: SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 216, p. 9-23, 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47351/45365>. Acesso em: 14 jul. 2016.

[116] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. p. 54.

[117] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. p. 55.

[118] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. p. 58; Veja: DEMARCHI, Clovis; FREITAS, Eduardo Silva de. O princípio da dignidade humana e sua relação com o direito à educação. **Revista**

Ademais, para além de uma concepção ontológica da dignidade, como qualidade inerente ao ser humano, importa considerar a visão instrumental, traduzida pela noção de uma igual dignidade de todas as pessoas, fundada na participação ativa de todos na "magistratura moral coletiva", não restrita, portanto, "à ideia de autonomia individual, mas que – pelo contrário – parte de uma contribuição ativa para o reconhecimento e proteção do conjunto de direitos e liberdades indispensáveis ao nosso tempo[119]".

A dignidade da pessoa humana, no âmbito de sua perspectiva intersubjetiva, implica uma obrigação geral de respeito pelo seu valor intrínseco como pessoa, traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao florescimento humano[120].

Percorridas estas premissas pertinentes ao objeto deste estudo, dentre outras, Sarlet[121] tem por dignidade da pessoa humana:

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

3. CONCEPÇÃO DE PARADIGMA JURÍDICO

Atravessa o Direito o que Streck[122] concebe como crise de paradigma de dupla face, a partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo. A primeira é uma crise de modelo, que o autor denomina de crise do paradigma do modelo exegético-normativista e a segunda, que não existe sem a outra, é uma crise do processo de compreensão, que o mesmo denomina de fortemente decisionista e arbitrário, produto de uma "mixagem de vários modelos jusfilosóficos", como as "teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais

---

Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL, Maceió, v. 5, n. 1, p. 44-64, 2014. Semestral. Disponível em: <http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/1494/1153>. Acesso em: 14 jul. 2016.

[119] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. p. 64.

[120] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. p. 65-66.

[121] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. p. 73.

[122] STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis,** Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 343-367, 10 dez. 2013. Quadrimestral. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. DOI: 10.12957/dep.2013.8350. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350/6377>. Acesso em: 08 ago. 2015.

guardam um traço comum: o arraigamento, consciente ou inconsciente, ao esquema sujeito-objeto". "As diversas teorias críticas [...] todas inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito, têm tido um objetivo comum: a superação do positivismo jurídico e das posturas doutrinárias que o sustentam[123]".

Para avançar no objeto em questão, Müller[124] propõe que precisamos de uma teoria pós-positivista do direito.

> Ela concebe o trabalho jurídico como um processo a ser realizado no tempo, e os enunciados nas codificações como textos de normas [...] como pré-formas legislatórias da norma jurídica, que por sua vez está por ser produzida no decurso temporal da decisão. Isso quer dizer que a norma jurídica não existe *ante casum*: o caso da decisão é co-constitutivo. O texto da norma no Código Legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado "concretização". A norma jurídica criada no caso está estruturada segundo "programa da norma" e "âmbito da norma"; ela é, portanto, um conceito composto que torna o problema tradicionalmente irresolvido de "ser e dever ser" operacional e trabalhável[125].

O lugar desses "dualismos" é ocupado por um "*modus operandi* racionalmente recapitulável, inteiramente indutivo: por uma teoria do direito que finalmente se torna realista e não obstante não dissolve a pretensão normativa do direito, não trai a sua função social[126]". Esse novo paradigma é indutivo, partindo dos problemas sem transferência de cima e sem colonização por visões de mundo advindas de fora[127]. "A partir daí ele desenvolve, em contato com essa realidade, gradualmente, esquemas conceituais teóricos[128]".

Este paradigma tem essencialmente, portanto, as seguintes características:

(a) Ele é indutivo à medida em que principia com a dogmática do direito positivo e examina sempre de novo as inferências subsequentes para a metódica, a teoria e a linguística jurídica com base nos seus efeitos para a dogmática[129].

(b) Ele é indutivo com vistas à questão da interdisciplinaridade, o seu conceito composto de norma inclui o trabalho das ciências sociais no trabalho jurídico[130].

---

[123] STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis,** Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 343-367, 10 dez. 2013.

[124] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito:** Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 11.

[125] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito:** Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. p. 11.

[126] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito:** Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. p. 11-12.

[127] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito:** Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. p. 12.

[128] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito:** Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. p. 12.

[129] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito:** Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. p. 12.

[130] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito:** Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. p. 12.

(c) Ele concebe a atividade dos juristas como atividade social, é portanto refletido em termos de teoria da ação, e com vistas ao seu enfoque linguístico ele abrange, por fim, decididamente a dimensão pragmática[131].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização é um conjunto complexo de processos. E estes operam de uma maneira contraditória ou antagônica. Em decorrência disto, uma das consequências de aludido fenômeno é retirar poder ou influência de comunidades locais e nações para transferi-lo para a arena global, o que acarreta para aquelas a perda de parte do poder econômico que antes possuíam.

Esta nova realidade imposta provocou alterações nos mais diversos campos da vida humana, seja na economia, na política, na cultura ou nas relações sociais. Este novo momento traz grandes alterações nas formas de regulação e de governança.

A insuficiência do ordenamento jurídico interno em regular questões que ultrapassam o seu território e como consequência estariam fora da soberania estatal, afetam diretamente a governança e a segurança política e jurídica não apenas local, mas mundial. Como exemplos de tal afirmação pode-se destacar a exploração dos recursos naturais que, ao ser realizadas de forma incontrolada, causa problemas ao ambiente que ultrapassa as fronteiras; o crime organizado e suas organizações espalhadas nos mais diversos cantos do planeta.

A dignidade está incorporada ao ser humano. Desta forma, a dignidade da pessoa humana é o valor-base, é a base de sustentação para qualquer discussão sobre o homem em sociedade, independente da forma de organização política.

A dignidade da pessoa humana sugere a garantia de condições mínimas para uma vida saudável.

A dignidade da pessoa humana impõe limites para as ações de qualquer organismo e qualquer forma de organização política. Sendo assim, em tempos de Globalização, a Dignidade da Pessoa Humana é o paradigma para qualquer ação, é uma cláusula compromissória que deve determinar toda a organização política e econômica no contexto atual. A dignidade da pessoa humana é basilar para a organização da Sociedade, neste mundo Globalizado.

[131] MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito:** Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. p. 12.

As diversas teorias críticas, todas inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito, têm tido um objetivo comum: a superação do positivismo jurídico e das posturas doutrinárias que o sustentam.

Dada a realidade exposta com a apresentação dos efeitos da Globalização na sociedade e no Direito, a solução para este cenário, no âmbito da concepção de paradigma jurídico é a adoção de uma teoria do direito com vistas ao seu enfoque linguístico que abranja a dimensão pragmática, que seja indutiva com vistas à questão da interdisciplinaridade - com seu conceito composto de norma incluindo o trabalho das ciências sociais no trabalho jurídico e sem transferência de cima e colonização por visões de mundo advindas de fora, embasada na ideia de dignidade da pessoa como seu principal referencial teórico, o qual deve permanentemente buscar satisfazer.

Desta forma, a Dignidade Humana, uma ideia basicamente teológica e filosófica antes de pertencer ao âmbito do direito positivo, pode ser considerada o paradigma jurídico universal que plasmaria o Direito no contexto de Globalização.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. Tradução de: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Hazar, 1999.

DEMARCHI, Clovis; FREITAS, Eduardo Silva de. O princípio da dignidade humana e sua relação com o direito à educação. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL,** Maceió, v. 5, n. 1, p. 44-64, 2014. Semestral. Disponível em: <http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/1494/1153>. Acesso em: 14 jul. 2016.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de: Maria Luiza X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. Tradução de: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito:** Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 216, p. 9-23, 1999. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47351/45365>. Acesso em: 14 jul. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis,** Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 343-367, 10 dez. 2013. Quadrimestral. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. DOI: 10.12957/dep.2013.8350. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350/6377>. Acesso em: 08 ago. 2015.

A JUDICIALIZAÇÃO COMO FORMA DE GARANTIR O DIREITO À EDUCAÇÃO[1]

Eduardo Silva de Freitas[2]

Clovis Demarchi[3]

INTRODUÇÃO

A educação consiste em um processo contínuo de aprimoramento do ser humano. Ela é essencial ao desenvolvimento integral do cidadão, bem como ao alcance da dignidade da pessoa humana. Na acepção de ensino formal, tem-se que a educação se refere a uma relação de ensino-aprendizagem perpetrada em instituições educacionais[4].

Consigna-se que o direito à educação é um direito fundamental social de aplicação imediata, isto é, assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que para sua efetivação requer prestações positivas por parte do Poder Público, o qual não pode se omitir de tais prestações, haja vista ser um direito público subjetivo de fruição imediata[5].

Como não se pode ficar de rodeios com relação ao tema, há necessidade de fazer um determinado enquadramento, por isso se adota a ideia de Silva[6], que afirma serem os direitos fundamentais os conferidos aos integrantes de determinada Sociedade, instituídos e garantidos por eficácia normativa em uma ordem jurídica concreta. Sendo mais específico ainda como anota Canotilho[7]: são os direitos do homem positivados por meio de sua incorporação à Constituição de um determinado país, portanto, limitados espacial e temporalmente.

---

[1] Artigo apresentado como requisito final do Programa de Bolsas de iniciação Científica – ProBIC/UNIVALI, realizado no período de agosto de 2014 a julho de 2015, pelo Acadêmico Eduardo Silva de Freitas sob a orientação do professor Dr. Clovis Demarchi.

[2] Aluno do Curso de Direito da UNIVALI, Itajaí. Membro do Grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas. Bolsista do Programa de Bolsas de Iniciação Científica PIBIC-CNPq. Endereço eletrônico: edusfreitaslol@hotmail.com

[3] Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Líder do grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas e membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Endereço eletrônico: demarchi@univali.br.

[4] DEMARCHI, Clovis**. Direito e Educação**: a regulação da educação superior no contexto transnacional. São Paulo: Paco Editorial, 2014. p. 112; Veja também: DEMARCHI, Clovis; FREITAS, Eduardo Silva de. O princípio da dignidade humana e sua relação com o direito à educação. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL,** Maceió, v. 5, n. 1, p. 44-64, 2014. Disponível em: <http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/1494/1153>. Acesso em: 27 nov. 2016.

[5] MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 785-787.

[6] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 182-184

[7] CANOTILHO, J. J. Gomes**. Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

Desta forma entende-se que direitos fundamentais são um conjunto de atributos que garantem e realizam os ideais que se busca em determinado Estado, por isso é que estão positivados em uma Constituição. O direito à Educação se enquadra neste rol com sua previsão constitucional no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, entre os direitos sociais.

Como problema de pesquisa tem-se o questionamento: a Judicialização é um meio necessário e constitucional para garantir a efetivação do Direito à Educação haja vista que se encontra no rol de Direitos Sociais?

O objetivo geral consiste em demonstrar se há a necessidade e a constitucionalidade da Judicialização da educação como forma de garantir a sua efetivação.

A realização da pesquisa passou por quatro momentos, inicialmente foi tratado sobre a Judicialização e sua importância na concretização de direitos. Em seguida fez-se uma incursão sobre os Direitos fundamentais e suas dimensões, a fim de caracterizar em qual destas se situa o Direito à educação. Posteriormente tratou-se da competência e responsabilidade dos entes federativos no que toca a efetivação do direito à educação, para finalmente analisar a necessidade e constitucionalidade da Judicialização no caso específico da questão que envolve o Direito à Educação. Quanto à Metodologia[8], o relato dos resultados foi composto na base lógica Indutiva. A pesquisa foi bibliográfica e documental.

1. A JUDICIALIZAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

1.1 PARADIGMA DAS CONSTITUIÇÕES CONTEMPORÂNEAS

O constitucionalismo moderno apresenta uma ideia de Direito liberal, de liberdade política e de limitação de poder.

Conforme aduz o art. 16º da Declaração de 1789 *in verbis*: "Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

A Constituição então representa a garantia e a direção da garantia. Nesse contexto, o constitucionalismo visa à proteção dos indivíduos, sendo a Constituição um meio para este fim. O Estado constitucional confia à Constituição o prosseguir e a salvaguarda dos direitos dos cidadãos,

[8] Adotou-se as orientações de metodologia de pesquisa de PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

depositando suas expectativas na observância dos preceitos constitucionais, por serem estes a primeira garantia desses direitos[9].

No século XX, o fenômeno Constitucional se generalizou, universalizou e perdeu sua referência necessária a um conteúdo liberal, não são mais as liberdades individuais e a separação dos poderes o seu conteúdo principal, a esses se somam direitos sociais, econômicos e culturais. Ou, em outros casos, se acolhem diferentes sentidos de pessoa humana e povo, e diferentes tarefas do poder político, como o Estado marxista-leninista, o fascista e fascizante e o de fundamentalismo islâmico. Contudo, permanece o modelo de descrição e atribuição de funções a cada um dos poderes do Estado, garantindo a representação do povo na atividade política por meio da Constituição[10].

1.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Miranda[11] comenta as posições de alguns autores portugueses e brasileiros quanto à teoria da Constituição e ao fim expõe e explica sua visão. Para o presente trabalho cabe destacar os comentários tecidos às posições de Canotilho e Streck.

Ao explicar a visão de Canotilho, Miranda[12] aponta que este se aprofunda na questão da efetividade da Constituição dirigente ao serviço da ampliação dos deveres do Estado e da incorporação de fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica.

Da posição de Canotilho, Miranda[13] destaca as seguintes assertivas:

(a) A vinculação jurídico-constitucional dos atos de direção política é uma vinculação material que exige um fundamento constitucional para esses mesmos atos e a Constituição é um projeto material vinculativo, cuja concretização compete aos órgãos constitucionalmente mandatados para efetivá-lo.

(b) Direção político-constitucional é diferente de direção política de governo.

[9] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 162-166.

[10] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 162-166.

[11] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** p. 198-207

[12] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** p. 198-207

[13] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** p. 198-207

(c) A Constituição condiciona a atividade de direção política, cabendo a esta um papel criativo na seleção e especificação dos fins constitucionais e na escolha dos mecanismos adequados para sua realização.

(d) Em sendo assim, trata-se de evitar a substituição da normatividade constitucional pela economicização da política e a minimização da vinculação jurídica dos fins políticos.

Na sequência, Miranda[14] aponta que Streck adapta a visão de Canotilho aos países de "modernidade tardia", em busca da efetivação dos direitos sociais fundamentais, compreendendo a Constituição como um ente fundante que carrega o status de matriz privilegiada de sentido do ordenamento, unindo o político e o jurídico, sendo aonde se fundamenta o sentido jurídico. Porém, a Constituição é um paradoxo, sendo que é necessário um ponto de partida, mas esta pretensão é frustrada uma vez que o começo se dá sempre de novo e de várias formas na antecipação de sentido, a partir do modo prático de ser-no-mundo do intérprete. Dessa forma, esse sentido fundante parte de uma manifestação prévia, no qual já existe um processo de compreensão, não se podendo então, conceber a Constituição como uma categoria ou hipótese através da qual se possa fazer deduções.

Na visão de Streck, não há sentido em se falar na compreensão prévia sem tratar do sentido mesmo da Constituição, no nível do cotidiano e da interação social. Devendo daí ser entendida a Constituição como um existencial, no plano ontológico-existencial, manifestação da própria condição existencial do ser humano, sempre a ela se remetendo[15].

O texto constitucional, no paradigma antecedente à noção de Constituição programático-dirigente, era entendido como uma terceira coisa posicionada entre o sujeito e o objeto. A linguagem constituinte da ambição de mudança, da emancipação da sociedade, do retorno das metas da modernidade, recusadas a países periféricos como o Brasil, passa a ser condição de possibilidade dessa mudança, sendo que na tradição gerada pela noção de Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo já não é mais de caráter liberal e sim um produto de um constructo que estabelece, em um novo-modo-de-ser instituído pelo pacto constituinte, os limites do mundo jurídico-social[16].

[14] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** p. 198-207

[15] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** p. 198-207

[16] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** p. 198-207

A título de conclusão, Miranda[17] define Constituição como estatuto da comunidade e do poder político e elemento básico de legitimação e integração; conjunto de normas materiais; quadro institucional da vida do Estado e dentro do Estado; expressão dos valores básicos tanto na vertente subjetiva dos direitos fundamentais como na vertente objetiva das estruturas políticas e sociais; Constituição aberta para uma sociedade aberta e com um poder aberto; Constituição aberta ao pluralismo das ideias, aos conflitos de interesses e à mutação de valores, permanecendo, entretanto, a dignidade da pessoa humana como elemento essencial; conjunto de princípios e regras; conjunto de normas de aplicabilidade imediata, quer por via direta, quer por via sistemática.

Evoca o autor o fato de que o conceito de Constituição se modificou há um século, tornando-se mais flexível afim de incluir conteúdos políticos, econômicos e sociais divergentes e se projetar em tipos constitucionais caracterizados, não podendo ser insuscetível de apreciação pelo jurista[18].

Por último, acrescenta que mesmo diante dessas modificações, permanecem vigentes elementos do constitucionalismo liberal. As novas Constituições somente garantem integralmente os direitos individuais e institucionais e modelam sem rupturas o futuro comunitário caso esteja presente o máximo rigor possível nos preceitos relacionados a direitos e liberdades fundamentais, cabendo ao legislador e ao aplicador apenas interpretá-los e os regulamentar; haja abertura, nos limites da sua força normativa, da sua função integradora e includente, dos preceitos referentes à vida econômica, social e cultural, sujeitos aos sucessivos modos de concretização ensejados pelas manifestações de vontade política constitucionalmente organizada; sejam criados mecanismos jurídicos e políticos, procedimentais e processuais, de garantia das normas constitucionais[19].

1.3 ATIVIDADE PÚBLICO-CONSTITUCIONAL E FISCALIZAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Entre as funções do Estado situam-se as funções administrativa e jurisdicional.

A função administrativa promove a efetivação dos interesses públicos condizentes com as necessidades coletivas prescritas pela lei e na função jurisdicional define-se o Direito em concreto, perante situações do cotidiano, e em abstrato, na apreciação da constitucionalidade e da legalidade de atos jurídicos, donde o interesse público alicerça os atos da função administrativa e o cumprimento das normas jurídicas fundamenta os atos da função jurisdicional. Assim, a

[17] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** p. 198-207

[18] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** p. 198-207

[19] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** p. 198-207

administração assume uma postura volitiva e prospectiva, e a jurisdição uma postura intelectiva e retrospectiva[20].

Ainda em Miranda[21], se apresenta a problemática da hierarquia entre inconstitucionalidade e ilegalidade formal e material e é apontado que a questão reside no modo de interpretar a estrutura da ordem jurídica e em atribuir a cada ato um fundamento material ou formal e que, tendo de escolher, a precedência lógica e ontológica tem de pertencer aos elementos substanciais.

"A garantia tem de estar fora da norma, porquanto ela é de alguma norma, não a própria norma garantida", diz o escritor, a garantia consiste em faculdades de fazer ou de exigir, é um mecanismo a serviço da norma. Qualquer meio de garantia, político ou jurisdicional, não tem realidade senão enquanto prevista numa norma jurídica. A garantia da constitucionalidade deve cotejar com o comportamento de órgãos do poder político ou, de forma mediata, com cada relação ou situação da vida subordinada à Constituição, isso significa que nesta relação ou situação prevalece o dispositivo constitucional que sobre ela incide. Considerando, devidamente, o papel dos cidadãos, a efetividade deste processo requer órgãos que ultimem a função garantista e "o Estado Constitucional será tanto mais Estado de Direito quanto mais forte e aperfeiçoada vier a ser ação duns órgãos relativamente a outros" [22].

A fiscalização trata-se de uma forma institucional de se exercer a garantia, o conceito de fiscalização surge no Direito constitucional se aproximando e se afastando, simultaneamente, do conceito de garantia. Garantia não se resume em fiscalização, e a fiscalização não serve exclusivamente à garantia. Pode existir tanto a fiscalização a serviço da garantia (fiscalização da constitucionalidade) como independente desta, a fim de fiscalizar um órgão sobre o outro. A fiscalização de constitucionalidade incide sobre atos, omissões, comportamentos e atividades do poder público[23].

1.4 INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Para Tribe[24], Direito constitucional não consiste apenas nas disposições estabelecidas na Constituição, mas também no grande número de pareceres que o Tribunal Superior sustenta e no

[20] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** p. 364-365.
[21] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** p. 451-452.
[22] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** p. 463-466.
[23] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** p. 463-466.
[24] TRIBE, Laurence Henry. **American Constitutional Law.** 3 ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 77-82.

modo como interpreta essas disposições. Esses pareceres são de certa forma, um segundo conjunto de textos constitucionais e são notáveis, em casos famosos, por suas mudanças de sentido, a exemplo do que acontece nos Estados Unidos da América.

Um texto constitucional que o Tribunal enunciou e aplicou em um determinado contexto tempos atrás, pode posteriormente ser interpretado de forma diferente. “Correções” desse tipo não servem para revisar a disposição constitucional subjacente ou a estrutura em si mesma, elas procuram preservar o significado básico da Constituição, melhorando a interpretação de seus dispositivos. Não são apenas as falhas nas fórmulas judiciais que motivam tais mudanças, os processos sociais - em quaisquer de suas dimensões - são capazes de ensinar lições que vêm a ensejar a leitura do mesmo texto sob uma nova perspectiva. Estas lições levam à conclusão de que a nova leitura - a necessária para que se seja fiel ao significado da Constituição - deveria ter sido feita desde o princípio, e que a antiga estava incorreta quando apresentada, ao passo que a nova agora é necessária em face das novas circunstâncias. Outras vezes, conclui-se que a leitura anterior era perfeitamente apropriada em seu tempo, mas dado os novos acontecimentos teve de ser considerada ultrapassada. E ainda, em outras ocasiões, uma interpretação nova reflete uma mistura de ambos - a confissão de um erro no passado e o reconhecimento de uma situação diferente[25].

A cláusula de igual proteção[26] (seção 1 da décima quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos), por exemplo, como todas as outras disposições constitucionais, é concebida - e não tem como ser de outra forma - a partir do campo de experiência de seus intérpretes, o que o autor de um texto quis dizer não pode ser igualado com o que aquele autor teria previsto que os outros poderiam comentar a respeito do que ele disse, o significado da cláusula de igual proteção não pode ser confundido com as projeções ou expectativas concretas de seus autores ou de seus ratificadores - afinal, todos eles são seus intérpretes originais, a concebendo devidamente dentro de suas próprias experiências e expectativas. A vida que a nação conduz sob o manto da Constituição a altera gradual e continuamente, e muda a percepção do povo sobre ela. Existem, entretanto, limites para este processo aberto e dinâmico, fundados na concepção do caso Marbury vs. Madison de que Constituição é lei - “é enfaticamente de competência e dever do Poder Judiciário dizer o que é a lei” [27].

[25] TRIBE, Laurence Henry. **American Constitutional Law**. p. 77-82.

[26] Dispõe a cláusula de igual proteção: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

[27] TRIBE, Laurence Henry. **American Constitutional Law**. p. 77-82.

A ideia de “Constituição como lei rígida, lei escrito em letras maiúsculas (LEI), lei no sentido de lei fidedigna” passou a impressão de ser “de longe o ideal mais importante de Constituição”. Assim, se a Constituição predomina porque é uma lei, sua interpretação deve “ser constrangida pelos valores da *rule of law*, o que significa que os tribunais devem interpretá-la através de um processo de raciocínio que seja replicável, que se mantenha relativamente estável e que seja aplicado consistentemente[28].

Canotilho[29], ao tratar das bases da compreensão dogmática do direito constitucional, parte da ideia de que o sistema jurídico do Estado de direito democrático é um sistema normativo aberto de regras e princípios, sendo jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; de regras e princípios, porque as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.

O autor menciona que, na teoria da metodologia jurídica tradicional, se fazia a distinção entre normas e princípios e sugere sua substituição pela ideia de que regras e princípios são duas espécies de normas e a distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas[30].

Restando, desta forma, as seguintes questões fundamentais: a função dos princípios, se estes têm uma função retórica ou argumentativa ou são normas de conduta; se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma família e havendo apenas uma diferença do grau, ou se, pelo contrário, os princípios e regras são suscetíveis de uma diferenciação qualitativa[31].

Para o presente trabalho, cumpre destacar apenas a questão relativa à função dos princípios.

Prossegue que princípios são multifuncionais, podendo desempenhar uma função argumentativa ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo[32].

---

[28] TRIBE, Laurence Henry. **American Constitutional Law.** p. 77-82; Rule of Law neste ponto entendido como a maioria dos doutrinadores sendo o ideal em que pessoas em posição de autoridade devem exercer seu poder dentro de um quadro restritivo de normas públicas, em vez de exercê-lo com base em suas próprias preferências, sua própria ideologia, ou seu próprio senso individual de certo e errado.

[29] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 165-170.

[30] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. p. 165-170.

[31] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. p. 165-170.

[32] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. p. 165-170.

Isto posto, a Constituição deve ser interpretada a partir da ideia de que é uma Lei rígida e fidedigna, que institui um Estado democrático de Direito portador de um sistema jurídico que consiste em um sistema normativo aberto de regras e princípios e que dirige a produção normativa.

2. DA IDEIA DE JUDICIALIZAÇÃO

Segundo Streck[33] a Constituição brasileira de 1988 adotou o presidencialismo como forma de governo e um sistema político pluralista, admitindo a coexistência de vários partidos. Neste contexto, o governo encontra dificuldades constantes para constituir uma maioria parlamentar no Congresso Nacional, o que contribui para gerar uma instabilidade política no país e o que vem a se denominar "presidencialismo de coalizão", termo que define a relação interinstitucional entre os poderes Executivo e Legislativo. Destarte, se forma um cenário político em que o Presidente é eleito por maioria absoluta em sufrágio universal e o Parlamento, detentor da "vontade geral", para apoiar o governo, negocia para formar a maioria e, ainda assim, há tensões constantes. Tensionamento este que acaba indo para o Judiciário, via de regra para o Supremo Tribunal Federal (STF), haja vista que "como a Presidência da República tem de atender aos pleitos dos partidos, o STF, durante esses mais de vinte anos, acabou por engendrar uma espécie de 'julgamentos políticos'"[34]. Ou seja, quanto mais tensões, mais demandas para o STF, o que o fortalece.

Assim, o mau funcionamento dos poderes Executivo e Legislativo deságua no Poder Judiciário, acentuando seu protagonismo no cenário político atual. Da mesma forma, a exemplo do que acontece nas reivindicações de prestação de saúde via Judicialização, o STF ingressa em um terreno de atendimento a demandas provenientes da falta de resolução dos problemas das liberdades públicas no plano dos demais tribunais do país. Eles falham e as demandas acabam indo para o STF[35].

Importante, portanto, ressaltar que a Judicialização é muito significativa no plano do controle difuso de constitucionalidade, anotando-se que, ainda a exemplo da Judicialização do direito à saúde, em São Paulo, a Secretaria Estadual de Saúde gastou R$515 milhões em medicamentos por

[33] STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 44, jun. 2014. p. 83-93. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=281&sid=26>. Acesso em: 7 ago. 2015.

[34] STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 44, jun. 2014. p. 83-93.

[35] STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 44, jun. 2014. p. 83-93.

conta de condenações judiciais em 2011, em torno de R$90 milhões a mais do que o previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos[36].

Com base nestas premissas, Streck[37] conclui que a Judicialização "decorre de (in)competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaço para demandas das mais variadas junto ao Judiciário".

2.1 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Diferentemente da Judicialização, o ativismo judicial é behaviorista, dependendo da visão individual de cada julgador[38].

O ativismo judicial exsurge no momento em que o juiz decide fora dos limites estabelecidos pela Constituição, agindo de forma discricionária. No Brasil, o ativismo judicial se caracteriza pela discussão sobre a implementação de direitos fundamentais e pelo pronunciamento quanto a questões políticas e sociais, nos quais, por vezes, se ultrapassa os limites da atividade jurisdicional[39].

Quando o juiz decide excedendo os limites da atividade jurisdicional, este não se baseia em argumentos de direito, mas em suas convicções pessoais, em sua consciência, e tal comportamento demonstra pragmatismo, que não se concilia com o Estado Democrático de Direito, com a ideia de Constituição dirigente, com o aumento da dimensão hermenêutica do direito, e com a necessária mudança da postura metodológica, para pós-positivista, no tocante a fundamentação das decisões judiciais[40].

3. EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

[36] STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 44, jun. 2014. p. 83-93.

[37] STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 44, jun. 2014. p. 83-93.

[38] STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 44, jun. 2014. p. 83-93.

[39] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; et al. A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba-PR, 2012. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Brasil: Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst, 2012. p. 297-299. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2015.

[40] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; et al. A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba-PR, 2012. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Brasil: Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst, 2012. p. 297-299.

3.1 ENQUADRAMENTO DA EDUCAÇÃO NAS DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Silva[41], a classificação dos direitos fundamentais que decorre do Direito Constitucional brasileiro é aquela que agrupa com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela.

Ao criterizar os direitos fundamentais de acordo com seu conteúdo, o autor apregoa a seguinte classificação: (a) direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; (b) direitos fundamentais do homem-nacional, que são os que têm por conteúdo e objeto a definição da nacionalidade e suas faculdades; (c) direitos fundamentais do homem-cidadão, que são os direitos políticos; (d) direitos fundamentais do homem-social, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (art. 6º: saúde, educação, seguridade social, etc.); (e) direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade, que a CF adotou como direitos-coletivos; (f) uma nova classe que se forma é a dos direitos fundamentas ditos de terceira geração, direitos fundamentais do homem-solidário.

A educação então se enquadra no agrupamento dos direitos fundamentais do homem-social.

3.2 COMPETÊNCIA E RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS

A Constituição distribui as matérias relativas à educação entre as entidades federativas e que passam a compor seu campo de atuação governamental, sua área de competência.

À União compete, no setor social, estabelecer, por lei, o plano nacional de educação e concorrentemente com os Estados, Distrito Federal e Municípios, proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência.

A competência legislativa sobre educação é concorrente à União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sendo, porém, privativo à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional.

O dever estatal com a educação implica a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, cada qual com seu sistema de ensino, em regime de colaboração mútua e recíproca[42].

[41] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 182-184

[42] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 841-844.

4. CONCEITO DE DIREITO À EDUCAÇÃO

Para Sifuentes[43], à fórmula "direito à educação" podem-se vincular muitas ideias, como a pretensão do indivíduo ou das coletividades, perante um Estado social e interventor, bem como às ideias políticas de reforma da sociedade, por meio da educação da população jovem.

A autora examina o direito de acesso ao ensino fundamental em dois aspectos: material e instrumental.

> a) material: como o direito a uma educação e formação adequadas, dirigidas ao desenvolvimento da personalidade e ao cumprimento das tarefas sociais, assim como à realização de uma efetiva igualdade de todos os cidadãos;
> b) instrumental: como a legitimação do cidadão em face do Estado para exigir uma prestação positiva em matéria educativa.

A partir destas premissas, a autora define que o objeto desse direito é a "recepção da educação".

Pode se encontrar ainda na própria Constituição Federal, a caracterização do direito à educação como direito público subjetivo, conforme aduz o art. 208, § 1º *in verbis*: "O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo" e afirmar ainda que o seu não-oferecimento pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente (art. 208, inc. I, parágrafos 1º e 2º, CF/88), logo, o legislador constituinte, ao atribuir ao direito ao ensino fundamental a característica de público subjetivo, além de atribuir expressamente responsabilidade à autoridade que não o fornecer, deu-lhe maior relevo que todos os outros direitos sociais[44].

5 NECESSIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO

Em sede de Ação Civil Pública impetrada pelo Ministério Público de Santa Catarina em face do Município de Biguaçu/SC, foi deferido o pleito que exigia a implementação de 500 vagas pré-escolares, bem como a manutenção dos respectivos estabelecimentos que as receberiam.

Sentenciado, referido pleito foi objeto de Apelação Cível e, portanto, remetido ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina para novo julgamento.

---

[43] SIFUENTES, Mônica. **Direito fundamental à educação**: a aplicabilidade dos dispositivos Constitucionais. 2 ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 45-48.

[44] SIFUENTES, Mônica. **Direito fundamental à educação**: a aplicabilidade dos dispositivos Constitucionais. p. 45-48.

Em seu voto, o então Desembargador Relator Ricardo Roesler[45] assim discorreu:

> [...] É fácil notar que, cada vez mais, há a *necessidade* de intervenção judicial para a solução de políticas públicas. Daí tanto se questionar, de um lado, o que se procura ordinariamente tarifar como certo ativismo judiciário indevido, e de outro a eventual limitação do Poder Público de fazer frente àquelas exigências por vezes mais elementares. Tenho que o poder judiciário está legitimado para controlar, determinar e formular as atividades desenvolvidas pelo Estado. O princípio da separação dos poderes, corretamente interpretado no Estado Democrático de Direito (que incide sobre a realidade social, para modificá-la), significa que o Estado, único, atribui constitucionalmente o exercício de suas funções a determinados órgãos, que as exercem primariamente, sem interferência dos outros em suas atividades; mas, sobre essas atividades, paira o controle dos atos dos demais "poderes" pelo Judiciário. Por outro lado, admite-se hoje até mesmo o eventual controle do Judiciário sobre o mérito do ato administrativo. Não há mais atos discricionários que escapem à fiscalização. E quais são essas circunstâncias- Em tema de políticas públicas, o Poder Judiciário pode interferir para implementá-la, na omissão do poder público, ou para corrigi-las, se não se adequarem aos objetivos constitucionais. [...]

Daí percebe-se, a partir deste exemplo, a necessidade da Judicialização da educação, face a omissão do poder público.

Em ocasião mais recente, também o Superior Tribunal de Justiça[46] decidiu de forma similar, tecendo a seguinte afirmação na ementa que se elaborou do respectivo julgamento:

> O direito à educação, responsabilidade do Estado e da família (art. 205 da Constituição Federal), é garantia de natureza universal e de resultado, orientada ao "pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade" (art. 13, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto 591, de 7 de julho de 1992), daí não poder sofrer limitação no plano do exercício, nem da implementação administrativa ou judicial. Ao juiz, mais do que a ninguém, compete zelar pela plena eficácia do direito à educação, sendo incompatível com essa sua essencial, nobre, indeclinável missão interpretar de maneira restritiva as normas que o asseguram nacional e internacionalmente.

Por fim, no que tange à constitucionalidade da Judicialização da Educação, assinala-se que Barroso[47], ao tratar da capacidade institucional do judiciário e seus limites aponta duais ideias: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos.

---

[45] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AC: 2012.080501-2, Relator: Des. Ricardo Roesler, Data de Julgamento: 27/11/2014, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/12/2014 (sem grifo no original). Disponível em: http://pt.slideshare.net/Ministerio_Publico_Santa_Catarina/apelao-cvel-20120805012. Acesso: 3 out. 2015.

[46] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp: 1573481/PE, Relator: Min. Herman Benjamin, Data de Julgamento: 24/04/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: 27/05/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503121956&dt_publicacao=27/05/2016. Acesso: 22 fev. 2017.

[47] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn) thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, jun. 2012. p. 23-32. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso: 3 out. 2015.

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Por exemplo, o judiciário pode não ser a fonte mais adequada da solução de lides envolvendo aspectos técnicos ou científicos complexos, por falta de informação ou conhecimento específico. Porém, de acordo com o autor, "formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo". Sem embargos, segue mencionando que em situações como as exemplificadas, deveriam estes magistrados respeitar os pronunciamentos dos outros dois poderes[48].

A segunda ideia, por sua vez, impõe cautela e deferência por parte do Judiciário em relação à possibilidade efeitos sistêmicos imprevisíveis, uma vez que:

> O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas[49].

O autor acrescenta que, concorrente às necessárias intervenções meritórias, estaria havendo uma "profusão de decisões extravagantes ou emocionais [...], que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas [...], desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos" [50].

Deduz destas premissas então que, mesmo podendo, nem sempre o Judiciário deve intervir. "Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui" [51].

Sendo assim, denota-se que, frente à necessidade de intervenção judicial em matéria de prestação educacional, o Poder Judiciário é limitado legal e materialmente quanto à reponsabilidade pelos efeitos de seu pronunciamento, devendo, portanto se ater à sua capacidade institucional como poder habilitado, ou não, a decidir sobre a questão posta, a fim de dar a resposta adequada diante a discussão.

---

[48] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn) thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, jun. 2012. p. 23-32.

[49] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn) thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, jun. 2012. p. 23-32.

[50] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn) thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, jun. 2012. p. 23-32.

[51] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn) thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, jun. 2012. p. 23-32.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário brasileiro, pós-constituição de 1988 passou a concretizar os princípios e direitos fundamentais consagrados pelo estado democrático estabelecido a partir de então.

Esta nova postura é resultado do processo democrático que se estabeleceu no Brasil conferindo outras atribuições que em outros tempos não seriam imaginados, onde revisões e decisões judiciais interferiram no contexto dos demais poderes constituídos, estabelecendo a ideia de Judicialização. Seria então um aumento da extensão de atuação do Poder Judiciário objetivando a efetivação dos direitos fundamentais.

A Judicialização é sem dúvida um fenômeno eminentemente político, e também contingencial que decorre da necessidade de se fazer cumprir pelos poderes constituídos os direitos fundamentais bem como das diversas normas presentes no ordenamento jurídico.

Desta forma, cada vez mais demandas e consequentemente, aumento de litígios com a esperança de que o Poder Judiciário decida pelo cumprimento de direitos que deveriam ser exigidas pela organização ou participação popular. Sendo assim, mais fácil ingressar judicialmente e aguardar uma decisão do que organizar a Sociedade para exigir que os poderes competentes façam a sua parte. Passa-se a imaginar que o Poder Judiciário é o local adequado e legítimo para concretizar as questões que, de fato, deveriam ser discutidas e tratadas pelo legislativo e executivo.

O direito à educação, direito fundamental social de aplicação imediata, que se constitui como um direito subjetivo de todos os cidadãos, encontra-se explicitamente delineado na Constituição, estando o Estado incumbido como principal responsável para essa efetivação, nos termos do §2º do artigo 208 da referida lei.

O Judiciário é uma via cada vez mais acessível à população para demanda de proteção e garantia do direito à educação.

O Brasil é regido por uma Ordem Constitucional de caráter programático-dirigente que vincula materialmente as instâncias políticas e jurídicas. Nesse contexto constitucional-legal encontram-se positivados direitos fundamentais de caráter social, dentre os quais o direito à educação, o que torna o cidadão legitimado para exigi-lo frente ao Estado. Tendo em vista a questão do presidencialismo de coalizão e a consequente inércia dos poderes executivo e legislativo que daí decorre, as demandas que versam sobre liberdades públicas desaguam no judiciário, o que acentua seu protagonismo no cenário político contemporâneo, situação que, por sua vez, impõe que seja

necessária a concretização de direitos fundamentais sociais, categoria na qual se encontra o direito à educação, por via judicial.

Isto posto, e retornando ao problema da pesquisa, entende-se que a Judicialização é um meio necessário e constitucional para garantir a efetivação do Direito à Educação frente a inércia, principalmente do poder executivo que não concretiza o que lhe compete em termos constitucionais.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn) thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, jun. 2012. p. 23-32. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso: 3 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp: 1573481/PE, Relator: Min. Herman Benjamin, Data de Julgamento: 24/04/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: 27/05/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503121956&dt_publicacao=27/05/2016. Acesso: 22 fev. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes**. Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1995.

DEMARCHI, Clovis**. Direito e Educação**: a regulação da educação superior no contexto transnacional. São Paulo: Paco Editorial, 2014.

DEMARCHI, Clovis; FREITAS, Eduardo Silva de. O princípio da dignidade humana e sua relação com o direito à educação. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL,** Maceió, v. 5, n. 1, p. 44-64, 2014. Disponível em: <http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/1494/1153>. Acesso em: 27 nov. 2016.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; et al. A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba-PR, 2012. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Brasil: Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst, 2012. p. 297-299. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AC: 2012.080501-2, Relator: Des. Ricardo Roesler, Data de Julgamento: 27/11/2014, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/12/2014 (sem grifo

no original). Disponível em: http://pt.slideshare.net/Ministerio_Publico_Santa_Catarina/apelao-cvel-20120805012. Acesso: 3 out. 2015.

SIFUENTES, Mônica. **Direito fundamental à educação**: a aplicabilidade dos dispositivos Constitucionais. 2 ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 44, jun. 2014. p. 83-93. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=281&sid=26>. Acesso em: 7 ago. 2015.

TRIBE, Laurence Henry. **American Constitutional Law.** 3 ed. New York: Foundation Press, 2000.

EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: A EXPERIÊNCIA NA REDE BÁSICA MUNICIPAL DE ENSINO DE PALHOÇA (SC) E SEU POTENCIAL TRANSFORMADOR

Rodrigo Mioto dos Santos[1]

Roberto Wöhlke[2]

Denis Paulo Ferrari[3]

Guilherme Reis[4]

INTRODUÇÃO

O projeto Educação em Direitos Humanos surge no ano de 2015 como uma parceria entre o OSIDH e a Secretaria de Ensino do Município de Palhoça com vistas a suprir um *déficit* bastante presente na Educação Básica nacional: a ausência de elementos curriculares e práticas pedagógicas e de vivência pautados nos Direitos Humanos. E uma das principais causas para este quadro é a deficiência da política de formação de professores com base nesta perspectiva.

Para enfrentar esse problema, há dois importantes nós intimamente relacionados a serem resolvidos: (a) a formação dos profissionais da educação e (b) a, consequente melhoria da qualidade do processo pedagógico, pensado não como a aprendizagem das ciências e outros conteúdos tradicionais, mas como processo de formação do indivíduo para uma cultura democrática e cidadã. A fragilidade das políticas de formação de professores, sobretudo na ótica dos direitos humanos, tem alimentado a dificuldade de construção de iniciativas pedagógicas que garantam uma boa aprendizagem.

Com o propósito de contribuir nessa perspectiva de educação transformadora, o Projeto Educação para os Direitos Humanos desenvolve um processo de formação na temática dos Direitos Humanos que possa proporcionar um debate acerca de possibilidades da inserção da temática

[1] Mestre em Direito pela UFSC. Coordenador do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direitos Humanos na Univali. São José (SC). E-mail: rms@univali.br

[2] Mestre em Sociologia Política pela UFSC. Coordenador do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Professor de Filosofia e Ciência Política na Univali. Florianópolis (SC). E-mail: wohlke@univali.br

[3] Acadêmico da 8ª fase do Curso de Direito da Univali Campus Kobrasol. Palhoça (SC) E-mail: ferrari.infoeduca@gmail.com

[4] Acadêmico da 7ª fase do Curso de Direito da Univali Campus Kobrasol. Florianópolis (SC) E-mail: guilhermereis@outlook.com

diretamente na prática pedagógica, possibilitando o desenvolvimento de propostas metodológicas interdisciplinares dentro do contexto escolar a partir da realidade na qual a escola está inserida contribuindo para que a educação se constitua como um meio para transformação social.

Apesar de estar presente como um dos temas transversais estabelecidos pelos parâmetros curriculares do Ministério da Educação, a temática dos Direitos Humanos ainda é um tema pouco explorado pelos educadores de modo geral. A insuficiente incorporação nos conteúdos da educação básica incide na falta de políticas de formação dos professores na área.

O Projeto "Educação em Direitos Humanos" foi oficialmente lançado no ano de 2015 como projeto de extensão do Curso de Direito da Univali Campus Kobrasol São José no contexto de um programa de extensão que se desenvolve no âmbito do Centro de Ciências Sociais e Jurídicas (CEJURPS) da Universidade e que conta com o gerenciamento do NUPEX (Núcleo de Pesquisa e Extensão).[5]

No ano de 2015 o projeto foi desenvolvido em versão piloto em 5 (cinco) escolas da rede municipal de ensino básico do Município de Palhoça (SC), representativas de diferentes realidades sociais.

Em sua primeira versão, o projeto pretendeu fomentar o desenvolvimento de ações transversais de transformação da sociedade, através da capacitação dos professores – em matéria de Direitos Humanos – para posterior repercussão em suas práticas docentes de sala de aula. Na ocasião, o projeto atingiu 114 (cento e catorze) professores, que participaram da formação continuada em matéria de Direitos Humanos, repercutindo direta e indiretamente na realidade de aproximadamente 2.338 alunos da referida rede de ensino. Realizado em parte presencialmente, em parte à distância (EaD) – utilizando-se de plataforma de educação à distância da Universidade (*Ambiente Sophia*) –, o curso certificou ao final 41 (quarenta e um) professores que atenderam à exigência de 75% de frequência).

No ano de 2015, além dos à época dois coordenadores e dos dois bolsitas, o projeto ainda envolveu alunos ligados ao OSIDH (10 alunos) e alunos de graduação que precisavam cumprir horas curriculares de extensão (03 alunos). Ao longo do ano, foram feitas 4 (quatro) reuniões com a Secretaria de Educação do município, para definição do

[5] O projeto é de responsabilidade do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, um multiprojeto de ensino, pesquisa e extensão que se desenvolve no âmbito do curso de Direito do Campus Kobrasol São José da Univali e que tem por objetivo mapear e observar o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, com vistas a dele extrair estandartes que possam ser utilizados internamente no Brasil com o propósito final de ampliar a efetivação dos Direitos Humanos no Brasil. O projeto é coordenado pelos docentes Dr. Luiz Magno Pinto Bastos Junior, Me. Roberto Wohlke e Me. Rodrigo Mioto dos Santos, e conta com a participação permanente de 10 (dez) alunos de graduação.

projeto e auxilio burocrático de definição com os diretores dos colégios. Além dessas reuniões, aproximadamente a cada dois meses, houve uma intervenção presencial junto com os professores em suas escolas, sendo realizadas um total de 17 (dezessete) intervenções naquele ano.

A proposta de valorizar a realidade na qual as escolas selecionadas estão inseridas, oferecendo a formação, mas possibilitando que o educador, que conhece seus alunos na singularidade e o seu meio social, crie sua prática pedagógica de maneira livre sobre a temática, contribui para que a educação se constitua como um meio para transformação real e social.[6]

1. OBJETIVOS DO PROJETO EM 2016

Para o ano de 2016, o projeto Educação em Direitos Humanos se propôs um novo e ousado desafio: atuar em todas as 24 Escolas da Rede Básica Municipal de Ensino do Município de Palhoça - SC.

A escolha de todas as escolas se deu em razão do principal público alvo do projeto neste ano: os supervisores e orientadores pedagógicos de todas as Escolas. Como se faz urgente a formação continuada em matéria de direitos humanos para aqueles que mais diretamente trabalham na idealização e realização de práticas pedagógicas nas escolas, o Projeto propôs abarcar todas as Escolas da rede, em duas grandes fases:

1.1 PRIMEIRA FASE (2016.1)

Para 2016, o Projeto Educação em Direitos Humanos foi estruturado em duas grandes fases, cada uma em um dos semestres letivos do ano de 2016.

Para o primeiro semestre de 2016, o projeto se organizou a partir de seis etapas de atuação: 01) aprovação do projeto pela Secretaria de Ensino do Município de Palhoça – SC em reunião realizada em 31/03/2016; 02) elaboração do material didático a ser utilizado na formação, desde produção textual até gravação de vídeo-aulas pelos professores coordenadores do Projeto; 03) aula inaugural do curso realizada no Auditório da Univali no Campus Kobrasol São José, com duração de 4h/a, na data de 09/05/2016; 04) formação continuada docente em um total de 32h/a totalmente

[6] CARBONARI, Paulo Cesar. A formação do sujeito de direitos humanos pela educação: bases ético-filosóficas da educação em direitos humanos. **Conjectura: Filos. Educ.**, Caxias do Sul, v. 20, n. especial, p. 14-38, 2015.

à distância realizada nos meses de Maio e Junho; 05) aula de encerramento e avaliação do curso, realizada no Auditório da Univali Campus Kobrasol São José, e com duração de 4h/a, na data de 21/06/2016; e 06) sistematização, análise e avaliação das atividades produzidas, finalização do curso e emissão de certificados no mês de Julho.

1.2 SEGUNDA FASE (2016.2)

Como visto, a edição 2016 do Projeto Educação em Direitos Humanos se organizou em duas grandes fases, cada uma em um dos semestres letivos do ano de 2016. Para o segundo semestre de 2016, após um início focado na formação docente que abarcou gestores das 24 Escolas da Rede, o projeto se estruturou para trabalhar em cinco etapas de atuação com os seguintes prazos:

Primeira etapa: definição dos 16 (dezesseis) professores das 16 (dezesseis) Escolas que não possuem supervisores e que comporão as duplas com os Orientadores de cada Escola. E designação de mais um ou dois professores para a composição da "equipe de trabalho do PPP". Prazo: primeira quinzena de agosto;

Segunda etapa: entrega aos Diretores de cada uma das 24 escolas de um modelo de diagnóstico que será realizado a partir de cada uma das escolas, com ênfase no PPP. O objetivo desse diagnóstico é constatar como se dá, em cada escola, o diálogo entre Educação em Direitos Humanos e Projeto Político-Pedagógico. Prazo de devolução do diagnóstico preenchido: primeira semana de setembro.

Terceira etapa: realização de um Workshop sobre "Educação em Direitos Humanos e PPP", com 8h/a (manhã e tarde) envolvendo as 24 "equipes de trabalho dos *PPPs*". Prazo: segunda semana de setembro.

Quarta etapa: curso via Ambiente Sophia (EaD) para idealização, formatação e discussão de práticas pedagógicas e de projetos a serem realizados em 2017 e que serão incluídos no PPP de cada uma das Escolas da Rede. Meses de setembro e outubro;

Quinta etapa: aula de encerramento e avaliação do curso (com 4h/a), em data (novembro) e local a serem definidos, mas preferencialmente durante o V Workshop do OSIDH;

Sexta etapa: sistematização, análise e avaliação das atividades produzidas, finalização do curso e emissão de certificados. Meses de novembro e dezembro.

A segunda fase do Projeto teve em mira objetivo um pouco distinto da primeira. Nesse momento, após passarem pela formação inicial do primeiro semestre, supervisores e orientadores, nas Escolas que possuem ambos, e o supervisor e mais um professor para as Escolas onde há apenas supervisores participaram de um profícuo processo de discussão sobre a inclusão definitiva do tema transversal "direitos humanos" nos *PPP's* de suas Escolas, contando, para tanto, com o suporte operacional de toda a equipe docente e discente do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

2. JUSTIFICATIVA E FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O projeto faz parte da política de extensão universitária desenvolvida pelo Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, amparado no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, na Constituição da República Federativa Brasileira, nos tratados e convenções de direitos humanos nos quais o Brasil é signatário e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

O projeto Educação em Direitos Humanos atua ainda de maneira articulada, entre a extensão universitária, o ensino e a pesquisa. Nesse sentido, Giuseppe Tosi, situa os direitos humanos como um importante eixo articulador:

> Estamos ainda longe de ter, no Brasil, centros de estudos como os que existem em outros países do mundo, especialmente em algumas universidades europeias. Existem, porém, em várias universidades brasileiras, públicas e privadas, iniciativas nesse sentido, como a criação espaços institucionais coletivos de ensino, pesquisa e extensão em direitos humanos, a inclusão da disciplina "direitos humanos" nos currículos, a proliferação de atividades de extensão em direitos humanos, a criação de redes nacionais e internacionais e os projetos de criação de núcleos e mestrados acadêmicos nessa área.[7]

As iniciativas do projeto buscam manter a transversalidade da temática, no sentido de que ela não deve ser tratada como algo separado, mas como um conhecimento que está presente em qualquer ação que privilegie a vida e o respeito ao outro. Nesse sentido, os Direitos Humanos são articuladores por natureza, pois são universais, indivisíveis e interdependentes.

Fundamentado nesse princípio, o projeto é executado a partir da realidade na qual cada escola está inserida, visando construir uma cultura de direitos humanos no currículo, na escola, refletindo diretamente na comunidade, possibilitando a chamada descolonização do currículo, dando espaço a culturas e indivíduos muitas vezes silenciados pela sociedade.

[7] TOSI, Giuseppe. A Universidade e a Educação aos Direitos Humanos. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi_univ_educ_dh.pdf>>. Acessado em 05/03/2017

Sobre a relação entre o currículo e a cultura, as reflexões de Santomé trazem apontamentos importantes. Segundo o autor:

> Quando se analisam de maneira atenta os conteúdos que são desenvolvidos de forma explícita na maioria das instituições escolares e aquilo que é enfatizado nas propostas curriculares, chama fortemente a atenção a arrasadora presença das culturas que podemos chamar de hegemônicas. As culturas ou vozes dos grupos sociais minoritários e/ou marginalizados que não dispõem de estruturas importantes de poder costumam ser silenciadas, quando não estereotipadas e deformadas, para anular suas possibilidades de reação.[8]

Sendo assim um instrumento importante no fortalecimento do contexto democrático das instituições de ensino. Já que a educação em direitos humanos desvela as contradições entre os modelos de dominação e a realidade social, como bem situa Amadou-Mahtar da UNESCO ao colocar como objetivos da educação em direitos humanos:

> Ensinar cada um a respeitar os próprios direitos humanos e o dos demais, e possuir, quando for necessária, a coragem de afirmá-los em quaisquer circunstâncias, inclusive nas mais difíceis: tal é o imperativo do nosso tempo.[9]

Paulo Freire ainda desvela o caráter crítico da educação no contexto da globalização, quando enfatiza que ensinar exige reconhecer que a educação é ideológica.[10] Diz ele que o discurso da globalização que fala da ética esconde, porém, que a sua é a ética do mercado e não a ética universal do ser humano, pela qual devemos lutar bravamente se optamos na verdade, por um mundo de gente.

Somente a vivência dos Direitos Humanos na escola abrirá espaços para o diálogo, a crítica, a tolerância, a compreensão e o respeito ao outro, enfim, para a democratização da escola. A afinidade dos Direitos Humanos com a educação oportuniza a formação de sujeitos autônomos, considerando que serão educados para a cidadania.

2.1 O QUADRO NORMATIVO DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A educação brasileira tem sua regulamentação em diretrizes desde 20 de dezembro de 1996, com a chamada Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)[11]. A obrigatoriedade dos Direitos Humanos estarem na política pedagógica das escolas em seu currículo escolar está prevista

[8] SANTOMÉ, Jurjo Torres. **As culturas negadas e silenciadas no currículo**. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.).Alienígenas na sala de aula. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 159-189.

[9] BRASIL. **Plano nacional de educação em direitos humanos**. Brasília: SEDH/MEC/MJ/UNESCO, 2007.

[10] FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: Saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

[11] BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional** - LDB - Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996.

na própria LDB no artigo 26, § 9, disciplina que os conteúdos relativos aos Direitos Humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente serão incluídos como *temas transversais*, nos currículos escolares, tendo como diretriz o Estatuto da Criança e do Adolescente.[12]

Além da LDB, outras normas regem a educação brasileira, e no que tocante aos Direitos Humanos, há os programas específicos, como o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH)[13], que por decreto presidencial, determina objetivos estratégicos para a aplicação destes direitos. Objetivos como a diretriz *19 do PNDH-3*, que refere-se a educação brasileira, que estima o "Fortalecimento dos princípios da democracia e Direitos Humanos nos sistemas de educação básica, nas instituições de ensino superior e nas instituições formadoras", por exemplo a inclusão da temática de Educação e Cultura em Direitos Humanos nas escolas de educação básica e em instituições formadoras, o incentivo à transdisciplinaridade e transversalidade nas atividades acadêmicas em Direitos Humanos.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos[14], do Ministério da Educação, cujo objetivo é conceber que "O processo formativo pressupõe o reconhecimento da pluralidade e da alteridade, condições básicas da liberdade para o exercício da crítica, da criatividade, do debate de ideias e para o reconhecimento, respeito, promoção, e valorização da diversidade", também é um importante marco nesse sentido.

A partir dele concebe-se a Educação em Direitos Humanos como um processo sistemático e multidimensional que orienta a formação do sujeito de direitos, para isto a Educação em Direitos Humanos deve ser desenvolvida em três grandes dimensões, sendo elas o conhecimento e habilidades (compreensão e mecanismos de defesas), valores, atitudes e comportamentos e as ações (que visam desencadear atividades para a promoção e defesa dos direitos).

Perpassando, portanto, pelas dimensões como afirmação de valores, atitudes e práticas que expressem a cultura dos direitos humanos, atualização periódica e histórica dos Direitos Humanos e sua relação com o cotidiano construindo uma formação de consciência que faça presente em níveis cognitivos, social, ético e político do aluno. É necessário também o desenvolvimento de

[12] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** - Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990

[13] BRASIL. **Programa Nacional de Direitos Humanos** (PNDH). Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

[14] BRASIL. BRASIL. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos** (PNEDH). Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Ministério da Educação.

processos metodológicos participativos, que sejam construídos de forma coletiva, utilizando-se de diferentes linguagens. Além das praticas individuais e sociais que gerem ações que resultem positivamente a favor da defesa e proteção dos direitos humanos.

As ações programáticas do PNEDH visam propor a inserção da educação em Direitos Humanos nas diretrizes curriculares da educação básicas, integrando os conteúdos, recursos e metodologias, criar estímulos junto aos profissionais da educação básica para reflexão e criação de praticas pedagógicas participativas que inclua conhecimentos, análises e habilidades para a promoção dos Direitos Humanos.

Sendo assim promover a inserção da educação em direitos humanos nos processos de formação inicial e continuada dos agentes educacionais nas redes e ensino entre outras unidades além das escolas. A inclusão no currículo escolar das temáticas relativas a gênero, identidade de gênero, raça e etnia, religião, orientação sexual, pessoas com deficiências, além de outras formas de discriminação e violações de direitos assegurando a formação continuada dos trabalhadores da educação para lidar criticamente com estes temas.

Além disso, o parecer do Conselho Nacional de Educação (vinculado ao MEC), salienta que a Educação em Direitos Humanos requer a construção de concepções e práticas que compõem os Direitos:

> Como a Educação em Direitos Humanos requer a construção de concepções e práticas que compõem os Direitos Humanos e seus processos de promoção, proteção, defesa e aplicação na vida cotidiana, ela se destina a formar crianças, jovens e adultos para participar ativamente da vida democrática e exercitar seus direitos e responsabilidades na sociedade, também respeitando e promovendo os direitos das demais pessoas. É uma educação integral que visa o respeito mútuo, pelo outro e pelas diferentes culturas e tradições.[15]

E, portanto, a consolidação destes direitos, dar-se-á pelo processo de educação, investindo nas instituições e formações de profissionais nos quais serão capazes de trabalhar com a temática de forma natural alterando as diversas realidades presentes em cada ambiente escolar e social.

> Para a sua consolidação, a Educação em Direitos Humanos precisa da cooperação de uma ampla variedade de sujeitos e instituições que atuem na proposição de ações que a sustentam. Para isso todos os atores do ambiente educacional devem fazer parte do processo de implementação da Educação em Direitos Humanos.[16]

[15] BRASIL. **Parecer CNE/CP 08/2012**. Conselho Nacional de Educação, Ministério da Educação. 30/05/2012.

[16] BRASIL. **Parecer CNE/CP 08/2012** - Conselho Nacional de Educação, Ministério da Educação. 30/05/2012

Segundo o parecer, os princípios que orientam as escolas de educação básica para a educação em Direitos Humanos devem ser considerados um dos eixos fundamentais, orientando a formação inicial e continuada dos profissionais da educação, a formação de material adequado e criação de um projeto político pedagógico (PPP) para abordagem dos temas transversais, bem como o *feedback* dos trabalhos realizados.

E um dos maiores desafios para a concretização da educação em direitos humanos no sistema de ensino é justamente a inexistência de preparação e formação dos profissionais nas diferentes áreas de conhecimento, de conteúdos e metodologias[17]em Direitos Humanos, portanto refletindo na Educação em Direitos Humanos, conforme a citação extraída do parecer:

> [...] formação continuada dos/as profissionais da educação em todos os níveis e modalidades de ensino, de acordo com o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos e dos planos estaduais de Direitos Humanos, visando à difusão, em toda a comunidade escolar, de práticas pedagógicas que reconheçam e valorizem a diversidade e a democracia participativa.[18]

Todo esse arcabouço que se pode chamar de teórico-normativo, pois em realidade se está diante de documentos, sim, normativos, mas que contam com forte sustentação teórica, aliado ao fato de que o Município de Palhoça, como qualquer outro do Brasil, pode se dizer, carece de uma maior inserção dos Direitos Humanos no cotidiano das Escolas, associados, por fim, à função social da Universidade, conformam a justificativa da iniciativa.

2.2 A NECESSIDADE DE UMA EDUCAÇÃO QUE LIBERTE

Assim como acontece com a educação em geral, a educação em direitos humanos

> [...] será mais consistente e qualificada na medida em que se for capaz de sistematizar as práticas de forma crítica e, dessa forma, de buscar referenciais que contribuam para que possa cumprir com a finalidade maior a que se propõe.[19]

O fundamento primeiro da Educação em Direitos Humanos encontram-se nos princípios norteadores do Estado democrático de direito. O direito fundamental à educação sem dúvidas é uma das bases mais importantes no processo formativo do cidadão, sendo, pois, uma educação que se paute nos Direitos Humanos a única possível em um Estado, como o democrático de direito, que busque seu alicerce material justamente nos direitos fundamentais.

---

[17] BRASIL. **Parecer CNE/CP 08/2012** - Conselho Nacional de Educação, Ministério da Educação. 30/05/2012

[18] BRASIL. **Parecer CNE/CP 08/2012** - Conselho Nacional de Educação, Ministério da Educação. 30/05/2012

[19] CARBONARI, Paulo Cesar. A formação do sujeito de direitos humanos pela educação: bases ético-filosóficas da educação em direitos humanos. **Conjectura: Filos. Educ.**, Caxias do Sul, v. 20, n. especial, p. 14-38, 2015

Quanto a educação em direitos humanos, é fundamentalmente a promoção de processos multidimensionais e comuns que colaborem para a formação de sujeitos de direitos humanos. Essencialmente a educação brasileira é baseada nas teorias de Paulo Freire e de Enrique Dussel.

Freire trabalhará com os conceitos de oprimido e Enrique Dussel com a vítima, ambas as versões para uma compreensão de sujeitos que não alcançam seus direitos, cuja condição é desumana, e a expectativa é de afirmação de condição de sujeito de direitos humanos.

> Pensar as mediações da experiência educativa promotora do sujeito de direitos nos leva mais uma vez a Freire, que consigna que "Ninguém liberta ninguém, ninguém se liberta sozinho: os homens se libertam em comunhão.[20]

A educação em direitos humanos pode ser uma forma de denúncia para as formas de violação de direitos humanos subsidiando para o enfrentamento das questões penitentes a violações. Nesse sentido, tem-se afirmado que:

> A educação em direitos humanos é entendida como uma possibilidade de combate a todas as formas de intolerância, desrespeito, discriminação contra as pessoas e de violação aos direitos humanos. Além disso, a educação em direitos humanos deve promover atitudes comportamentos necessários para que os direitos humanos de todos(as)os(as) integrantes da sociedade sejam respeitados.[21]

Por outro lado:

> Propor a educação popular em direitos humanos significa dizer que uma educação em direitos humanos que tenha compromisso com a formação dos sujeitos em processos de luta por direitos (por libertação), o que implica fazer opções do "quem" e do "com quem" se faz esse processo (os oprimidos, as vítimas, aqueles/as que lutam por direitos).[22]

Com uma fundamentação teórica ainda em construção, há de se destacar que duas obras específicas da Editora Cortez foram importantes para alguns esclarecimentos metodológicos em 2016: (a) **Educação inclusiva e direitos humanos: perspectivas contemporâneas**[23]; (b) **Educação em Direitos Humanos e formação de professores(as)**[24]. A primeira foi importante para definições de aspectos sensíveis do tema, ao passo que a segunda forneceu não apenas aportes teóricos, mas sobretudo metodológicos para que a equipe de trabalho pudesse propor os cursos de formação docente.

---

[20] CARBONARI, Paulo Cesar. A formação do sujeito de direitos humanos pela educação: bases ético-filosóficas da educação em direitos humanos. **Conjectura: Filos. Educ.**, Caxias do Sul, v. 20, n. especial, p. 14-38, 2015.

[21] LOCKS, Geraldo Augusto; GRAUPE, Mareli Eliane, PEREIRA; Jisilaine Antunes. Educação do campo e direitos humanos: uma conquista, muitos desafios. **Conjectura: Filos. Educ.**, Caxias do Sul, v. 20, n. especial, p. 131-154, 2015.

[22]CARBONARI, Paulo Cesar. A formação do sujeito de direitos humanos pela educação: bases ético-filosóficas da educação em direitos humanos. **Conjectura: Filos. Educ.**, Caxias do Sul, v. 20, n. especial, p. 14-38, 2015.

[23] SILVA, Aida Maria Monteiro; COSTA, Valdelúcia Alves da. (org.) Educação inclusiva e direitos humanos: perspectivas contemporâneas. São Paulo, Cortez, 2015

[24] CANDAU, Vera et al. Educação em Direitos Humanos e formação de professores(as). São Paulo: Cortez, 2013.

3. RESULTADOS

Ainda que o projeto não tenha conseguido executar 100% do que havia sido planejado no início do ano de 2016, os resultados atingidos, como será abaixo demonstrado, foram animadores.

3.1 A FORMAÇÃO DOCENTE

Nos dois cursos de formação continuada que foram oferecidos aos gestores e corpo pedagógicos das Escolas, o projeto teve um total de **239** matriculados, sendo **114** no primeiro semestre (Curso intitulado Educação e Direitos Humanos) e **125** no segundo semestre (Curso intitulado Projeto Político Pedagógico e Direitos Humanos).

Durante todo o ano, a equipe do OSIDH esteve reunida com o grande grupo de professores em 5 oportunidades, duas no primeiro semestre (aula inaugural e de encerramento do curso) e três no segundo semestre (formação sobre PPP e DH, oficina sobre os desafios da educação em DH na Rede Municipal de Ensino de Palhoça e encontro de encerramento e relato de experiências exitosas).

Os dois semestres tiveram focos distintos, mas foram igualmente exitosos. No primeiro semestre, após as 24 (vinte e quatro)[25] Escolas definirem suas equipes, compostas por dois ou três professores, estas passaram por um curso de formação que teve duplo objetivo: (a) fornecer aportes teóricos sobre Direitos Humanos e sobre Educação em Direitos Humanos a esses professores e; (b) realizar um diagnóstico da realidade da Escola. O curso propiciou não apenas a formação docente, mas especialmente resultou em 19 (dezenove) diagnósticos bastante completos de Escolas da Rede.

Esses diagnósticos foram realizados pelos grupos de trabalho de cada Escola e sistematizados pela equipe do OSIDH. No início do ano de 2017, com a retomada do projeto, esses diagnósticos, em formato digital e impresso, serão entregues a cada uma das Escolas. Já o segundo semestre de 2016 foi destinado a avançar para uma transformação mais efetiva na realidade das Escolas.

[25] São as seguintes as Escolas atingidas pelo projeto: 01 - CAIC – Centro de Atenção Integral à Criança e ao Adolescente; 02 - Escola Básica ABÍLIO MANOEL DE ABREU; 03 - Escola Básica ADRIANA WEINGARTNER; 04 - Escola Básica ANTONIETA SILVEIRA DE SOUZA; 05 - Escola Básica Professora LAURITA SILVEIRA WAGNER; 06 - Escola Básica M. MARA LUZIA VIEIRA LIBERATO; 07 - Escola Básica NERI BRASILIANO MARTINS; 08 - Escola Básica NOSSA SENHORA DE FÁTIMA; 09 - Escola Básica M. PREFEITO REINALDO WEINGARTNER; 10 - Escola Reunida ALBARDÃO; 11 - Escola Reunida BENTO JOSÉ DO NASCIMENTO; 12 - Escola Reunida DANIEL CARLOS WEINGARTNER; 13 - Escola Reunida MANOEL DA SILVA; 14 - Escola Reunida PROFª MARIA DOS SANTOS SILVA; 15 - Escola Reunida PROFª ISABEL BOTELHO DE PAULO; 16 - Escola Reunida PROFª OLGA CERINO; 17 - Escola Isolada do RINCÃO; 18 - Grupo Escolar EVANDA SUELLI JUTTEL MACHADO; 19 - Grupo Escolar FREI DAMIÃO; 20 - Grupo Escolar GUILHERME WIETHORN FILHO; 21 - Grupo Escolar Professora FRANCISCA RAIMUNDA DE FARIAS COSTA; 22 - Grupo Escolar Professora MARIA LUZIA DE SOUZA; 23 - Grupo Escolar Professora NAJLA CARONE GOEDERT; e 24 - Grupo Escolar TEREZINHA MARIA ESPINDOLA MARTINS. Importante ressaltar que nessas Escolas trabalham **2.131** profissionais da Educação e estudam **6.923** alunos.

O objetivo central do semestre era incluir a temática dos Direitos Humanos nos projetos político-pedagógicos de cada uma das Escolas. Para isso, iniciou-se com um diagnóstico, pautado em 53 questões, que foi respondido por cada um dos Diretores e que buscou retratar a realidade dos Direitos Humanos nos *PPP's* das Escolas. Desses diagnósticos resultaram 7 (sete) temas mais sensíveis, que foram trabalhados pelas Escolas em uma oficina pautada no método SWOT na tarde do dia 27.10.2016. Dessa oficina resultou um grande compilado de elementos/fatores facilitadores e dificultadores de trabalho daqueles 7 temas na Rede Municipal de Ensino.

Contudo, o trabalho de inserção mais cuidadosa e detalhada dos Direitos Humanos nos *PPP's* de cada uma das Escolas considerando cada realidade específica mostrou-se algo bem mais árduo do que inicialmente se imaginou, por isso não foi possível a conclusão desse objetivo no ano de 2016. Esse objetivo, porém, já foi definido como a grande meta do projeto para 2017 e já conta não apenas com a anuência das Escolas e da Secretaria de Ensino, mas igualmente com a metodologia que será utilizada.

De todo modo, ainda que vários *PPP's* ainda careçam de uma formalização pautada nos Direitos Humanos, por assim dizer, o seminário de encerramento do curso, realizado no dia 21.11.2016 foi destinado à apresentação de práticas pedagógicas exitosas que já são realidade no Município e que talvez consistam nos principais frutos do projeto até o momento.

3.2 A INTERVENÇÃO NAS ESCOLAS E A INTEGRAÇÃO ENSINO-EXTENSÃO

O projeto "Educação em Direitos Humanos" foi idealizado e continua tendo como foco a formação docente. O objetivo central é municiar professores da Educação Básica para com a temática lidar. Esse objetivo, porém, dificulta uma maior inserção do aluno de graduação na atividade.

Em razão disso, e especialmente para atender o principal pleito da Administração Superior da UNIVALI na formação continuada de julho de 2016 (qual seja: uma preparação para maior conexão entre ensino e extensão), a partir deste ano, e sobretudo a partir do segundo semestre, o OSIDH começou a fornecer aportes de extensão universitária para os alunos de graduação (tanto voluntários, quanto bolsistas do art. 170, quanto alunos da disciplina de Direitos Humanos, do nono período do curso de Direito, que esteva sob a regência do Professor Doutor Luiz Magno Bastos), em um primeiro momento, para que na sequência eles pudessem ir até algumas das Escolas e,

utilizando-se de conteúdos obtidos no espaço universitário, pudessem realizar Oficinas de Educação em Direitos Humanos com as crianças das Escolas selecionadas.

Os resultados desse eixo do projeto foram **8** (oito) turmas pontualmente atendidas[26], o atingimento direto de **280** alunos das Escolas e o envolvimento de **36** alunos de graduação, sendo 2 bolsistas, 4 voluntários, 8 alunos do art. 170 e 22 alunos da disciplina de Direitos Humanos. As atividades desenvolvidas e os resultados atingidos bem como os óbices enfrentados estão sendo compilados para uma publicação a ser feita em 2017.

Ao final do ano realizamos um questionário de avaliação com os professores envolvidos, e tanto os cursos de formação quanto as intervenções nas Escolas contaram com ampla aprovação da comunidade (interna e externa) envolvida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As duas principais percepções que o projeto "Educação em Direitos Humanos" acumulou nesses dois anos de experiência junto à Rede de Educação Básica do Município de Palhoça, e especialmente no ano de 2016, foi que, (a) por um lado, há um enorme *déficit* de inserção da temática "Educação em Direitos Humanos", seja nos *PPP`s*, seja no próprio cotidiano das Escolas; ao mesmo tempo que se constatou, (b) por outro lado, que há um fértil terreno a ser explorado, seja pelos aportes que a Universidade pode oferecer, seja pelo engajamento e vontade de transformação que nitidamente se percebe em todo o pessoal que gerencia e realiza a Educação Básica no Município de Palhoça.

Alguns bons resultados, porém, já estão sendo colhidos, como a efetivação de ações estratégicas previstas na normatização que rege a Educação em Direitos Humanos, que têm refletido não apenas formalmente no Projeto Político Pedagógico (*PPP*), mas efetivamente oferecendo um tratamento de forma transversal dos Direitos Humanos em boa parte das Escolas. O seminário de encerramento do curso, acima citado, onde experiências exitosas foram apresentadas, é talvez o principal exemplo que se possa apresentar. A prova inequívoca de que o projeto tem atingido parte inicial de seus objetivos.

[26] As Escolas, o tema e a série envolvida foram respectivamente: CAIC, respeito ao outro, 2º ano; CAIC, respeito ao outro, 7º ano; Grupo Escolar Evanda Sueli, combate ao *bullying*, 2º ano; Escola Francisca Raimunda, gênero, 7º ano; Escola Laurita Wagner da Silveira, respeito ao outro, 5º ano; Escola B.M. Neri Brasiliano Martins, respeito às diferenças, 7º ano; Escola B. M. Francisca Raimunda de Farias da Costa, gênero, 9º ano; Escola B. M. Mara LuziaLiberato, bullying, 8º ano.

É de extrema valia os resultados práticos e teóricos adquiridos até o momento para a mudanças de perspectivas do ambiente social do aluno e dos professores, bem como a criação de uma política de conscientização e educação em Direitos Humanos, desmistificando o conceito do senso comum em relação aos direitos que, alias, são de todos os humanos. A mudança em toda a Rede de Ensino palhocense, nesse sentido, é visível.

Cabível também aqui uma rápida análise acerca das dificuldades enfrentadas pelo projeto. Inicialmente é bastante complicado criar uma continuidade formativa com o acentuado número de professores que são temporários, seja pelo vínculo precário, seja pela rotatividade desses profissionais nas Escolas.

Por outro lado, o sucesso do projeto está em boa medida condicionado pelo empenho que o grupo gestor da Escola emprega no projeto. Nesse sentido, uma das Escolas, a Escola Básica Professora LAURITA SILVEIRA WAGNER, é o melhor exemplo. Talvez a maior parceira da iniciativa, tem colhidos frutos interessantíssimos, como a produção de um Dicionário de Direitos Humanos pelas crianças do segundo ano e a significativa diminuição da incidência da ronda escolar naquele espaço, conforme matéria veiculada na RBS TV (afiliada da Rede Globo) em 1° de julho de 2016.[27]

Por isso, para 2017, a equipe do OSIDH, juntamente com a Secretaria Municipal de Ensino, resolveram dar atenção especial às Escolas que iniciaram as atividades mas não as concluíram em 2016, e que foram **5** (cinco). Com isso, apesar do desafio e do volume de trabalho, a pretensão para 2017 é um projeto que atenda efetivamente a toda Rede. Outra dificuldade encontrada refere-se ao pouco trânsito que toda a equipe do OSIDH tem como a Educação Básica. Por isso, 2016 foi um ano de intenso processo formativo interno, com aquisição de bibliografia e formação de um banco de dados de textos e materiais versando sobre o tema do projeto. Até um pequeno e específico grupo de estudos sobre a obra de Paulo Freire foi criado, com encontros ao término da reunião semanal de trabalho, para debater textos do referido autor.

Encerrado o ano de 2016, o Projeto pretende continuar a oferecer suporte (por meio de oficinais e palestras basicamente direcionadas aos alunos) às Escolas, além de trabalhar com os professores, presencialmente nas Escolas e via suporte de *EaD*, para que ao final de 2017, se possível, a totalidade das Escolas Municipais de Palhoça tenham *PPP's* em perfeita sintonia com uma Educação voltada para os Direitos Humanos e que então o caminho esteja efetivamente aberto para que esse modelo de Educação saia do papel e

[27]A matériapodeseracessada no link: http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/videos/t/todos-os-videos/v/projeto-leva-dicionario-de-direitos-humanos-a-escolas-de-sc/5133199/

ganhe a realidade concreta de cada Escola. Ademais, a depender das condições concretas da equipe de trabalho do OSIDH, há o interesse de expandir a iniciativa para outros Municípios.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS:

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos** / Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007.

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação. 2003.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases**.Lei nº 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. **Parecer CNE/CP nº 8/2012**, aprovado em 6 de março de 2012 - Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Programa Nacional de Direitos Humanos**. Brasília: Ministério a Justiça. 1996.

BRASIL. Ministério de Educação e Cultural. **Parâmetros Curriculares nacionais**: apresentação dos temas transversais . Brasília: MEC/SEF, 1997.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)** / Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República - - ver. e atual. - - Brasília : SEDH/PR, 2010.

BRASIL. Plano nacional de educação em direitos humanos. Brasília: SEDH/MEC/MJ/UNESCO, 2007

CANDAU, Vera *et al*. **Educação em Direitos Humanos e formação de professores(as)**. São Paulo: Cortez, 2013.

CARBONARI, Paulo Cesar. A formação do sujeito de direitos humanos pela educação: bases ético-filosóficas da educação em direitos humanos. **Conjectura: Filos. Educ.,** Caxias do Sul, v. 20, n. especial, p. 14-38, 2015

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: Saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

LOCKS, Geraldo Augusto; GRAUPE, Mareli Eliane; PEREIRA, Jisilaine Antunes. Educação do campo e direitos humanos: uma conquista, muitos desafios. **Conjectura: Filos. Educ.**, Caxias do Sul, v. 20, n. especial, p. 131-154, 2015.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Declaração Final e Plano de Ação**. Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos. Viena. 1993.

SANTOMÉ, Jurjo Torres. As culturas negadas e silenciadas no currículo. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Alienígenas na sala de aula**. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 159-189.

SILVA, Aida Maria Monteiro; COSTA, Valdelúcia Alves da. (org.) **Educação inclusiva e direitos humanos:** perspectivas contemporâneas. São Paulo, Cortez, 2015.

TOSI, Giuseppe. **A Universidade e a Educação aos Direitos Humanos**. Disponível em: <<///www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi_univ_educ_dh.pdf://>> acessado em 05/03/2017

UNESCO – **Declaração Mundial sobre Educação Superior no Século XXI: Visão e Ação, Paris**, 1998. Conferência Mundial sobre Educação Superior - UNESCO, Paris, 9 de outubro de 1998.

PRISÃO PREVENTIVA E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PARA A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Amanda Guimarães da Cunha[1]

Luiz Magno Pinto Bastos Júnior[2]

INTRODUÇÃO

A excessiva duração dos litígios constitui um dos maiores e mais antigos males da administração da justiça, fragilizando o direito fundamental à duração razoável do processo, além de causar um cenário de insegurança jurídica[3].

O princípio da duração razoável do processo é regra de tratamento do procedimento, porque ele orienta que deverão ser observados métodos constitucionais do processo judicial democrático, para buscar uma solução rápida ao processo[4], já que quando sua tramitação supera o prazo razoável não só lesiona o direito do imputado a ser julgado rapidamente, como também põe em risco todos seus direitos fundamentais e garantias processuais[5].

O princípio da duração razoável do processo está previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, segundo o qual "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Este princípio, objetivamente inserido na Constituição pela Emenda Constitucional 45/2004, já era considerado implícito por doutrinadores, já que estaria vinculado ao princípio do devido processo legal (art. 5, LIV) e da própria tutela jurisdicional[6], que deve ser efetiva, adequada

1 Graduanda em Direito na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Campus Kobrasol São José. Pós-graduada em Ciências Penais pela Uniderp-Anhanguera (2012). Membro do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UNIVALI)

2 Professor orientador. Pós-Doutor pelo Centro de Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico da Universidade McGill (Montreal, Canadá). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Campus Kobrasol São José. Coordenador do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UNIVALI).

3 CORIGLIANO, Mario Eduardo. Plazo razonable y prisión preventiva a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Derecho y Cambio Social**. Año 5, Nº. 15, 2008.

4 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pg. 43.

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, pg. 43.

6 SAUSEN, Marlise Scheid**.** A dilação (in)devida do processo penal: entre os limites normativos e a discricionariedade judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** vol. 78, p. 163, mai. 2009.

e tempestiva[7]. Esta tempestividade implica um processo dentro de um lapso de tempo razoável, buscando um direito ao processo sem dilações indevidas.

Além disso, este princípio também já estava inserido no ordenamento jurídico brasileiro por força da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante CADH), a qual o Brasil aderiu e incorporou ao seu ordenamento em 1992, segundo a qual, em seu artigo 7.5 "Toda pessoa detida ou retida [...] tem direito a ser julgada **dentro de um prazo razoável** [...]." e, ainda, no artigo 8.1 ao determinar que "toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável,** por um juiz ou tribunal competente [...], na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, [...]".

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Doravante CorteIDH) defende que a duração razoável do processo é uma manifestação implícita da garantia do devido processo legal, além da tutela judicial efetiva e tempestiva, os quais se fundam em respeito à dignidade da pessoa humana[8].

Entretanto, apesar de toda previsão legal do instituto, no Brasil o Código de Processo Penal prevê poucos prazos procedimentais e, mesmo estes padecem de aplicabilidade, pois não há sanção alguma caso sejam descumpridos, ou seja, aplica-se a equação "prazo-sanção = ineficácia", que conduz inevitavelmente ao não cumprimento efetivo do direito fundamental da duração razoável do processo[9]. Dessa forma, o conceito do que seja "razoável" pode ter significados diversos, deixando margem a análises subjetivas, a critério do julgador e do caso em análise, quando o lapso temporal deveria estar expressamente disposto nos preceitos legais.[10]

A jurisprudência brasileira, por falta de definição legal, acabou por adotar a chamada "doutrina do não prazo", inspirada no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, para aferir a duração razoável do processo. Dessa forma, afere-se o excesso de prazo através de critérios abertos e subjetivos como a complexidade do caso, a atividade processual do interessado e a conduta das autoridades judiciárias.[11]

7 OLIVEIRA, Roberto da Silva. O Direito Fundamental à razoável duração do processo penal. **Revista dos Tribunais,** vol. 919, p. 339, Mai 2012.

8 CUSTODIO, Daniela Damaris Viteri. **El derecho al plazorazonable en el proceso penal**: el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional peruano. 2013.

9 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 74-77.

10 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE AVELAR, Daniel Surdi. A duração razoável do processo: em busca da superação da doutrina do "não-prazo". **Empório do Direito**: 2015.

11 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**, p. 74-77.

A situação fica mais grave na regulamentação e controle das prisões cautelares, para as quais sequer há prazo previsto, sendo a principal delas a preventiva, prisão processual por excelência[12]. A previsão da duração razoável do processo garante também o direito do réu ou acusado preso ter sua prisão cautelar revogada, caso não seja julgado em prazo razoável ou sem dilações indevidas.[13]

O Brasil, ao ratificar a CADH, assumiu a obrigação de adotar as disposições de direito interno conforme os parâmetros convencionais estabelecidos pela CorteIDH e o STF ainda definiu, *no* RE 466.343/SP e no HC 87.585/TO, que a CADH tem valor 'supralegal' no nosso ordenamento, ou seja, está situada acima das leis ordinárias, inclusive do CPP brasileiro[14].

A CorteIDH, constatando a incompatibilidade entre as normas internas e a CADH e seus estandartes interpretativos, declara a responsabilidade internacional do Estado e o condena a adequar o ordenamento interno a ela[15]. Trata-se, portanto, de um exame de adequação de uma conduta do Estado com uma prescrição internacional estabelecida16. Este controle de convencionalidade deve ser desenvolvido pelos juízes nacionais, os quais devem garantir que os direitos contidos na CADH sejam respeitados, declarando, de ofício, uma norma inconvencional, sob pena de o Estado cometer um ilícito internacional[17].

Dessa forma, o objetivo deste trabalho é analisar quais os critérios limitadores para determinar o prazo razoável na duração da prisão preventiva para a CorteIDH, os quais devem ser incorporados ao direito interno brasileiro.

Para tanto, foram analisados os parâmetros estabelecidos pela CorteIDH em casos contenciosos, identificando-se o primeiro em que foi analisada a duração razoável do processo vinculada à duração da prisão preventiva, Caso Suaréz Rosero Vs Equador, e a partir das violações apontadas, identificou-se outros casos posteriores em que a temática foi abordada pela CorteIDH, num total de 17.

12 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 523.

13 BADARÓ, Gustavo H. R. I. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012. p. 34.

14 LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao Juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul** [online]. Ano 5, v.9. Porto Alegre: DPE, 2014.

15 HITTERS, Juan Carlos. Controle de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación: (critérios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Revista Estudios Constitucionales.** Ano 7, v.7 n.2, 2009, p. 116.

16 HADDAD, Carlos Henrique Borlido; QUARESMA, Lucas Bacelette Otto. **Dois lados da mesma moeda**: o tempo no STF. In: Revista Direito GV, São Paulo, ed. 20, jul-dez 2014.

17 ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdicional, control de convencionalidad y jurisprudenciadel tribunal constitucional en período 2006-2011. **Revista EstudiosConstitucionales**, Ano 10, nº 2, 2012.

2. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A PRISÃO PREVENTIVA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Para a CorteIDH a razoabilidade do prazo é o que se deve apreciar em relação a duração total do processo, desde o primeiro ato processual até a sentença definitiva, incluindo os recursos para outras instâncias que porventura hajam. Em matéria penal, considera-se o primeiro ato processual a data de apreensão do indivíduo ou a partir do momento em que a autoridade judicial toma conhecimento do caso[18]. Estas previsões têm como finalidade impedir que os acusados permaneçam longo tempo sob acusação e assegurar que o processo se desenrole prontamente.

Ao estabelecer os critérios para análise do prazo razoável, a CorteIDH se utiliza dos mesmos parâmetros estabelecidos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, quais sejam: a) complexidade do assunto, b) a atividade processual do interessado, c) a conduta das autoridades judiciais[19]. Há um quarto quesito considerado pela CorteIDH em alguns casos que seria a influência do curso do tempo na situação jurídica da vítima, ou seja, se o curso do tempo incidir de maneira relevante, será necessário que o procedimento transcorra com mais celeridade[20].

Na análise prática dos casos, a CorteIDH aplica os critérios a cada caso concreto submetido a sua análise contenciosa, levando em consideração as condições objetivas e subjetivas de cada um deles.

No primeiro caso em que a CorteIDH analisou a razoabilidade do processo, Suaréz Rosero Vs Equador, a CorteIDH considerou que um prazo de 50 meses transcorridos num processo judicial não era razoável. Em outros casos[21], considerou ser o caso de baixa complexidade por não haver pluralidade de sujeitos, nem qualquer atividade protelatórias das vítimas e portanto a demora teria transcorrido somente por causa da conduta das autoridades judiciais. Houve casos ainda em que a CorteIDH sequer analisou os 04 (quatro) critérios estabelecidos para analisar a razoabilidade do processo, já que considerou tempos processuais de 19, 17 e 09 anos de irrazoabilidade notória[22].

18 RAMIREZ, Sergio Garcia. **Panorama Del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana**. 2008.

19 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Bayarri Vs Argentina, par. 105; Caso Escué Zapata Vs Colombia, par. 102 e Caso Acosta Calderón Vs Ecuador, par. 105

20 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Radilla Pacheco Vs Mexico, par. 127

21 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Kawas Fernández Vs Honduras e Caso Acosta Calderón Vs Ecuador

22 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Casos Escué Zapata Vs Colombia, Bayarri Vs Argentina e Tibi Vs Ecuador.

Dessa forma, a análise é feita conforme as circunstâncias de cada caso, aplicando os três ou quatro critérios de análise, sem formas de aferição temporais pré-estabelecidas.

Dessa forma, a CorteIDH não estabelece um marco temporal a partir do qual se consideraria uma irrazoabilidade, limitando-se apenas a caracterizar que em determinado processo houve uma violação ao direito da duração razoável do processo.

Com relação à prisão preventiva, a CorteIDH delimita que a análise da razoabilidade da duração desta não se confunde com a razoabilidade da duração do processo como um todo, de forma que, apesar de ambas regulamentações buscarem evitar que sejam afetados direitos da pessoa, diferem quantos aos requisitos e critérios para sua aferição. Desta forma:

> El Tribunal ha establecido que el artículo 7.5 de La Convención garantiza El derecho de toda persona em prisión preventiva a ser juzgada dentro de um plazo razonable o ser puesta em libertad, sin perjuicio de que continue El proceso. Esta norma impone limites temporales a La duración de La prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar. Desde luego, hay que distinguir entre esta disposición sobre duración de la medida cautelar privativa de la libertad, de la contenida em el artículo 8.1 que se refiere al plazo para la conclusión del proceso. Aun cuando se refieren a cuestiones diferentes, ambas normas se hallan informadas por um mismo designio: limitar em La mayor medida posible La afectación de los derechos de una persona.[23]

A prisão preventiva é considerada pela CorteIDH uma medida cautelar, não punitiva e a medida mais severa que se pode aplicar a um suspeito de um delito, motivo pelo qual sua aplicação deve ser excepcional, sendo limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática[24], quando outra medida não se fizer suficiente[25].

A presunção de inocência, que está prevista no artigo 8.2 da CADH, segundo o qual "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...]", e o artigo 7.3 da CADH, o qual delimita que "ninguém será submetido à detenção ou encarceramentos arbitrários" subsidiam a regulamentação da prisão preventiva. Dessa forma, surge a obrigação estatal de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários para assegurar que este não impedirá o desenvolvimento eficiente das

23 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Barreto Leiva Vs Venezuela, par. 119

24 LOBET RODRIGUEZ, Javier. La Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia según los organos de protección de los derechos humanos del Sistema Interamericano. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C**., núm. 24, 2009.

25 ALCALA, Humberto Nogueira. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. **Ius et Praxis [online]**. 2005, vol.11, n.1, pp. 221-241.

investigações nem eludirá a ação da justiça, requisitos estes vinculados à decretação da prisão preventiva.

Para a decretação da prisão preventiva, diz a CorteIDH, há que se observar se há indícios suficientes da culpabilidade do agente e se este pode impedir o desenvolvimento das investigações ou atrapalhar a ação da justiça, ou seja, fins essencialmente processuais[26]. Dessa forma, a CorteIDH estabelece que viola a CADH quando alguém é privado de sua liberdade por um período excessivamente prolongado, desproporcional e sem a responsabilidade criminal estabelecida[27], o que equivaleria a uma antecipação da pena[28]. Além disso, a CorteIDH também afirma que as justificativas de decretação e manutenção da prisão preventiva baseadas nas características pessoais do suposto autor, na gravidade do crime do qual ou no risco de continuidade delitiva não são suficientes para a prisão preventiva, por ser esta medida não punitiva[29].

Para analisar o cabimento da prisão preventiva, a CorteIDH estabelece três critérios: necessidade, proporcionalidade e razoabilidade[30].

De forma sucinta, o critério da necessidade determina que a prisão preventiva, por ser uma medida cautelar, só deve ser utilizada quando for indispensável para os objetivos almejados e o único meio capaz de assegurar o andamento do processo[31].

Com relação ao critério da proporcionalidade, a CorteIDH estabelece que

> El principio de proporcionalidad implica, además, **una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido**, de tal forma que El sacrifício inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción[32]

Buscando o objetivo deste estudo, atentar-se-á mais especificamente ao terceiro critério, o da razoabilidade, que diz respeito à duração da prisão preventiva.

---

26 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Casos Chaparro Álvarez y Lapoíñiguez Vs Ecuador pár. 103, Caso Servellón García y otros Vs Honduras pár. 90, e Caso Barreto Leiva Vs Venezuela, par. 111

27 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Tibi Ecuador, par. 180

28 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso "Instituto de Reeducacióndel Menor" Vs Paraguai, par. 229

29 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso "Instituto de Reeducacióndel Menor" Vs Paraguai, par. 229

30 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs Peru, par. 106

31 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Americas**. 2013.

32 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Barreto Leiva Vs Venezuela, par.122

A CorteIDH tem entendido que a disposição do artigo 7.5 da CADH impõe limites temporais a duração da prisão preventiva e também à atuação do Estado para através dela assegurar o desenrolar do processo[33], já que se ultrapassado o prazo razoável, como já visto, equivaleria a uma pena antecipada, o que transformaria o instituto em fim e não meio, ferindo a presunção da inocência. Além disso, mesmo que a decretação da prisão preventiva de alguém preencha os requisitos necessários, o artigo 7.5 da CADH garante que ela seja colocada em liberdade caso o período da detenção exceda os limites do razoável[34].

Nas análises dos casos específicos de duração da prisão preventiva, a CorteIDH analisa o desrespeito do Estado para com a duração razoável do processo, prevista no artigo 7.5 da CADH, bem como a presunção de inocência prevista no artigo 8.2 e a proteção à prisão arbitrária ou ilegal prevista no artigo 7.3, já apresentados anteriormente. Nas demandas que lhe foram submetidas, a CorteIDH faz uma análise específica de cada caso para verificar se houve infração a estes artigos.

Nos casos analisados, a CorteIDH considerou que a prisão preventiva adotada foi arbitrária e desrespeitou a presunção da inocência por ter se prolongado além do razoável sem motivos que justificassem sua duração.[35]

Com relação à duração específica da prisão preventiva, esta variou muito conforme a situação apresentada. Não houve um parâmetro estabelecido pela CorteIDH sobre um limite temporal após o qual se considere abusiva a prisão, pois a análise se deu enfaticamente acerca das (faltas de) justificativa processuais para os tempos transcorridos entre a detenção e libertação dos indivíduos. Dessa forma, prisões foram consideradas arbitrárias com menos de 02 anos até 13 anos de duração.[36]

Nas decisões foi estabelecido que quando houver uma previsão legal que limite a duração da prisão preventiva, ultrapassá-lo caracterizará irrazoabilidade da medida[37]. Entretanto, mesmo que o prazo seja respeitado, isso não é sinônimo de que a medida não foi arbitrária, pois o que deve ser

33 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Barreto Leiva Vs Venezuela, par.119

34 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Bayarri Vs Argentina,par. 74

35 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Tibi Vs Ecuador, par. 107 e 183 e Caso Bayarri Vs Argentina, par. 111

36 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Chaparro Alvaréz y Lapo Iniguez Vs Ecuador, par. 141 e Caso Acosta Calderón, Vs Ecuador, par. 112

37 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Casos Bayarri Vs Argentina, par. 74 e 111 e Caso Barreto Leiva Vs Venezuela, par. 160.10

comprovado essencialmente é que persistem os motivos processuais que justificam a manutenção da prisão.

É por isso que a CorteIDH delimita que o Estado deve, através de suas autoridades judiciárias, revisar as detenções cautelares dos indivíduos periodicamente, sob pena de caracterizá-las irrazoáveis e portanto arbitrárias. Conforme a CorteIDH

> Asimismo, el Tribunal ha señalado que el artículo 7.5 de La Convención dispone que toda persona sometida a una detención tiene derecho a que una autoridad judicial revise dicha detención, sin demora, como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar La arbitrariedad o ilegalidad de lãs detenciones, tomando encuenta que enun Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos Del detenido, autorizar La adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando se a estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente com La presunción de inocencia [...][38].

A CorteIDH recomenda que o Estado, nos casos em que o prazo da prisão preventiva ultrapassa o razoável e há a necessidade de garantir o andamento processual, adote medidas diversas da prisão e menos lesivas para limitar a liberdade do acusado[39].

Com relação à possibilidade de prorrogação de uma prisão preventiva, a CorteIDH estabelece que isso só é possível quando existam razões para tanto, ou seja, somente se ficar comprovado que persistem os motivos pelos quais a medida cautelar foi adotada. Nesse sentido:

> La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan lãs razones que motivaron La adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar La pertinencia o no Del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a supropioordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecerlos fundamentos suficientes que permitan conocerlos motivos por los cuales se mantiene La restricción de La libertad, lacual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de La Convención Americana, debe estar fundada em La necesidad de asegurar que El detenido no impedirá El desarrollo eficiente de lãs investigaciones ni eludirá La acción de La justicia[40].

Dessa forma, pode-se elencar os estandartes da CorteIDH para a aferição da duração razoável da prisão preventiva, quais sejam: (a) a CorteIDH não estabelece um prazo razoável para a duração do processo, de forma que sua análise recai de acordo com a complexidade do assunto, a atividade processual do interessado, a conduta das autoridades judiciais e a influência do curso do tempo na situação jurídica da vítima; (b) a CorteIDH não estabelece um limite para a duração da prisão

38 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Acosta Calderón Vs Ecuador, par. 78 e Caso Tibi Vs Ecuador, par. 114

39 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Bayarri Vs Argentina par. 70

40 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Casos Chaparro Alvaréz y Lapo Iniguez Vs Ecuador, par. 107 e Caso Yvon Neptune Vs Haití, par. 108

preventiva, recaindo a análise de sua razoabilidade sobre a permanência dos mesmos critérios processuais que justificaram sua adoção; (c) é irrazoável a manutenção da prisão preventiva para além do necessário à garantia do andamento processual; (d) é irrazoável a duração da prisão preventiva por tempo superior ao tempo da pena prevista para o delito cometido; (e) é irrazoável a manutenção da prisão preventiva para além dos prazos legais estabelecidos, entretanto, o respeito ao limite legal não garante sua razoabilidade; e, por fim, (f) a manutenção da prisão preventiva por um prazo irrazoável equivale a adiantar à pena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O excessivo recurso a prisões cautelares é um problema em nosso continente há muito tempo, sendo utilizado como instrumento de antecipação da pena[41]. A utilização da prisão preventiva para outros fins que não somente aos processuais e sua duração irrazoável influencia a tal ponto a superpopulação carcerária brasileira que, atualmente, 40% dela é composta por presos provisórios. Tal excesso prisional sem que o detido esteja vinculado efetivamente a uma condenação tem surtido efeito inclusive no número de mortes, de forma que o número de suicídios entre os presos cautelares já é maior que entre os presos por decorrência de decisão definitiva[42].

Recentemente o relator especial da ONU para a Tortura emitiu um relatório onde aponta a gravidade do setor prisional brasileiro, recomendando, dentre outras coisas, que o país precisa dar prioridade à redução da população carcerária e não à construção de novas vagas, especialmente a taxa de presos provisórios, reafirmando o índice de 40%, bem como reduzir o tempo de espera para a audiência de instrução, de cinco meses em média.

Diante do estudo realizado, apesar de a CorteIDH se assemelhar ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos nos quesitos gerais para determinação do excesso de prazo, o que se pode criticar pelo fato de não avançar na determinação de prazos, percebeu-se que aquela avança positivamente, proibindo a manutenção da prisão preventiva que não para atender fins processuais, estabelecendo o controle periódico das situações que a justificaram bem como a limitação temporal com a pena em abstrato do delito quando não há outro prazo legal estabelecido.

41 CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Constantin. A melhor proteção aos direitos humanos exige a aplicação do princípio pro homine. **Justificando**. [online]. 2016.

42 CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Constantin. A melhor proteção aos direitos humanos exige a aplicação do princípio pro homine. **Justificando**. [online]. 2016.

Tem-se, portanto, que a partir dos elementos trazidos por esta instância internacional, pode-se restringir a utilização da prisão preventiva no Brasil, através do respeito às diretrizes internacionais estabelecidas, bem como limitar sua duração, a partir de um controle de convencionalidade em todas as instâncias judiciais e legislativas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdicional, control de convencionalidad y jurisprudenciadel tribunal constitucional en período 2006-2011. **Revista Estudios Constitucionales**, Ano 10, nº 2, 2012, pp. 57 - 140. Disponível em: http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n2/art03.pdf. Acesso em 15 de jun. de 2015.

ALCALA, Humberto Nogueira. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. **Ius et Praxis [online]**. 2005, vol.11, n.1, pp.221-241. ISSN 0718-0012. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100008. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100008&script=sci_arttext#nota18. Acesso em 20 mai. De 2015.

BADARÓ, Gustavo H. R. I. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012.

BAZÁN. Victor. **El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos, y perspectivas**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30034.pdf. Acesso em 15 de jul. 2015.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Constantin. A melhor proteção aos direitos humanos exige a aplicação do princípio pro homine. **Justificando**. [online]. 2016. Disponível em: <http://justificando.com/2016/02/20/a-melhor-protecao-aos-direitos-da-pessoa-humana-exige-a-aplicacao-do-principio-pro-homine/>. Acesso em 20 de fev. 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE AVELAR, Daniel Surdi. A duração razoável do processo: em busca da superação da doutrina do "não-prazo". **Empório do Direito**: 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-duracao-razoavel-do-processo-em-busca-da-superacao-da-doutrina-do-nao-prazo-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho-e-daniel-r-surdi-de-avelar/>. Acesso em 13 jun. 2015.

CORIGLIANO, Mario Eduardo. Plazo razonable y prisión preventiva a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Derecho y Cambio Social**. ISSN-e 2224-4131, Año 5, Nº. 15, 2008. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista015/prision%20preventiva.htm. Acesso em jun. 2015.

CUSTODIO, Daniela Damaris Viteri. **El derecho al plazorazonable en el proceso penal**: eldesarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional peruano. 2013. Disponível em: <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/6E1AF1F197B5442B05257A880019DF6B/$FILE/104300574-El-Plazo-Razonable.pdf>. Acesso em 27 mar. 2015.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; QUARESMA, Lucas Bacelette Otto. **Dois lados da mesma moeda**: o tempo no STF. In: Revista Direito GV, São Paulo, ed. 20, p. 639-654, jul-dez 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v10n2/1808-2432-rdgv-10-2-0639.pdf Acesso em 05 jun. 2015.

HITTERS, Juan Carlos. Controle de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación: (critérios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Revista Estudios Constitucionales.** Ano 7, v.7 n.2, 2009, p.116 . Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002009000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 25 jun. 2015.

LLOBET RODRIGUEZ, Javier. La Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia según los organos de protección de los derechos humanos del Sistema Interamericano. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.**, núm. 24, pp. 114-148, 2009. Disponível em: http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/202/196

LONDOÑO LÁZARO, Maria Carmelina. El principio de legalidad y elcontrol de convencionalidad de lasleyes: confluencias y perspectivas enelpensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado,** ano LXIII, n. 128, p. 761-814, maio/ago. 2010. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3212723>. Acesso em 24 mar. 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O tempo como pena processual: em busca do direito de ser julgado em um prazo razoável. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 22, ago 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=458>. Acesso em 15 de set. 2015.

LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao Juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul** [online]. Ano 5, v.9. Porto Alegre: DPE, 2014. Pag. 161-182. Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/11/Revista_da_Defensoria_P_blica_Ano_V_N_9_mai_ago_2014_v4.pdf#page=161>. Acesso em 10 ago. 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Roberto da Silva. O Direito Fundamental à razoável duração do processo penal. **Revista dos Tribunais,** vol. 919, p. 339, Mai 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Informe sobre el uso de laprisión preventiva enlasamericas**. Deciembre de 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf. Acesso em 20 set. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Disponível em:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso "Instituto de Reeducacióndel Menor" Vs. Paraguay. Sentencia de 02 de septiembre de 2004. Disponível em:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf. Acesso em: 30 set. 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 30 set 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Disponível em:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em: 30 set. 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Disponível em:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso López-AlvarézVs Honduras. Judgment of February 1, 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_ing.pdf. Acesso em 10 out. 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Servéllon García y otros vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Disponível em:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso AlmonacidArellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso TrabajadoresCesadosdelCongreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Sentencia de 04 de julio de 2007. Disponível em:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf. Acesso em: 20. out 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Chaparro Álvares y LapoÍñiguezVs Equador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf. Acesso em: 30 out. 2015

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Yvon Neptune vs. Haití. Sentencia de 06 de mayo de 2008. Disponível em:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf. Acesso em: 30 out. 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Bayarri vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf. Acesso em: 30 out. 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso KawasFernandéz vs. Honduras. Sentencia de 03 de abril de 2009. Disponível em:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf . Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Disponível em:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Caso Fernández Ortega y Otros vs. Mexico. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Disponível em:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf. Acesso em: 10 nov. 2015.

RAMIREZ, Sergio Garcia. Panorama Del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-20.pdf . Acesso em jul. 2015.

SAUSEN, Marlise Scheid**.** A dilação (in)devida do processo penal: entre os limites normativos e a discricionariedade judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** vol. 78, p. 163, mai. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CONSUMO DESENFREADO E CRESCIMENTO ILIMITADO: IMPACTOS NA DEGRADAÇÃO DA SAÚDE HUMANA

Marian Carla Lotin

Charles Alexandre Souza Armada

INTRODUÇÃO

A sociedade sofre diversas mudanças com o passar do tempo. E, com essas mudanças, atribui-se à sociedade um novo significado a cada época. Nos dias atuais, o lema da sociedade é "consumir para viver". Ou seja, as pessoas têm feito de suas vidas, uma eterna competição, onde quem consome muito é, teoricamente, dotado de grande valor. E, ao consumirem exacerbadamente, deixam de pensar nos riscos que podem vir a sofrer no futuro ou como podem estar expondo terceiros a estes riscos.

Ressalta-se que as observações relacionadas com os riscos não se direcionam à uma reflexão sobre o comprometimento patrimonial, alcançado por dívidas de crediários e faturas de cartões de crédito, decorrentes, por sua vez, do consumismo desenfreado. Trata-se, na verdade, de dimensionar os riscos para a saúde das pessoas em decorrência do consumo exagerado e da busca pelo crescimento sem fim, características norteadoras das sociedades contemporâneas.

O artigo justifica-se tendo em vista as grandes mudanças no cenário ambiental global com consequências diretas na saúde humana. Dessa forma, é necessária uma compreensão do papel da sociedade consumo centrista e do papel dos países na busca incessante pelo crescimento ilimitado.

O objetivo do presente artigo é analisar de que maneira que a opção pelo consumo por parte das pessoas e a opção pelo crescimento sem fim por parte dos países interfere negativamente na saúde humana. Assim, a pesquisa está dividida em três capítulos discutindo, inicialmente, a passagem da sociedade consumista para a sociedade Consumocentrista; em seguida, no segundo capítulo, discute-se a opção dos países em buscar o crescimento ilimitado de suas economias; e, por fim, no terceiro capítulo, discute-se os impactos destas opções na saúde do ser humano.

A metodologia utilizada no trabalho é o método indutivo e a operacionalização utiliza as técnicas do referente, categorias básicas, pesquisa bibliográfica e fichamento.

1. CONSUMO DESENFREADO EM BUSCA DA ACEITAÇÃO SOCIAL

A sociedade contemporânea tem base no sistema capitalista[1]. A partir do século XX, o consumo também passou a tomar conta de grande parte da sociedade e passou a ser o carro chefe da economia mundial.

Estes fatos são de conhecimento da sociedade e objeto de estudo de pesquisadores (dentre eles, destacam-se Zygmunt Bauman, Edgar Morin e Leonardo Boff), nas áreas afins. O modo de vida capitalista e, principalmente, o consumismo, está gerando danos na saúde das pessoas. Porém, essa questão não é tão latente para alguns segmentos da sociedade e para os países que tem a obrigação de zelar pela vida e pela saúde humana.

Especialistas como Pierre Bourdieu, Jean Baudrillard e Zygmunt Bauman, por exemplo, apontam que o significado que as pessoas atribuem ao consumo tem sido modificado com o passar dos anos graças as mudanças na economia e no modo de vida escolhido[2]. Um conceito relevante para explicar essas mudanças refere-se ao Consumocentrismo. Para Pereira, Calgaro e Pereira, Consumocentrismo é

> um elemento concentrador de consumo como centro do universo para o indivíduo e a sociedade moderna/contemporânea, sendo que, desse modo, o mesmo se imiscui no cotidiano das pessoas e da sociedade, causando fortes impactos socioambientais[3].

Desta forma, uma sociedade moderna de cunho consumo centrista passa a ter o consumo no âmago das decisões que envolvem os indivíduos. Além disso, este indivíduo fica sem sua identidade, passando a fazer parte de decisões sociais galgando uma transfiguração, "para ser (apenas) um consumidor heteronomamente guiado"[4]. "Sendo assim, a noção de consumocentrismo, [...] demonstra a influência do mercado nas tomadas de decisão que envolvem o consumo e os aspectos socioambientais"[5].

---

[1] PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Consumocentrismo e os seus reflexos socioambientais na sociedade contemporânea. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul, v. 6, n. 2, 2016 (p.264-279), p. 264-265.

[2] GAMBARO, Daniel. Bourdieu, Baudrillard e Bauman: O Consumo Como Estratégia de Distinção. **Revista Novos Olhares,** v. 1, n. 1, 2012. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/novosolhares/article/view/51444>. Acesso em: 06 out. 2016, p.19-26.

[3] PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Consumocentrismo e os seus reflexos socioambientais na sociedade contemporânea. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul, v. 6, n. 2, 2016, p.264-279, p. 265.

[4] PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Consumocentrismo e os seus reflexos socioambientais na sociedade contemporânea. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, p. 267.

[5] PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Consumocentrismo e os seus reflexos socioambientais na sociedade contemporânea. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, p. 267.

A categoria consumismo está inserida no cotidiano da sociedade contemporânea não por acaso, mas, com o objetivo de fazer as pessoas serem adeptas do hiperconsumo, como discorrem os autores Dinnebier, Teixeira e Jodas:

> a forma de produção e consumo adotada na Sociedade de Hiperconsumo agrava a crise ambiental, na medida em que o "consumismo" é utilizado como mecanismo de indução do mercado, que cria necessidades relativas e não mais vitais aos seres humanos, aumentando a insustentabilidade do sistema ecológico[6].

Quem busca no ato de consumir uma satisfação para suas angustias e frustações, usa o recurso de fazer compras para se sentir melhor e mais aceito em grupos sociais[7]. Contudo, esse fato não é o único motivador direto do consumo. As pessoas que são responsáveis pelo consumo podem estar livres de problemas emocionais e de autoestima e, mesmo assim, compram e trocam seus pertences a cada nova aparição de uma moda ou tendência. Esse fenômeno não chega até os consumidores por acaso, ele é planejado e construído com o objetivo de incentivar cada vez mais que compras e gastos financeiros sejam realizados.

Mesmo que não exista a real necessidade de possuir o objeto de uma compra, ela é feita sem levar em conta o que está sendo posto em jogo, em curto e em longo prazo. Todo o apelo para comprar compulsivamente é também realizado pelas mídias sociais e pela televisão, que difundem através da globalização o que os consumidores devem adquirir. Sendo assim, a globalização é uma peça chave para propagar o consumismo exagerado.

O consumo desenfreado é alimentado por certo fetichismo dos produtos e pelo processo de coisificação das pessoas (que valem o quanto têm ou aquilo que podem consumir)[8]. As pessoas, na ânsia de serem aceitas, fazem uso do consumo indiscriminadamente, "onde consumir é um fim em si mesmo, e não um meio de o ser humano alcançar uma satisfação pessoal mediante o usufruto da coisa conquistada"[9].

---

[6] DINNEBIER, Flávia França; TEIXEIRA, Jean Mattos Alves; JODAS Natália. Enfrentamento da sociedade de hiperconsumo sob a ótica da justiça ambiental e do buen vivir. In: **21º Congresso de Direito Ambiental.** v. 2. São Paulo. Disponível em <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20160708115142_2700.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016, p. 568.

[7] SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. Globalização e relações de consumo: servidão moderna e degradação ambiental. **Revista Direito Ambiental e Sociedade,** Caxias do Sul, v. 6, n. 2, 2016. Semestral. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/4258>. Acesso em: 06 out. 2016 (p.156-178), p.157.

[8] SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. Globalização e relações de consumo: servidão moderna e degradação ambiental. **Revista Direito Ambiental e Sociedade,** Caxias do Sul, v. 6, n. 2, 2016. Semestral. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/4258>. Acesso em: 06 out. 2016 (p.156-178), p.157.

[9] SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. Globalização e relações de consumo: servidão moderna e degradação ambiental. **Revista Direito Ambiental e Sociedade,** Caxias do Sul, v. 6, n. 2, 2016. Semestral. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/4258>. Acesso em: 06 out. 2016 (p.156-178), p.157.

Se a sociedade está vivendo, em um contexto de austeridades e competitividade egocêntrica, haverá um despotismo do consumo, ou seja, pouco importam as pessoas como seres humanos, pois elas são tão somente clientes em potencial para movimentação da máquina capitalista para geração e acumulação de riqueza[10].

É nesse sentido que Bauman define a atual sociedade como uma sociedade de consumidores: "os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autêntica dessa sociedade"[11].

Os seres humanos apresentam, portanto, uma eximia capacidade consumidora, mas, nessa empolgação mercadológica e consumista, acabam esquecendo que também são parte integrante do planeta.

O Consumocentrismo é capaz de causar danos ambientais na atual sociedade e muitos destes danos não poderão ser consertados nos próximos anos ou mesmo nos próximos séculos[12]. Devido a isso, o Estado deveria despender mais esforços para atuar nesse contexto. No que tange aos impactos ao meio ambiente, o consumo exagerado de bens e serviços coloca a atual sociedade frente a uma catástrofe que vai atingir toda a natureza, e também o ser humano em particular[13].

O consumismo tem a capacidade de atingir não apenas os consumidores, espécies de "marionetes" do sistema, mas, também, a todo o meio ambiente, que acaba sendo deteriorado pela falta de consciência da sociedade todas as vezes que produtos desnecessários são adquiridos e logo em seguida descartados.

Dessa forma, "o consumismo gera impactos ambientais, sociais e econômicos. Provoca degradação e poluição ambiental; acentua as desigualdades sociais; promove a concentração de riquezas e o endividamento do consumidor"[14].

Corroborando com a ideia que os recursos naturais do planeta estão se deteriorando graças ao consumo desmedido e a busca pela lucratividade, Efing e Geromini afirmam que:

---

[10] SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. Globalização e relações de consumo: servidão moderna e degradação ambiental. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, p. 162.

[11] BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. Título original: *Consuming Life,* p.76.

[12] SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. Globalização e relações de consumo: servidão moderna e degradação ambiental. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, p. 169.

[13] PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Consumocentrismo e os seus reflexos socioambientais na sociedade contemporânea. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, p. 271.

[14] SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. Globalização e relações de consumo: servidão moderna e degradação ambiental. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, p. 175.

> a busca constante por produtividade, crescimento e maximização dos lucros teve como reflexo direto o rompimento dos mecanismos pela primeira vez na história da humanidade, o seu esgotamento e, em consequência, uma incapacidade de reposição, isto é, um ciclo insustentável de produção e consumo[15].

Quando a opção escolhida é um consumismo prescindível e forçado, principalmente pelas mídias e pela televisão, conforme já exposto, consequências desastrosas em vários meios são geradas, principalmente nas esferas econômica, social e ambiental. Contudo, o consumidor deve ser apresentado aos potenciais riscos aos quais estará exposto, sejam aqueles riscos para a sua própria integridade, sejam aqueles à sociedade em que está inserido. Quando o indivíduo opta pelo consumo, deve estar ciente que possui responsabilidades para com a coletividade e para com o meio ambiente[16].

O homem atingiu um estágio ímpar de desenvolvimento nos dias atuais e uma das principais marcas desse desenvolvimento é a sociedade de consumo[17]. Porém, deve ser promovida uma nova maneira de consumir para garantir a perpetuação dos recursos naturais[18].

Para Bauman "ser membro da sociedade de consumidores é uma tarefa assustadora, um esforço interminável e difícil"[19]. Conforme o autor, a tarefa é assustadora porque os padrões de consumo impostos pela própria sociedade são diários e mutáveis, implicando num esforço, portanto, sem fim.

Essa neurose consumista é incentivada a todo o momento pela mídia, ou seja, pelas empresas, com o objetivo de obtenção de mais e maiores lucros. Paralelamente, o consumo é incentivado como alternativa de crescimento pelos países. As consequências, principalmente para o meio ambiente, contudo, nem sempre são consideradas.

---

[15] EFING, Antônio Carlos; GEROMINI, Flávio Penteado. Crise ecológica e sociedade de consumo. **Revista Direito Ambiental e Sociedade,** Caxias do Sul, v. 6, n. 2, 2016. Semestral. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3859>. Acesso em: 04 out. 2016, p. 232.

[16] SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. Globalização e relações de consumo: servidão moderna e degradação ambiental. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, p. 165.

[17] EFING, Antônio Carlos; GEROMINI, Flávio Penteado. Crise ecológica e sociedade de consumo. **Revista Direito Ambiental e Sociedade,** Caxias do Sul, v. 6, n. 2, 2016. Semestral. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3859>. Acesso em: 04 out. 2016, p. 232-233.

[18] EFING, Antônio Carlos; GEROMINI, Flávio Penteado. Crise ecológica e sociedade de consumo. **Revista Direito Ambiental e Sociedade,** Caxias do Sul, v. 6, n. 2, 2016. Semestral. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3859>. Acesso em: 04 out. 2016, p. 232.

[19] BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias, p 79.

2. A OPÇÃO EQUIVOCADA PELO CRESCIMENTO SEM FIM

A lógica econômica dos países privilegia a busca constante pelo crescimento/desenvolvimento econômico[20]. Nesse sentido, o consumo desenfreado é importante para a continuidade desta lógica econômica.

O crescimento econômico de um Estado pode significar mais emprego e renda para a sua população, mas, o crescimento desmedido é alvo de crítica, pois ele não apresenta uma lógica de crescimento/estabelecimento e, sim, uma busca incessante pelo crescimento econômico sem fim, muitas vezes sem distinguir o verdadeiro objetivo, mas que apenas objetiva o aumento do Produto Interno Bruto (PIB). Os principais autores que criticam a preocupação desmedida com o crescimento econômica são Georgescu-Roegen, Serge Latouche, Didier Harpagès, Jean-Paul Maréchal, dentre outros.

Tratando da promoção do consumo como estratégia de muitos países para o crescimento econômico, Armada apresenta que, "no Brasil, por exemplo, incentivar o consumo foi a principal alternativa para fazer frente à crise econômica iniciada em 2008, nos Estados Unidos"[21].

A atuação das corporações de grande porte também deve ser destacada tendo em vista que essa atuação desconsidera os impactos sociais e ambientais decorrentes[22]. Tais corporações têm como único objetivo a obtenção de lucros para seus acionistas, incentivando o consumo desenfreado. Hoje, se determinada atividade for lucrativa, não importa que também polua; se algo proporcionar lucro, será aproveitada até sua extinção. Caso o indivíduo decidir não consumir, será banido da sociedade. E se tiver que escolher entre a natureza e o lucro, sem dúvida escolherá o lucro[23].

Outra parcela de responsabilidade pelo atual nível de degradação ambiental global recai sobre a atuação dos governantes dos Estados[24].

---

[20] ARMADA, Charles Alexandre Souza. Por uma nova economia. *In*: BERVIAN, Luciana Merlin et al (orgs). **Caderno Científico Ceciesa – Gestão**. Vol. 1, n. 1. Itajaí: Editora da Universidade do Vale do Itajaí, 2015. p. 223.

[21] ARMADA, Charles Alexandre Souza. A Teoria do Decrescimento como alternativa para o Mito do Crescimento Econômico Contínuo. *In*: BERVIAN, Luciana Merlin et al (orgs). **Caderno Científico Ceciesa – Gestão**. Vol. 3, n. 1. Itajaí: Editora da Universidade do Vale do Itajaí, 2017. No prelo.

[22] PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Consumocentrismo e os seus reflexos socioambientais na sociedade contemporânea. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, p. 266.

[23] PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Consumocentrismo e os seus reflexos socioambientais na sociedade contemporânea. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, p. 272.

[24] PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Consumocentrismo e os seus reflexos socioambientais na sociedade contemporânea. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, p. 272.

A respeito da incompatibilidade da relação entre meio ambiente e crescimento econômico, considerando-se o entendimento de um crescimento econômico sem fim, vale ressaltar que o planeta tem operado em déficit ecológico. De acordo com estimativas realizadas pela *Global Footprint Network*, operar em déficit ecológico ocorre quando a demanda exercida pelos nossos hábitos de consumo sobre a natureza é maior que a capacidade da Terra em regenerar os recursos naturais utilizados pela humanidade[25].

O novo paradigma que se exige deve incorporar a preocupação com a qualidade de vida, a preservação do meio ambiente e a necessária inter-relação existente entre ambos. Em outras palavras, a preocupação exagerada com o consumo, por parte da população, ou com o crescimento econômico, pelos países, deve dar lugar a uma preocupação com o meio ambiente e sua preservação. É nesse sentido que Derani critica a maneira como o consumo é visto e praticado atualmente:

> Hoje, mais do que nunca, é necessário garantir-se a manutenção e melhoria das bases de conservação da vida. O posicionamento pela conservação do meio ambiente não vem após a saturação da produção de bens de consumo, somando-se a eles na forma de qualidade de vida a constituir mais um bem de consumo. A conservação das bases naturais vem como reação à própria lógica que centrou a noção de bem-estar na aquisição individual de bens de consumo, exigindo sua revisão[26].

Uma ética socioambiental é necessária. Isso implica em mudanças profundas no modo como a sociedade relaciona-se com o meio ambiente e uma conscientização dos impactos que o consumo desenfreado determina. Derani acrescenta que:

> O limite ecológico nada significa concretamente se não integrado às relações sociais. Isto é, se não transmutado em limite social. Sistemas ecológicos e seu equilíbrio em si não falam a linguagem social. São corpos estranhos. Os apelos dos cientistas às modificações sem precedentes operadas pelos homens nos sistemas ecológicos só serão incorporados em práticas ambientais ou econômicas ou sociais – como se quiser chama-las – à medida que se consiga refletir este limite ecológico como limite social, isto é, como barreira ao desenvolvimento das atividades sociais até o momento empreendidas[27].

O esgotamento dos recursos naturais está diretamente relacionado com um modo de vida específico e que caracteriza a sociedade atual. Os limites ecológicos rompidos demonstram, por sua vez, a necessidade de uma conscientização a respeito dos limites que devem ser observados na prática social do consumo exacerbado.

---

[25] WWF. **O último dia do ano nunca chegou tão cedo**. Disponível em: <http://www.wwf.org.br/?53422>. Acesso em: 06 out. 2016.

[26] DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.126.

[27] DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**, p.129.

O crescimento econômico se sustenta sobre a extração de recursos naturais, logo, o crescimento infinito não é possível uma vez que os recursos naturais não são infinitos. A extração abusiva de recursos naturais compromete não só a vida e a integridade física dos seres humanos, mas, também, pode comprometer as das gerações vindouras. Essas pagarão o preço por seus antepassados buscarem só o crescimento e o lucro e não apresentarem preocupação para com o meio ambiente[28].

A compreensão da impossibilidade de um desenvolvimento infinito permite que Morin[29] proponha, por exemplo, a alternativa de momentos de crescimento e momentos de decrescimento. A possibilidade do decrescimento leva em consideração as disparidades econômicas entre os países, ou seja, os diferentes estágios de desenvolvimento entre os países e, principalmente, a necessidade de mudança de postura em relação à exploração dos recursos naturais planetários.

Morin[30] apresenta que o desenvolvimento tem sido apresentado e adotado como a solução para todos os problemas quando, na realidade, "o desenvolvimento não é infinito e nem pode ser, ele deve ser constituído por uma série de crescimentos, decrescimentos e estabilizações. É impossível que um mundo finito tenha um crescimento infinito".

Para Boff, é possível conceituar o decrescimento econômico da seguinte maneira: "reduzir o crescimento quantitativo para dar mais importância ao qualitativo, no sentido de preservar recursos que serão necessários às futuras gerações"[31].

Para atingir o fim que é a produção de bens e serviços é necessário explorar recursos naturais, o que acaba acarretando numa devastação ambiental desenfreada

> sempre em nome do progresso e da economia, destroem-se matas, florestas, rios, e animais. Além, da poluição do ar, das águas, do mar, do solo, seja com produtos tóxicos, seja com a deposição de resíduos sólidos[32].

---

[28] ARMADA, Charles Alexandre Souza. A Teoria do Decrescimento como alternativa para o Mito do Crescimento Econômico Contínuo. *In*: BERVIAN, Luciana Merlin et al (orgs). **Caderno Científico Ceciesa – Gestão**. Vol. 3, n. 1. Itajaí: Editora da Universidade do Vale do Itajaí, 2017. No prelo.

[29] MORIN, Edgar. **A Via**: para o futuro da humanidade. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mara Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 28.

[30] MORIN, Edgar. **A Via**: para o futuro da humanidade. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mara Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 28.

[31] BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 58.

[32] COSTA, Lucio Augusto Villela da; IGNÁCIO, Rozane Pereira. Relações de Consumo x Meio Ambiente: Em busca do Desenvolvimento Sustentável. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos%20_leitura%20&artigo_id=10794&revista_caderno=5>. Acesso em: 15 out. 2016, p.1.

O sistema capitalista merece mudanças urgentes, reduzindo o objetivo indiscriminado de obtenção de lucros das grandes empresas, sem a devida preocupação com o meio ambiente social e ambiental[33].

O consumidor é levado a acreditar que sua única alternativa é comprar, sendo isso incorporado em sua conduta diariamente pelos meios de comunicação. O sistema capitalista, como mola propulsora desse processo, tem como parâmetro de sucesso econômico a grande produção de bens de consumo, incentivado pelo discurso do marketing em torno da mercadoria, envolvendo promessas de felicidade, enquanto bem estar, entre outros atributos[34].

Como citam Costa e Ignácio, uma das maneiras de frear o uso abusivo de recursos naturais no planeta seria melhorar a utilização dos recursos naturais, como aumentando o tempo de vida útil dos produtos, objetivando reduzir a exploração descontrolada dos recursos naturais, tanto os que são renováveis quanto não renováveis[35].

Com todo esse consumismo e lucros sem fim, quem acaba sofrendo é a população, e sem dúvida a parcela mais frágil dela. Suas vidas estão em risco, mas mesmo antes disso, o que está em cheque a saúde das pessoas, como será abordado no capítulo seguinte.

3. CONSEQUÊNCIAS PARA O MEIO AMBIENTE E PARA A SAÚDE HUMANA

No dia 27 de setembro de 2016 a Organização das Nações Unidas (ONU) divulgou dados alarmantes sobre os efeitos da poluição na saúde humana.

De acordo com a ONU, "cerca de 6,5 milhões de pessoas estão morrendo anualmente por doenças relacionadas à poluição do ar e 92% da população mundial vive em lugares onde os níveis de poluição excedem os limites recomendados"[36].

---

[33] PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Consumocentrismo e os seus reflexos socioambientais na sociedade contemporânea. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, p. 266.

[34] ARMADA, Charles Alexandre Souza; SCORSATO, Cristiane Bastos; VIEIRA, Ricardo Stanziola. A obsolescência planejada e a (in)sustentabilidade da sociedade de consumo contemporânea. *In*: **Congresso Brasileiro de Direito Ambiental** (20.: 2015 : São Paulo, SP) Ambiente, sociedade e consumo sustentável [recurso eletrônico] / 20. Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 10. Congresso de Direito Ambiental dos Países de Língua Portuguesa e Espanhola, 10. Congresso de Estudantes de Direito Ambiental; org. Antonio Herman Benjamin, José Rubens Morato Leite. – São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2015. 2v. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/biblioteca-virtual/anais>. Acesso em: 10 out. 2016, p. 452.

[35] COSTA, Lucio Augusto Villela da; IGNÁCIO, Rozane Pereira. Relações de Consumo x Meio Ambiente: Em busca do Desenvolvimento Sustentável. **Âmbito Jurídico,** p. 3.

[36] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. **Maior parte da população mundial vive com poluição do ar excessiva, diz ONU.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/maior-parte-da-populacao-mundial-vive-com-poluicao-do-ar-excessiva-diz-onu/>. Acesso em: 04 out. 2016.

A Organização apresenta uma classificação dos níveis de poluição em países da América Latina e da Europa. Um dos exemplos é o Brasil, que não está nos níveis dos países desenvolvidos, mas também se encontra bem distante de países que despontam os maiores níveis de poluição atmosférica.

> Com índice de 11,9, o Brasil está em posição intermediária no que se refere à poluição do ar, abaixo de outros emergentes como Rússia (17,1), China (61,8), Índia (73,6) e África do Sul (32,6), e mesmo na comparação com outros latino-americanos. O país perde, no entanto, para países como Austrália (5,8), Canadá (7,3) e Estados Unidos (8,5)[37].

Segundo dados da ONU, "o Brasil teve 14 mortes a cada 100 mil habitantes, abaixo de países como Bolívia (31) e Argentina (18), mas longe de nações com índices extremamente baixos, como Austrália (0,2)"[38].

Não é mera coincidência que a corrida para aumentar a produção e com isso a lucratividade sejam fatores determinante para o aumento da poluição atmosférica já que "as principais fontes de poluição do ar incluem modelos ineficientes de transporte, combustíveis domésticos e queima de lixo, fábricas movidas a carvão e atividades industriais"[39].

De acordo com estudos realizados, no ano de 2012 muitas mortes ocorreram devido a poluição.

> As mortes por doenças ocasionadas pela poluição do ar representaram 11,6% de todas as mortes globais. Noventa e quatro por cento das mortes ocorre devido a doenças não transmissíveis — principalmente doenças cardiovasculares, derrame, doença pulmonar obstrutiva crônica e câncer de pulmão. A poluição do ar também aumenta o risco de infecções respiratórias agudas[40].

Não é unicamente o sistema respiratório das pessoas que está sendo afetado com os altos níveis de poluição. O sistema neurológico também tem sido alvo de pesquisas que envolvem os efeitos da poluição como, por exemplo, uma pesquisa divulgada no início de setembro de 2016, realizada pela Universidade de Lancaster na Grã Bretanha, anunciou descobertas inéditas no tecido

---

[37] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. **Maior parte da população mundial vive com poluição do ar excessiva, diz ONU.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/maior-parte-da-populacao-mundial-vive-com-poluicao-do-ar-excessiva-diz-onu/>. Acesso em: 04 out. 2016.

[38] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. **Maior parte da população mundial vive com poluição do ar excessiva, diz ONU.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/maior-parte-da-populacao-mundial-vive-com-poluicao-do-ar-excessiva-diz-onu/>. Acesso em: 04 out. 2016.

[39] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. **Maior parte da população mundial vive com poluição do ar excessiva, diz ONU.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/maior-parte-da-populacao-mundial-vive-com-poluicao-do-ar-excessiva-diz-onu/>. Acesso em: 04 out. 2016.

[40] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. **Maior parte da população mundial vive com poluição do ar excessiva, diz ONU**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/maior-parte-da-populacao-mundial-vive-com-poluicao-do-ar-excessiva-diz-onu/>. Acesso em: 04 out. 2016.

cerebral de 37 pessoas. Os participantes da pesquisa, com idades entre 3 e 92 anos, os quais residiam em cidades com um alto nível de poluição, na Cidade do México e Manchester.

De acordo com Maher, foi possível indicar que nano partículas de magnetita adentram o cérebro humano e com isso podem desencadear patologias como a doença de Alzheimer[41].

Para Maher, o "mineral fortemente magnético é tóxico e tem sido implicada na produção de espécies de oxigénio reactivo (radicais livres) no cérebro humano, os quais estão associados com as doenças neurodegenerativas"[42].

A pesquisadora ainda reforça que o material encontrado é originado de fontes poluentes "encontrada em ambientes urbanos, especialmente ao lado de estradas movimentadas, e que são formadas por combustão ou aquecimento por fricção dos motores de veículos ou freios"[43].

Conforme recente relatório da Organização Mundial da Saúde (OMS), do ano de 2016, que trata da poluição do ar ambiente: "A poluição atmosférica mata cerca de 3 milhões de pessoas anualmente e está afetando todas as regiões do mundo"[44].

Em adição, a OMS apresenta em seu relatório que cerca de 90% das pessoas respiram o ar que não está de acordo com o "Air Quality Guidelines", ou seja, Diretrizes de Qualidade do Ar[45].

Dados de qualidade do ar e evidências epidemiológicas sobre os efeitos dos poluentes atmosféricos na saúde estão crescendo rapidamente. Eles vão continuar para melhorar a avaliação da exposição ao material particulado e outros poluentes, bem como para estimação da carga de doenças. Estudos epidemiológicos de longo prazo e efeitos da exposição à poluição do ar de baixa renda, nessas configurações em que a poluição do ar atinge, são níveis inaceitáveis[46].

---

[41] MAHER, Barbara. Et al. Lancaster University. **Nano partículas de poluição do ar tóxico descoberto no cérebro humano**. Disponível em: <http://www.lancaster.ac.uk/news/articles/2016/toxic-air-pollution-nanoparticles-discovered-in-the-human-brain/>. Acesso em: 05 out. 2016.

[42] MAHER, Barbara. Et al. Lancaster University. **Nano partículas de poluição do ar tóxico descoberto no cérebro humano**. Disponível em: <http://www.lancaster.ac.uk/news/articles/2016/toxic-air-pollution-nanoparticles-discovered-in-the-human-brain/>. Acesso em: 05 out. 2016.

[43] MAHER, Barbara. Et al. Lancaster University. **Nano partículas de poluição do ar tóxico descoberto no cérebro humano**. Disponível em: <http://www.lancaster.ac.uk/news/articles/2016/toxic-air-pollution-nanoparticles-discovered-in-the-human-brain/>. Acesso em: 05 out. 2016.

[44] **ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU.** Poluição atmosférica mata três milhões de pessoas por ano. **Disponível em < https://www.rtp.pt/noticias/ambiente/poluicao-atmosferica-mata-tres-milhoes-de-pessoas-por-ano_n949974>. Acesso em: 10 out. 2016.**

[45] WORLD HEALTH ORGANIZATION. HWO. **Ambient air pollution: A global assessment of exposure and burden of disease**. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/250141/1/9789241511353-eng.pdf?ua=1>. Acesso em: 10 out. 2016.

[46] WORLD HEALTH ORGANIZATION. HWO. Ambient air pollution: A global assessment of exposure and burden of disease. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/250141/1/9789241511353-eng.pdf?ua=1>. Acesso em: 10 out .2016.

Ainda de acordo com o relatório da OMS, “cerca de 87% destas mortes ocorrem em países periféricos, que representam 82% da população mundial”[47]. Os dados apresentados demonstram que os países periféricos estão absorvendo as maiores consequências e os maiores custos sociais decorrentes da poluição atmosférica.

Conforme o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), no seu relatório publicado dia 29 de maio de 2016, os níveis de poluição do ar nas zonas urbanas aumentaram em 8% de 2008 a 2013. O organismo internacional destacou a importância do uso de mais energias renováveis e de fogões ecológicos — ações vitais para o combate da situação de emergência da saúde pública[48].

Não apenas os efeitos da queima de combustíveis fósseis ou de desprezamento de lixo é capaz de atingir a saúde das pessoas. Outra forma é através da poluição feita por agrotóxicos em lavouras de todo o Brasil.

Caso que está chamando a atenção dos pesquisadores é o que ocorre no estado do Rio Grande do Sul, devido ao alto número de suicídios de agricultores, principalmente na cultura de tabaco, “em 2014, 20% de cem fumicultores entrevistados sofriam de depressão, segundo a UFRGS. O quadro depressivo por exposição aos venenos, somado a fatores sociais e culturais, pode evoluir para o suicídio”[49].

Um relatório da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa gaúcha apontava, em 1996, que 80% dos suicídios da cidade de Venâncio Aires, a maior produtora de tabaco do Estado, eram cometidos por agricultores. O mesmo estudo mostrava aumento nos suicídios quando o uso de agrotóxicos era intensificado[50]. Dados mais recentes, de 2014, apresentam que 20% de

---

[47] WORLD HEALTH ORGANIZATION. HWO. **Ambient air pollution: A global assessment of exposure and burden of disease**. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/250141/1/9789241511353-eng.pdf?ua=1>. Acesso em: 10 out .2016.

[48] **ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU.** Poluição do ar nas cidades aumenta 8% e mata 7 milhões de pessoas por ano, alertam agências da ONU**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/poluicao-do-ar-nas-cidades-aumenta-8-e-mata-7-milhoes-de-pessoas-por-ano-alertam-agencias-da-onu/>. Acesso em: 12 out. 2016.**

[49] TERRA. ‘Bomba-relógio’ de suicídios: Como uma mescla de agrotóxicos, depressão e dívidas abala grupo de agricultores gaúchos. Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/brasil/bomba-relogio-de-suicidios-como-uma-mescla-de-agrotoxicos-depressao-e-dividas-abala-grupo-de-agricultores-gauchos%2cdefae44309204d435ba5cfca857d2f2dldhp1w8u.html>. Acesso em: 12 out. 2016.

[50] TERRA. ‘Bomba-relógio’ de suicídios: Como uma mescla de agrotóxicos, depressão e dívidas abala grupo de agricultores gaúchos. Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/brasil/bomba-relogio-de-suicidios-como-uma-mescla-de-agrotoxicos-depressao-e-dividas-abala-grupo-de-agricultores-gauchos%2cdefae44309204d435ba5cfca857d2f2dldhp1w8u.html>. Acesso em: 12 out. 2016.

cem fumicultores entrevistados sofriam de depressão, conforme pesquisa da Universidade Federal do Rio Grande do Sul[51].

A poluição, os efeitos das mudanças climáticas e também a contaminação por agrotóxicos utilizados em plantações são causas direta ou indiretamente de mortes, no país e no mundo.

Diretamente relacionados com as opções promovidas pelo ser humano no seu dia a dia e pelos países no direcionamento de suas economias, impactos são observados no sistema ambiental global. Um destes impactos, relacionado com a capacidade do ser humano em interferir na dinâmica climática planetária, vem sendo estudado por cientistas de todo o planeta e que integram o Painel Intergovernamental para a Mudança Climática (IPCC, na sigla em inglês).

Criado em 1988, o IPCC teve como objetivo avaliar a relação existente entre as emissões de gases de efeito estufa, provenientes da queima de combustíveis fósseis, e o aumento da temperatura do planeta. Ressalta-se que a queima de combustíveis não renováveis é a principal fonte de energia de boa parte dos países e, ao mesmo tempo, a força motriz de suas economias na busca por PIBs continuamente crescentes.

O IPCC é um órgão que reúne cientistas de todo o mundo. Segundo o IPCC, as mudanças climáticas globais devem trazer impactos consideráveis para todos os países ao longo do século 21.

> Ao longo do século 21, espera-se que a mudança climática leve a aumento nos problemas de saúde em muitas regiões e, especialmente, nos países em desenvolvimento e de baixa renda em relação a um cenário de linha de base, sem a mudança climática (alta confiança). exemplos incluem uma maior probabilidade de lesão, doença e morte devido a ondas de calor mais intensas e incêndios (nível muito alto de confiança); aumento da probabilidade de subnutrição resultante da diminuição na produção de alimentos em regiões pobres (alta confiança); riscos de perder a capacidade e produtividade de trabalho em populações vulneráveis; e aumento dos riscos de doenças transmitidas pela água (nível muito alto de confiança) e doenças transmitidas por vetores (nível médio de confiança)[52].

Ha alguns anos, pesquisadores vem se preocupando com as doenças trazidas com as mudanças climáticas globais. Dentre elas, “destacam-se as metaxênicas, parasitárias e infecciosas, cuja incidência depende diretamente das condições climáticas”[53].

---

[51] TERRA. ‘Bomba-relógio’ de suicídios: Como uma mescla de agrotóxicos, depressão e dívidas abala grupo de agricultores gaúchos. Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/brasil/bomba-relogio-de-suicidios-como-uma-mescla-de-agrotoxicos-depressao-e-dividas-abala-grupo-de-agricultores-gauchos%2cdefae44309204d435ba5cfca857d2f2dldhp1w8u.html>. Acesso em: 12 out. 2016.

[52] INICIATIVA VERDE. **Sumário do relatório do IPCC para os tomadores de decisão** – WGIIAR5. Disponível em: <file:///C:/Users/CharlesAlexandre/Downloads/37_2015_05_04_relatorio_ipcc_portugues.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016.

[53] MENDONÇA, Francisco. Aquecimento global e saúde: uma perspectiva geográfica–notas introdutórias. Terra Livre, v. 1, n. 20, 2003 (205-221), p. 218.

Todos os dados apresentados corroboram com a ideia de que o planeta está passando por um cataclisma e a saúde das pessoas está cada vez mais afetada pelos altos níveis de poluição promovidos pelas opções de consumo da sociedade contemporânea, impulsionada, por sua vez, pelas políticas econômicas voltadas para o crescimento ilimitado dos PIBs dos países.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consumir é o grande objetivo da sociedade contemporânea. As pessoas consomem sem mesmo ter a noção do motivo que as levam a fazer determinadas escolhas. Mas este consumo tem um preço.

Os Estados estimulam o consumo desenfreado ao buscarem economias sempre em crescente expansão. Contudo, a busca pelo crescimento econômico sem fim coloca em risco os recursos naturais do planeta que, obviamente, não são infinitos.

Com esse desarranjo da sociedade, constatou-se que o ser humano está perdendo sua saúde em virtude das consequências que um consumo exagerado determina para a sociedade contemporânea.

O bem jurídico vida é alvo de ampla proteção legal, mas, mesmo assim, a integridade física, mais especificamente a saúde, está sendo prejudicada pela poluição. A poluição, o uso de agrotóxicos sem o adequado uso dos Equipamentos de Proteção Individual (EPI's), a exposição a mudanças bruscas de temperaturas, tem sido a causa de diversas patologias das mais diversas origens (respiratórias ou neurológicas).

Torna-se necessário, portanto, aliar o consumo consciente com um crescimento econômico ambientalmente responsável de maneira a preservar a saúde humana. Faz-se necessário criar estratégias que aliem o consumo centrado em atender as necessidades pessoais, (com mais responsabilidade e consciência), ao crescimento da economia, mas sem colocar em risco o meio ambiente, e também sem prejudicar a saúde das pessoas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARMADA, Charles Alexandre Souza. A Teoria do Decrescimento como alternativa para o Mito do Crescimento Econômico Contínuo. *In*: BERVIAN, Luciana Merlin et al (orgs). **Caderno Científico Ceciesa – Gestão**. Vol. 3, n. 1. Itajaí: Editora da Universidade do Vale do Itajaí, 2017. No prelo.

ARMADA, Charles Alexandre Souza. Por uma nova economia. *In*: BERVIAN, Luciana Merlin et al (orgs). **Caderno Científico Ceciesa – Gestão**. Vol. 1, n. 1. Itajaí: Editora da Universidade do Vale do Itajaí, 2015.

ARMADA, Charles Alexandre Souza; SCORSATO, Cristiane Bastos; VIEIRA, Ricardo Stanziola. A obsolescência planejada e a (in)sustentabilidade da sociedade de consumo contemporânea. *In*: **Congresso Brasileiro de Direito Ambiental** (20.: 2015 : São Paulo, SP) Ambiente, sociedade e consumo sustentável [recurso eletrônico] / 20. Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 10. Congresso de Direito Ambiental dos Países de Língua Portuguesa e Espanhola, 10. Congresso de Estudantes de Direito Ambiental; org. Antonio Herman Benjamin, José Rubens Morato Leite. – São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2015. 2v. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/biblioteca-virtual/anais>. Acesso em: 10 out. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. Título original: *Consuming Life*.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

COSTA, Lucio Augusto Villela da; IGNÁCIO, Rozane Pereira. Relações de Consumo x Meio Ambiente: Em busca do Desenvolvimento Sustentável. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos%20_leitura%20&artigo_id=10794&revista_caderno=5>. Acesso em 15. out. 2016.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINNEBIER, Flávia França; TEIXEIRA, Jean Mattos Alves; JODAS Natália. Enfrentamento da sociedade de hiperconsumo sob a ótica da justiça ambiental e do buen vivir. In: **21º Congresso de Direito Ambiental.** v. 2. São Paulo, 2016. p. 552-567. Disponível em < http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20160708115142_2700.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

EFING, Antônio Carlos; GEROMINI, Flávio Penteado. Crise ecológica e sociedade de consumo. **Revista Direito Ambiental e Sociedade,** Caxias do Sul, v. 6, n. 2, p.225-238, 2016. Semestral. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3859>. Acesso em: 04 out. 2016.

GAMBARO, Daniel. Bourdieu, Baudrillard e Bauman: O Consumo Como Estratégia de Distinção. **Revista Novos Olhares**, v. 1, n. 1, 2012. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/novosolhares/article/view/51444>. Acesso em: 06 out. 2016

INICIATIVA VERDE. **Sumário do relatório do IPCC para os tomadores de decisão** – WGIIAR5. Disponível em: <file:///C:/Users/CharlesAlexandre/Downloads/37_2015_05_04_relatorio_ipcc_portugues.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016.

MAHER, Barbara. Et al. Lancaster University. **Nano partículas de poluição do ar tóxico descoberto no cérebro humano**. Disponível em: http://www.lancaster.ac.uk/news/articles/2016/toxic-air-pollution-nanoparticles-discovered-in-the-human-brain/. Acesso em: 05 out. 2016.

MENDONÇA, Francisco. Aquecimento global e saúde: uma perspectiva geográfica–notas introdutórias. Terra Livre, v. 1, n. 20, p. 205-221, 2003.

MORIN, Edgar. **A Via**: para o futuro da humanidade. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mara Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Maior parte da população mundial vive com poluição do ar excessiva, diz ONU**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/maior-parte-da-populacao-mundial-vive-com-poluicao-do-ar-excessiva-diz-onu/. Acesso em: 04 out. 2016.**

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Poluição atmosférica mata três milhões de pessoas por ano. **Disponível em < https://www.rtp.pt/noticias/ambiente/poluicao-atmosferica-mata-tres-milhoes-de-pessoas-por-ano_n949974>. Acesso em: 10 out. 2016.**

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Poluição do ar nas cidades aumenta 8% e mata 7 milhões de pessoas por ano, alertam agências da ONU**.** Disponível em:< https://nacoesunidas.org/poluicao-do-ar-nas-cidades-aumenta-8-e-mata-7-milhoes-de-pessoas-por-ano-alertam-agencias-da-onu/>. Acesso em: 12 out. 2016.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Consumocentrismo e os seus reflexos socioambientais na sociedade contemporânea. **Revista Direito Ambiental e Sociedade,** Caxias do Sul, v. 6, n. 2, 2016 (p.264-279).

SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. Globalização e relações de consumo: servidão moderna e degradação ambiental. **Revista Direito Ambiental e Sociedade,** Caxias do Sul, v. 6, n. 2, p.156-178, 2016. Semestral. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/4258>. Acesso em: 06 out. 2016.

TERRA. 'Bomba-relógio' de suicídios: Como uma mescla de agrotóxicos, depressão e dívidas abala grupo de agricultores gaúchos. Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/brasil/bomba-relogio-de-suicidios-como-uma-mescla-de-agrotoxicos-depressao-e-dividas-abala-grupo-de-agricultores-gauchos%2cdefae44309204d435ba5cfca857d2f2dldhp1w8u.html>. Acesso em: 12 out. 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. HWO. Ambient air pollution: A global assessment of exposure and burden of disease. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/250141/1/9789241511353-eng.pdf?ua=1>. Acesso em 10 out .2016.

WWF. O último dia do ano nunca chegou tão cedo. Disponível em: <http://www.wwf.org.br/?53422>. Acesso em: 06 out. 2016.

BREVES NOTAS ACERCA DO ACORDO AMIGÁVEL NO ÂMBITO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Felipe Schmidt[1]

Inara de Fátima Moreira Dias[2]

Juliane Cristine Beher Trombetta[3]

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a disciplina do acordo amigável (*friendly settlement*) no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tal qual previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Assim, inicialmente apresenta as linhas gerais da proteção internacional dos direitos humanos, com ênfase para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, regido pela Convenção e integrado pela Comissão acima denominadas.

Em seguida, examina sucintamente a estrutura e o funcionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, notadamente quanto ao recebimento e processamento de petições e comunicações relativas às possíveis violações a direitos humanos previstos na Convenção.

Após, pretende-se analisar questões afetas à previsão convencional do acordo amigável (art. 48, 1, f c/c art. 49 da Convenção) e à sua disciplina regulamentar (art. 40 do Regulamento da Comissão), à sua natureza jurídica, à oportunidade em que é celebrado, a seu procedimento, ao papel atribuído à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela Convenção durante e depois da realização do acordo, à obrigatoriedade ou facultatividade deste, às vantagens aos interessados

[1] Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com atuação na Comarca de Chapecó, e Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI. E-mail: FelipeSchmidt@mpsc.mp.br

[2] Bacharel em Direito pela UNOESC, Especialista em Direito Previdenciário – Damásio Educacional. Advogada. E-mail: inaramoreiradias@gmail.com

[3] Graduada em Direito pela UNOESC, aprovada no XXVII Exame da OAB, advogada OAB/SC 55.797. Já atuou como estagiária de promotoria no MPSC. Atualmente atua como auxiliar de departamento jurídico no escritório de advocacia Darcísio Muller & Advogados Associados. Interessa-se por diversas áreas do direito, tais como, cível, previdenciária, trabalhista, tributária e administrativa. E-mail: julli.cristine@gmail.com

decorrentes de sua celebração, à posição ou situação de terceiros em face do acordo e às diversas medidas a serem adotadas em caso de êxito ou de insucesso na celebração da avença.

Por fim, são tecidas as considerações finais.

O trabalho se vale do método dedutivo, indo do geral ao particular na apreciação da matéria, e tem o objetivo de compreender a disciplina do acordo amigável no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

1 OS SISTEMAS GLOBAL E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: LINHAS GERAIS

A proteção internacional dos direitos humanos se dá por intermédio de um sistema global, no âmbito das Nações Unidas, e de sistemas regionais, no âmbito dos continentes, alcançando América, Europa e África. Quanto à Ásia, "não existe sequer expectativa de conclusão de uma convenção regional ou sub-regional de direitos humanos, menos ainda a instituição de uma Comissão ou Corte Asiática para a proteção desses mesmos direitos"[4].

O sistema global de proteção internacional dos direitos humanos, que teve início no Pós-2ª Guerra Mundial, é gerido pela Organização das Nações Unidas e tem seu regime jurídico integrado pela Carta da ONU (1945), pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). O conjunto desses instrumentos é chamado de Carta Internacional dos Direitos Humanos[5].

No âmbito regional, a organização dos diversos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos fica a cargo de organismos continentais, quais sejam, o Conselho da Europa, a Organização dos Estados Americanos e a União Africana, que organizam cada sistema tendo em conta as especificidades e os interesses regionais.

O Sistema Interamericano tem seu regime jurídico composto pela Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948), pela Convenção Americana de Direitos Humanos, o chamado Pacto de São José da Costa Rica (1969),

[4] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos**. Uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano. São Paulo, RT, 2011; p. 15.

[5] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos.** p. 13/14.

e pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o chamado Protocolo de São Salvador (1988). Há ainda outros instrumentos internacionais de proteção a direitos humanos específicos no âmbito desse sistema, versando sobre a abolição da pena de morte (1990), a prevenção à tortura (1985), o combate à violência contra a mulher (1994) e ao tráfico internacional de menores (1994) e à proteção a pessoas com deficiência (1999), entre outros.

Desses instrumentos normativos, interessa para este estudo, à vista da delimitação de seu objeto, o Pacto de São José da Costa Rica, celebrado em 1969, que entrou em vigor em 1978 e ao qual o Brasil aderiu em 1992. A esse tratado apenas os membros da Organização dos Estados Americanos podem aderir, sendo certo que os Estados Unidos e o Canadá não o ratificaram, e não se mostram dispostos a fazê-lo[6].

Ademais de prever diversos direitos humanos a merecer proteção do continente americano, o Pacto de São José da Costa Rica disciplina dois relevantes órgãos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, dos quais aquela será objeto de consideração em seguida.

2 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1959, é anterior ao Pacto de São José da Costa Rica, sendo simultaneamente órgão da Organização dos Estados Americanos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, portanto com funções bifrontes[7], das quais apenas as afetas à Convenção ora serão estudadas.

Cabe à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de maneira geral, conhecer de assuntos relacionados à proteção, pelos Estados-parte da Convenção, aos direitos humanos nela tutelados (art. 33, a, da Convenção). De forma mais específica, compete-lhe estimular a consciência dos direitos humanos na América, formular recomendações aos governos dos Estados- membros quanto à tutela dos direitos humanos, preparar estudos e relatórios quanto à proteção dos direitos humanos, solicitar aos Estados-membros informações em matéria de direitos humanos, atender a

[6] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos. p. 21.

[7] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos. p. 24.

consultas formuladas pelos Estados-membros acerca de questões afetas a direitos humanos, adotar providências em face de petições e comunicações que receberem quanto a possíveis violações a direitos humanos e apresentar relatório anual de suas atividades à Assembleia-Geral da OEA (art. 41 da Convenção). É de se pontuar que a Comissão não tem função jurisdicional, que é afeita, no Sistema, à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão representa todos os membros da OEA (art. 35 da Convenção) e é composta por sete pessoas de alta autoridade moral e elevado saber em direitos humanos (art. 34 da Convenção), eleitas a título pessoal pela Assembleia-Geral da OEA a partir de candidatos propostos pelos Estados- membros da Organização (art. 36, 1, da Convenção), sendo vedada a presença simultânea de mais de um nacional do mesmo Estado (art. 37, 2, da Convenção).

Qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em algum dos Estados-membro da OEA pode dirigir à Comissão petições com notícia de possíveis violações a direitos humanos previstos na Convenção, praticadas, em tese, por Estado-parte desta (art. 44 da Convenção). Note-se que os indivíduos não têm possibilidade de acesso direto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, devendo peticionar à Comissão, que, após a adoção de medidas de sua alçada, que a seguir serão referidas, poderá encaminhar o caso à Corte.

Cabem ainda comunicações de gênese de um Estado-Parte em face de outro Estado-Parte acerca de violações a direitos humanos previstos na Convenção, desde que o Estado comunicante tenha previamente reconhecido a competência da Comissão (art. 45, 1, 2, da Convenção).

Essas petições e comunicações têm diversos requisitos formais de admissibilidade, cabendo destacar a necessidade de prévio esgotamento dos recursos da jurisdição interna, sua formulação em 6 (seis) meses da notificação da decisão definitiva no âmbito interno, a inexistência de outro processo sobre o caso pendente de solução internacional e a necessidade de qualificação completa do peticionante (art. 46, 1, da Convenção). Aqueles requisitos são excepcionados quando não houver, na legislação interna, previsão de devido processo legal para a tutela do direito violado, não tiver sido concedido ao prejudicado acesso aos recursos da jurisdição interna ou nesta houver demora injustificada para a solução do caso (art. 46, 2, da Convenção). A inadmissibilidade da petição ou comunicação se dá na hipótese de inobservância daqueles requisitos, de omissão de narrativa de fatos que caracterizem, em tese, violação a direitos humanos previstos na Convenção, de petição ou comunicação manifestamente infundada ou evidentemente improcedente ou quando a petição ou comunicação for substancialmente reprodução de manifestação anterior já examinada pela Comissão ou outro organismo internacional (art. 47 da Convenção).

Quanto ao processamento das petições e comunicações perante a Comissão, preceitua a Convenção que, ao receber o expediente, aquele órgão examinará sua admissibilidade e, se reconhecê-la, solicitará informações ao Estado ao qual pertença a autoridade indicada como responsável pela violação considerada, fixando prazo razoável para resposta.

Recebidas as informações ou decorrido o prazo para prestá-las, verificará se subsiste a alegada violação a direitos humanos previstos na Convenção, arquivando o expediente em caso negativo, examinará sua admissibilidade ou improcedência à luz das informações prestadas ou examinará a matéria versada na petição ou comunicação, podendo realizar investigação, pedir mais informações aos Estados interessados ou outras pessoas, colocando-se à disposição dos envolvidos para buscar uma solução amistosa da questão (art. 48, 1, da Convenção).

À vista dessa última atribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é que se introduz o tema objeto deste estudo.

Assim, delineados esses aspectos mais gerais acera da matéria, passa- se à análise da disciplina do acordo amigável (*friendly seetlement*) no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

2 O ACORDO AMIGÁVEL NO ÂMBITO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deve colocar-se à disposição dos interessados com vista a alcançar um acordo amigável acerca de controvérsia relativa a alegada violação a direitos humanos reconhecidos na Convenção (art. 48, 1, f c/c art. 49 da Convenção), na Declaração Americana e em outros instrumentos aplicáveis (art. 40 do Regulamento da Comissão), solução que deve ser fundada no respeito a esses mesmos direitos.

Segundo Adriano Fernandes Ferreira, o procedimento de conciliação para busca do acordo amigável tem natureza jurídica político-diplomática, consistindo numa concertação para chegar a um acordo acerca de um interesse comum das partes, mas que se distingue da negociação diplomática tradicional, que como regra envolve Estados[8].

[8] FERREIRA, Adriano Fernandes. Elementos de Direitos Humanos e o Sistema Interamericano. 02/06/2016. Disponível em: <https://play.google.com/store/books/details?id=YlhHDAAAQBAJ&rdid=book-YlhHDAAAQBAJ&rdot=1&source=gbs_vpt_read&pcampaignid=books_booksearch_viewport>. Acesso em: 06 jan. 2017.

O acordo amigável é buscado a partir de uma petição ou comunicação que chegue ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relatando possível violação a direitos humanos assegurados naqueles documentos internacionais.

A conciliação pode se dar em qualquer etapa do exame de uma petição ou caso, após a admissibilidade destes pela Comissão, na chamada, por Valerio de Oliveira Mazzuoli, *fase conciliatória* da atuação da Comissão[9].

Todavia, não há, na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), disposições acerca de como se procede nessa fase de conciliação, do que se infere que ela é informal, dispondo o Regulamento da Comissão, de forma genérica (e lacunosa), que esse órgão poderá atribuir a um ou mais de seus membros, se entender necessário, a tarefa de facilitar a negociação entre as partes (art. 40.3).

De qualquer modo, o acordo amigável precede a adoção, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de suas próprias conclusões, acompanhadas da expedição de recomendações aos interessados, bem assim a tomada de outras providências mais drásticas, tais qual a remessa da matéria à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos[10].

A proposição de acordo às partes, tal qual a adoção de outras providências posteriores tendentes a conduzi-las ao equacionamento consensual do conflito (audiências, reuniões etc.) são atividades que consubstanciam o papel conciliatório que é assinalado à Comissão pela Convenção[11].

Quanto à obrigatoriedade ou não da propositura do acordo pela Comissão, as regras de procedimento do órgão estabelecem que, por sua própria iniciativa ou a requerimento de qualquer das partes, a Comissão *deve* colocar-se à disposição das partes para encontrar um acordo amigável[12].

Assim, por vezes os Estados têm apresentado objeções preliminares aduzindo que a Comissão não atentou para a obrigação de promover o acordo amigável entre o peticionário e o Estado, em conformidade ao que prevê a Convenção[13]. Acerca desse ponto, a jurisprudência da

---

[9] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos**. p. 28.

[10] FERREIRA, Adriano Fernandes. **Elementos de Direitos Humanos e o Sistema Interamericano.** 2. ed. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 103.

[11] FERREIRA, Adriano Fernandes. **Elementos de Direitos Humanos e o Sistema Interamericano.** 2012. p. 104.

[12] PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-american Court of Human Rights.** 2º ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 107.

[13] PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-american Court of Human Rights.** p. 107.

Corte variou do sentido inicial de que a promoção do acordo amigável era essencialmente discricionária à Comissão, para aquele segundo o qual a Comissão pode recusar a realização do acordo apenas em casos excepcionais e por boas razões, até o último entendimento de que o procedimento não é obrigatório e que omiti-lo não contraria a admissibilidade ou a jurisdição da Corte para resolver o litígio[14].

A despeito dessa inteligência mais recente da Corte, a prática da Comissão é fazer-se disponível para um acordo amigável entre as partes. Contudo, se ambas as partes de plano declinam do acordo, a Comissão geralmente não avança no sentido de obtê-lo. Ademais, se as partes entram em negociação para acordo amigável que ao final não se mostra frutífero, a Comissão encerra sua intervenção quanto à promoção da avença, dando seguimento à apreciação da matéria[15].

Assim, apesar de a Corte não exigir que a Comissão procure entabular acordo amigável em todos os casos, a prática da Comissão de fazê-lo eliminou efetivamente aquela objeção preliminar pelos Estados, o que acabou por abreviar a solução dos casos perante a Corte[16].

No que tange às partes, para que haja acordo amigável devem elas demonstrar um consenso básico em encerrar o conflito pelo mérito e resolver possíveis reparações[17]. Nessa linha, o art. 40.2 do Regulamento da Comissão prevê que "o início e a continuação do procedimento de solução amistosa basear-se-ão no consentimento das partes". Todavia, o consentimento para negociar pode estar submetido a algumas condições que as partes apresentem para aderir ao procedimento conciliatório[18].

Do exposto, pode-se inferir que não é obrigatória a conciliação.

O processo de acordo amigável ocorre sem intervenção judicial (vale dizer, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos), e confere ao peticionário a possibilidade de obter a composição mais rápida do litígio, ao Estado a possibilidade de encontrar uma saída política para a controvérsia (e sem o reconhecimento por uma Corte Internacional de Justiça de que o Estado violou direitos humanos)[19][16] e a ambos a possibilidade de uma solução negociada, que prestigie sua autonomia,

[14] PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-american Court of Human Rights.** p. 107/108.

[15] PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-american Court of Human Rights.** p. 108.

[16] PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-american Court of Human Rights.** p. 108.

[17] PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-american Court of Human Rights.** p. 106.

[18] FERREIRA, Adriano Fernandes. **Elementos de Direitos Humanos e o Sistema Interamericano.** p. 105.

[19] PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-american Court of Human Rights.** p. 106/107.

sem a substituição de suas vontades pela decisão de um órgão jurisdicional, que em princípio foge ao controle daqueles.

Mas as estipulações do acordo vão além dos interesses dos peticionários e dos Estados. Para os terceiros, que não são partes, e sofreram violações similares a seus direitos humanos, o acordo é favorável porque nele o Estado pode consentir em adotar legislação e procedimentos que irão assisti-los[20]. Ademais, como o peticionário pode ser alguém diverso da vítima, a Comissão também deve verificar se a vítima ou seus sucessores consentiram com o acordo, antes de validá-lo[21].

Na forma do art. 40.4 do Regulamento da Comissão, esta poderá dar por concluída sua intervenção no procedimento de solução amistosa do conflito se advertir que o assunto não é suscetível de resolução por essa via ou se alguma das partes decidir retirar-se dele, não concordar com sua aplicação ou não se mostrar disposta a chegar a uma solução amistosa fundamentada no respeito aos direitos humanos[22]. Nada impede, contudo, que, encerrada a intervenção da Comissão, as partes possam continuar a negociar de forma direta e posteriormente lhe submetam um acordo para ser homologado[23].

De qualquer modo, acordos amigáveis podem resultar em distintas fórmulas para resolver controvérsias sobre alegadas violações a direitos humanos[24], que não necessariamente seriam adotadas no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ao final do procedimento de conciliação, se as partes alcançam um acordo amigável, a Comissão adota um breve relatório que inclui uma sucinta exposição dos fatos e da solução adotada, o envia a ambas as partes e, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, o publica. É o *primeiro informe* ou *informe preliminar*, segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli[25]. Sobre a matéria, prevê a Convenção (art. 49):

> Se se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, f, do artigo 48, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados Partes nesta Convenção e, posteriormente, transmitido, para sua publicação, ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução

[20] PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-american Court of Human Rights.** p. 107.

[21] PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-american Court of Human Rights.** p. 108.

[22] FERREIRA, Adriano Fernandes. **Elementos de Direitos Humanos e o Sistema Interamericano.** p.103.

[23] FERREIRA, Adriano Fernandes. **Elementos de Direitos Humanos e o Sistema Interamericano.** p.105.

[24] PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-american Court of Human Rights.** p. 107.

[25] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos**. p. 28

> alcançada. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível.[26]

Ademais, como anota Valerio de Oliveira Mazzuoli, no relatório "a Comissão irá expor também os métodos que empregaram as partes a fim de chegarem a uma solução amistosa" (*sic*).[27]

Todavia, finda essa fase, a Comissão mantém sua atribuição sobre os casos nos quais as partes adotaram um acordo amigável, com o fito de monitorar seu cumprimento, podendo para tanto solicitar informações ao Estado e ao peticionário acerca do atendimento do que foi acordado, sem prejuízo de outras medidas de acompanhamento que considerar oportunas (realização de diligência *in loco*, de audiências etc.).[28]

Ademais, ainda quando os procedimentos perante a Comissão tenham terminado e o caso tenha sido encaminhado à Corte, no interesse da economia processual, a Comissão pode continuar na condição de conciliadora, se as partes assim concordarem. Da perspectiva tanto da vítima quanto do Estado, um acordo amigável imediato pode ser preferível a um futuro e incerto julgamento da Corte. Se os peticionários e o Estado alcançam um acordo quando o caso já está perante a Corte, esta desempenha um papel de análise da admissibilidade e dos efeitos judiciais do acordo[29]26.

Contudo, se não for alcançada uma solução amistosa para a controvérsia, a Comissão dará seguimento à tramitação da petição ou caso. Conforme Valerio de Oliveira Mazzuoli, "na prática, nem sempre é possível uma solução amistosa, sendo certo que muitos Estados ainda se negam a proteger os interesses daqueles que tiveram seus direitos violados recusando-se a propor à vítima uma solução amigável".[30]

Nesse caso, mostra-se aplicável o disposto nos arts. 50 e 51 da Convenção, como aponta Valerio de Oliveira Mazzuoli:

> Infelizmente, são raras as vezes em que se logra chegar a uma solução amistosa, sendo necessário então que se proceda de acordo com os arts. 50 e 51 da Convenção, caso em que poderá o Estado ser demandado perante a Corte ou ser repreendido pela Comissão (caso não seja submetido à Corte, por ainda não ter o Estado aceito sua competência contenciosa) no seu *segundo informe*.[31]

---

[26] SALIBA, Aziz Tuffi (org.). **Legislação de Direito Internacional. Constituição Federal.** 5. ed. São Paulo: Rideel, 2010. p. 194

[27] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica. v. 4. São Paulo: RT, 2008. p. 234.

[28] FERREIRA, Adriano Fernandes. **Elementos de Direitos Humanos e o Sistema Interamericano.** p.109.

[29] PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-american Court of Human Rights.** p. 108/109.

[30] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. p. 233.

[31] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. p. 234.

Acerca do procedimento a ser seguido nessa hipótese, colhe-se da doutrina de Flávia Piovesan:

> Entretanto, se não for alcançada qualquer solução amistosa, a Comissão redigirá um relatório, apresentando os fatos e as conclusões pertinentes ao caso e, eventualmente, recomendações ao Estado-parte. Como observa Thomas Buergenthal: "É importante notar que o relatório elaborado pela Comissão, na terceira fase do procedimento, é mandatório e deve conter as conclusões da Comissão indicando se o Estado referido violou ou não a Convenção Americana". O relatório é encaminhado ao Estado-parte, que tem o prazo de três meses para conferir cumprimento às recomendações feitas.
> Durante esse período de três meses, o caso pode ser solucionado pelas partes ou encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos.
> Se, ao longo desse prazo, o caso não for solucionado pelas partes e nem mesmo for submetido à Corte, a Comissão, por maioria absoluta de votos, poderá emitir sua própria opinião e conclusão. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo, dentro do qual o Estado deverá tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação. Vencido o prazo fixado, a Comissão decidirá, por maioria absoluta de votos de seus membros, se as medidas recomendadas foram adotadas pelo Estado e se publicará o informe por ela elaborado no relatório anual de suas atividades.
> No entanto, como já dito, no período de três meses, contados da data da remessa do relatório ao Estado denunciado, o caso poderá ser encaminhado à apreciação da Corte Interamericana, que é o órgão jurisdicional desse sistema regional. Apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana, não estando prevista a legitimação do indivíduo, nos termos do art. 61 da Convenção Americana.[32]

Assim, vê-se que mesmo na hipótese de não obtenção de acordo amigável a questão poderá ser solucionada fora do âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que evidencia a opção primordial do Sistema pelo equacionamento consensual dos conflitos.

Em suma, esses são os breves apontamentos por ora cabíveis acerca da realização de acordo amigável entre as partes no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim do presente estudo, são oportunas as considerações seguintes: A proteção dos direitos humanos se dá no âmbito global e regional,

aquele a cargo da ONU e este de organismos continentais, cada um deles com seus próprios atos normativos de regência.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem como principal ato normativo de regência a Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada Pacto de São José da Costa Rica (1969), que prevê diversos direitos humanos a merecer proteção do continente americano e disciplina dois relevantes órgãos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, quais

[32] PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; pp. 332/333

sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem entre suas atribuições conhecer de petições e comunicações relativas a possíveis violações a direitos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, podendo no curso de sua atuação propor acordo amigável entre os interessados em dado caso.

O acordo amigável tem previsão convencional no art. 48, 1, f c/c art. 49 da Convenção e regulamentar no art. 40 do Regulamento da Comissão.

A natureza jurídica do acordo amigável é político-diplomática.

O acordo amigável ocorre a qualquer momento após a admissibilidade de uma petição ou comunicação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Não há nas normas de regência clara previsão de procedimento para a entabulação do acordo amigável, do que se infere que ele é informal.

O papel conferido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos é de proposição do acordo amigável às partes, adoção de providências que conduzam à sua aceitação por estas e fiscalização de seu cumprimento, caso entabulado.

O acordo amigável não se reveste de obrigatoriedade, tanto no que tange à sua proposição pela Comissão quanto no que toca à sua aceitação pelas partes.

A celebração do acordo amigável tem como vantagem, em suma, para o peticionário resolver o conflito de modo mais célere, para o Estado obter uma solução política fora da Corte e para ambos ter valorizada sua autonomia decisória.

Os terceiros que foram vítimas de violação semelhantes a seus direitos humanos têm a vantagem de ser beneficiados com eventuais modificações legislativas ou procedimentais adotadas pelo Estado como decorrência da celebração e cumprimento do acordo amigável.

As vítimas da violação a direitos humanos que constitui objeto do acordo amigável devem ser previamente ouvidas pela Comissão acerca de seus termos, notadamente quanto ao valor de eventual reparação de danos.

Em caso de entabulação do acordo amigável, a Comissão redigirá um relatório, encaminhado ao peticionário e ao Estado-parte e posteriormente publicado, contendo breve exposição dos fatos e da solução alcançada, sem prejuízo dos meios empregados para estabelecimento do consenso.

Caso o acordo amigável não tenha êxito, a Comissão redigirá um relatório, de natureza mandatória, contendo os fatos e conclusões pertinentes e recomendações ao Estado-parte, que terá três meses para cumpri-las, prazo no qual o caso pode ser solucionado pelas partes ou encaminhado à Corte.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

FERREIRA, Adriano Fernandes. **Elementos de Direitos Humanos e o Sistema Interamericano.** 02/06/2016. Disponível em:<https://play.google.com/store/books/details?id=YlhHDAAAQBAJ&rdid=book-YlhHDAAAQBAJ&rdot=1&source=gbs_vpt_read&pcampaignid=books_booksearch_viewport>. Acesso em: 06 jan. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos**. Uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano. São Paulo: RT, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. V. 4. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: RT, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em:

<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017.

PASQUALUCCI, Jo M. ***The Practice and Procedure of the Inter-american Court of Human Rights***. 2º ed. *Cambridge: Cambridge University Press*, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALIBA, Aziz Tuffi (org.). **Legislação de Direito Internacional**. Constituição Federal. 5ª ed. São Paulo: Rideel, 2010.

.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: AUTONOMIA DA VONTADE NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 124.306/RJ NO ÂMBITO DA 1° TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Jonas Jesus Belmonte[1]

INTRODUÇÃO.

Este artigo tem como objetivo apresentar algumas reflexões sobre os elementos mínimos que compõe a Dignidade da Pessoa Humana e quais foram as suas contribuições no julgamento da interrupção voluntária da gravidez no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Sem a pretensão de esgotar os argumentos que ao longo dos anos têm sido esgrimidos em sentido favorável e contrário a utilização e limitação da Dignidade da Pessoa Humana, pretende-se nesse trabalho evidenciar como este conceito vem sendo trabalhado na corte suprema, sobretudo, no enfrentamento do Habeas Corpus 124.306/RJ.

A interrupção voluntária da gravidez é uma questão altamente controvertida no globo. As legislações dos diferentes Estados Soberanos oscilam da criminalização e da proibição completa até o acesso praticamente irrestrito ao aborto. Isto porque há aqueles que defendem o direito à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher e os que se manifestam pela defesa implacável do direito vida do feto. Embora, seja uma conduta típica no âmbito da legislação penal brasileira, a interrupção da gravidez é algo feito por muitas mulheres, principalmente durante o primeiro trimestre. Em países como Canadá, Estados Unidos, França, Nova Zelândia e Itália, essa conduta foi eliminada dos códigos penais na década de 70.[2]

O constitucionalismo democrático tem por fundamento e objetivo a Dignidade da Pessoa Humana.[3] Apesar de seu grande apelo moral e spiritual, a dignidade dentro de uma democracia pode ser invocada por qualquer parte conflitante, na medida em que enquanto houver relações sociais haverá Dignidade. Sendo assim, naturalmente, no propósito de não a banalizarmos, traremos à baila

[1] Advogado, pós-graduando em Direito Público (IFSC), mestrando em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

[2] Canadá no ano de 1969; Estados Unidos em 1973; França em 1975; Nova Zelândia em 1977 e Itália em 1978. BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução. Humberto Laport de Melo. 4° reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 102.

[3] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo, p.273

diferentes enfoques e concepções com o intuito de ao final contextualizarmos com o julgado (HC 124.306/RJ).

Para tanto, abordar-se-á sobre a origem da Dignidade da Pessoa Humana no contexto dos Direitos Fundamentais. Em seguida, buscar-se-á com auxílio da doutrina distinguir os elementos mínimos que à integram, a saber: valor intrínseco de todo seres humanos; autonomia de cada indivíduo e seu valor comunitário.

De posse desse conhecimento, adentrar-se-á na análise da manifestação da 1° turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ (Destaca-se que o Habeas Corpus não foi conhecido, porém foi visto como substitutivo do recurso ordinário constitucional), mais precisamente o acordão do julgado. O qual trouxe à baila interrupção voluntária da gravidez, sendo que o tema central da controvérsia foi o enfrentamento do aborto na perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana. Para a presente pesquisa foi utilizado o método indutivo, operacionalizado pela técnica de Pesquisa Bibliográfica a legislação, titulação, doutrina e jurisprudência.

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO APORTE TEÓRICO PARA A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes mesmo de adentrar no histórico acerca da Dignidade da Pessoa Humana, é preciso ter consciência da origem da palavra dignidade, a qual é derivada do latim *Dignitas*, que consiste em "virtude honra e consideração, em regra se entende a qualidade moral, que possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que se é tida, "compreende-se também pelo próprio procedimento da "pessoa pelo qual se faz merecedor de um conceito público. "[4]

Entende-se que o momento de criação da Dignidade da Pessoa Humana – instituto fundamental para a humanidade –, deu-se ainda na idade antiga com o povo judeu. Isto porque a lei divina (os dez mandamentos) era um modelo de conduta com a finalidade de pautar os homens a viver em sociedade.[4]

[4] SILVA de Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes – 31. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.467.

Fabio Konder Comparato, ao dissertar sobre a afirmação histórica dos direitos humanos, vê no período Axial[5] os primeiros enunciados que estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida.

A primeira discussão conceitual acerca da dignidade do ser humano ocorreu no concílio ecumênico de Nicéia em 325 D.C. Ora, foi no concílio que os padres se debruçaram sobre a dicotomia: *ser celestial e ser humano*. E, discutindo sobre a natureza de Jesus Cristo, decidiram que este possuía as duas naturezas, isto é, celestial e humana em uma só aparência.[6]

A segunda fase, inaugurou-se com Boécio.[7] São Tomás de Aquino, foi quem, pela primeira vez, cunhou a expressão *dignitas humana*, afirmando que "[...] a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem enquanto indivíduo. Já na era da Renascença, quem advogou nesse sentido foi Giovanni Pico Della Mirandola, que a seu tempo, defendeu uma forma livre e independente do ser humano escolher o seu próprio destino.[8]

Luís Roberto Barroso[9] ao abordar sobre a origem e evolução da Dignidade da Pessoa Humana afirma que a *Oratio de hominis Dignity* "Oração Sobre a Dignidade do Homem" discurso proferido pelo Conde de Mirandola é considerado o manifesto fundador do humanismo renascentista.

A terceira fase do conceito teórico de Dignidade da Pessoa Humana foi problematizada pelo filósofo *Immanuel Kant,* [10] que assinalou a diferença entre coisas e pessoas, de maneira que o "ser humano, de modo geral, todo ser racional, existe com um fim em si mesmo, não simplesmente como um meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se ao seu arbítrio". Assim, todo homem tem e possui *dignidade e não preço.*

Hodiernamente, a Dignidade da Pessoa Humana não é, simplesmente, um direito, mas um atributo que todo ser humano possui, dispensando saber qual é a sua origem, sexo idade, cor, condição social ou qualquer outro elemento que possa ser diferenciador. Outrossim, o sistema

[5] Período axial é o período compreendido entre o século VIII e II A.C, e teve seu início no célebre século de Homero, concomitantemente ao do profeta Isaias. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2. Ed. Ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2001, p.09.

[6] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, p.18.

[7] Essa concepção, formulada no período medieval, foi essencial para a elaboração do princípio da igualdade dos seres humanos, ressalvado, é claro, as diferenças individuais e grupais de ordem biológica e cultural, de maneira que torna o núcleo do conceito universal dos direitos humanos. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. p.19.

[8] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 37

[9] BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial, p. 17.

[10] KANT, Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964, p. 50.

jurídico não possui o condão de conferir a dignidade a ninguém especificamente, *mas tem a função de protegê-la contra qualquer tipo de violação*[11].

Superada a elucidação de Dignidade de Pessoa Humana adentrar-se-á no contexto dos Direitos Fundamentais. Assim há de se fazer um esclarecimento acerca da sua expressão. Insta ressaltar eles foram gradativamente constituindo-se numa integração ao patrimônio comum da humanidade. O progresso da sua positivação e evolução, foram as principais temáticas dentro dessa mutabilidade. De acordo com Canotilho, "os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta".[12]

A *Magna Charta Libertum* de 1215, pacto firmado pelo Rei João Sem-Terra[13], não passou de mero referencial para as futuras elaborações dos Direitos Humanos[14] ou dos Direitos Fundamentais, pois, nele, apenas os nobres receberam prerrogativas, contudo foi a primeira manifestação do *Rule of law*, como limitador do poder estatal.

Os Direitos Fundamentais surgiram com a necessidade de proteger o homem do poder Estado, a partir dos ideais advindos do Iluminismo[15] dos séculos XVII e XVIII, mais sobretudo com as concepções das constituições escritas. O constitucionalismo está intrinsecamente ligado ao surgimento dos direitos fundamentais. Dessa forma, é preciso estudar o movimento constitucional para entender essa problemática.[16]

A Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus (1679) e o Bill of Rights[17] (1688) foram sem sombra de dúvida, marcos significativos que corroboraram com a aparição dos Direitos Fundamentais. Promulgado um século antes da Revolução Francesa, e consequentemente antes do movimento constitucionalista, o Bill of Rights, foi o documento primeiro que limitou o poder

[11] NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. – São Paulo: Método, 2008, p. 211.

[12] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.393.

[13] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p.92.

[14] Os Direitos Humanos é uma expressão intrinsicamente ligada ao Direito Internacional Público, isto é, Direitos garantidos por normas de índole internacional. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Metodo, 2016, p. 23.

[15] O iluminismo se caracterizou pela busca do conhecimento através da racionalidade científica onde as teorias se propunham a desmistificar o conhecimento, combatendo o misticismo religioso, bem como todo conhecimento considerado obscuro e/ou impreciso e que, portanto, que colocava os indivíduos diante de um Deus que os mantinha aprisionados numa sociedade onde tudo devia ser aceito como oriundo da vontade divina. SANTOS, Boaventua de Santos. **Para um Novo Senso Comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 26

[17] O Bill Of Rights pôs fim, pela primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime da monarquia absoluta, no qual todo poder emana do Rei e em seu nome é exercido. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. p. 88.

absoluto do Rei, de maneira que este documento fez com que houvesse, pela primeira vez, uma representação de poder avessa a do monarca.

Na América, a primeira aparição dos Direitos Fundamentais, ocorreu apenas no século XVIII. A Declaração de Direitos do povo da Virgínea, de 1776. Nas palavras de Fábio Konder Comparato, ao definir o Bill of Rights norte-americano aduz que:

> É preciso, no entanto, assinalar que nesse campo dos direitos individuais, os norte-americanos foram, incontestavelmente, pioneiros. A declaração da Virgínia é de 12 de junho de 1776, sendo coeva, portanto, do movimento de independência dos Estados Unidos[18]

Já para Paulo Bonavides, apontando para o outro lado do atlântico, mais precisamente para o cenário europeu, afirma que "é neste sentido que a, Revolução Francesa, fixando direitos civis e políticos para que gradativamente fossem alcançados os princípios universais" do lema "liberdade, igualdade e fraternidade" (*Liberté, Egalité, Fraternité*). Veja-se que Declaração Francesa, de 1789, a celebre "Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão" fora a grande precursora dos Direitos Fundamentais caracterizados pela posição de resistência ou de oposição frente ao Estado.[19]

A positivação dos Direitos Fundamentais significa a positivação na ordem jurídica dos direitos considerados "naturais" e "inalienáveis" do indivíduo, isto é, direitos que são inerentes a pessoa humana.[20]

Pode-se apontar basicamente, dois princípios que servem de esteio lógico à ideia de Direitos Fundamentais: o Estado de Direito (*Rule of law)* e a Dignidade Humana. Nesse sentido, José Afonso da Silva adverte que o conceito clássico de Estado de Direito abrange três características: a) submissão (dos governantes e dos cidadãos) ao império da lei; b) separação de poderes; c) garantia dos direitos fundamentais[21].

Foi apenas no decorrer do século XX, em que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana começa a passar por uma transformação promissora, mudanças estas que geram um claro impacto na vida das pessoas, de forma direta, abrindo para todos um futuro com perspectivas promissoras, passando esse princípio a abranger uma maior aceitação, e uma visão de que toda a pessoa é digna e com direitos, como nos demonstra Laércio Dias de Moura, em seu posicionamento:

---

[18] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. p.106.

[19] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 51

[20] MENDES, Gilmar Ferreira; BRASNCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. – 9 ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 167

[21] SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32

> A meu ver, uma grande e promissora transformação, ocorrida no decorrer do século 20 que acaba de expirar, reside na aceitação universal que alcançou o conceito de pessoa humana, com uma dignidade e direitos consequentes que se impõem ao respeito não só de todos individualmente, mas, sobretudo, do próprio Estado e organismos Internacionais[22].

O constitucionalismo Contemporâneo, ou Estado Constitucional[23] traz em seu bojo um sistema normativo fundamental pautado em valores, isto é, todo seu alicerce é pautado nas garantias e direitos fundamentais, estes que por consequência lógica são derivados do fundamento maior, seja: a Dignidade da Pessoa Humana.

Paulo Márcio Cruz esclarece que a inclusão dos direitos do homem ou direitos humanos nos textos constitucionais trouxe, como consequência imediata, a transformação de alguns princípios filosóficos em normas jurídicas, isto porque:

> O conceito de direitos humanos, ou direitos do homem, é uma noção filosófica ou ideológica, noção esta que acata a ideia de que certos direitos são necessários para que se possa falar do ser humano e de dignidade humana. Já o reconhecimento jurídico destes direitos os transforma em normas vinculantes, que não dependem das convicções de cada um.[24]

Nas palavras de Gilmar Mendes a "sedimentação dos Direitos Fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que permite compreender que os Direitos Fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas. "[25]

Assim, a Dignidade da Pessoa Humana teve durante todo o período histórico várias concepções, bem como por meio dela emergiu-se os ditos Direitos Fundamentais, estes que por sua vez, surgiram com a finalidade de proteger o homem do poder do Estado. A Charta Libertum; a Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus (1679); o Bill of Rights (1688); a Declaração de Direitos do povo da Virgínea de 1776; a Revolução Francesa, de 1789 e a "Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão" foram os primeiros documentos registrados que a representam a afirmação destes direitos. E com o advento do constitucionalismo contemporâneo ou Estado Constitucional, após segunda guerra mundial houve uma inserção de valores no bojo destes documentos, então a Dignidade da Pessoa Humana a ser o seu núcleo essencial.

---

[22] MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos: O ser humano num mundo de transformação**. EDUSC, 2002, p.09.

[23] Na acepção aqui desenvolvida identifica um conjunto amplo de transformações no Estado e no direito constitucional, de modo que tem seu cerne nos direitos fundamentais. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo**. __In Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em homenagem a Friederich Müller. Mortonio Mont' Alverne; Barreto Lima; Paulo Antônio de menezes Albuquerque (organizadore) – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p.485.

[24] CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 150.

[25] MENDES, Gilmar Ferreira; BRASNCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. –p. 135-136.

2. OS ELEMENTOS JURÍDICOS INERENTES DA CONCEPÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

A Dignidade da Pessoa Humana não é, simplesmente, um direito, mas um atributo que todo ser humano possui, dispensando saber qual é a sua origem, sexo idade, cor, condição social ou qualquer outro elemento que possa ser diferenciador do ser humano. Embora já dito no tópico anterior, "o sistema jurídico não possui o condão de conferir a dignidade a ninguém especificamente, mas tem a função de protegê-la contra qualquer tipo de violação. "[26]

Para ter uma visão mais transparente do ponto de vista jurídico, faz-se necessário afastar a Dignidade da Pessoa Humana das perspectivas ideológicas e religiosas. O aspecto religioso, embora já tenha sido superado juridicamente, não pode servir empecilho para a aferição do tema. Evidencia-se com isso que a Dignidade possa ser compartilhada por liberais, conservadores e socialistas, isto é, por todos que tenham a condição humana.[27]

Logo após o fim da Segunda Guerra Mundial a Dignidade da Pessoa Humana começa a integrar o núcleo essencial do constitucionalismo de valores, principalmente no discurso político das potências que venceram o conflito. Deste modo a Dignidade da Pessoa Humana passou a vincular os poderes legislativo e executivo do Estados Constitucionais Democráticos.[28]

Uma série de obstáculos impõem-se no sentido de achar uma definição jurídica adequada para o conteúdo jurídico da Dignidade da Pessoa Humana. Mas a doutrina costuma rotulá-la como uma visão "polissêmica, indeterminada, de pouca densidade semântica e insusceptível de uma concretização jurídica exata, possuindo, portanto, contornos vagos e impreciso. "[29]

Luís Roberto Barroso evidencia a influência do pensamento Kantiano na sua definição de Dignidade da Pessoa Humana. Para melhor elucidação do tema, Kant, assim como os gregos antigos divide a filosofia em três partes: lógica, aplicada a todo pensamento humano; física, discrição do mundo de como ele é; e ética, que prescreve como a vontade humana deve ser. Dentro desta última ramificação encontra-se o que Kant convencionou chamar de Imperativo Categórico.[30]

---

[26] NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. – São Paulo: Método, 2008, p. 211.

[27] Não se pode ter uma visão católica, judaica, muçulmana, evangélica ou qualquer outra. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p.274

[28] BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 61.

[29] NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. – São Paulo: Método, 2008, p. 211.

[30] Sobre o Imperativo Kantiano pode-se vislumbrar duas dimensões, isto é, o Imperativo Hipotético e o Imperativo Categórico. O primeiro representa a necessidade de uma ação possível, como meio para alcançar alguma outra coisa que se pretende (ou que, pelo menos, é possível que se pretenda). O imperativo categórico seria aquele que representa uma ação como necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro escopo, como objetivamente necessária. Imperativo categórico KANT, Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964, p. 18.

Para Kant o Imperativo Categórico é um mandamento universal e necessário para a convivência humana, na linguagem de hoje, seria um mandamento a ser cumprido em que não poderia de forma alguma ser suprimido, isto é, uma prescrição inabalável, uma lei de caráter absoluto.

> [...] se deve existir um princípio prático supremo e, no referente à vontade humana, um imperativo categórico, é preciso que este seja tal que derive da representação daquilo que, por ser fim em si mesmo, necessariamente é um fim para todos os homens, um princípio objetivo da vontade; por esta forma, poderá servir de lei prática universal.[31]

Ainda dentro dos ensinamentos Kantianos, outros dois conceitos são fundamentais, seja: autonomia e dignidade. Autonomia é a qualidade de uma vontade que é livre, em outras palavras, uma razão que autogoverna. O cerne desta definição consiste em que os indivíduos estão sujeitos apenas às leis que dão a si mesmos. A dignidade fundamenta-se na própria autonomia, ou seja, no mundo dos fins em que tudo tem preço o ser humano enquadra-se num patamar superior. Isso porque possui dignidade. Sinteticamente, as coisas têm um preço de mercado, mas as pessoas têm um valor interno absoluto, chamado de dignidade.[32]

Para Luiz Roberto Barroso,[33] a Dignidade da Pessoa Humana pode ser analisada por três aspectos distintos: *como um valor intrínseco de todo seres humanos; autonomia de cada indivíduo e limites impostos pelo valor comunitário.* Insta ressaltar que, cada uma destas *categorias* irá se desdobrar em subcategorias que a seguir serão elucidadas.

No plano eminentemente jurídico, da análise do Valor Intrínseco da Dignidade da Pessoa Humana pode-se encontrar a gênese de uma série de Direitos Fundamentais, seja: *direito à vida; direito à igualdade; direito à integridade física e direito à integridade moral ou psíquica*. Ingo Wolfgang Sarlet, assim como Luís Roberto Barroso, sustenta que antes mesmo de ser norma jurídica, a dignidade é acima de tudo, a qualidade intrínseca do ser humano e que o torna merecedor, ou pelo menos, titular de uma pretensão de direitos.[34]

Este valor é subdividido em uma forma tricotômica, isto é, direito a vida, igualdade perante a lei e direito a integridade psíquica ou mental.[35] Primeiro, pode-se dizer que é a personificação do direito por excelência, tendo em vista que não há como imaginar os demais sem a vida. Neste

[31] **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, p. 28.

[32] BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 61

[33] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p.274.

[34] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 167.

[35] BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 78

contexto é notável que todo o ordenamento jurídico tem como crime o homicídio, contudo em torno deste direito há uma série de discussões que ainda geram debates calorosos em relação por exemplo: a pena de morte[36], o aborto[37] e a eutanásia[38].

O segundo, aduz que toda pessoa é igual perante a lei (igualdade formal), esta que é direcionada ao Estado, o qual possui a incumbência de proibir tratamento diferenciado aos indivíduos com base em critérios fundamentados em convicções políticas, morais, filosóficas ou religiosas, raça, sexo ou classe social. Não obstante, evidencia-se também o enfoque material,[39]. Isto é, uma igualdade distributiva e concreta no acesso aos bens de uma sociedade. Nessa seara há diversos temas controvertidos: as Ações Afirmativas,[40] Uniões Homoafetivas[41] e Direitos dos Deficientes[42].

O terceiro, decorrem o que Bobbio[43] convencionou chamar os direitos de carácter absoluto, pois veda a tortura e o trabalho escravo. “Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais. ” Nesse âmbito decorem diversos embates controvertidos e complexos pois tratam sobre temas como: Sistemas Prisionais;[44] admissibilidade de prisão perpétua; comércio de órgãos[45] e pesquisas clinicas.[46]

---

[36] Embora a CRFB/1988, veda a pena de morte, nos termos do artigo 5°, XLVII, “a”, excepcionalmente admitindo só nos casos de guerra declara, mesmo assim foram submetidos 28 projetos de lei na câmara dos Deputadas no período compreendido 06/10/1988 até 09/3/1998 no sentido de instituir tal instituto. No entanto todos foram arquivados por serem inadmissíveis. BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idPro posicao=169205.>. Acesso em: 23 Dez /2016.

[38] Sobre estes temas ver Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 54 (ADPF 54). BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 54. Disponível em: <http://www.stf.j us.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em 24 Dez 2016.

[39] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

[40] Uma abordagem analítica sobre o tema, ver o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 (ADPF 186) . BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>. Acesso em 24 Dez 2016.

[41] Em 14 de maio de 2013, foi aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Resolução n. 175 que estabelece regras para os cartórios de todo o Brasil, os quais não poderão recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento a união estável homoafetiva. BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Enunciado Administrativo Nº 14, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.cnj. jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf> Acesso em: 25 Dez 2016.

[42] BRASIL. Lei Federal 13.146 de 06 de julho 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: ,http://www.planalto.gov.br/c civil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm.> Acesso em: 25 Dez 2016,

[43] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p 14.

[44] Ver o julgamento ADPF 347, qual tratou do "estado de coisas inconstitucional". BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Relator : Min. Marco Aurélio, Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docI D=10300665 >. Acesso em: 26 Dez 2016.

[45] Ver. Organização Mundial da Saúde. **Cumbre Internacional sobre turismo de trasplanta e tráfico de órgãos convocados pela Sociedade deTrasplantes e Sociedade Internacional de Nefrologia em Estambul**. Estambul: OMS; 2008.

[46] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p.275

Superado as subdivisões do Valor Intrínseco da Dignidade da Pessoa Humana, partir-se-á para a análise acerca do elemento Autonomia. Segundo a teoria da autonomia da vontade o ser humano é capaz de autodeterminar-se e de decidir os rumos da própria vida, bem como desenvolver livremente a sua personalidade.[47]Significa, consoante Barroso "o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem oposições externas indevidas", isto é, o poder de escolha sobre os rumos da vida, opções personalíssimas como a escolha da *profissão, religião e a vida efetiva.*[48]

No plano jurídico a Autonomia se desdobra em três elementos, isto é, são analisados sob três perspectiva distintas: autonomia privada, autonomia pública e na percepção de mínimo existencial. Na percepção de Luís Roberto Barroso.[49] "a autonomia privada está na origem dos direitos individuais," ou seja, é a capacidade do ser humano de se autodeterminar escolher seu próprio destino, o poder de decidir, incluem, além das escolhas existenciais do plano filosófico, a liberdade de consciência, de expressão, de trabalho e de associação e muitas outras. Esta autonomia corresponde ao que Benjamin Constant convencionou chamar de "Liberdade dos Modernos. " [50]

A autonomia pública está intrinsicamente ligada aos direitos políticos. Neste aspecto não se evidencia somente o papel político eleitoral, mas também tudo aquilo que envolve a organização e o convívio social. Esta autonomia está umbilicalmente ligada a "Liberdade dos Antigos", isto é, uma liberdade republicana.[51]

Por fim, fechando o elemento Autonomia, adentrar-se-á na sua definição mais medíocre, ou seja, a esfera do Mínimo Existencial.[52] Pode-se afirmar que é o pressuposto necessário ao exercício da autonomia, tanto pública tanto privada. Nesse sentido, para que uma pessoa possa desfrutar de sua autonomia, torna-se essencial que essa pessoa seja livre, igual e capaz de exercer plenamente a sua cidadania.[53]

---

[47] SARLET, Ingo Wolfgand. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, p. 33.

[48] BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 81-83.

[49] BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 83.

[50] O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios. CONTANT, Benjamin. **Discurso pronunciado no Athénée royal de Paris, 1819**. Tradução de Loura Silveira Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada De la Liberté cliez les Modernes . (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/luarnaut/Constant_liberdade.pdf > Acesso em: 26 Dez 2016.

[51] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p.275-276.

[52] Terminologia criada na Alemanha, visto que o Tribunal Constitucional alemão, na intenção de definir quais seriam os direitos mínimos a ser assegurados pelo Estado aos seus cidadãos, afirmaram existir "ao menos um direito fundamental social não-escrito", isto é, a existência de um direito subjetivo ao mínimo existencial". ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 437.

[53] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p.275-276.

O terceiro e último elemento da Dignidade da Pessoa Humana é o Valor Comunitário, o qual evidencia o âmbito social, isto é, o indivíduo em relação ao grupo de em que ele vive. Neste âmbito de análise "a dignidade é pautada pelos os valores que são emanados dos integrantes da comunidade, seus padrões civilizatórios seu ideal de vida boa. "[54] Pode se dizer que é um limitador da autonomia privada, na medida em que, ao passo que o indivíduo tem a autonomia para escolha suas escolhas estão pautadas por responsabilidade e deveres a elas associadas. A dignidade como valor comunitário destina-se a restrição da autonomia pessoal e desta forma busca: "a proteção dos direitos de terceiros; a proteção do indivíduo contra si próprio e a proteção dos valores sociais. "[55]

A proteção dos direitos de terceiros consiste no dever de cada um exercer sua autonomia com respeito aos demais. Aqui fala-se na proteção da vida; da integridade física, da integridade psíquica etc.... . Isto fica claro, quando o Estado por meio de sua legislação elenca diversos tipos penais com a finalidade de dar guarida a diferentes bens jurídicos.[56]

Com relação a proteção do indivíduo contra si próprio fica mais evidente quando observamos o Estado protegendo a pessoa contra si, isto é, quando por meio de lei ou de política de segurança o Estado obriga seus cidadãos a determinadas condutas, seja: o uso de sinto de segurança[57] (embora ainda com baixa efetividade);[58] a utilização de capacete; vacinação obrigatória e até mesmo a obrigação dos pais de matricularem seus filhos menores em escolas. Neste domínio, afirma Barroso: "se inserem questões controvertidas, como eutanásia, sadomasoquismo, e o célebre caso do arremesso de anão. "[59]

Já a proteção dos valores sociais corresponde ao conjunto de valores morais de determinada sociedade que as utiliza de modo compartilhado, como por exemplo podemos citar a proibição do incesto, da pedofilia e da incitação à violência. Não obstante, nesse terreno é preciso muita cautela, pois é nessa temática que o Direito sofre inúmeros ataques, isto é, onde um de seus maiores predadores possui mais força, a saber: a moral. Nesta seara pode-se identificar também temas

[54] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p..275-276.

[55] BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 88

[56] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 275-276.

[57] Art. 65 "É obrigatório o uso do cinto de segurança para condutor e passageiros em todas as vias do território nacional". BRASIL. **Lei n° 9.503, de 23 de setembro de 1997**. O Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm> Acesso em 26 dez 2016.

[58] O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aponta que apenas 50,2% da população afirmam sempre usar o cinto quando estão no banco traseiro de carro, van ou táxi. BRASIL. **Ministério da Saúde**. Segundo volume da Pesquisa Nacional de Saúde (PNS), IBGE. 2015, p. 56.

[59] O prefeito de uma cidade no interior da França Proibiu uma atração que ocorria frequentemente nas casas noturnas, a qual era conhecida como arremesso de Anão. Em sede de recurso Administrativo houve anulação da decisão do prefeito. O caso foi parar na Corte de Estado a qual restabeleceu a primeira decisão sobre o argumento da Dignidade Humana. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 276.

controversos como é o caso da criminalização da prostituição ou a descriminalização das drogas leves. [6061]

Infere-se, portanto, que a Dignidade da Pessoa Humana, pode ser analisada por três aspectos distintos: *como um valor intrínseco de todo seres humanos; autonomia de cada indivíduo e limites impostos pelo valor comunitário:* Valor Intrínseco encontrar-se a gênese de uma série de Direitos Fundamentais; já a Autonomia é a capacidade do ser humano de se autodeterminar escolher seu próprio destino e o Valor Comunitário tem-se o respeito aos valores que emanados dos integrantes de determinada comunidade. Assim a Dignidade da Pessoa Humana integra o núcleo essencial do constitucionalismo dos valores, sustentáculo do Estado Constitucional Democrático, sendo o valor comunitário o eixo central de proteção dos valores sociais.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 124.306/RJ NO ÂMBITO DA 1° TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste tópico do trabalho, sem pretensão de esgotar o tema, procurar-se-á, de forma ainda que superficial, elucidar o leitor acerca do confronto jurídico entre o Valor Autonomia versus o Valor Comunitário na decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 124.306/RJ, o qual, abordou-se a interrupção da gravidez voluntária. Destaca-se, portanto, que não adentraremos no mérito da decisão, porém será feito uma pequena análise sobre os argumentos jurídicos que a embasaram.

Destaca-se que, devido à limitação deste trabalho, não adentrar-se-á nos critérios do voto do relator, ministro Marco Aurélio de Mello, tendo em vista que o mesmo apenas reproduziu o entendimento dominante, isto é, a criminalização do aborto. Para uma devida incursão do tema é preciso examinar o tipo penal imputado já que a existência do crime é pressuposto para o exame da matéria.

A interrupção da gravidez é entendida e definida como o crime de aborto, que tem como consequência a destruição do produto da concepção, e pode ser a morte do ovo, do embrião ou do feto, consistindo assim na eliminação da vida intrauterina.[62] Doutrinariamente o aborto é dividido

[60] Países como Holanda, Portugal e Austrália, têm obtidos excelentes resultados na implementação das políticas descriminalizantes. BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 95

[61] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 276.

[62] JESUS, Damásio de. **Direito pena**l: parte especial, crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 151.

em espontâneo, acidental ou provocado. O aborto espontâneo decorre de problemas de saúde da gestante, o acidental de quedas, atropelamentos e eventuais acontecimentos do gênero e o provocado é considerado o aborto criminoso.[63]

A legislação penal brasileira prevê sanção para a gestante que comete o crime de autoaborto ou que consente para que alguém provoque.[64] O art. 125 do Código Penal estabelece a sanção para o terceiro que provocar o aborto sem consentimento da gestante.[65] Já no art. 126, deste diploma a sanção quem sofrerá é o terceiro que provocar o aborto com o consentimento da gestante.[66]

No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos Arts. 124 a 126 do Código Penal, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante.

Para o ministro Luís Roberto Barroso, autor do voto vista do HC 124.306/RJ,[67] a relevância e delicadeza da matéria justificaram uma brevíssima incursão na teoria geral dos Direitos Fundamentais. E para tanto fez questão de elencar suas principais características,

> [...] direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Isso significa que eles funcionam como limite ao legislador e até mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º). Além disso, são eles dotados de aplicabilidade direta e imediata, o que legitima a atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa.[68]

Com efeito, " os Direitos Fundamentais estão sujeitos a limites imanentes e a restrições expressas. " E podem, eventualmente, entrar em rota de colisão entre si. Tanto nos casos de restrição quanto nos de colisão, a solução das situações concretas deverá valer-se do princípio instrumental[69] da razoabilidade ou proporcionalidade. (Argumento que não será analisado neste trabalho).

---

[63] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. São Paulo: Atlas, 2010. p. 57.

[64] : Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena- detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Presidência da República, Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm > . Acesso em: 21 Dez 2016

[65] BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Presidência da República, Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm > . Acesso em: 21 Dez 2016.

[66] BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Presidência da República, Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm > . Acesso em: 21 Dez 2016

[67] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306**. Rio De Janeiro Relator : Min. Marco Aurélio. Voto-Vista O Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em:< http://s.conjur.com.br/dl/hc-voto-aborto-lrb.pdf >. Acesso em: 21 Dez 2016.

[68] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306**. Rio De Janeiro Relator : Min. Marco Aurélio. Voto-Vista O Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em:< http://s.conjur.com.br/dl/hc-voto-aborto-lrb.pdf >. Acesso em: 21 Dez 2016.

[69] Os princípios instrumentais de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência. Embora toda classificação tenha um componente subjetivo, a sistematização que se segue parece ter resistido ao teste do tempo. BARROSO, Luís Roberto;

Alinhado com o objetivo do trabalho, viu-se que um dos argumentos levantados na decisão trata da Violação à autonomia da mulher. Como visto no tópico anterior a Autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo seja ele homem ou mulher –, tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir.[70]

Na tratativa do Valor Autonomia, argumentou o ministro que um dos aspectos centrais é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez". E indagou,

> Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida?

Infere-se, portanto, que na ponderação[71] ali realizada, o valor autonomia preponderou sobre os valores do Estado, visto que a capacidade do ser humano de se autodeterminar e escolher seu próprio destino estão além de uma simples vontade dos representantes da sociedade. Isso significa dizer que, os valores da sociedade expressados pelos representantes do povo na confecção do tipo penal do aborto não respeitam a atual dimensão das liberdades conferidas aos indivíduos, sobretudo àquelas conquistadas na égide da constituição cidadã.

Ainda na seara da Dignidade Humana, mais precisamente na tratativa do Valor Intrínseco, o acordão apontou uma gritante violação do direito à integridade física e psíquica das mulheres, *in verbis*:

> [...] A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma.

BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 232: 141-176, Abr./Jun. 2003, p. 160.

[70] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306**. Rio De Janeiro Relator : Min. Marco Aurélio. Voto-Vista O Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em:< http://s.conjur.com.br/dl/hc-voto-aborto-lrb.pdf >. Acesso em: 27 Dez 2016.

[71] É uma técnica utilizada para resolver a tensão entre princípios por meio de sopesamento entre os interesses conflitantes. Em suma, a ponderação "consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 94-96.

> Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.[72]

Essa interpretação é decorrência de um dos incisos mais relevantes dos Direitos e Garantias Fundamentais consagrados no bojo do artigo 5°, pois o inciso III, dispõe que "Ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante". Assim, a proteção dos indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes são muito mais importante do que esse tipo penal.

Denota-se também que, embora haja uma afronta ao direito a vida do feto – que por sinal ainda não possui sua massa cefálica formada –, é preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação.

> O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização.[73]

Assim, corolário deste argumento, a gravidez e o direito de interrompe-la possuem implicações sobre a integridade física e psíquica de uma mulher (valor Intrínseco), sobretudo porque afeta o poder de controlar seu próprio corpo.

Entende-se também que Discriminação social desencadeado pela norma incriminadora traz um impacto desproporcional sobre mulheres pobres. Isto porque "as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo". Desta forma, por meio da criminalização, o "Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro".[74]

Ainda no cerne do acordão, evidencia-se que a criminalização estabelecida nos artigos 124; 125 e126 do Código Penal, violam também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre e quando deseja ter filhos:

> [...] O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais:

[72] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306**. Rio De Janeiro Relator: Min. Marco Aurélio. Voto-Vista O Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em:< http://s.conjur.com.br/dl/hc-voto-aborto-lrb.pdf >. Acesso em: 21 Dez 2016.

[73] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306**. Rio De Janeiro Relator: Min. Marco Aurélio. Voto-Vista O Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em:< http://s.conjur.com.br/dl/hc-voto-aborto-lrb.pdf >. Acesso em: 21 Dez 2016.

[74] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306**. Rio De Janeiro Relator: Min. Marco Aurélio. Voto-Vista O Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em:< http://s.conjur.com.br/dl/hc-voto-aborto-lrb.pdf >. Acesso em: 28 Dez 2016.

> prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada.

Extrai-se do referido argumento que uma possível continuação da gravidez indesejada faz com que a mulher fique prejudicada, no sentido de que seja tolhido seu direito referente à tomada de decisão sobre a reprodução, conforme expresso em documentos sobre Direitos Humanos, a saber: A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994.[75]

Dessa forma, não obstante o código penal preveja o crime de aborto, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição destes dispositivos (art.124 e 126) para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. Contudo, argumentou ainda o ministro, que "é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. "[76]

É imperioso destacar que, a decisão referendada pela maioria dos ministros (3 dos 5 que compõem a 1° turma) não descriminalizou o aborto, apenas considerou que esse tipo penal não deve incidir sobre essas condutas quando o feto, isto é, o nascituro não tiver completado seu primeiro trimestre de gestação. Em outras palavras a essa modalidade de interrupção voluntária não pode ser equiparada ao aborto.

Conclui-se, portanto, que a criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de Direitos Fundamentais da mulher. Trata-se, portanto, de restrição que ultrapassa os limites de sua dignidade, mais ainda agride sua saúde física e psíquica. Assim, o Valor Autonomia expressa a autodeterminação das pessoas. Significa então dizer que elas possuem o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais sobre o rumo de sua vida, inclusive, quando afeta o Valor Comunitário imposto em normas cogente, como é o caso da interrupção voluntária da gestação.

---

[75] A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994, reconheceu como direitos humanos os direitos sexuais e de reprodução, prevendo, em seu preâmbulo que a "saúde reprodutiva é um estado de completo desenvolvimento físico, mental e bem-estar social. Saúde reprodutiva implica, portanto, que as pessoas são capazes de ter uma vida sexual satisfatória e segura e que eles têm a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir se, quando e quantas vezes a fazê-lo". Nesse mesmo sentido, a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz, realizada no ano de 1995, em Pequim, por força de seu art.14: "Os direitos das mulheres são direitos humanos" e do art. 17: "O reconhecimento explícito e a reafirmação do direito de todas as mulheres de controlar todos os aspectos de sua saúde, em particular sua própria fertilidade, é básico para seu fortalecimento".

[76] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306**. Rio De Janeiro Relator: Min. Marco Aurélio. Voto-Vista O Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em:< http://s.conjur.com.br/dl/hc-voto-aborto-lrb.pdf >. Acesso em: 28 Dez 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dos argumentos levantados pelas breves reflexões tecidas presente pesquisa percebeu-se que são vários os elementos que compõe a Dignidade da Pessoa Humana. Sendo, portanto, o aporte teórico dos Direitos Fundamentais, traz consigo elementos que integram o nosso sistema jurídico e por ser muito abrangente, consequentemente, conflitam entre si. Não rara as vezes o Valor Autonomia encontra no Valor Comunitário a sua limitação. Ocorre que no caso em apreço, além da discussão jurídica ali versada, trata-se também de uma questão moral altamente controvertida em que os valores emanados pelos representantes da sociedade, postos, inclusive, em normas jurídicas devem ser relativizados.

Consoante mencionado alhures, o aborto foi legalizado em vários países. Em outros, legalizou-se a interrupção da gravidez com reservas. Na tratativa do tema, pilares jurídicos robustos foram ventilados pelo ministro, de modo que ficou evidenciado uma gritante violação a integridade física e psíquica da mulher, mormente no que tange a sua autonomia, pois o tipo penal ora combatido foi e deve ser interpretado à luz da nova ordem Constitucional, isto é, a capacidade do ser humano de se autodeterminar e escolher seu próprio destino estão além de uma simples vontade dos representantes da sociedade que fora imposto ainda na década de 40.

Assim, a autonomia (Valor autonomia) de cada indivíduo, sobretudo o da mulher, é um postulado que deve ser observado. Os direitos sexuais e de reprodução foram reconhecidos pela comunidade internacional, e já incorporados pela República Federativa do Brasil. Assim, não cabe ao Estado continuar nesta visão dogmática e interna do Direito, porquanto, na quadra histórica presente, tem-se afirmado que o reconhecimento da força normativa da Constituição, o caráter vinculante dos seus princípios e o fortalecimento da jurisdição constitucional são ingredientes fundamentais do fenômeno da constitucionalização do Direito.

Parece-nos que seria bastante razoável adotar no Brasil a descriminalização do crime de aborto, assim como ventilado no acordão exarado no HC 124.306/RJ. Isso porque o nosso atual o Código Penal é de 1940, no entanto, não reflete os valores emanados pela Carta Vigente, mormente aqueles inerentes da Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

A BÍBLIA SAGRADA. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Revista e atualizada no Brasil. 2. ed. Barueri – São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

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

BARROSO, Luís Roberto**. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução. Humberto Laport de Melo. 4° reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p.273.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo**. __In Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em homenagem a Friederich Müller. Mortonio Mont' Alverne; Barreto Lima; Paulo Antônio de menezes Albuquerque (organizadore) – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 232: 141-176, Abr./Jun. 2003.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Habeas Corpus 124.306 Rio De Janeiro Relator: Min. Marco Aurélio. 1ª Turma, 29 Nov. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Presidência da República, Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm > . Acesso em: 25 jan. 2017.

BRASIL. **Lei n° 9.503, de 23 de setembro de 1997**. O Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm> Acesso em 26 jan. 2017.

BRASIL. **Ministério da Saúde**. Segundo volume da Pesquisa Nacional de Saúde (PNS), IBGE. 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docI D=10300665 >. Acesso em: 26 jan. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2. Ed. Ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2003.

JESUS, Damásio de. **Direito pena**l: parte especial, crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. Ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Metodo, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRASNCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. – 9 ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. São Paulo: Atlas, 2010.

MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos: O ser humano num mundo de transformação**. EDUSC, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. – São Paulo: Método, 2008.

Organização Mundial da Saúde. **Cumbre Internacional sobre turismo de trasplanta e tráfico de órgãos convocados pela Sociedade deTrasplantes e Sociedade Internacional de Nefrologia em Estambul**. Estambul: OMS; 2008.

SANTOS, Boaventua de Santos. **Para um Novo Senso Comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000.

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

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2003,

SILVA de Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes – 31. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DIREITO DE RESPOSTA: A PARTILHA DE SABERES

Eliana Camargo Moreira[1]

Juliana Pereira[2]

INTRODUÇÃO

Este artigo científico refletirá sobre a relevância do Programa de Rádio como projeto de Extensão e o impacto que a radiofonia acadêmica pode ter na comunidade onde se insere.

No ar desde 2010, o programa de rádio já atingiu milhares de pessoas, não somente da comunidade acadêmica, mas todos os ouvintes da rádio UNIVALI FM, os quais fazem parte da AMFRI.

Com a pergunta: **"Se você pudesse fazer uma pergunta a um advogado, qual seria?",** muitos conhecimentos foram construídos e a universidade efetivamente realizou um trabalho de extensão, partilhando saberes e viabilizando uma proposta inédita no país, a de ter um programa de radiofonia, comandado, organizado e gestado pelos acadêmicos de Direito.

Nestes anos de trabalho, o projeto visitou todos os bairros do município: da Fazendinha à Murta e, em especial, no último semestre de 2015, as pesquisas foram desenvolvidas nos Bairros: Dom Bosco, Nossa Senhora das Graças, Centro (Região Rua Uruguai, igreja Matriz e Hercílio Luz), São Judas e São João. Colhidas as dúvidas jurídicas durante a semana, os alunos buscam as respostas correspondentes, contato com os professores – pessoalmente ou por e-mail- para obter as respostas de acordo com o respectivo conteúdo.

Já no ano de 2016, nove bairros de Itajaí foram visitados e muitas são as dúvidas da comunidade no que tange ao Direito. A população já conhece os voluntários e, diferentemente de outros anos, já se reportam aos estudantes sabendo que podem fazer uma pergunta jurídica.

Neste presente artigo, vamos abordar sobre a criação do projeto, os impactos da radiofonia universitária na comunidade itajaiense, a contribuição do projeto para a academia e as inovações do Projeto neste ano que finda: **Direito de Resposta e Oratória Forense**; **Direito de Resposta e**

[1] Professora Coordenadora do Projeto Direito de Resposta, Universidade do Vale do Itajaí, Doutora pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Especialista pela Unicampi e Mestre pela Univali, Itajaí -SC

[2] Universidade do Vale do Itajaí, acadêmica do 9º período de Direito e bolsista do Projeto Direito de Resposta, Itajaí - SC

Univida. Considerando que essas foram parcerias que promoveram muito crescimento, não só por parte da equipe de voluntários do projeto, mas também para as pessoas que participaram de maneira tão significativa.

1. A CRIAÇÃO DO PROJETO

Criado em 2010, o projeto Direito de Resposta não tinha esse nome, chamava-se: **Sua Dúvida é Nossa Pesquisa.** Então, o acadêmico Everton Willian da Cunha sugeriu o nome atual e a adesão por parte dos voluntários foi imediata. Foram acadêmicos fundadores do projeto: Everton Willian da Cunha, Suellen Peixoto e Américo Júnior, todos estudantes do primeiro período de Direito da Univali de Itajaí.

O projeto nasceu da vontade de aproximar a comunidade do que se desenvolvia dentro da academia. O fato de buscarem respostas às indagações dos populares promoveu, de imediato, a aproximação dos acadêmicos com os professores e os fez entrar em contato com conteúdos até então desconhecidos, ou que seriam estudados no final da graduação.

E a cada semestre, novos conhecimentos são construídos pelos alunos e novas pessoas são agraciadas com a resolução de um entrave jurídico. Indiretamente o programa atinge todos os municípios da AMFRI, que constituem a população ouvinte da Rádio UNIVALI. (Levando em consideração que o spot do Programa Direito de Resposta é veiculado 5x ao dia durante toda a semana).

Por intermédio do Projeto, em suas diferentes etapas, os acadêmicos têm a oportunidade de exercer a comunicação, consequentemente, treinando sua postura e linguagem. As pesquisas nas ruas geram, portanto, a oportunidade de o acadêmico superar a timidez, desenvolver a eloquência e ter conhecimento dos principais problemas jurídicos.

Os partícipes têm também, um contato mais abrangente e significativo com os professores. É por meio das dúvidas e da interação professor-aluno, proporcionada pelo projeto, que os extensionistas têm a chance de conhecer melhor alguns professores, ampliar seus conhecimentos além da sala de aula, que são, indubitavelmente, refletidos dentro de aula, e antecipar brevemente alguns conteúdos que o aluno teria contato apenas nos períodos seguintes do curso.

É no momento da gravação, no laboratório de produção de áudio, que é possível aprender a arte da oratória e exercer um pouco da linguagem jurídica. E foi assim desde 2010. Muitas vezes os *spots* são gravados e regravados, até que se obtenha a qualidade necessária à veiculação.

Além do conteúdo jurídico teórico, é no momento da gravação dos *spots* que os alunos são treinados e capacitados quanto à dicção, entonação da voz e pronúncia, proporcionando, portanto, a oportunidade de aprenderem e praticarem a comunicação para que tenham bons resultados em suas futuras profissões e na prática jurídica.

O projeto: **Direito de Resposta Rádio** incentiva e desafia o aluno a não se abster dos desafios e proporciona uma experiência válida que traz resultados positivos para seu dia a dia acadêmico e, consequentemente, para sua futura profissão.

Individualmente, a prática da leitura em laboratório (no qual, o som emana de forma limpa, podendo-se reconhecer erros fônicos, de dicção, pronúncia etc.) oferece ao acadêmico a experiência e prática da fala, melhorando assim sua oratória, reconhecendo sua voz e podendo aplicá-la, adequadamente, com a finalidade que desejar.

Ter acesso aos conteúdos que são abrangidos pelas perguntas recebidas é efetivamente construtivo no que tange à aprendizagem, por exemplo, um acadêmico do primeiro ou segundo período ao ir às ruas e ouvir as dúvidas da comunidade, recebe dúvidas a respeito de pensão alimentícia, conteúdo que será relatado no quarto período da sua vivência acadêmica. Assim como, um acadêmico na reta final do curso que recebe a mesma espécie de pergunta tem a oportunidade de praticar sua noção com a matéria e detalhar seu conhecimento.

Além de que, um dos principais objetivos do projeto é a “humanização” e exteriorização do curso. A instituição precisa formar acadêmicos com visão ampla e senso crítico apurado; ensiná-los a pensar, conhecer e compreender as necessidades e a realidade da população ao seu redor foi sempre uma das premissas do Direito de Resposta desde a sua criação.

O projeto que começou com apenas três acadêmicos, já contou com a participação de 211 voluntários desde 2010. É primordial que o acadêmico de Direito saiba aplicar e relacionar os conteúdos explicados em aula com a realidade social. Isto é, adequar o Direito com a função social e comunitária da Universidade.

2. OS IMPACTOS DA RADIOFONIA UNIVERSITÁRIA NA COMUNIDADE ITAJAIENSE

É salutar destacar atuação do rádio como meio de comunicação social. Segundo Tavares[3], faz-se importante, para que se possa pensar no tratamento histórico e revelador da sociedade em que vivemos, o ato de ouvir o rádio, pois tal rotina torna a audiência ciente das transformações e a emancipa como cidadã.

> As rádios universitárias cumprem papéis bem definidos pelo caráter informativo e de participação acadêmica, buscam objetivos não comerciais. Os tipos de rádio não se definem pelo caráter da sua programação e sim por quem financia a rádio[4]

Desta forma, pode-se pensar que as rádios universitárias são caracterizadas pelo seu caráter institucional e não pela natureza do discurso veiculado, mas o projeto Direito de Resposta corroborou de maneira diferente com a universidade, pois centrou a atenção no conteúdo e um conteúdo de interesse da comunidade em geral, não só acadêmica.

Não se caracteriza o rádio tanto pelo que ele faz, quanto pelo modo como ele funciona. A dona de casa faz seu trabalho ouvindo rádio, o trabalhador vai para o seu destino ouvindo rádio e cada um sente o efeito da programação de uma maneira.

O método com que os programas são desenvolvidos exerce um efeito sobre a comunidade.

> As rádios universitárias são emissoras de propriedade institucional que operam em caráter educativo e são sustentadas por estas mesmas instituições; buscam oferecer ao público entretenimento e educação, por meio de uma programação voltada a temas sociais, educativos e informativos[5]

As programações radiofônicas universitárias contribuem com a sociedade e também com a formação de acadêmicos na área da comunicação social, mas vinculadas a uma instituição. No caso do Direito de Resposta alia-se à questão da comunicação a contribuição jurídica da iniciativa.

Segundo Herrera[6],

> a função social de uma rádio universitária é oferecer uma produção que cubra a maior parte dos grupos distintos de uma sociedade. Tal produção deverá atingir não só o maior número de ouvintes, mas oferecer uma programação que corresponda aos interesses de diferentes grupos da sociedade, voltando seu olhar não apenas para as necessidades particulares de um pequeno segmento de ouvintes privilegiados.

As rádios universitárias, ao se aliarem à sua comunidade, funcionam como veículos do saber científico, cultural, político, filosófico e musical desenvolvido dentro da Universidade.

---

[3] TAVARES. R. C. **Histórias que o rádio não contou**. São Paulo: Harbra, 1999.

[4] MCLEISH, R. **Produção de rádio**. São Paulo: Summus, 2001.

[5] MCLEISH, R. **Produção de rádio**. São Paulo: Summus, 2001.

[6] HERRERA, E. R. **Apuntes para pensar la producción radial desde la academia**. Bogotá: Signo y Pensamento, 2001..

O rádio apresenta-se como um prolongamento da audição humana, estruturado na apresentação da oralidade com a fala e a audição. E tendo em vista ser um meio não imagético, o rádio transforma-se em relevante propagador de ideias por introduzir a possibilidade do sonho e da imaginação de uma forma não explícita.

Itajaí é um município localizado no litoral centro norte catarinense e faz parte da Mesorregião do Vale do Itajaí, na margem direita da foz do rio Itajaí-Açu. De acordo com o censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, sua população estimada em 2014 é de 201.557 habitantes e a maioria dessa população é ouvinte da Rádio Univali FM.

A Rádio Univali consolida sua qualidade pela programação diferenciada e, dentro dessa perspectiva, enquadra-se o auxílio à comunidade, com conhecimentos construídos no seio universitário e disseminados por este veículo de grande alcance. Sua linha editorial com liberdade e independência apresenta o que há de mais expressivo e importante nos movimentos musicais, culturais e sociais. Outro aspecto importante é a programação educativa, que se caracteriza por apresentar conteúdos inéditos, apurados por jornalistas, acadêmicos de jornalismo e, no caso do Direito de Resposta, por estudantes de Direito.

Toda a produção da emissora está voltada à promoção da educação, da cultura e do entretenimento, com programas que estimulam a construção e preservação da identidade cultural da região e a construção da cidadania.

Desde a sua criação em 2010, o Direito de Resposta já produziu e veiculou mais de mil *spots* jurídicos, ajudando não só as pessoas que possuíam essa dúvida, mas também todos os cidadãos com dúvidas similares.

Como o sinal da Rádio Educativa Univali FM – 94,9 MHz abrange uma área de 40 quilômetros de raio, ao redor da sede, em Itajaí, atingindo mais de trinta municípios, dentre os quais Balneário Camboriú, Barra Velha, Blumenau, Brusque, Bombinhas, Porto Belo, Itapema, Ilhota, Camboriú. Navegantes, Penha, Piçarras, e Luís Alves, o Programa Direito de Resposta chega à casa de todos os acadêmicos da universidade, os quais também aprendem sobre leis e de que maneira colocá-las em prática, ou ainda, de que forma agir em muitas situações.

A população fixa desta área é estimada em torno de um milhão de habitantes e no verão é acrescida, por esta razão, o programa não sai do ar durante o recesso acadêmico. Os voluntários desdobram-se no final de cada ano para deixarem a programação das férias, com questões inéditas.

3. DIREITO DE RESPOSTA E ORATÓRIA FORENSE

No primeiro semestre de 2015, o curso de Direito abriu matrícula para uma cadeira eletiva, denominada: Oratória Forense. Foram cinco anos de análise até que a ideia de se trabalhar a oratória dos acadêmicos de Direito deixasse de ser uma utopia e passasse a ser uma realidade.

A ementa desta nova disciplina contempla: História da oratória. Conceituação de retórica. Recursos retóricos jurídicos: hipófora, preterição, antecipação, aporia. Tipos de argumento: consenso, competência linguística, raciocínio lógico, prova concreta, autoridade. Como elaborar negativas: negativa geral, negativa do direito, negativa diagonal. Entonação. Dicção. Elaboração de Discurso. Principais erros linguísticos apresentados na fala.

No primeiro semestre deste ano, os acadêmicos desta disciplina (a maioria do 10º período) foram convidados a gravar as respostas no estúdio de produção de áudio da instituição. Neste exercício, conheceram o projeto e se comprometeram a participar, mesmo depois de formados. Escutaram a própria voz, tiveram orientações para o uso do microfone e fizeram exercícios de dicção, entonação e postura vocal. Foi uma experiência diferente: aliar a disciplina ao projeto de extensão.

Este diálogo entre o Projeto Direito de Resposta e a turma de Oratória Forense fez com que muito conhecimento fosse construído. A extensão universitária denota uma forma de integração e essa integração deve existir entre a universidade e a comunidade na qual ela está inserida, uma forma de ponte perene entre a universidade e os diversos setores da sociedade. Os extensionistas acreditam que este trabalho funciona como uma via de duas mãos em que a universidade leva conhecimentos à comunidade e recebe dela uma resposta.

De acordo com o Plano Nacional de Extensão, elaborado pelo Fórum de Pró-Reitores de Extensão das Universidades Públicas Brasileiras e pela Secretaria do Ensino Superior do Ministério da Educação e do Desporto, a extensão universitária consiste em um processo educativo, cultural e científico que articula o ensino e a pesquisa, fomentando uma ação transformadora entre universidade e sociedade.

O projeto: **Direito de Resposta Rádio** estimula e aguça o aluno a não se abster dos desafios e oferece uma experiência única, levando-os à comunidade, a qual os receberá também depois de formado. O academicismo mergulha na realidade e nas necessidades do povo, geralmente carente de conhecimentos jurídicos.

O cientista moderno não é somente um indivíduo que busca novos fatos - ele opera também como um decodificador, capaz de, em sua especialidade, extrair e tornar acessível ao público os avanços na sua área específica de trabalho e uma universidade será tanto mais eficaz em sua função social, quanto mais cientistas-decodificadores dispuser em seus quadros (DE MEIS, 1998, p. 20).

Frequentemente, o conhecimento científico e o senso comum são separados, ou analisados de maneira fragmentária. O que faz o Projeto Direito de Resposta é se aproximar do senso comum, a fim de torná-lo científico.

4. DIREITO DE RESPOSTA E UNIVIDA

Segundo PINHO (2006)[7], etimologicamente, a palavra "cooperação" é originária do verbo latino "*cooperare*", de *cum* e *operare* = operar juntamente com alguém, ou seja, é a prestação de auxílio objetivando um fim comum, faz-se importante, para que se possa pensar no tratamento histórico e revelado.

Nesta perspectiva de cooperação, a turma da UNIVIDA e do Direito de Resposta trabalharam juntas no segundo semestre de 2016. O UNIVIDA é um Curso Superior de extensão para terceira idade, desenvolvido pela Universidade do Vale do Itajaí e que atua junto à comunidade desde 2000. Tem como objetivo promover o envelhecimento saudável e atuação voluntária dos participantes.

Em outubro deste ano, os alunos do UNIVIDA estudavam na disciplina de Comunicação Interpessoal sobre a importância em se fazer compreender de forma clara e objetiva por todas as pessoas.

Então, os voluntários do Projeto Direito de Resposta foram às ruas e entrevistaram as pessoas da Terceira Idade, perguntando se possuíam alguma dúvida jurídica, principalmente, no que tange ao estatuto do idoso.

Muitas foram as questões levantadas e levadas ao corpo docente para elucidação. Depois das perguntas respondidas e da triagem feita, os acadêmicos da 3ª turma da UNIVIDA foram convidados a gravar, com o intuito de melhorarem a comunicação, treinarem a dicção e entonação, além de também compreenderem melhor seus direitos por intermédio das dúvidas apresentadas pela comunidade.

[7] PINHO. D. B. **A doutrina cooperativa.** São Paulo: Pioneira, 2006.

> O trabalho interdisciplinar pode e deve realmente constituir um motor de transformação pedagógica, talvez o único capaz de restituir vida a essa instituição praticamente esclerosada, que é a universidade. Para tanto, mil obstáculos precisam ser superados: o peso da rotina; a rigidez das estruturas mentais; a inevitável inveja dos conformismos e conservadorismos em relação às ideias novas e às inovações que seduzem e que logo passam a ser tachadas, pelos medíocres, de demagógicas ou, mesmo, de "subversivas"; o positivismo anacrônico que, preso a um ensino dogmático de um saber pretensa e arrogantemente objetivo, encontra-se inteiramente à míngua de fundamentos teóricos, escondendo com a parafernália das técnicas de observação e de medida não só o vazio do pensamento, mas a insignificância dos conhecimentos produzidos.[8]

Desta forma, dois projetos de extensão trabalharam de maneira uníssona e todos ganharam com a experiência. Os acadêmicos da UNIVIDA surpreenderam-se ao ouvir a própria voz, descobriram seus vícios de linguagem e puderam treinar a postura vocal.

As dúvidas dos idosos foram muitas: desde a revisão de benefícios da aposentadoria, herança ou como fazer valer os direitos já conquistados, mas não efetivamente instaurados.

Ao todo foram 10 perguntadas gravadas, dez situações jurídicas esclarecidas pelo corpo docente da Universidade do Vale do Itajaí.

A Extensão Universitária não pressupõe qualquer trabalho fora da academia ou simples serviço assistencialista ou paternalista à população mais desprovida economicamente. Sua função é maior: juntar o que se aprende e produz na universidade e aplicar no desenvolvimento da própria comunidade.

Estas pessoas têm participação ativa e contribuem com a instituição que a beneficia, trocando experiências da vida real, dando crédito às suas experiências e justificando o que se realiza nas áreas de ensino e pesquisa.

De maneira geral, a extensão fomenta, efetivamente, a melhoria da sociedade e possibilita que estudantes e professores envolvidos enriqueçam seu saber ao mesmo tempo em que contribuem para o crescimento das pessoas.

Os objetivos primordiais da extensão universitária seriam possibilitar a interação entre a Academia e Comunidade, possibilitando a troca de saberes e conhecimentos; a promoção de atividades que favoreçam a participação da comunidade, enquanto sujeitos e não como simples coadjuvantes; estimular a interligação das atividades de ensino e pesquisa com as necessidades da comunidade; priorizando as práticas voltadas para o entendimento de necessidades sociais

[8] FAZENDA. I.C.A. **Integração e Interdisciplinaridade no Ensino Brasileiro:** efetividade ou ideologia São Paulo: Summus, 2001.

emergentes, tais como: as atividades ligadas às áreas de educação, saúde, habitação e geração de emprego e renda etc. e criar as condições para a participação na elaboração das políticas públicas voltadas para a maioria da população.

Por estas razões, uma olhar para a comunidade idosa de Itajaí se fez necessário. Há muitas pessoas sem o benefício da aposentadoria por total desconhecimento, há situações de herança mal resolvidas por falta de orientação jurídica, há muitos idosos endividados por conta de empréstimos realizados pelos filhos e muitos outros problemas que careciam da palavra de um advogado.

O Estatuto do Idoso diz que toda pessoa com mais de sessenta anos tem o dever de denunciar à autoridade competente qualquer forma de negligência ou desrespeito ao idoso; ao Ministério da Justiça (nos âmbitos estadual e municipal), compete zelar pela aplicação das normas sobre o idoso, determinando ações para evitar abusos e lesões a seus direitos, assim como acolher as denúncias para defender os direitos da pessoa idosa junto ao Poder Judiciário.

A experiência de interligar os projetos foi salutar para a academia que viu a comunidade, os acadêmicos de Direito e da UNIVIDA empenhados em uma causa social relevante: fazer valer os direitos conquistados pelos idosos.

É desta maneira que a Universidade do Vale do Itajaí foi eleita a melhor universidade de Santa Catarina e a 8ª melhor não-pública do país.

A formação construída pelo acadêmico no momento da prática em extensão proporciona à atividade outra função, isto é, a preparação do aluno universitário para a promoção da cidadania.

> Entende-se que através da extensão, os universitários têm oportunidade de participar do desenvolvimento do país. Todos os cidadãos são chamados a participar desse processo, mas a responsabilidade dos universitários é maior por serem capazes de identificar com mais clareza os problemas da comunidade e de oferecer soluções mais adequadas (TOALDO, 1999, p. 23).[9]

Assim, a extensão universitária rende-se à cidadania, uma vez que por meio dela é possível disseminar a questão de direitos e deveres na sociedade, oferendo uma assistência e interação com a comunidade que pode angariar novos conhecimentos e qualidade de vida.

Segundo PORTES; ANANIAS; TEIXEIRA (2011)[10],

[9] TOALDO, O. A. **Extensão universitária: a dimensão humana da universidade: fundamentos e estratégias.** Santa Maria: Imprensa Universitária, 1999.

[10] PORTES, Márcio Rosa; ANANIAS, Sandro Patrício; TEIXEIRA, Hélio de Avelar. **Ensino do empreendedorismo e extensão Universitária: uma política pedagógica-articulada.** Convibra, Minas Gerais, 2011. Disponível em: <http://www.convibra.com.br/upload/paper/adm/adm_2933.pdf>. Acesso em 16 dezembro 2016.

> Desta forma, fica evidente a necessidade de estabelecer um diálogo entre a Universidade e a sociedade, na busca de uma forma adequada de comunicação que garanta o diálogo entre o saber cientifico, o técnico e o saber popular.

Esta experiência também foi relatada no OPA: Opção Profissional por Área, que é um grande evento promovido pela Univali para ajudar os jovens na escolha da carreira. Os jovens sempre acham que o curso de Direito é muito teórico e mostrar esta preocupação com o social, esta inserção na comunidade, tem sido bastante positiva.

Assim, a produção do Projeto: Direito de Resposta foi bastante significativa neste ano de 2016, tendo em vista que nove bairros do município de Itajaí foram visitados, 7 gravações foram realizadas no estúdio de produção de áudio, 12 coletas de perguntas feitas e 188 respostas obtidas e, por conseguinte, 188 programas gravados. Alguns não foram ao ar, pois ficaram na chamada "gaveta de férias", tendo em vista que a programação da rádio não para no recesso escolar.

Segundo o ator Soares (2003)[11],

> Observa-se que a atividade de extensão deve ser um dos principais componentes para a reflexão quanto ao papel do ensino superior neste novo milênio, pois quando as necessidades forem naturalmente percebidas pela comunidade acadêmica e incluídas no seu fazer, as universidades estarão cumprindo com a sua finalidade.

A Extensão Universitária é, por conseguinte, uma das funções sociais da Universidade, que tem por escopo fomentar o desenvolvimento social, incentivar projetos e programas de extensão que levam em conta os saberes e fazeres populares e garantir valores democráticos de igualdade de direitos e respeito à pessoa.

É preciso considerar que a extensão é um mecanismo da aprendizagem, por isso mesmo ligada, indissociavelmente, ao ensino e à pesquisa e aproxima a universidade da comunidade na qual está inserida.

A extensão universitária, enquanto forma de estabelecer uma relação entre ensino superior e sociedade, é imprescindível para corroborar com a construção de cidadãos comprometidos com a realidade social. Nesse sentido, a extensão merece, por parte das universidades particulares e públicas, assim como dos gestores, mais apreço e, principalmente, mais investimentos.

[11] SOARES, V. L. A. **O papel social das IES: contribuição do ensino superior particular.** Revista do Centro de Estudos Sociais Aplicados, Belém, n. 6, p. 8, out. 2003.

5. A CONTRIBUIÇÃO DO PROJETO PARA A ACADEMIA

É a produção de programas que veiculem conhecimento o maior desafio para as emissoras educativas, tendo em vista que esse trabalho exige uma reflexão mais aprofundada sobre o que deva ser o papel educativo propriamente dito desse veículo de comunicação.

Vale ressaltar que a produção técnica de um programa educativo, principalmente para o Curso de Direito, não foi uma questão fácil. Juntos os voluntários aprenderam o que é "retorno", como fazer uma vinheta e técnicas de verbalização.

A mídia pode e deve ser parceira do aprendizado no ambiente universitário, no processo educacional. Sem qualquer pretensão de substituir o ensino das salas de aula, mas sim com o objetivo de ser um complemento no processo de construção do conhecimento.

Segundo o ator Sérgio Mamberti[12],

> É impossível se pensar a cultura hoje, sem pensar nos meios de comunicação. Nesse sentido, se deve pensar projetos que apontem formas de a cultura (popular e erudita) através dos meios eletrônicos de comunicação, entre eles o rádio, ser desenvolvida como um instrumento de entretenimento, mas também de conhecimento, de reflexão.

Os conteúdos podem e devem ser os mais variados, dependendo do interesse de cada cidade ou região ou do curso que está fomentando o programa de rádio. Temas como aposentadoria, pensão e direito do trabalho são os que mais geram dúvidas na população.

No caso da Rádio Educativa, de início o projeto previa a produção de um programa semanal, mas a demanda fez com que cinco programas fossem ao ar semanalmente, alternando a hora de veiculação. Assim, o autor da dúvida tem a semana toda para escutar a sua resposta

Cada programa contém objetivos que norteiam o caráter educativo, para tanto, apresenta indicação e referencia o professor que deu a resposta, o qual recebe uma hora de extensão para cada dúvida sanada.

O programa é gravado quinzenalmente das 14 às 17 horas, na semana que não estão no estúdio, os acadêmicos estão na rua no que foi nomeado por eles de colheita.

A duração de cada *spot* é de, em média, dois (2) minutos e sempre começa com uma vinheta e a indagação.

[12] MAMBERTI, Sérgio. **Os Programas Educativos de Rádio**. São Paulo: Papirus, 2013

O clima das gravações é sempre descontraído e muitas vezes os *spots* ficam sendo repassados pelos acadêmicos que ficam treinando a dicção e a entonação. Tal procedimento permite a memorização de muitos conceitos jurídicos, muitos deles ainda nem construídos em sala de aula.

A universidade deve abrigar todas as possibilidades de desenvolvimento cognitivo e a rádio universitária tem contribuído e muito para este fim.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por intermédio do Projeto, em suas diferentes etapas, os acadêmicos têm a oportunidade de exercer a comunicação, consequentemente, treinando sua postura e linguagem para que obtenha uma boa comunicação.

As pesquisas nas ruas geram, portanto, a oportunidade de o acadêmico superar a timidez e ter conhecimento dos principais problemas jurídicos que afligem a população.

Os alunos têm, também, um contato mais significativo com o corpo docente. É através das dúvidas e da interação professor-aluno, proporcionada pelo projeto, que os extensionistas têm a chance de se sentirem mais partícipes da rotina universitária.

A ampliação dos conhecimentos jurídicos é fundamental para a formação acadêmica e um grande estímulo também, pois a maioria dos atuais voluntários está nos primeiros períodos do curso, em que as especificidades do Direito ainda não são efetivamente tratadas.

É imprescindível destacar que é no momento da gravação que é possível aprender a arte da oratória e exercer um pouco da linguagem jurídica. Além do conteúdo jurídico teórico, é na ocasião da gravação dos *spots* que os alunos são treinados e capacitados quanto à dicção, entonação da voz e pronúncia, proporcionando, portanto, a oportunidade de aprenderem e praticarem a comunicação para que tenham bons resultados no desempenho da função de Operador do Direito.

O projeto Direito de Resposta já faz parte do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí e já se legitimou referência. Os docentes aprovam sua existência e os acadêmicos que já passaram por ele são unânimes ao reiterar o quanto aprenderam neste tempo de voluntariado.

O projeto, durante o ano de 2016, envolveu trinta e três docentes, vinte e dois acadêmicos na elaboração de 240 *spots.*

Já o ano de 2016 foi de muitos aprendizados, mas o mais significativo deles foi o estabelecimento de parcerias. Os acadêmicos do UNIVIDA, em sua maioria com mais de sessenta anos ofereceram experiência aos voluntários, em sua maioria constituída por acadêmicos do primeiro período, com 17 e 18 anos. Os ouvintes também tiveram uma experiência radiofônica diferente, ouvir questões de direito sobre os idosos, sendo gravadas por eles, construindo uma sincronia entre texto escrito e áudio.

Também foi deveras relevante receber no estúdio aqueles que têm se debruçado sobre o estudo da oratória forense. Além disso, os acadêmicos puderam deixar sua contribuição à comunidade, antes de deixar o espaço acadêmico.

Por conseguinte, o projeto radiofônico de Direito, apesar das limitações que possui e das arestas que precisa aparar, termina o ano com um saldo extensionista bastante positivo.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

DE MEIS, L. **Ciência e educação: o conflito humano-tecnológico**, Ed. do Autor. 1998.

FAZENDA. I.C.A. **Integração e Interdisciplinaridade no Ensino Brasileiro: efetividade ou ideologia.** São Paulo: Summus, 2001.

HERRERA, E. R. **Apuntes para pensar la producción radial desde la academia**. Bogotá: Signo y Pensamento, 2001.

MAMBERTI, Sérgio. **Os Programas Educativos de Rádio**. São Paulo: Papirus, 2013

MCLEISH, R. **Produção de rádio**. São Paulo: Summus, 2001.

MCLUHAN, M. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, 2000.

PINHO. D. B. **A doutrina cooperativa.** São Paulo: Pioneira, 2006.

PORTES, Márcio Rosa; ANANIAS, Sandro Patrício; TEIXEIRA, Hélio de Avelar. **Ensino do empreendedorismo e extensão Universitária: uma política pedagógica-articulada.** Convibra, Minas Gerais, 2011. Disponível em: <http://www.convibra.com.br/upload/paper/adm/adm_2933.pdf>. Acesso em 16 dezembro 2016.

SOARES, V. L. A. **O papel social das IES: contribuição do ensino superior particular.** Revista do Centro de Estudos Sociais Aplicados, Belém, n. 6, p. 8, out. 2003.

TAVARES. R. C. **Histórias que o rádio não contou**. São Paulo: Harbra, 1999.

TOALDO, O. A. **Extensão universitária: a dimensão humana da universidade: fundamentos e estratégias.** Santa Maria: Imprensa Universitária, 1999.

SOCIEDADE: UMA ESCOLA CIDADÃ PARA QUEM É VISTO COMO CIDADÃO[1]

Samara Sandra Tamanini[2]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal, considerados os pontos de partida para uma análise dos direitos e deveres estabelecidos *versus* a concretização e materialização destes na sociedade contemporânea de forma universal.

Com base nisso, pode-se destacar que a conquista e evolução da cidadania dos tempos atuais foram direcionadas por um paradoxo não tão distante. É de fundamental importância destacar a Revolução Francesa e a transição da Idade Média para a Idade Moderna que edificou a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, onde contribuiu para um passo decisivo na igualdade civil e liberdades individuais entre os homens. Até então, se aceitava que a educação seria limitada as famílias reais e aos líderes religiosos, na maioria absoluta, os homens. Porém, foi estabelecida uma ruptura dessa restrição com a conscientização da universalidade do direito de escolaridade.

Os motivos para que isso tenha ocorrido, além dos ideais da Revolução Francesa, foi porque um sistema educacional único para todos, seria uma condição para formar trabalhadores adequados ao mercado de trabalho industrial e urbano que se acentuava naquele momento. Entretanto, a emancipação política do indivíduo, não obteve resultados, pois a burguesia inseriu formas de desigualdades reduzindo o alcance da igualdade civil e liberdade individuais.

No Brasil, durante a década de 1930, surge a escolarização de diferentes classes com diferentes modelos de escola, momento que estava no auge o início da industrialização e da constituição do operariado urbano brasileiro. Esse modelo foi conhecido no âmbito do movimento "Escola Nova"[3]. Nas zonas rurais, o direito passou a ser respeitado, para as primeiras letras, não por motivo de intencionalidade do Estado em garantir escolaridade aos filhos de agricultores; mas sim com o interesse de desestruturar iniciativas educacionais de igrejas financiadas por imigrantes, que

[1] Artigo produzido para o 1º Seminário sobre Internacionalização nos cursos de Direito da Univali.

[2] Acadêmica da Universidade do Vale do Itajaí, 3º período, Direito, São João Batista, samara—10@hotmail.com.

[3] DOS SANTOS, I.S.F; PRESTES, R.I; DO VALE, A.M. Brasil, 1930-1961: Escola Nova, LDB e disputa entre escolar pública e escola privada. Revista HISTEDBR, Campinas, n.22, p. 131-149, 2006.

ensinavam uma cultura e língua das próprias origens enquanto havia omissão do Estado em relação àquela parte da população.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988; a Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA; a Lei 9.394/96, de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB, bem como a Lei Complementar 170/98, do Sistema Estadual de Santa Catarina, todas decorrentes da primeira, consagram o compromisso do poder público em escolarizar a todos. A importância da criação do Estatuto, trata-se do reconhecimento dos direitos destas leis que estão sujeitas a sua obrigações. O país se alinhou aos princípios da Convenção Internacional dos Direitos da Criança[4], porém não basta isso estar apenas na teoria.

A garantia que de fato ocorre mobilização e segurança dos princípios ali contidos deve ser exposta através de uma educação de qualidade e inovadora. A justificativa e a relevância social é que a educação é o primeiro passo para que possamos ter esperança de que através de futuras gerações, o país não permaneça numa cultura com resquícios ultrapassados e excludentes, e sim cidadãos(as) que saibam militar e compreender as diferenças entre si e façam com que através disso só aumente a pluralidade cultural existente, harmonizando a convivência social e diminuindo a dinâmica da violência e outros fenômenos interligados aos que sofrem o drama da invisibilidade[5].

A exclusão de um, acarreta na dos demais porque somos iguais como pessoas, somos seres humanos com a dignidade humana inviolável[6], prevista nos direitos humanos. O argumento de improdutividade, de falta de qualificação para ocupar posteriormente cargos políticos, culturais, profissionais é fruto de uma má escolarização. É preciso instigar jovens e adolescentes ao conhecimento, ao desenvolvimento crítico do que é discursado como realidade e buscar mudar, gradativamente, aquilo que é problemático. Esse é o caminho para construção de uma pluralidade cultural, de gênero, sem discurso de ódio e de preconceito, tornando-se assim uma nação de ordem e progresso.

Para atingir o objetivo proposto foi exposta a investigação dos setores das escolas atuais na sociedade civil, para ver se é possível afirmar que essa instituição governamental cumpre com o seu papel estabelecido nas legislações. Todavia, se possui como objeto de estudo o aprofundamento no

[4] DE LA MORA, Luis. O Significado da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças. Disponível em: <https://www.ufpe.br/ppgdh/images/documentos/ldmora_crianca2.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2017.

[5] SOARES, L.E. Simpósio 7 - Psicologia e políticas públicas: a função social do estado. O drama da invisibilidade. In GUARESCHI, N., org. Estratégias de invenção do presente: a psicologia social no contemporâneo [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. p. 197-207.

[6] ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: < http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2017.

contexto social de desigualdade, em que é submetido à divisão de classes sociais brasileiras e que podem interferir na escolaridade de jovens e crianças que não tem a oportunidade de estudar. É importante a discussão dos direitos humanos e da dignidade dos jovens excluídos socialmente por sua condição social, que os limitam quanto oportunidade e capacidade, tornando-os vítimas do preconceito, do analfabetismo, vulnerável a violência e tráfico de drogas, pois já faz parte, precocemente da maior escola para os seres humanos, a vida.

1. A OFERTA DA EDUCAÇÃO PÚBLICA ATUAL NO CONTEXTO DAS DESIGUALDADES SOCIOECONÔMICAS E DA DIVERSIDADE

A educação atual brasileira sofre transformações e mobilizações feitas pelos alunos e professores que buscam integrar no âmbito escolar aspectos como: o cumprimento do que está assegurado como direito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Constituição Federal, a valorização financeira dos docentes, o investimento em políticas públicas educacionais eficazes no combate ao uso de drogas entre os jovens bem como da violência praticada nas escolas, seja esta física ou moral.

Também busca-se integrar no ambiente escolar a diversidade não discutida, trabalhada e/ou apoiada; o dinamismo cultural; as diferentes raças, culturas e condições sociais; o acompanhamento não apenas didático, mas também psicológico dos jovens; a inserção dos jovens nas discussões sobre a educação, buscando desenvolver a participação, o interesse e o senso crítico; um modelo pedagógico inovador e eficaz, o combate frequente para que diminua o percentual de desistência/abandono da escolaridade, principalmente no ensino médio, o conhecimento de assuntos políticos e legislações, trabalhados em sala de aula, para que desde o inicio, já saibam seus direitos e deveres e possam reivindica-los e cumpri-los como cidadãos brasileiros, o investimento em infraestrutura e qualificação dos profissionais em cada área.

Adam Smith já dizia que:

> A disposição para admirar e quase idolatrar os ricos e poderosos - e para desprezar ou pelo menos negligenciar pessoas de condição pobre ou miserável – é a grande causa, e a mais universal, da corrupção dos nossos sentimentos morais[7].

[7] BAUMAN, Zygmunt. A riqueza de poucos beneficia a todos nós? Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

No meio de uma cultura capitalista e a divisão de classes sociais que, justifica e manipula a desigualdade social dos oprimidos, através da mídia e outras formas de controle social, os indivíduos tornam-se cada vez mais vulneráveis à situação marginal que vivem.

Segundo o livro "A riqueza de poucos beneficia a todos nós?", há dez anos, um sociólogo chamado Glenn Firebaugh observou uma tendência em longo prazo na desigualdade mundial que mostrava sinais de reversão, no sentido de uma desigualdade crescente entre nações e desigualdade constante ou declinante dentro de cada uma delas para uma desigualdade declinante entre nações e desigualdade crescente dentro de cada uma delas.

Em conformidade ao entendimento apresentado por Zygmunt Bauman, o futuro de cada criança é determinado e previsível através de suas condições sociais, pelo local de seu nascimento e a posição que seus pais ocupam na sociedade em que nasceu. Isso exclui a meritocracia, por meio de esforços, conhecimento, talento e dedicação.

Essa inversão nas instituições educacionais é camuflada e refletida no mercado de trabalho, pois numa sociedade dividida por classes sociais e fortemente influenciada por um grupo dominante, o "jeitinho brasileiro"[8] é a opção para que continue uma hierarquia de classes tradicionais e que as oportunidades para aqueles que vieram de outra cultura, sejam minimizadas ou até excluídas absolutamente.

Para os que vivem nesse estilo de vida limitado socialmente, corromper seus valores morais, ao submeter-se a ignorância, ao consumismo desgovernado, a manipulação das mídias; reflete em futuros cidadãos estigmatizados, isolados e com um desenvolvimento mental e psicológico problemático. Os direitos humanos, a dignidade, bem como a escolarização é garantida constitucionalmente:

> Art.53 – A criança e o adolescente tem direito a educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-lhes: Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.[9]

Porém, aqui se encontram dois extremos: universalismo e relativismo. O que quero dizer é que, ao interpretar a realidade de jovens com uma condição de vida precária, dizer que tais direitos atingem a todos é relativo, deve primeiro ser levado em consideração os desafios que tais pessoas passam para serem integradas à sociedade e se isso é alcançado.

[8] DAMATTA, R. O que faz o Brasil, Brasil? 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

[9] SANTA CATARINA. GOVERNO DO ESTADO. SECRETARIA DO ESTADO DA EDUCAÇÃO E DO DESPORTO. A educação e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Floriánopolis, 1999. 64 p.

Para a parcela da população que convive com o drama da invisibilidade e a pobreza, chegar ao ensino escolar às vezes fica apenas na fantasia, visto o descaso governamental nos locais mais marginais da sociedade, estes jovens precisam abdicar de sua formação como cidadão para viver a mercê de suas necessidades e de suas famílias e em conjuntura, buscar por sua identidade como indivíduo. Essas condições os tornam vítimas da escala social opressora e desigual, não por suas diferenças, mas por estas diferenças serem vistas como condição para serem tratados de forma inferior.

1.1 PARADOXOS NA CIDADANIA E SEU DESEMPENHO SOCIAL

Não existe um conceito padrão para cidadania, isso porque é uma ideia dinâmica que renasce de acordo com as transformações sociais, principalmente em relação aos paradigmas ideológicos. Ela está ligada a muitos fatores e requisitos, que podem ser observados, como paradoxos no contexto social.

Vinculada com quatro tipos de direitos: civis, políticos, sociais e humanos, se para que ela se efetue em sua completitude, é preciso que as pessoas em sociedades tenham consciência de seus direitos e não apenas deveres.

Os direitos humanos estão intrinsicamente ligados à cidadania, pois se tratam de direitos fundamentais [10]do ser humano e são acessórios e necessários para garantir a participação plena na vida social, que é justamente como a cidadania deveria se posicionar, igualitariamente aos brasileiros. Quando esses direitos discutidos são violados, não ofendem apenas uma construção social e histórica, ou a declaração dos Direitos Humanos, mas também a cidadania, devido ao elo social que ambas possuem. Essa suposta violação a que me refiro é feita pela sociedade e atinge a própria sociedade[11].

O fato é que se cobram os deveres de um cidadão, que não é aceito dentro dessa condição como pessoa, banalizando seus direitos constitucionais. Devido a essas circunstancias, era para a lei tornar-se o ultimo recurso[12] da cidadania, desejada para que seja colocada em prática. O objetivo, ou apenas um dos já existentes, em relação à lei e a desproporção de valores entre os indivíduos seria

[10] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

[11] SCOTT, Joan. Igualdade versus diferença: os usos da teoria pós-estruturalista. Debate Feminista (Cidadania e Feminismo), nº especial, 2000, pp.207-218.

[12] CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: O longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

reparar as injustiças sociais, políticas e civis. Contudo já existem legislações que aparentemente são indiferentes perante a cultura desigual brasileira e os grupos dominantes, bem como sua corrupção valorativa.

A crise política, econômica e educacional em que vivemos demonstra o quão necessário é o comprometimento governamental em uma educação de qualidade e políticas necessariamente públicas para que o Estado, seus habitantes possam se aproximar de um possível progresso conquistado em conjunto e gradativamente.

1.2 OS RESQUÍCIOS NÃO ULTRAPASSADOS DA REVOLUÇÃO FRANCESA

A contribuição da Revolução Francesa e os ideais liberalistas foram essenciais para a universalização dos direitos do homem e, nessa lógica, previsto na carta magna, são a liberdade e igualdade, que serviram de lema ao movimento da Revolução Francesa e hoje, servem como tema de debate em ciências como a Filosofia, Sociologia, Direito e Antropologia.

A importância da materialização e concretização da liberdade, igualdade e dos direitos universais na vida de todos os indivíduos, deve ser demonstrada inicialmente nas escolas, que certamente seria fundamental para que as crianças, jovens e adolescentes tivessem o reconhecimento de igual para igual em relação ao próximo, apesar das diferenças, originadas primordialmente no seio familiar, a consciência de sua liberdade de expressão, bem como do direito de ir e vir.

Um grande problema social dos jovens, inferiorizados por sua condições sociais, é a forma com que eles irão responder para a sociedade. Um número crescente de violência e menores infratores tencionam principalmente os centros urbanos. Diante da pobreza e da exclusão que é trazida, desde seu nascimento, a revolta, o tráfico de drogas e armas para ganhar dinheiro fácil e chamar atenção do Estado, que ao aplicar apenas o "jus puniendi"[13] como forma de controle social, demonstra as consequências do desgoverno transmitido.

Essa questão é relacionada com as escolas porque se esta instituição política, pública, democrática e igualitária correspondesse com todas essas características desde as periferias, aos centros urbanos, a educação e a taxa de abandono seriam melhoradas. A melhor maneira de

[13] **ZEIDAN, Rogério. Ius Puniendi, Estado e Direitos Fundamentais: Aspectos de Legitimidade e Limites da Potestade Positiva. SafE: Porto Alegre, 2002. 168 p.**

compreender o jovem e a melhor alternativa para o jovem compreender a sociedade em que vive é através da educação, porém, acredito que um dos grandes desafios educacionais, atualmente, é conseguir integrar todos nas escolas. O acompanhamento psicológico, assistência social, lazer, cultura, atividades extracurriculares, e os valores morais que são aprendidos, muitas vezes em controvérsia com o lar em que vivem, valem mais que métodos de avaliação ultrapassados.

O conhecimento é necessário, mas conhecer a si mesmo permite que tenhamos consciência do nosso valor para que saibamos nosso lugar como direito na sociedade.

2. AMPAROS LEGISLATIVOS

Cada escola corresponde à presença e a ação do poder público em uma dada comunidade, prescrito no artigo 208 da Constituição Federação, no artigo 163 da Constituição Estadual de Santa Catarina, e no artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que se referem ao dever do Estado de assegurar a criança e ao adolescente, Ensino Fundamental obrigatório e gratuito, inclusive aos que a ele não tiveram acesso na idade própria; progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade do Ensino Médio; atendimento educacional especializado aos portadores de necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino; manutenção de programas suplementares de material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde; bem como ensino noturno regular, adequado às condições do educando.

A existência do Estatuto trouxe a diminuição do trabalho infantil que revelaram a continuidade da exploração. É comum que hoje em dia, os jovens sejam pais precocemente, trabalhem desde cedo, e deixem de estudar para criar os filhos, que terão a responsabilidade de ajudá-los a sustentar a casa. Nesse sistema, duas gerações já se atrasaram no direito à educação, que poderia ter mudado consideravelmente as condições de vida de ambos.

A criança estar na escola é uma forma de exercer sua cidadania, de ser criança, e, de certa forma, pode ser entendido como se ela tivesse “trabalhando” pelo seu desenvolvimento que refletirá no futuro. Existem vários tipos de aluno, os que estudam no período noturno, geralmente são aqueles que já buscam sua independência financeira, seja por necessidade ou vontade, através do trabalho e é por isso que as instituições de ensino precisam se adequar a um Projeto Político Pedagógico que não prejudique o aluno trabalhador devido a essa condição e turno que optou por estudar. Para aqueles que abandonaram os estudos e querem se reintegrar, também devem ser

elaboradas estratégias para que todos consigam alcançar o ensino e aprendizagem adequados. Segundo o artigo 2º da LDB:

> A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Se tais objetivos, previstos na legislação fossem cumpridas certamente haveria melhora tanto numa sociedade inclusiva quanto na liderança do país. O amparo legislativo fornece suporte constitucional aos direitos e deveres e também demonstram que existe certa preocupação em relação aos estudantes.

É claro que somente com leis não será alcançado o ensino brasileiro de qualidade, que hoje é falho, porém se houver órgãos e responsáveis por fiscalizar e propor um diálogo com os educadores e coordenadores, que convivem diariamente com o ensino, além das famílias e sua participação, o distanciamento do governo para com a educação diminuiria e talvez, possamos contemplar o contexto escolar como espaço de proteção integral e desenvolvimento de todas as crianças, jovens e adolescentes.

2.1 EDUCAÇÃO INCLUSIVA

O aluno é o agente da transformação social. Toda sociedade sofre mudanças sejam por motivos internos da própria nação, ou externos, que são necessárias para a ideia de progresso. Nas escolas, o ensino também deve compactuar com as mudanças na sociedade, analisando quais os conhecimentos necessários irão contribuir para o aluno tornar-se agente da transformação social. A sociedade é uma escola também, nela aprendemos costumes e hábitos diários, consequência de conviver em conjunto; como também a tecnologia, mídia, entre outros.

Os movimentos sociais [14]são uma forma de transparecer aquilo que o povo pensa, e espera-se que esse pensamento seja ouvido e notado pelo governo. Em 2013, houve uma grande repercussão, não apenas por motivo do aumento na taxa de transporte público - que é um direito - as pessoas se reuniram nas ruas para protestar. Podemos tirar a conclusão de que ainda possuímos cidadãos que são ativos na proteção de seus direitos, que não são alienados e isso é um ótimo resultado a ser visto pelas próximas gerações.

[14] GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais e educação. Cortez: São Paulo, 1992.

Esses movimentos, as "pressões sociais" que muitas vezes foram vistas como barbárie, são parte de uma construção social que é vivida até hoje, pelos mais variados temas como: diversidade, gênero, política, economia, educação, LGBT, feminismo, etc. O campo da educação e o espaço da escola, considerados vetores fundamentais na formação das novas gerações como instâncias fundamentais de reprodução da cidadania e de mudança sociocultural, são terrenos para esses movimentos.

As crianças, sujeitos sociais, sentem que as diferenças podem gerar desigualdades, pois passam a serem excluídas pelos grupos formados já nas escolas, sob o critério da existência de semelhanças entre si. Desigualdade é pressuposto de existência de uma hierarquia e daquele que oprime cada vez mais o oprimido. De acordo com esse cenário, justamente é fundamental que seja discutido nas escolas porque até mesmo nela existem preconceito e exclusão, reconhecidos como *bullying*[15].

A questão é desconcertante, já que desde pequenos, as crianças já tem o desafio de ser aceito pelos próprios colegas e espaço, sendo que todos ali presentes possuem o direito a educação. É preciso de uma educação inclusiva, que garante, ajustada as necessidades do aluno, aprendizagem e valores que irão influenciar em sua conduta como cidadão. De acordo com Mantoan:

> Temos de combater a descrença e o pessimismo dos acomodados e mostrar que a inclusão é uma grande oportunidade para que alunos, pais e educadores demonstrem as suas competências, poderes e responsabilidades educacionais. As ferramentas estão aí, para que as mudanças aconteçam, urgentemente, e para que reinventemos a escola, desconstruindo a máquina obsoleta que a dinamiza, os conceitos sobre os quais ela se fundamenta os pilares teórico-metodológicos em que ela se sustenta[16].

Reinventar a escola e seus pilares é buscar descontruir os regressos que nela existem e que a mesma possa sustentar um ensino de qualidade independente das diferenças de cada um. Somos iguais como pessoas, mas devido a certas semelhanças que se refletem ao conviver, criam-se grupos, que determinam a identidade dos participantes e excluem os demais. Primeiro, deveríamos ser tratados de forma justa e igualitária, mas isso não significa que não somos diferentes e que não somos tratados de forma diferente, devido à necessidade.

Ser diferente é necessário para que exista uma pluralidade cultural, que contribui diretamente na evolução social, para que a sociedade não permaneça monótona e com raízes

[15] IX Congresso Nacional de Educação – EDUCERE. III Encontro Sul Brasileiro de Psicopedagogia. PUCPR. Um Olhar Sobre o Bullying: reflexões a partir da cultura. São Paulo. p. 7375-7387.

[16] MANTOAN, Maria Teresa Eglèr (org.). O desafio das diferenças nas escolas. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

conservadoras. Vivemos em constante evolução e limitar tal acontecimento, desacreditando nesse diferencial, aprisiona o nosso próprio consciente e modo de viver.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se discorre sobre um tema como a educação, vários fenômenos sociais devem ser ligados para que se forme um pensamento pluricontextualista erecorrente da realidade. A educação brasileira passa por uma transformação que tende a retornar constantemente, visto o modo como a sociedade a impulsiona. Essa transformação é necessária, já que o sistema educacional não apresenta níveis satisfatórios em conhecimento, inclusão e infraestrutura.

Constantemente manipulada pelo governo, é preciso ser tratada como prioridade para que o país saia da calamidade que se encontra. A ideia é que seja investido mais em projetos e meios viáveis aos estudantes para que permaneçam em sua jornada acadêmica, bem como todas as classes sociais possam contemplar desse direito. Ser reconhecido, como cidadão e como aluno é desafiador, pois o que se vê é justamente o oposto da inclusão; uma manipulação por parte de grupos dominantes e com uma boa qualidade de vida, que governa nesse contexto e limita intelectualmente as pessoas não identificadas pelo grupo.

Atualmente, vivemos em uma crise econômica que precisa urgentemente cortar gastos para não obscurecer ainda mais a situação. O caminho escolhido foi logo a educação e projetos que faziam a diferença na vida de acadêmicos de ensino superior.

O retrocesso dessa escolha é o abandono dos estudos, que é o desafio educacional desde o ensino fundamental. A busca por uma qualidade de vida melhor, faz com que os jovens sacrifiquem a educação para trabalhar e sustentar a si mesmo e contribuir com o sustento de casa. Essa inversão de valores diante da educação é o que motiva ainda mais o crescimento descontrolado da desigualdade social. Se houvesse ajuda a essas famílias e estudantes, o próprio não precisaria assumir esse cargo.

O ciclo vicioso da desigualdade, persegue como obstáculo nos estudos, crianças e adolescentes inferiorizadas na sociedade pela sua condição social, vítimas de culturas como a pobreza e a violência. O comportamento humano é refletido na sociedade, mas é fundamental que seja moldado à identidade e caráter na família, e quando esta não faz o seu papel adequadamente, é mais um comprometimento que a educação carrega. Porém, se nenhumas dessas instituições se posicionam, surge então à maneira revolucionária de ter aquilo que almeja, através da

marginalidade. Esse fenômeno é respondido através da repressão como solução para os conflitos nesse contexto, piorando ainda mais as chances dessas pessoas mudarem de condição de vida.

Até então, poderia ser aplicado o drama da invisibilidade a parcela da população diferente, seja por raça, cor, gênero, condição social, religião etc. No entanto, diante dos descasos governamentais em formar cidadãos que possam admitir ter seus direitos, previstos em lei, reconhecidos e que tiveram apoio em toda jornada, a escolarização - direito universal - também é enquadrado nesta categoria invisível diante da cultura, que serve como uma lente, focalizando ainda mais benefícios aos grupos dominantes, aumentando a discriminação.

É claro que ser pobre ou morar nas periferias não é justificativo para ser analfabeto desempregado e traficante. Porém a questão é que também não é justificativa, mercê a essas condições de vida, que ocorra indiferença governamental, não contribuindo para aproximar os jovens à escolaridade. As diferenças são parte de cada individuo, mas é preciso ver que somos iguais como pessoas e mantemos uma dignidade que é inviolável. Há tempos atrás, a educação era nitidamente limitada pelo padrão de vida de famílias e sua influência. Houve uma evolução positiva, pois a educação conseguiu atingir os holofotes e hoje, sabemos de sua importância, porém, ainda existe uma restrição. Nem todos os habitantes tem ensino, e de qualidade, o índice é ainda mais inferior, logo a universalidade do direito a educação não é tão universal assim.

A sociedade é uma escola, formada por cidadãos que em sua maioria passaram por um ensino sistematizado e por conviverem em conjunto criam padrões que são buscados nos demais. Quando isso não ocorre há um distanciamento do desconhecido, do diferente. E portando, a sociedade é que escolhe aquele que será aceito ou não pelo meio. Ultimamente as diferenças geram polêmicas por estas não serem mais escondidas e sim questionadas para a aceitação que tanto insiste em desacreditar na diversidade. É por isso que no plano educacional e na própria convivência em sala de aula, é preciso que seja discutido esse tema, pois assim os alunos passam a se sentir parte daquele espaço e se encorajam a mostrar o que pensam.

Quanto mais avança a educação e se transforma, mais é visto a desigualdade, então esse avanço é muito superficial. As diferenças devem ser reconhecidas e respeitadas, ser diferente é um direito, uma liberdade que temos. O grande intuito da escolarização é promover uma sociabilidade com o conhecimento e com a sociedade. Porém esta não pode arcar com todas as responsabilidades em relação à vida do individuo. Buscar compreender a realidade de uma parcela da população, é primeiramente admitir que haja muitas parcelas de população, visto a estratificação social intensificada, porém nem todas têm as mesmas oportunidades e dia a dia.

É relativo à compreensão, os direitos e o que chamamos de igualdade. Devem- se levar em conta, todos os aspectos que edificam a vida do individuo, e não de grupos. De qualquer forma, na sociedade brasileira, não há uma perspectiva de nação brasileira em toda sua conjuntura, e sim grupos variados, originados por sua condição social e por suas semelhanças, físicas ou de interesse que convivemos no mesmo território. Esse fenômeno gerado trás outro, o poder, que potencializa domínio e garantia de direitos e superioridade, que podem trazer muitos benefícios sociais individualizados. O amparo legislativo existente, por parte do Direito, é muito importante na garantia de direitos humanos, da cidadania e principalmente a educação pública.

Problematizar sobre todas essas garantias, que não estão sendo garantidos a todos é o primeiro passo para que alguma mudança, mesmo que pequena, possa surgir. Os movimentos sociais já são pistas do potencial que se pode ter quando o "todo" pensa coletivamente e em conjunto para obter o bem comum, que é ostentado, mas não investido, pelo governo. Na teoria do contrato social, quem governa é o povo e de certa forma, em pleno século XXI, isso se faz necessário, para que haja mais comprometimento e prática das responsabilidades de representantes.

Considero a educação base fundamental a tudo que é questionado e relatado, pois através dela que passamos a ter noção do que nos rodeia e essa busca, do conhecimento, são aquela que trará a compreensão para os agentes da transformação social, os cidadãos da sociedade. A educação proporciona a ideia de cidadania, da diversidade, das mudanças constantes, dos problemas e o interesse que tanto é ausente de ser humano para ser humano. Interesse humanístico.

Portanto, através de esforços do governo, da sociedade, de empresas publicas ou privadas, familiares e demais interessadas que compartilham do mesmo interesse, em mudar, transformar a educação brasileira, que carece de auxilio, para aumentar sua eficácia, poderemos contemplar novas gerações, conscientes e independentes, porém não individualistas, sem serem corrompidas pelos seus valores e por interesse oculto de grupos, e compreender que diante do fato, a universalidade dos direitos humanos, como a educação, os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição Federal, a dignidade humana serão concretizados e materializados, com base na liberdade e igualdade, progredindo e afirmando toda uma construção histórica-social e a evolução do ser humano.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **A riqueza de poucos beneficia a todos nós?** Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil:** O longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

DAMATTA, R. **O que faz o Brasil, Brasil?** 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

DE LA MORA, Luis. **O Significado da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças.** Disponível em: <https://www.ufpe.br/ppgdh/images/documentos/ldmora_crianca2.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2017.

DOS SANTOS, I.S.F; PRESTES, R.I; DO VALE, A.M. Brasil, 1930-1961: **Escola Nova, LDB e disputa entre escolar pública e escola privada.** Revista HISTEDBR, Campinas, n.22, p. 131-149, 2006.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais e educação.** São Paulo: Cortez, 1992.

IX Congresso Nacional de Educação – EDUCERE. III Encontro Sul Brasileiro de Psicopedagogia. PUCPR. **Um Olhar Sobre o Bullying:** reflexões a partir da cultura. São Paulo. p. 7375-7387.

MANTOAN, Maria Teresa Eglèr (org.). **O desafio das diferenças nas escolas.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: < http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2017.

SANTA CATARINA. GOVERNO DO ESTADO. SECRETARIA DO ESTADO DA EDUCAÇÃO E DO DESPORTO. **A educação e o Estatuto da Criança e do Adolescente.** Floriánopolis, 1999.

SOARES, L.E. Simpósio 7 - Psicologia e políticas públicas: a função social do estado. O drama da invisibilidade. In GUARESCHI, N., org. **Estratégias de invenção do presente:** a psicologia social no contemporâneo [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. p. 197-207.

SCOTT, Joan. **Igualdade versus diferença:** os usos da teoria pós-estruturalista. Debate Feminista (Cidadania e Feminismo), nº especial, 2000, pp.207-218. 64 p.

ZEIDAN, Rogério. **Ius Puniendi, Estado e Direitos Fundamentais:** Aspectos de Legitimidade e Limites da Potestade Positiva. Porto Alegre: SafE, 2002. 168 p.

REFLEXÕES ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO E A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO DOS FENÔMENOS MIGRATÓRIOS TRANSNACIONAIS: DESAFIOS EM QUE O SISTEMA INTERNACIONAL E A SOCIEDADE MUNDIAL ESTÃO INSERIDOS NO LIMIAR DO SÉCULO XXI DIANTE DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS

Jaine Roberta de Souza Marques[1]

INTRODUÇÃO:

O tema deste estudo envolve o Constitucionalismo e a necessidade de se pensar em uma regulação do fenômeno migratório transnacional, campo promissor para estudo, porque muitos países, a exemplo do próprio Brasil, são carentes de políticas públicas para o tratamento de imigrantes e refugiados, e esta lacuna normalmente é preenchida pela sociedade civil organizada, especialmente mediante grupos religiosos. Para exemplificar, no Estado de Santa Catarina pode-se destacar os trabalhos da Paróquia Santa Terezinha, em Florianópolis, que através da Pastoral do Migrante recebe imigrantes e refugiados, coordenada pelo padre da Missão Escalabriniana Joaquim Roque Filipin (lembrando que o lema dos Escalabrianos é retirado da Bíblia, em Mateus 25,35: "Eu era estrangeiro e me acolheste"), e tendo como uma de suas agentes a antropóloga Tamajara da Silva (Arquidiocese, 2015).

Na contextualização desta temática é preciso demonstrar que o constitucionalismo pode ser estudado para suprir respostas e soluções à problemática migratória, pois os Estados concedem o visto, mas nenhuma forma de apoio, suscetibilizando socialmente estes imigrantes, que precisam de auxílio para superar as barreiras linguísticas, culturais, econômicas, políticas e sociais. Além disso, violações a direitos culturais, econômicos e sociais são corriqueiros para inúmeros imigrantes que, muitas vezes, têm negado acesso à saúde pública, à moradia, à segurança, aos direitos trabalhistas, o que é exacerbado por leis discriminatórias, preconceito e xenofobia.

[1] Graduanda do curso de Direito, na Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI, campus Itajaí. É membro do Grupo de Estudos em Constitucionalismo e Humanismo, coordenado pelo Prof. Dr. Rafael Padilha dos Santos, a partir do qual elaborou este artigo. O tema é correspondente ao Projeto FAPESC da chamada pública nº 09/2015, com Termo de Outorga n. 2016TR2284. *Email*: jaine_roberta@hotmail.com

O referencial teórico versa sobre duas linhas principais: **a)** o constitucionalismo, tratado à luz de autores como Ferrajoli[2], Peces-Barba Martínez[3], Antonio Cassese[4], para fundamentar um constitucionalismo com garantias, quais seus fundamentos, estimulando a pensar em um novo constitucionalismo que seja global e como pode ser útil e funcional a enfrentar os debates globais atuais; **b)** as migrações transnacionais, para discutir a garantia do acesso dos imigrantes aos direitos sociais, econômicos e culturais e respectivas políticas de direitos humanos migratórias, amparado por obras como a de Aja[5] e Lacomba[6]. Assim, é possível evoluir o pensamento na atualidade mediante iniciativas que forneçam maior clareza sobre as implicações do discurso dos direitos humanos na política migratória, inclusive para se propor um constitucionalismo sensível a tal problemática migratória.

Enfrentar esta temática envolve assim perseguir melhor entendimento quanto aos desafios em que o sistema internacional e a sociedade mundial está enfrentando no limiar do século XXI, pela reação e dúvida geradas pela expansão da globalização que atinge os paradigmas jurídicos típicos do Estado, estimulando a se pensar em um novo constitucionalismo hábil em enfrentar o desafio da migração transnacional.

1. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O CONSTITUCIONALISMO

Para que um direito seja garantido como fundamental deve reduzir a liberdade da política e do mercado, desenvolvido por uma regra geral, a ser imposta igualmente para todos. O constitucionalismo, tratado à luz de autores como Ferrajoli, no seu artigo *Sobre los derechos fundamentales* e em seu livro *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, consente visualizar a definição de constitucionalismo e as características que um direito deve ter para ser considerado fundamental. Vale destacar a sua definição de constitucionalismo:

> Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los

[2] FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. **Cuestiones Constitucionales.** n. 15, p. 113-136, 2006. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>. FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Trota, 2001.

[3] MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de derechos fundamentales.** Madrid: Dykinson, 2004.

[4] CASSESE, Antonio. **I dirittiumanioggi.** 2. ed. Roma: Laterza 7 Figli, 2005.

[5] AJA, Eliseo. **Inmigración y democracia**. Madrid: Alianza, 2012.

[6] LACOMBA, Josep. **Historia de lasmigracionesinternacionales:** historia,geografía, análisis e interpretación. Madrid: Catarata, 2008.

> principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo[7].

Peces-Barba Martínez[8] visualiza os fatores que consentem o consenso sobre os direitos fundamentais, a evolução histórica e desafios que enfrentam os direitos fundamentais diante da globalização, a necessidade de solidariedade e a visão de universalidade dos direitos.

Formalizam-se em quatro processos históricos: 1.processo de positivação: a passagem da discussão filosófica do Direito Natural Racionalista ao Direito positivo, como as revoluções liberais burguesas (característica principal: positivação da primeira geração dos direitos fundamentais: direitos de liberdade); 2. processo de generalização: a extensão da proteção dos direitos de uma categoria a todos os membros de uma comunidade como consequência da luta pela igualdade real (característica principal: a luta e a consequente positivação dos direitos sociais ou de segunda geração e de algumas outras liberdades como a de associação e a de reunião e a ampliação da cidadania com a universalização do sufrágio); 3. processo de internacionalização: experiência de internacionalizar os direitos humanos e criar sistemas de proteção internacional desses direitos acima das fronteiras e toda a Comunidade Internacional ou regional conforme o sistema. É um processo inerte por muitas situações que influenciam o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a não efetivação prática (característica: tentativa de efetivar a universalização dos direitos ao positivar os direitos humanos no plano internacional). 4. processo de especificação: consideração da pessoa intrínseca para conceder direitos e como titular de direitos como criança, idoso, etc., ou como alvo de direitos como à paz (característica principal: positivar e mudar a mentalidade da sociedade na direção dos chamados direitos de solidariedade, difusos ou de terceira geração)[9].

O estudo do aparato internacional de proteção aos direitos humanos adota elementos fundamentais para que se desenvolva o estudo sobre a postura do Estado brasileiro perante tratados internacionais de direitos humanos. Coloca-se em um contexto internacional definido por tensões relativas à guarida dos direitos humanos, e sua defesa traduz o sentimento da esperança emancipatória, para o triunfo da dignidade e da paz[10].

---

[7] FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales. n. 15, p. 113-136, 2006. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>.

[8]MARTÍNEZ, GregorioPeces-Barba. **Lecciones de derechosfundamentales.** Madrid: Dykinson, 2004

[9]MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 146-198.

[10]PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva,2015.p. 49.

2. O CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E A MIGRAÇÃO TRANSNACIONAL

Desde já se define o Constitucionalismo Global temporariamente elaborada por Peters, mencionando o Constitucionalismo Global num ementário, tanto acadêmico, como jurídico-político, em que se identifica e protege a aplicação de princípios tipicamente de matriz constitucional na esfera jurídica internacional, objetivando ampliar ou melhorar a efetividade e a justiça da ordem jurídica internacional.[11]

Quando Bauman afirma que: *"Ormai siamo tuitti, o lo stiamo diventando rapidamente, come le vespe di Panama*", é em virtude do caráter transnacional das Migrações, pois somos como uma soma de disporás vivendo no local, e global, com etnias que não se voltam aos Governos e Comissões para o seu reconhecimento. Para ele, "são a norma também entre os insetos sociais: um implementado aparentemente de forma 'natural', sem necessidade de recorrer a comissões do governo, leis forçosamente criadas, cortes supremas e centros de detenção temporários para os requerentes de asilo"[12]. Começam a se definir como o processo mediante o qual os imigrantes desenvolvem vínculos entre país de origem e país de destino, como diferentes diásporas. Para que se possa valer o sentido dessa definição, é preciso "Parar de compreender a migração como um processo que possui um local de origem e um local de destino"[13].

O transmigrante beneficia-se hoje das conquistas do processo de globalização, como meios de comunicação e a mobilidade em curtos espaços de tempo, "caracterizada pela participação simultânea em ambos os polos do movimento migratório e do frequente pêndulo entre eles"[14].

Segundo Bauman[15] a transnacionalidade é formada por todas as relações que percorrem os limites do Estado nacional. Ele apresenta processos transnacionais em três planos: afastamento da familiaridade, transnacionalidade política ou religiosa e a ideia das trocas entre as diásporas[16].

Esses três planos de transnacionalidade trazidos por Bauman se encaixam no fenômeno migratório: o primeiro, com os costumes da sua pátria; o segundo, as discussões, lutas religiosas, ideologia política, não delimita geograficamente o país de origem dos transmigrantes; o terceiro, pelas diferentes diásporas no mesmo Estado quanto à luta por direitos considerados fundamentais.

---

[11] PETERS, Anne [2009d]. **The Merits of Global Constitutionalism.**Indiana Journal of Global Legal Studies.Vol. 16 (Summer 2009).p. 397.

[12]BAUMAN, Zygmunt. **L´etica in un mondo di consumatori**. p. 06.

[13]AMBROSINI, Maurizio. Un'altraglobalizzazione: lasfidadellemigrazionitransnazionali. Bologna: Il Mulino, 2009. p. 45.

[14]AMBROSINI, Maurizio. Un'altraglobalizzazione: lasfidadellemigrazionitransnazionali. p. 45.

[15]BAUMANN, Gerd. L´enigmamultiCulturale. Bologna: Mulino, 2003. p. 160.

[16]BAUMANN, Gerd. L´enigmamultiCulturale. p. 161.

Estes três planos são genéricos e compõem laços que transpõem o vínculo no país de destino e intervêm na ligação com o país de origem sem interferência ou autorização estatal.

As migrações estão há tempos escondida e anulada, vez que elas não são compostas apenas por uma ida a um outro país, perante todas as relações, intercâmbios, influências e redes que envolvem as migrações transnacionais, atravessando fronteiras, interagindo com os locais de origem e incorporando no cotidiano estilos de vida transnacionais. Carece forma para calcular a intensidade destas ligações, seja por aspectos culturais, sociais, econômicos, da globalização.

Sabe-se que um transmigrante é mais um ser humano envolvido que ignora a transposição de fronteiras ou nacionalidades, ora de maneira direta por meio de comunidades de transmigrantes ou associações do tipo, ora de maneira indireta por meio do envio de valores morais à terra de origem ou por testemunhos de atividades e experiências, etc.

A mobilidade humana e a mudança na composição demográfica das sociedades de hoje e que produziu transformações no âmbito laboral, social e cultural, expõe alternativas de transformação tidos pela migração, sendo o tema trabalhado em modo complexo, tratando a mobilidade humana como um dos princípios impulsores de mudança atualmente no mundo. Para se pensar a migração internacional à luz das políticas da humanidade[17] a partir de ações humanas que vêem o eu no outro, e o papel da sociedade civil[18] para dar sentido às desconcertantes mudanças recentes na ideologia e política para o Estado de bem-estar social e para compreender as implicações políticas mais amplas da sociedade civil, e a questão política[19], analisando criticamente os atores, discursos e práticas de gestão da migração. A relevância das migrações internacionais no cenário da globalização tem sido instrumento para contribuições importantes, de caráter teórico e empírico, que evidencia sua diversidade, seus significados e suas implicações.

Parte retorna ao pensamento das variações econômicas, sociais, políticas, demográficas e culturais em progresso no âmbito internacional, especialmente a partir da década de 80 do séc. XX. Observa-se as mudanças no processo de reestruturação da produção, o que implica novas modalidades de mobilidade do capital e da população em várias partes do mundo. As implicações suscitadas pela migração no panorama do mercado laboral, econômico, de proteção social e ao meio ambiente, bem como as causas dos desprendimentos residenciais em âmbito internacional e

[17]MORIN, Edgar. **La via para el futuro de lahumanidad.** Traducción de Núria Petit Fontseré. Barcelo: Paidós, 2011.

[18]POWELL, Frederick. **The politics of civil society***:* neoliberalism or social left? Bristol: The Policy Press, 2007.

[19] GEIGER, Martin; PÉCOUD, Antoine.**The politics of international migration management.**UK: Palgrave Macmillan, 2010.

os seus efeitos nos países de acolhida (o retorno) e de emissão (ida)[20], havendo ausência de um estudo global para compreender o fenômeno da migração como um vetor constante do desenvolvimento humano para ao longo da sua evolução e expansão para o nosso planeta.

A partir dos dados do Departamento dos Negócios Econômicos e Sociais do Secretariado da ONU[21] resulta que, em 2013, os migrantes internacionais foram quantificados em 232 milhões de indivíduos, dentre os quais quase 59% (cinquenta e nove por cento) se deslocaram para as regiões desenvolvidas, enquanto que as regiões em via de desenvolvimento receberam o restante 41% (quarenta e um por cento); entre 1990 e 2013 o número de migrantes internacionais em âmbito global aumentou para mais de 77 milhões de pessoas, ou seja, aumentou 50% (cinquenta por cento). Trata-se de um tema prioritário à comunidade internacional, como comprova as ações da Organização das Nações Unidas neste setor através de seu Departamento dos Negócios Econômicos e Sociais e pela Agência da ONU para Refugiados e da Organização Internacional para Migração.

O aumento expressivo no número de migrantes e refugiados no Brasil, acelerado pelas condições criadas pelo processo de globalização, exige ações coordenadas em todos os níveis governamentais (federal, estadual, distrital e municipal), mas também em âmbito global, a fim de se promover os direitos e a inclusão desse público.

3. O DESAFIO DA MIGRAÇÃO TRANSNACIONAL E A NECESSIDADE DE INSTÂNCIAS POLÍTICAS TRANSNACIONAIS

A Convenção Internacional sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias, de 1990, reconhece direitos humanos fundamentais a todos os trabalhadores migrantes, documentados ou indocumentados, inspira-se nas convenções anteriores da Organização Internacional do Trabalho-OIT, refletindo as tendências migratórias atuais, na perspectiva dos Estados de origem e dos Estados de acolhimento de trabalhadores migrantes e das suas famílias (Liberdade de saída e regresso de qualquer Estado; direito à vida e à proteção legal desse direito; proibição da tortura e penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; tratamento com os nacionais do Estado para os filhos dos trabalhadores migrantes; garantia ao respeito da identidade cultural dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias; etc). Observando

[20] LACOMBA, Josep. **Historia de lasmigracionesinternacionales:** historia,geografía, análisis e interpretación. Madrid: Catarata, 2008.

[21] ONU. **International Migration Report 2013**.United Nations, dec. 2013. Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/migration/migrationreport2013/Full_Document_final.pdf>.

desde a Segunda Guerra Mundial a proteção dos direitos do homem como princípio geral da ordem internacional, no qual os Tratados de direitos humanos não avançaram significativamente em relação aos direitos dos migrantes[22].

Na atualidade, na ausência de implementação de políticas públicas em matéria de migração, a solução advém normalmente de ações de solidariedade e de doação de materiais da própria sociedade civil. É preciso refletir acerca do processo transformador que possui o fenômeno da imigração, os problemas que dele se originam, elaborando uma estratégia baseada em princípios constitucionais relativos ao tema, preocupado em abordar a regulação da imigração e os direitos civis, sociais e políticos dos estrangeiros, bem como os desafios de sua integração social[23].

Os Direitos Humanos devem fornecer o valor e a orientação para normas de caráter hierárquico e ser aplicado no âmbito da Sociedade Global[24]. Com os direitos humanos globais e com o reconhecimento de Cortes Internacionais para a garantia desses direitos, a análise dos direitos fundamentais há de ser desdobrado a partir de uma visão inovadora e contemporânea, capaz de conjugar o direito interno e internacional à percepção do princípio da primazia da pessoa humana. Afinal, há de se internalizar o sentimento de que os direitos humanos compõem a plataforma emancipatória contemporânea, voltada à revitalização e ao resgate da dignidade humana[25].

Assim, abre-se para a necessidade de se pensar em um novo constitucionalismo hábil em regular as migrações transnacionais, mas também a enfrentar outros problemas globais como o meio ambiente, o terrorismo, a regulamentação da exploração espacial, o combate à criminalidade internacional, a proteção do sistema financeiro internacional, as novas forças tecnológicas, as intervenções humanitárias, dentre outros.

É preciso considerar, como lembra Varella[26], o intenso dinamismo da globalização, do que decorre a propagação de outras fontes normativas e pelo acréscimo de instâncias decisórias para além dos limites estatais, pela ausência de hierarquia entre normas jurídicas ou entre as instâncias

---

[22] SOARES, Guido Fernando Silva. **Os Direitos Humanos e a proteção dos Estrangeiros**. *In:* Revista de Informação Legislativa, Brasília, XLI (2004), 162 (Edição especial comemorativa dos 40 anos). Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67631/70241>. Acesso em: 02.fev. 2017.

[23] AJA, Eliseo. **Inmigración y democracia**. Madrid: Alianza, 2012.

[24] Para Antonio Pérez Luño: "Os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional" (Antonio Enrique Pérez Luño, **Derechoshumanos, Estado de derecho y constitución**, p.48).

[25] Joaquín Herrera Flores, Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência, p. 7.

[26] VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27-32.

de solução de conflitos, bem como pela lógica distinta nos direitos nacional e internacional em que se efetuam os métodos de solução de conflitos.

Varella[27] examina ainda o papel desempenhado pelos fluxos migratórios na economia, na política e nas sociedades europeias contemporâneas, fornecendo um panorama histórico dos últimos 200 anos de migrações europeias, envolvendo as migrações massivas (como dos judeus orientais), as migrações estacionais por força do ciclo agrícola, os grandes deslocamentos motivados por conflitos armados que geram os refugiados, aspirando com esta análise propor melhorias às políticas da imigração atual. O Estado contemporâneo construiu o mundo ocidental a partir da visão dúplice "nacional e estrangeiro", conferindo ao nacional a plenitude de direitos e deixando ao estrangeiro apenas os direitos que o Estado decida lhe conceder; como o surgimento da União Europeia, apenas quebrando parcialmente e suavizado com a aprovação de inúmeros tratados internacionais que buscam garantir um tratamento digno aos estrangeiros[28].

O direito, com todo o seu instrumental técnico, e especialmente o direito constitucional, tem um papel a desempenhar na resolução do problema da distribuição de bens sociais[29]. Na atualidade, diante da problemática da violação dos direitos humanos na situação dos imigrantes e refugiados, é preciso realizar uma discussão que passa pelo plano político, ideológico, do costume e comprometido com o progresso civil dos Estados atuais[30].

É fundamental que se leve em consideração a luta e os compromissos internacionais tidos em benefício da expansão e da efetivação dos direitos humanos dos migrantes, mas é imprescindível que se esclareça que os movimentos migratórios internacionais representam a antítese entre os interesses de grupos dominantes na globalização e os Estados nacionais. Há que se considerar as tensões entre os níveis de ação internacional, nacional e local. Há de se crer que os movimentos migratórios internacionais contemplam a compensação da reestruturação territorial planetária intrinsecamente vinculada à reestruturação econômico-produtiva em escala global. É desafiador pensar em garantias aos direitos humanos de imigração, na linha do que pondera Norberto Bobbio, ao afirmar que o maior problema hoje dos direitos humanos "não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los"[31].

---

[27] VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**.

[28] AJA, Eliseo. **Inmigración y democracia**. Madrid: Alianza, 2012. p. 30-31.

[29]BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica de princípios constitucionais- o princípio da dignidade da pessoa humana**.Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[30]CASSESE, Antonio. **I dirittiumanioggi.** 2. ed. Roma: Laterza 7 Figli, 2005.

[31] BOBBIO, Norberto. **A era dos delitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relevância social do tema já pode ser apreendida partindo da vulnerabilidade social decorrente do fenômeno migratório e em relação ao qual o direito desenvolve uma função crucial, especialmente diante de sua dúplice dimensão de instrumento de regulamentação dos fenômenos sociais (por exemplo, políticas de imigração e de asilo em âmbito nacional e supranacional) e de garantia dos direitos humanos de migrantes e refugiados (por exemplo, *status* internacional de refugiado; direitos fundamentais protegidos em âmbito internacional e supranacional; *status* constitucional dos estrangeiros etc.).

Como afirma Aja[32], o Estado contemporâneo construiu o mundo ocidental a partir da visão dúplice "nacional e estrangeiro", conferindo ao nacional a plenitude de direitos e deixando ao estrangeiro apenas os direitos que o Estado decida lhe conceder. Tal dualismo foi apenas parcialmente quebrado com o surgimento de entidades como a União Europeia, e foi suavizado com a aprovação de inúmeros tratados internacionais que buscam garantir um tratamento digno aos estrangeiros. Assim, é preciso considerar que há um reconhecimento progressivo dos direitos humanos no âmbito internacional.

Diante do apelo social da temática, junto ao estudo da ciência jurídica é preciso unir uma análise propositiva social voltada ao tratamento desta realidade migratória transnacional partindo do constitucionalismo, considerando a vulnerabilidade social que estes migrantes vêm sofrendo no Brasil, causando comoção social. Entra-se, assim, em um amplo discurso de construção de política migratória baseada em direitos humanos, assumindo o dever de responder às profundas transformações políticas para oferecer garantias de humanização à situação dos imigrantes e refugiados.

Assim, é preciso demonstrar cientificamente a capacidade da ciência jurídica em contribuir para criar dignidade no mundo dentro da temática das migrações transnacionais, pois, como afirma Paulo Bonavides, "nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana"[33]. Assim, seja no âmbito internacional seja no interno, a dignidade da pessoa humana é princípio que consolida e polariza todo o sistema normativo, assumindo primazia. A dignidade humana mostra, dessa maneira, genuíno princípio

[32] AJA, Eliseo. **Inmigración y democracia**. Madrid: Alianza, 2012. p. 30-31.

[33] BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa.** São Paulo: Malheiros, 2001, p.233.

constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, concedendo-lhe especial racionalidade, unidade e sentido[34].

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AJA, Eliseo. **Inmigración y democracia**. Madrid: Alianza, 2012.

AMBROSINI, Maurizio. **Un'altraglobalizzazione: lasfidadellemigrazionitransnazionali**. Bologna: Il Mulino, 2009. p. 45.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica de princípios constitucionais- o princípio da dignidade da pessoa humana**.Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **L´etica in unmondo di consumatori**. Bari: Laterza, 2010.

BAUMANN, Gerd. **L´enigmamultiCulturale**. Bologna: Mulino, 2003. p. 160.

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

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa.** São Paulo: Malheiros, 2001.

CASSESE, Antonio. **I dirittiumanioggi.** 2. ed. Roma: Laterza 7 Figli, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre losderechosfundamentales. **CuestionesConstitucionales.** n. 15, p. 113-136, 2006. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>.

FERRAJOLI, Luigi.**Los Fundamentos de losDerechosFundamentales**. Madrid: Trota, 2001.

GEIGER, Martin; PÉCOUD, Antoine.**The politics of international migration management.**UK: PalgraveMacmillan, 2010.

LACOMBA, Josep. **Historia de lasmigracionesinternacionales:** historia,geografía, análisis e interpretación. Madrid: Catarata, 2008.

MARTÍNEZ, GregorioPeces-Barba.**Curso de DerechosFundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 146-198.

MARTÍNEZ, GregorioPeces-Barba. **Lecciones de derechosfundamentales.** Madrid: Dykinson, 2004

MORIN, Edgar. **La via para el futuro de lahumanidad.** Traducción de Núria Petit Fontseré. Barcelo: Paidós, 2011. p. 47.

[34] Nas palavras de Ana Paula de Barcellos, "as normas-princípios sobre dignidade da pessoa humana são, por todas as razões, as de maior grau de fundamentalidade na ordem jurídica como um todo. A elas devem corresponder as modalidades de eficácia jurídica mais consistentes" BARCELLOS, Ana Paula de, **A eficácia jurídica de princípios constitucionais- o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 202-203.

ONU.**International Migration Report 2013**.United Nations, dec. 2013.Disponível em: < http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/migration/migrationreport2013/Full_Document_final.pdf>.

PETERS, Anne [2009d]. **The Merits of Global Constitutionalism.**Indiana Journal of Global Legal Studies.Vol. 16 (Summer 2009). p. 397.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechoshumanos, Estado de derecho y constitución**.4. ed.Madrid:Tecnos,1991.

PIOVESAN,Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva,2015.

POWELL, Frederick. **The politics of civil society***:* neoliberalism or social left? Bristol: The Policy Press, 2007.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Os Direitos Humanos e a proteção dos Estrangeiros**. *In:* Revista de Informação Legislativa, Brasília, XLI (2004), 162 (Edição especial comemorativa dos 40 anos). Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67631/70241>. Acesso em: 02.fev. 2017

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA E A ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Fátima Maria Merizio[1]

João Vitor Soares Zeferino[2]

Márcia Sarubbi Lippmann[3]

INTRODUÇÃO

Este artigo aborda a atuação das Organizações Internacionais sobre a mutilação genital feminina não apenas no continente africano, mas também ao redor do mundo, informando dados sobre a prática, analisar as formas de combate e prevenção da MGF.

Refletir sobre quais medidas de prevenção seriam mais eficazes, e como é feita a atuação dos Direitos Humanos frente a esta prática, esclarecendo então, a necessidade de criação de outros mecanismos a fim de minimizar que tal procedimento é uma afronta aos Direitos de Dignidades Humanos.

A Mutilação Genital Feminina (MGF) está presente em vários países do continente do africano, mas com motivos não esclarecidos perante as sociedades destes países, muitas vezes apenas por questões de gerações presentes em suas famílias, meninas e adolescentes passam por tal procedimento que fere não apenas o físico, mas junto com isso o psicológico, a moral e a dignidade dessas meninas e mulheres.

Aos seis anos, Hibo Wardere ouviu: “Você é corajosa, forte e amanhã se tornará uma mulher” e no outro dia foi levada a uma espécie de cabana na capital da Somália, Mogadishu, e teve seus lábios vaginais e clitóris removidos com uma lâmina por um “cortador” local.[4]

Para o desenvolvimento deste presente artigo científico será utilizado o método dedutivo, que conforme explica PASOLD (2001, p.105) visa “estabelecer uma formulação geral e, em seguida,

[1] Acadêmica do 5º semestre do bacharelado em Direito na Universidade do Vale do Itajaí, campus Itajaí, e-mail: fatimamerizio@hotmail.com

[2] Acadêmico do 5º semestre do bacharelado em Direito na Universidade do Vale do Itajaí, campus Itajaí, e-mail: jvsz@edu.univali.br

[3] Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Minho - Portugal, professora da Universidade Vale do Itajaí, e-mail: marciasarubbi@me.com

[4] _____. **Somália o mundo está contigo**. Disponível em: <https://secure.avaaz.org/campaign/es/fgm_somalia_ban_loc/>. Acesso em: 28 abr. 2016.

buscar as partes um fenômeno [especificando-o] de modo a sustentar a formulação geral."[5], haja visa que a pesquisa inicia com aspectos gerais a serem desenvolvidos e também fundamentar-se-á com a técnica[6] da pesquisa de fontes bibliográficas, tais como outros artigos científicos, os periódicos em meio eletrônico, as notícias como reportagem em telejornal e também documentais, como documentos de órgãos públicos via administrativa.

Na elaboração do presente artigo adotar-se-á a metodologia da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

1. HISTÓRIA DA MGF NOS PAÍSES AFRICANOS

De acordo com Kwame Nkrumah (1964, p.93-97), o africano é um ser "profunda e incuravelmente crente, religioso"[7], por esse motivo, a religião não seria simplesmente um conjunto de crenças, mas, um modo de vida, o fundamento da cultura, da identidade e também dos valores morais. A religião constitui um elemento essencial da tradição a contribuir na promoção da instabilidade social e da inovação criadora.

Apesar de nenhuma religião se posicionar a favor da MGF, a prática também não é contra as religiões dos países, "Aparentemente esse comportamento foi inicialmente adotado por rituais religiosos do antigo Egito, assim influenciando os povos próximos, africanos e médios-orientais."[8].

A forma na qual a mutilação é "praticada atualmente: é geralmente em tribos rurais caracterizadas pelos bolsões de pobreza, analfabetismo e baixo status social da mulher"[9]. Como já dito anteriormente, a imposição da MGF ocorre muitas vezes pela família ou tribo na qual a menina, adolescente ou mulher pertence, pois do ponto de vista dos demais, é uma questão de honrar a família e o status social perante a tribo, portanto, quem não realizou o procedimento na infância ou adolescência o fará na vida adulta para conseguir um marido.

Dificilmente conseguem casar-se antes do procedimento, após a mulher ser mutilada, por crerem que tal mutilação preserva a virgindade e a pureza das mulheres, o que não se sustenta em

[5] PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica:** ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito: 5. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2001, p. 105.

[7] NKRUMAH, K. **Consciencism**. 1964, pp.93-97

[8] PALHARES, D.; Squinca, F. **Os desafios éticos da mutilação genital feminina e da circuncisão masculina**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a07v21n3.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

[9] PALHARES, D.; Squinca, F. **Os desafios éticos da mutilação genital feminina e da circuncisão masculina**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a07v21n3.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

termos médicos. Caso a mulher não tenha feito o procedimento será estigmatizada, e como consequência disso isolada e até mesmo não aceita perante a sociedade, podendo vir inclusive a não constituir família, existem vários relatos de homens que se recusam a se casar com mulheres que não são mutiladas, o que claramente induz a continuação da tradição.

Esta prática já foi detectada não somente em países africanos, mas, nos últimos anos tem se alastrado por outros continentes, em comunidades imigrantes, sendo da África cerca de 30 países.

2. CONCEITUAÇÃO E DADOS ESTATÍSTICOS SOBRE A MGF

A Mutilação Genital Feminina pode ser definida como "Todas as intervenções que envolvam a remoção total ou parcial dos órgãos genitais femininos externos ou que provoquem lesões nos órgãos genitais femininos, por razões não médicas".[10]

> 200 milhões é número estimado de meninas e mulheres que vivem com MGF em 30 países pesquisados pelo mundo;
> 44 milhões do total são meninas de 14 anos ou mais jovens;
> 3 países concentram metade dos casos: Egito, Etiópia e Indonésia;
> 9 em casa 10 mulheres entre 15 a 49 anos sofreram MG na Somália, Guiné Djibouti e Serra Leoa;
> 5 em cada dez meninas com menos de 14 anos sofreram MG na Gâmbia, Mauritânia e Indonésia;
> Desde 2008 mais 15.000 comunidades e distritos em 20 países declararam o abandono da MGF;
> 37% de meninas entre 15 e 19 anos que sofreram algum tipo de MG em 2015, contra, 41% em 2010.[11]

Embora haja divergência entre as estimativas de vítimas, os dados da Organização Mundial de Saúde[12] mostram que por volta de 100 a 140 milhões de meninas e mulheres foram submetidas a uma das quatro formas de Mutilação Genital Feminina (MGF) e que todos os anos, de acordo com a OMS e do Fundo da População das Nações Unidas (UNFPA sigla em inglês), cerca de 2 a 3 milhões de mulheres estão em estado de risco de serem submetidas a essa prática.

Já as mulheres que não moram no continente africano, mas se mudaram para outros países, ao retorarem ao seu país de origem, foram submetidas à MFG, uma vez que muitas vezes os

---

[10] INTERNACIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION (IPPF). **Briefing Paper** - **Female genital mutilation (FGM)**. Disponível em: <http://www.ippf.org/sites/default/files/ippf_briefing_paper_female_genital_mutilation.pdf>. Acesso em 30 abr. 2016.

[11] BARBOSA, V. **8 dados chocantes sobre mutilação genital feminina no mundo:** Violência sem fronteiras. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/8-dados-chocantes-sobre-mutilacao-genital-feminina-no-mundo>. Acesso em: 30 abr. 2016.

[12] OHCHR, et. al. **Eliminação da mutilação genital feminina**.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

imigrantes e refugiados que trazem consigo essa dita “cultura”, na Europa cerca 500 mil mulheres já foram vítimas.[13]

A origem do termo “MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA” foi feita pela OMS, UNICEF e UNFPA numa declaração conjunta em 1997, por conta do posicionamento de movimentos feministas e dos direitos humanos que analisavam termos comuns ou de menor impacto como as outras terminologias como “circuncisão feminina” ou “clitoridectomia”.

Tal termo causou maior impacto perante a sociedade, pois além de atrair mais a atenção, acabaram mobilizando muitas pessoas, instituições e diversos países a respeito do que realmente se trata essa forma de mutilação, não alterando apenas o físico dessas meninas e mulheres, mas sim sua dignidade como ser humano, além do psicológico dessas vítimas que são submetidas sem ao menos saber ou entender o porquê passam por esse procedimento um tanto quanto degradante, das consequências que trazem as suas vidas a curto e longo prazo, podendo incorrer até mesmo a perca de sua vida, apenas por respeitar uma tradição transmitida geração após geração.

A MGF é uma desmoralização da pessoa conforme Declaração Universal Dos Direitos Humanos que em seus artigos 1º, 2º, 3º, 5º e 7º[14] tratam expressamente que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, com liberdade de escolhas, pensamentos e religiões, o que é evidente não ser presente na realidade dessas situações degradantes e desumanas representada pela MGF nesses países, direitos esses que não se tratam apenas de direitos perante a uma sociedade ocidental, mas sim de direitos internacionais da pessoa humana, saúde pública e igualdade da mulher.

3. FORMAS DE PRÁTICAS E CONSEQUÊNCIAS

Os quatro tipos de MGF segundo a OMS[15] conjuntamente com mais nove organismos representativos das Nações Unidas são, portanto:

TIPO I: Remoção parcial ou total do clitóris e/ou do prepúcio (clitoridectomia).

[13] COMISSÃO DOS DIREITOS DA MULHER E DA IGUALDADE DOS GÊNEROS. **Relatório sobre a luta contra as mutilações genitais praticadas na UE**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2009-0054&language=GA>. Acesso em: 15 mai. 2016.

[14] ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

[15] COUNTDOWN 2015 EUROPE. **Mutilação Genital Feminina:** Direito humanos de mulheres e crianças. Disponível em: < https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/MGF2009.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

> RISCOS: Fissuras obstétricas devido a um parto mais demorado; infecções do aparelho reprodutivo e sexualmente transmissíveis, vírus de imunodeficiência humana, etc.
>
> TIPO II: Remoção parcial ou total do clitóris e /ou dos pequenos lábios, com ou sem excisão dos grandes lábios.
>
> RISCOS: dor crônica; infecção, infecção pélvica crônica; queloides, complicações de parto e diminuição da qualidade de vida sexual, etc.
>
> TIPO III: Estreitamento do orifício vaginal através da criação de uma membrana selante, pelo corte e oposição dos pequenos lábios e/ou dos grandes lábios, com ou sem excisão do clitóris (infibulação).
>
> RISCOS: intervenções cirúrgicas subsequentes; problemas menstruais e urinários; relações sexuais dolorosas e infertilidade.
>
> TIPO IV: Atos não classificados: todas as outras intervenções nefastas sobre os órgãos genitais femininos por razões não médicas, por exemplo, punção/picar, perfuração, incisão/corte, escarificação e cauterização.
>
> Consequências psicológicas dessas práticas: medo/receio de ter relações sexuais; síndrome de stress pós-traumático; ansiedade; depressão; perda de memória; perturbações psicossomáticas com quadros de sintomas como insônia; pesadelos; perda de apetite; perda de peso ou ganho de peso em excesso; pânico; dificuldade de concentração e aprendizagem; entre outros.

Vale ressaltar que todos os procedimentos acima relatados são feitos sem qualquer anestesia e com o mínimo de higiene, geralmente utilizando canivetes, facas, lâminas, tesouras e até mesmo fragmentos de vidro, assim ceifando a dignidade humana dessas mulheres perante a sociedade, mas tais mulheres quando questionadas sobre a continuação ou não desse fato, segundo dados de 2005 fornecidos pela UNESCO, 71% das mulheres dizem que sim querem a permanência, enquanto 93% das mulheres de Benin e Gana acham que a prática deve sim ser banida definitivamente.

Waris Dirie confidencia que "Grande parte da população somali é analfabeta. Claro que acreditam em várias tradições. A mulher não tem status social e são abusadas em toda a sua vida. Essa realidade precisa mudar"[16] A prática é considerada por eles como um ritual de passagem da vida adulta, os tipos mais comuns são os de TIPO I e II representando quase 90% dos casos e os outros 10% de TIPO III E IV. Como foi o caso de Ari, conforme segue seu testemunho[17]

> Eu tinha oito anos quando fui mutilada, quando fui ao fanado pequeno. (...) Eram quatro mulheres. Uma pegou no meu pé, outra no outro e agarraram os meus braços... e se nós nos mexêssemos, colocavam o cotovelo em cima do peito. Ainda me lembro da cara delas, umas já morreram. Fomos para uma casa abandonada e ficamos à espera cá fora... porque era uma de cada vez... com a mesma faca... um canivete de abrir e fechar. Ficávamos cá fora a ouvir as outras pessoas. (...)

[16] CAMPOS, A. **"Desmaiei de dor", lembra top model da Somália sobre mutilação genital**. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2015-04-23/desmaiei-de-dor-lembra-top-model-da-somalia-sobre-mutilacao-genital.html>. Acesso em: 26 abr. 2016.

[17] COUNTDOWN 2015 EUROPE. **Mutilação Genital Feminina:** Direito humanos de mulheres e crianças. Disponível em: <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/MGF2009.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

Alguns estudos já revelaram que homens casados com mulheres mutiladas procuram, fora do casamento mulheres não mutiladas, pois descrevem como "completas" e "quentes".[18] O que vai na contramão do que esses homens falam quando querem se casar com as mulheres que foram submetidas ao procedimento.

Abaixo segue uma tabela das informações demográficas fornecidas após estudo locais e sub-nacionais disponíveis no relatório Countdown 2015.

PAÍS	ANO	ESTIMATIVA DA MGF EM % MENINAS E MULHERES ENTRE 15 A 49 ANOS
SOMÁLIA	2005	97,9
GUINÉ	2005	95,6
EGITO	2005	95,8
SERRA LEOA	2005	94,0
DJIBOUTI	2006	93,1
MALI	2001	91,6
SUDÃO, REGIÃO NORTE (TONGO, UGANDA, REPÚBLICA DA TANZÂNIA)	2000	90,0
ERITREIA	2002	88,7
CAMARÕES	2004	1,4

As mulheres dessas tribos, como apresentado no gráfico, são quase na sua totalidade submetidas a essas práticas por um medo psicológico imposto a elas, conforme Waris Dirie comentou

> O procedimento teria função sanitária – a mulher se tornaria mais limpa após o ato – e também atenderia a questões culturais: o clitóris é visto pelo ângulo de sociedades patriarcais como a falsa representação do pênis, e, portanto, competiria com a virilidade masculina.

De acordo com Olga Regina Zigelli Garcia, pesquisadora do Instituto de Estudos de Gêneros da Universidade de Santa Catarina (UFSC). Ela também acredita que

> O procedimento, não pode ser mantido apenas por seu valor questionável valor cultural. Essa prática, além de violar a dignidade humana, também viola os direitos da criança já que meninas entre quatro e oito anos também são violadas. Não podemos legitimar crueldades e desigualdades com a desculpa da tradição.

[18] COUNTDOWN 2015 EUROPE. **Mutilação Genital Feminina:** Direito humanos de mulheres e crianças. Disponível em: < https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/MGF2009.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

Dada à dicotomia do tema, seja nas opiniões de grande parte das mulheres que são contra, conforme os dados apresentados anteriormente, ou da tradição que já é parte desse povo, a situação que é delicada vem interferindo em geração após geração dos seguidores que compartilham dessa tradição que em suma geram vários transtornos na vida dessas mulheres.

4. ATUAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS PARA A INTERVENÇÃO DOS PROCEDIMENTOS

Em 2003 a Resolução 28 da Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, criou e instituiu o dia 6 de Fevereiro, como Dia Internacional de Tolerância Zero à Mutilação Genital Feminina[19]. Marco esse que internacionalizou a luta contra a tradição desumana que tem assolado milhões de meninas e mulheres no continente africano, além dos casos nos demais continentes.

A participação da ONU tem se efetivado ao passar dos anos, conforme dados encontrados em seu próprio site, uma reportagem publicada em seis de fevereiro de 2014, previa que até 2030, cerca de 86 milhões de meninas poderiam sofrer com a MGF e como dito pelo Secretário-geral da ONU Ban Ki-moon

> Embora alguns argumentem que é uma "tradição", devemos lembrar que a escravidão, as mortes por honra e outras práticas desumanas foram defendidas com o mesmo argumento. [...] Apenas porque uma prática dolorosa existe há muito tempo não justifica sua continuação. Todas as "tradições" que rebaixam, humilham e ferem são violações dos direitos humanos que devem ser ativamente combatidas até que acabem.

Comentário ainda na época em que tinha como objetivo reduzir a prática dessa tradição, entretanto, a ONU tem tido um papel fundamental para que esses dados tomem um rumo em direção à redução e futuramente a extinção.

Já em 2016, a posição e incitação da ONU têm tomado proporções maiores, de tal forma de que como em notícia publicada neste ano, as diversas lideranças das Nações Unidas querem que a MGF seja eliminada até o ano 2030[20]. Em 26 de novembro de 2012, criou-se um projeto de resolução[21] que visa à proteção de milhões de mulheres e meninas exigindo que os Estados tomem

---

[19] PARLAMENTO EUROPEU. **Sobre a luta contra as mutilações femininas praticadas na UE**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2009-0054+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em 30 abr. 2016.

[20] NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **ONU pede eliminação de 'prática violenta' da mutilação genital feminina até 2030**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-pede-eliminacao-de-pratica-violenta-da-mutilacao-genital-feminina-ate-2030/>. Acesso em: 30 abr. 2016.

[21] NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Comitê da ONU aprova texto para acabar com a mutilação genital feminina**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/comite-da-onu-aprova-texto-para-acabar-com-a-mutilacao-genital-feminina/>. Acesso em: 30 abr. 2016.

medidas para frear o avanço, já que os dados demonstram que com o aumento da população global, a taxa de progresso não será suficiente e poderia aumentar em "86 milhões de meninas em todo o mundo estão sujeitas a sofrer a prática até 2030"[22].

A mobilização dos diversos Estados e da ONU perante a MGF têm gerado resultados, dados da UNICEF revelam que "... desde 2008, mais de 15.000 comunidades e bairros em 20 países declararam publicamente que estão a abandonar a MGF, incluindo mais de 2.000 comunidades no ano passado (2015). Cinco países já aprovaram legislação nacional para criminalizar a prática..."[23]

No dia 1º de janeiro de 2016, entraram em vigor para todos os 193 Estados-membros da ONU os 17 Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), cuja proposta número 5 é alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas, sendo mais específica a proposta número 5.3 "Eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas"[24].

Com o fim da MGF, haverá diversos benefícios como a chance de disporem de sua saúde e bem-estar, além da já citada igualdade de gênero, do trabalho decente e crescimento econômico.[25] Garantindo maior autonomia para que a mulher possa construir sua vida e tomar suas próprias decisões sem ter que ser submetida a algo que se baseia puramente na tradição e não tem nem ao menos cunho religioso, para que fosse no mínimo justificável, "Ainda assim, mais de metade das meninas e mulheres de quatro dos 14 países em que há dados disponíveis, acreditam que a MGF é uma exigência religiosa"[26].

Há programas desenvolvidos como o Programa Conjunto, desenvolvido pelo Fundo das Nações Unidas para a População (UNFPA) e o Fundo das Nações Unidas para as Crianças (UNICEF), programa esse que lidera o maior programa de intervenção contra a MGF. O programa faz-se presente em 17 países, dentre eles os com maiores índices de ocorrência, prestando serviços de

---

[22] NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Até 86 milhões de meninas poderão sofrer com mutilação genital feminina até 2030, alerta ONU**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/ate-86-milhoes-de-meninas-poderao-sofrer-com-mutilacao-genital-feminina-ate-2030-alerta-onu/> . Acesso em 30 abr. 2016.

[23] NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Até 86 milhões de meninas poderão sofrer com mutilação genital feminina até 2030, alerta ONU**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/ate-86-milhoes-de-meninas-poderao-sofrer-com-mutilacao-genital-feminina-ate-2030-alerta-onu/> . Acesso em 30 abr. 2016.

[24] NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 30 abr. 2016.

[25] NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **ONU organiza debate sobre erradicação da**

Mutilação Genital Feminina. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/02/COMUNICADO_ONU_Mutilacao_Genital_Feminina.pdf>. Acesso em 30 abr. 2016.

[26] NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **ONU organiza debate sobre erradicação da**

Mutilação Genital Feminina. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/02/COMUNICADO_ONU_Mutilacao_Genital_Feminina.pdf>. Acesso em 30 abr. 2016.

saúde que atendam às necessidades das vítimas desta prática, além de tentar conscientizar as pessoas a abandonar a MGF como normal social para ser aceita[27].

Diversos países tem tomado medidas para evitar que está tradição ocorra em seu país, tais como programas de conscientização como os criados pelos membros integrantes da União Europeia, diversas regiões fora do continente africano tem tido ocorrência da MGF, conforme anexo 8, os países destacados em laranja, representam os que mantém essa tradição, já os verdes apresentam casos esporádicos, enquanto os países em azul apresentam relatos de casos entre algumas comunidades de imigrantes, enquanto as setas indicam de onde provieram esses imigrantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se desta pesquisa, que embora ainda exista uma problemática com a mutilação genital feminina, ao passo que mais e mais países aderem a sua legislação uma parte especial para tratar desse assunto tendo medidas projetadas e posteriormente aplicando-as, é possível vislumbrar um declínio desta prática.

O objetivo futuro que se quer alcançar pela ONU e seus Estados-membros é, de que no futuro cada menina e mulher possam experimentar o mínimo de dignidade humana, sem que tenha que submeter sua dignidade em troca de um matrimônio e uma tradição. Entretanto, os programas de conscientização devem continuar com sua parte, agindo para que continuem a contribuir, diminuindo de modo que até a meta estipulada pela ONU, no caso 2030, possa ser alcançada.

Os autores presentes pensam que, acabar com essa cultura arraigada não será uma tarefa fácil a ser cumprida, mas conforme os dados do anexo 9, 67% das mulheres e 63% dos homens[28] de 29 países africanos já pensam que essa tradição deve acabar, e com os esforços de todos os que acreditam e atuam para que possa mudar, até 2030 há esperança de que as estatísticas que estão por vir irão apresentar uma redução acentuada se comparado aos atuais.

Mesmo países no qual não seja presente registros ou mesmo tenha ocorridos noticiados, como no Brasil, a presença da mídia deveria ao menos conscientizar aos brasileiros, por mais que

[27] NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **ONU organiza debate sobre erradicação da Mutilação Genital Feminina**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/02/COMUNICADO_ONU_Mutilacao_Genital_Feminina.pdf>. Acesso em 30 abr. 2016.

[28] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA AS CRIANÇAS. **UNICEF'S Data Work on FGM/C**. Disponível em: <http://www.unicef.org/media/files/FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPREAD(2).pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

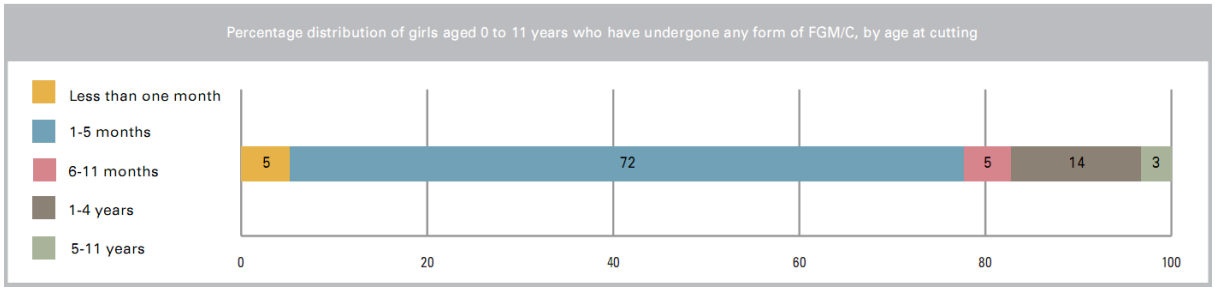
majoritariamente ocorram no continente africano, da existência desta prática e ações, por parte das Organizações Internacionais para que terminem.

ANEXOS

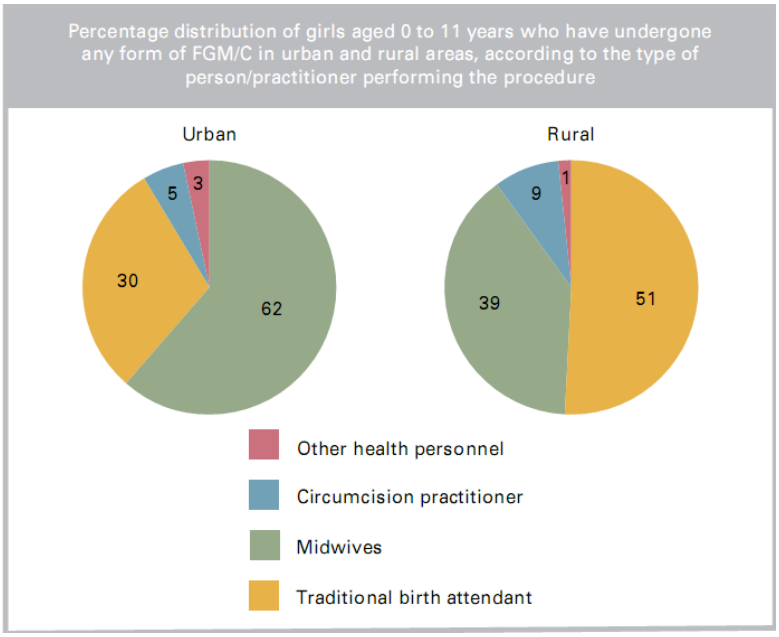
Dados Indonésia:

KEY STATISTICS ON WOMEN'S STATUS	
3%	of women 20-24 years were married or in union before age 15
17%	of women 20-24 years were married or in union before age 18
7%	of women 20-24 years have given birth by age 18
35%	of women 15-49 years think that a husband/partner is justified in hitting/ beating his wife/partner under certain circumstances
88%	of women 15-49 years make use of at least one type of information media at least once a week (newspaper, magazine, television, radio)

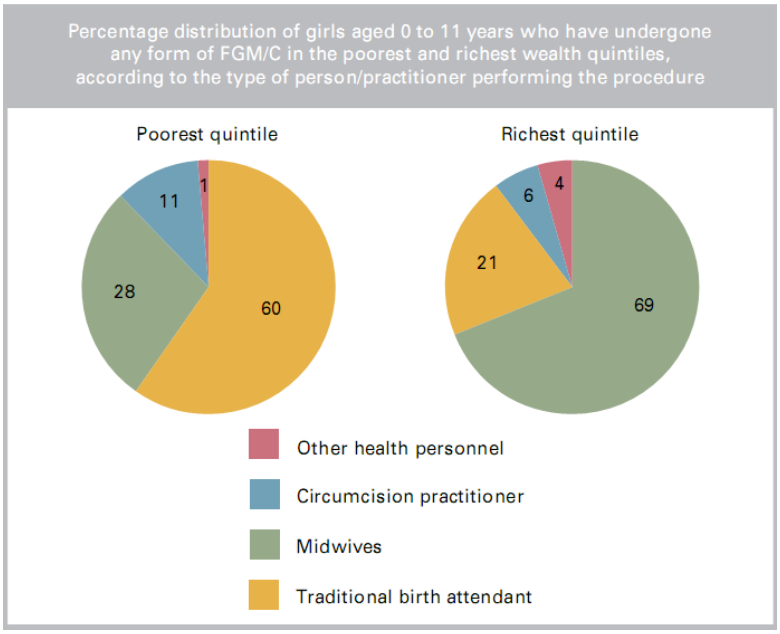
Source: DHS 2012



Fonte: UNICEF



Fonte: UNICEF

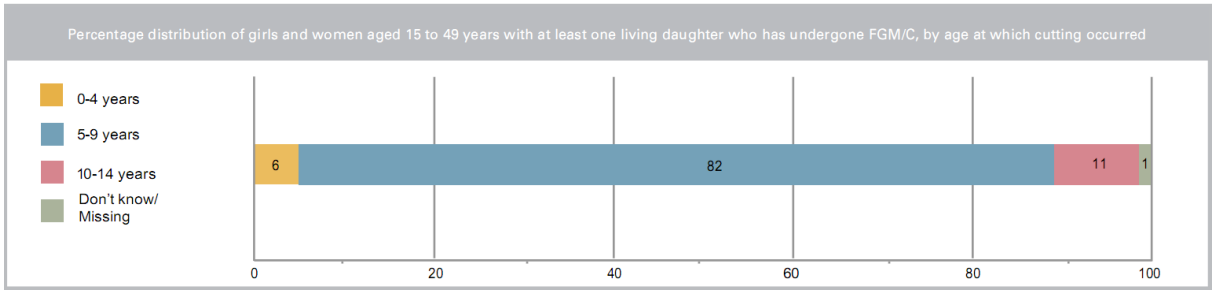


Fonte: UNICEF

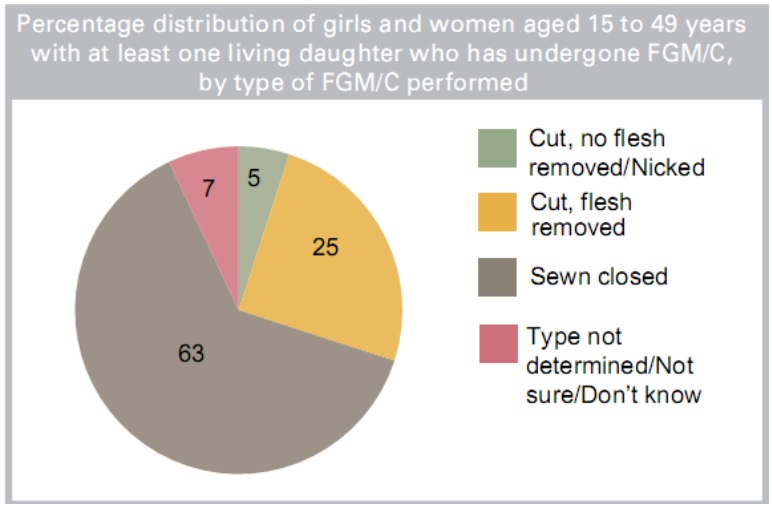
Somália:

KEY STATISTICS ON WOMEN'S STATUS	
8%	of women 20-24 years old married or in union before age 15
45%	of women 20-24 years old married or in union before age 18
25%	of women 15-24 years old that are able to read a short simple statement about everyday life
76%	of ever-married women 15-49 years old think that a husband/partner is justified in hitting/beating his wife under certain circumstances
15%	of women 15-49 years old in union currently using any contraceptive method

Source: MICS 2006

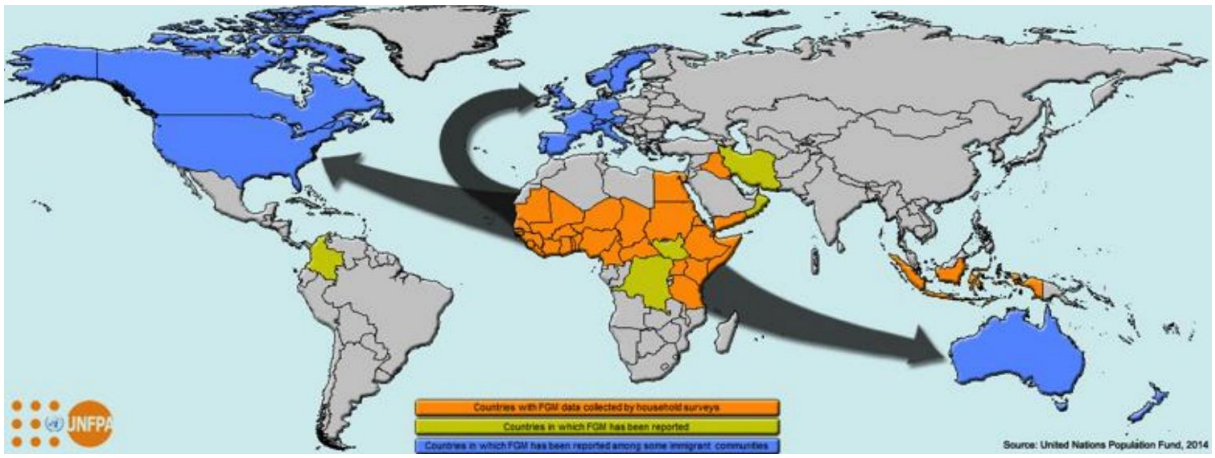


Fonte: MICS 2006



Fonte: MICS 2006

Anexo 8:



Anexo 9:



REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

_____. **Somália o mundo está contigo**. Disponível em: <https://secure.avaaz.org/campaign/es/fgm_somalia_ban_loc/>. Acesso em: 28 abr. 2016.

BARBOSA, V. **8 dados chocantes sobre mutilação genital feminina no mundo:** Violência sem fronteiras. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/8-dados-chocantes-sobre-mutilacao-genital-feminina-no-mundo>. Acesso em: 30 abr. 2016.

CAMPOS, A. **"Desmaiei de dor", lembra top model da Somália sobre mutilação genital**. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2015-04-23/desmaiei-de-dor-lembra-top-model-da-somalia-sobre-mutilacao-genital.html>. Acesso em: 26 abr. 2016.

COMISSÃO DOS DIREITOS DA MULHER E DA IGUALDADE DOS GÊNEROS. **Relatório sobre a luta contra as mutilações genitais praticadas na UE**. Disponível em: <

http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2009-0054&language=GA>. Acesso em: 15 mai. 2016.

COMISSÃO NACIONAL PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENSEM RISCO (CNPCJR). **Manual de procedimentos para Comissões de Proteção de Crianças e Jovens**. Disponível em: <http://www.cnpcjr.pt/%5Cdoc%5Cmutilacao_genital_feminina_manual_procedimentos_CPCJ.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

COUNTDOWN 2015 EUROPE. **Mutilação Genital Feminina:** Direito humanos de mulheres e crianças. Disponível em: < https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/MGF2009.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

DHNET. **Carta africana dos Direitos Humanos e dos Povos – Carta de Banjul**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA AS CRIANÇAS. **Novo relatório estatístico sobre mutilação genital feminina revela que a prática nefasta é uma preocupação à escala global**. Disponível em: <https://www.unicef.pt/18/site_pr_unicef-mgf_e_uma_preocupacao_a_escala_global_2016-2-4.pdf>. Acesso em 30 abr. 2016.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA AS CRIANÇAS. **UNICEF'S Data Work on FGM/C**. Disponível em: <http://www.unicef.org/media/files/FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPREAD(2).pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

INTERNACIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION (IPPF). **Briefing Paper** - **Female genital mutilation (FGM)**. Disponível em: < http://www.ippf.org/sites/default/files/ippf_briefing_paper_female_genital_mutilation.pdf>. Acesso em 30 abr. 2016.

OHCHR, et. al. **Eliminação da mutilação genital feminina**.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

PALHARES, D.; Squinca, F. **Os desafios éticos da mutilação genital feminina e da**

circuncisão masculina. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a07v21n3.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

PARLAMENTO EUROPEU. **Sobre a luta contra as mutilações femininas praticadas na UE**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2009-0054+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em 30 abr. 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica:** ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito: 5. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2001, p. 105.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Até 86 milhões de meninas poderão sofrer com mutilação genital feminina até 2030, alerta ONU**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/ate-86-milhoes-de-meninas-poderao-sofrer-com-mutilacao-genital-feminina-ate-2030-alerta-onu/> . Acesso em 30 abr. 2016.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Comitê da ONU aprova texto para acabar com a mutilação genital feminina**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/comite-da-onu-aprova-texto-para-acabar-com-a-mutilacao-genital-feminina/>. Acesso em: 30 abr. 2016.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **ONU organiza debate sobre erradicação da**

Mutilação Genital Feminina. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/02/COMUNICADO_ONU_Mutilacao_Genital_Feminina.pdf>. Acesso em 30 abr. 2016.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **ONU pede eliminação de 'prática violenta' da mutilação genital feminina até 2030**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-pede-eliminacao-de-pratica-violenta-da-mutilacao-genital-feminina-ate-2030/>. Acesso em: 30 abr. 2016.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 30 abr. 2016.

NKRUMAH, K. **Consciencism**. 1964, pp.93-97.

UNIÃO DE MULHERES ALTERNATIVA E RESPOSTA (UMAR). **Enquadramento legal**. Disponível em: <http://www.umarfeminismos.org/index.php?option=com_content&view=article&id=521&Itemid=139>. Acesso em: 30 abr. 2016.

POVOS EM MOVIMENTO: UMA ANÁLISE SOBRE AS DIFERENTES FORMAS DE MIGRAÇÃO NO CENÁRIO GLOBAL

Eloíse Caroline Schaker[29]

Rafael Padilha dos Santos[30]

INTRODUÇÃO

De acordo com o ACNUR[31], atualmente há cerca de 60 milhões de pessoas deslocadas no mundo, e é cada dia mais comum ler manchetes sobre travessias precárias pelo Mediterrâneo, crise dos refugiados na Europa, pessoas deslocadas na Síria e notícias correlatas.

No entanto, apesar de essas situações serem amplamente noticiadas, é comum ver termos como "refugiados", "migrantes", "imigrantes", "estrangeiros", "deslocados" e "apátridas" sendo confundidos, tanto pela mídia quanto pela população em geral. Mas existe alguma diferença entre esses termos? E em caso positivo, essa diferença é importante?

Sim, existem diferenças e sim, é importante. Todos esses termos têm significados diferentes e confundir os mesmos pode acarretar em sérias consequências legais para os envolvidos.

Dentro da categoria "estrangeiros", por exemplo, cabe a categoria de "migrante internacional". Por sua vez, essa categoria se divide em diversas subcategorias, indo desde migrantes trabalhadores até migrantes ambientais e migrantes forçados. Dentro dessa última categoria, se encontram os refugiados, que também podem ser apátridas.

---

[29] É acadêmica do décimo período de Direito na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Estagiária no Ministério Público Federal – Procuradoria de Itajaí/SC. Residente e domiciliada na cidade de Penha/SC. E-mail: lex.eloise@gmail.com.

[30] É Doutor em dupla titulação pela UNIVALI (Brasil) e pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Filosofia pela UFSC. Especialização em psicologia social pela Universidade Estatal de São Petersburgo (Rússia). Professor no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. É Professor do curso de Direito da UNIVALI e advogado. E-mail: padilha@univali.br. A temática está dentro do projeto FAPESC a partir da chamada pública nº 09/2015 - apoio a grupos de pesquisa das instituições do sistema ACAFE.

[31] Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. A organização foi criada pela Assembleia Geral da ONU em 14 de dezembro de 1950 para proteger e assistir às vítimas de perseguição, da violência e da intolerância. Atualmente, o ACNUR atua em 126 países, inclusive em regiões de conflito, zonas afetadas por catástrofes naturais e em operações de repatriação de refugiados.

Existe uma grande confusão terminológica entre esses termos, razão pela qual o presente artigo vai proceder a uma breve explanação acerca do assunto. Esta releitura, além de esclarecer determinados pontos conceituais confusos, serve para contextualizar a questão.

1. MIGRANTES E REFUGIADOS

De maneira ampla, o termo migrante engloba todas as pessoas que decidem deixar o território onde habitam, principalmente buscando melhores condições de vida, oportunidades de trabalho e educação, ou até mesmo procurando viver com parentes que residam em outro país. Essa noção é aplicável tanto às migrações dentro das fronteiras de um mesmo país, quanto às migrações internacionais.

De acordo com o *Glosario sobre Migración* da Organización Internacional sobre las Migraciones (OIM):

> em nível internacional não há uma definição universalmente aceita do termo "migrante". Esse termo, geralmente, abrange todos os casos em que a decisão de migrar é tomada livremente pela pessoa em decorrência de "razões de conveniência pessoal" e sem a intervenção de fatores externos que a obriguem.[32]

As principais formas de migração podem ser classificadas de acordo com os motivos de conveniência pessoal ou *status* legal dos migrantes. A maioria dos países distingue essas pessoas de acordo com categorias constantes em suas políticas migratórias e estatísticas, no entanto, as variações entre os países indicam que não há uma definição objetiva sobre o que é migração.

Portanto, o termo "migrante", de modo geral, pode ser definido como qualquer pessoa que vive temporariamente ou permanentemente em um lugar onde não nasceu, e onde adquiriu laços sociais significantes.

Segundo Regina Bega Santos[33], a migração pode ser definida como "o movimento da população pelo espaço". Este movimento relaciona-se às transformações econômicas, sociais e políticas que ocorrem nos diferentes lugares. Por isso, o seu significado e as suas motivações variam tanto no tempo como no espaço.

Ainda de acordo com a autora,

---

[32] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. **Derecho Internacional sobre Migración**, n. 7. Ginebra: OIM, 2006. p. 41. (Tradução nossa). Disponível em: <http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf>. Acesso em: set. 2016.

[33] SANTOS, Regina Bega. **Migração no Brasil**. São Paulo: Scipione.1994. p. 6.

> a migração não é um fenômeno atual. Ela é antiga; desde os tempos primitivos o homem se desloca pelo espaço. Mas esse fenômeno, tão antigo, é constantemente renovado. Em cada momento histórico, as condições que levam o indivíduo a deixar um lugar por outro são diferentes, relacionadas ao desenvolvimento de cada sociedade. Por isso, dizemos que a migração é um fenômeno histórico e social[34].

A Relatora Especial sobre Direitos Humanos dos Migrantes[35], durante uma Assembleia Geral da ONU, propôs que as seguintes pessoas deveriam ser consideradas migrantes:

> a) Pessoas que estão fora do território do Estado do qual são nacionais ou cidadãs, não estão sujeitas a sua proteção legal e estão no território de outro Estado;
>
> b) Pessoas que não desfrutam do reconhecimento de direitos em virtude da necessidade de possuir status de refugiado, pessoa naturalizada ou similar, a ser concedido pelo Estado receptor;
>
> c) Pessoas que não desfrutam da proteção legal de direitos fundamentais em virtude de acordos diplomáticos, vistos ou outros acordos internacionais.[36]

Não obstante essas definições, a literatura especializada costuma fazer a distinção entre migração voluntária e migração forçada[37]. Enquanto certos movimentos migratórios não se deparam com obstáculos externos para sua livre locomoção, nem são compelidos por necessidades urgentes e falta de meios alternativos para satisfazer essas necessidades em seu local de residência, outros se veem obrigados a deixar seu domicílio por medo de perseguições, e se realocam para outro local dentro ou fora das fronteiras de seu próprio país de residência[38].

Essa definição ampla reflete a dificuldade atual em fazer a distinção entre migrantes que deixam seus países em virtude de perseguições políticas, conflitos, problemas econômicos, degradação ambiental ou uma combinação desses motivos (migração forçada), e os que o fazem em procura de melhores condições de sobrevivência ou bem-estar (migração voluntária).

As situações de migrações forçadas são amplas, diversificadas e muitas vezes dramáticas. Ocorrem em meio a complexas situações da sociedade marcada por conflitos, guerras, desequilíbrios socioeconômicos, violência, pobreza, fome e exploração.

---

[34] SANTOS, Regina Bega. **Migração no Brasil**. São Paulo: Scipione.1994. p. 6.

[35] O cargo de *Special Rapporteur on the human rights of migrants* foi criado em 1999 pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, por meio da resolução 1999/44. As funções do *Special Rapporteur* consistem em encontrar meios de superar obstáculos para a obtenção da proteção plena dos direitos humanos dos migrantes; promover a aplicação efetiva das normas internacionais sobre o assunto; recomendar ações e medidas aplicáveis em níveis nacional, regional e internacional para eliminar violações aos direitos humanos dos migrantes; etc.

[36] UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Human rights questions: human rights situations and reports of special rapporteurs and representatives**. Report A/57/292. 2002. p. 12. (Tradução nossa). Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/518/32/PDF/N0251832.pdf?OpenElement>. Acesso em: out. 2016.

[37] MOORE, Will H.; SHELLMAN, Stephen M. Fear of persecution forced migration, 1952-1995. **Journal of Conflict Resolution**. 2004. p. 2. (Tradução nossa). Disponível em <http://jcr.sagepub.com/content/48/5/723.short#cited-by>. Acesso em: set. 2016.

[38] MOORE, Will H.; SHELLMAN, Stephen M. Fear of persecution forced migration, 1952-1995. **Journal of Conflict Resolution**. 2004. p. 3. (Tradução nossa). Disponível em <http://jcr.sagepub.com/content/48/5/723.short#cited-by>. Acesso em: set. 2016.

Quando, em meio a tantas circunstâncias, se verificam perseguições contra indivíduos devido a seus ideais políticos, por motivos de raça, religião, nacionalidade ou grupo social, caracterizam-se os refugiados, pessoas obrigadas a deixar a própria pátria, família, bens e raízes, para buscar proteção e salvar a própria vida sob o abrigo de outros países que não os de sua nacionalidade ou residência habitual.[39]

O conceito de refugiado está fundamentado no Art. 1º, item 2 da Convenção de Genebra de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados:

> Art. 1º Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa:
>
> Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode, ou devido ao referido temor, não quer voltar a ele[40].

A definição do termo "refugiado" no Artigo 1º da Convenção de Genebra foi elaborada de forma a abranger um grande número de pessoas. No entanto, a Convenção só abrange os eventos ocorridos antes de janeiro de 1951, e se refere apenas aos deslocamentos ocorridos no continente Europeu.

Com o passar do tempo e o surgimento de novas situações geradoras de conflitos e perseguições, houve a necessidade de colocar novos fluxos de refugiados sob a proteção das provisões da Convenção. Deste modo, foi editado o Protocolo de Nova Iorque[41], de 31 de janeiro de 1967, que estendeu a definição de "refugiado" a pessoas que buscavam refúgio por conta de fatos ocorridos após 1951, e explicitamente incluiu na proteção do Estatuto pessoas de outros continentes que não a Europa.

---

[39] MILESI, Rosita. Refugiados e migrações forçadas: uma reflexão aos 20 anos da Declaração de Cartagena. **Instituto Migrações e Direitos Humanos**.2005. Disponível em < http://www.migrante.org.br/index.php/refugiados-as2/153-refugiados-e-migracoes-forcadas-uma-reflexao->. Acesso em: out. 2016.

[40] GENEBRA. Convenção de Genebra de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados. In:

ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org). **O direito internacional dos**

refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 385-412.

[41] NOVA IORQUE. **Protocolo de Nova Iorque de 1967, relativo ao Estatuto dos Refugiados**. Convocado pela resolução 1186 (XLI) de 18 de novembro de 1966 do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) e pela Resolução 2198 (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Lisboa/conv-genebra%20protocolo%201967.htm> Acesso em: set. 2016.

Em 1969, a Convenção da Organização de Unidade Africana[42], que se aplica apenas a países signatários africanos, estendeu o escopo de proteção do Estatuto para fornecer o status de refugiado

> a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade[43].

A Declaração de Cartagena[44], de 1984, expandiu de maneira similar o escopo de proteção do Estatuto, mas em relação aos países latino-americanos.

Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR),

> Refugiados são pessoas que estão fora de seus países de origem por fundados temores de perseguição, conflito, violência ou outras circunstâncias que perturbam seriamente a ordem pública e que, como resultado, necessitam de "proteção internacional". As situações enfrentadas são frequentemente tão perigosas e intoleráveis que estas pessoas decidem cruzar as fronteiras nacionais para buscar segurança em outros países, sendo internacionalmente reconhecidos como "refugiados" e passando a ter acesso à assistência dos países, do ACNUR e de outras organizações relevantes. Eles são assim reconhecidos por ser extremamente perigoso retornar a seus países de origem e, portanto, precisam de refúgio em outro lugar. Essas são pessoas às quais a recusa de refúgio pode ter consequências potencialmente fatais à sua vida.[45]

Ante o exposto, não se pode ignorar que é tênue a linha que separa o migrante forçado do refugiado, posto que ambos estão expostos a situações similares de fuga de uma condição de desrespeito aos seus direitos. Não é incomum que essas categorias se confundam, sendo muitas vezes difícil efetuar a distinção entre elas.

De maneira simples, todo refugiado é um migrante forçado, porém nem todo migrante forçado é um refugiado. Ambos, por sua vez, são contemplados na definição geral de migrante[46]. Portanto, pode-se dizer que "migrante forçado" é gênero, do qual "refugiado" é espécie.

---

[42] ADIS-ABEBA. **Convenção da Organização de Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África.** Adotada pela Conferência dos Chefes de Estado e do Governo quando da Sexta Sessão Ordinária. 1969. Disponível em < http://www.adus.org.br/convencao-da-organizacao-de-unidade-africana/>. Acesso em: out. 2016.

[43] ADIS-ABEBA. **Convenção da Organização de Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África.** Adotada pela Conferência dos Chefes de Estado e do Governo quando da Sexta Sessão Ordinária. 1969. Disponível em < http://www.adus.org.br/convencao-da-organizacao-de-unidade-africana/>. Acesso em: out. 2016.

[44] CARTAGENA. **Declaração de Cartagena, adotada pelo "Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários"**. 1984. Disponível em < http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena>. Acesso em: out. 2016.

[45] UNHCR ACNUR. **"Refugiados" e "Migrantes": Perguntas Frequentes**. 2016. Disponível em < http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/>. Acesso em: out. 2016.

[46] LOPES, Alexandre Jaculle; LOTIERZO, Bárbara Cagliari; BARROS, Larissa Frozel; DAUAR, Marina Calife; LEVY, Rafael Vivan; KAWABE, Renata Ferreira. **Migração Forçada**. 2016. Disponível em <https://observatorio9474.wordpress.com/sobre/migracao-forcada/>. Acesso em: out. 2016.

Tanto o migrante forçado quanto o refugiado, são indivíduos que tiveram o vínculo de proteção com seu Estado rompido. No caso dos refugiados, o rompimento desse vínculo se materializa através da perseguição, enquanto que no caso dos migrantes forçados, a ruptura desse vínculo ocorre principalmente por duas razões: o não fornecimento dos meios vitais de subsistência, ou ainda em ocorrência de desastres naturais.[47]

2. ASILO E REFÚGIO

O asilo é uma proteção que um determinado país decide dar a um estrangeiro que esteja sofrendo perseguição política, étnica ou religiosa em seu país de origem.

De acordo com Verônica Resek,

> o asilo é uma instituição jurídica humanitária que visa à acolhida do estrangeiro perseguido em seu país de origem por questões de ordem política. Tem como requisito a existência de perseguição política atual e sua concessão configura ato soberano do Estado.[48]

O direito de asilo encontra seu fundamento no art. 14, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a saber: "Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar de asilo em outros países"[49]. O Estado, por sua vez, detém o poder discricionário de estender seu manto protetivo a qualquer pessoa que se encontre sob sua jurisdição. Por se tratar de discricionariedade, o Estado é livre para conceder ou não a sua proteção ao solicitante.

Quanto a isso, dispõe Liliana Lyra Jubilut:

> Por esse instituto jurídico um Estado tem o poder discricionário de conceder proteção a qualquer pessoa que se encontre sob sua jurisdição. É o que modernamente denomina-se asilo político, uma vez que é concedido a indivíduos perseguidos por razões políticas, e se subdivide em dois tipos: (1) asilo territorial – verificado quando o solicitante se encontra fisicamente no âmbito territorial do Estado ao qual solicita proteção; e (2) asilo diplomático – o asilo concedido em extensões do território do Estado solicitado como, por exemplo, em embaixadas, ou em navios, ou aviões da bandeira do Estado[50].

---

[47] LOPES, Alexandre Jaculle; LOTIERZO, Bárbara Cagliari; BARROS, Larissa Frozel; DAUAR, Marina Calife; LEVY, Rafael Vivan; KAWABE, Renata Ferreira. **Migração Forçada**. 2016. Disponível em <https://observatorio9474.wordpress.com/sobre/migracao-forcada/>. Acesso em: out. 2016.

[48] RESEK, Verônica. **Asilo político e refúgio – uma breve reflexão.** 2009. Disponível em http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Veronica_Rezekx_asilo_politico.pdf>. Acesso em: out. 2016.

[49] ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em < http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: out. 2016.

[50] JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo. Método. 2007. p. 38

Portanto, existem dois tipos de asilo: territorial, que é dado quando a pessoa está no país onde quer se asilar, e diplomático, quando o abrigo é dado numa embaixada ou consulado. Tanto um quanto o outro são designados genericamente de asilo político[51].

José Francisco Rezek define asilo político como

> o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures — geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país patrial — por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum[52].

O asilo territorial refere-se ao indivíduo nacional de um Estado que atravessa as fronteiras para outro Estado, sem os requisitos necessários para o ingresso naquele território, geralmente visando fugir de perseguições em seu país de origem. Esta modalidade ocorre quando o solicitante se encontra no território do Estado cuja proteção pretende obter.

Segundo José Francisco Rezek,

> o asilo político, na sua forma perfeita e acabada, é territorial: concede-o o Estado àquele estrangeiro que, havendo cruzado a fronteira, colocou-se no âmbito espacial de sua soberania, e aí requereu o benefício. Em toda parte se reconhece a legitimidade do asilo político territorial, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem — ONU, 1948 — faz-lhe referência[53].

Essa modalidade não se confunde com o asilo diplomático, que é "o asilo político concedido pela própria representação diplomática [...] no exterior, na qual busca proteção o estrangeiro"[54].

O asilo diplomático nada mais é do que a proteção concedida em extensões do território do Estado solicitado. Alguns exemplos deste tipo de asilo são os concedidos em embaixadas, navios e aviões de bandeira do Estado asilante.

No Brasil, o princípio de concessão de asilo político encontra-se firmado no Art. 4º, inciso X da CRFB/88, que dispõe que

> Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
> [...]
> X - concessão de asilo político. [55]

[51] SILVA, G.E. do Nascimento e; ACCIOLY, Idelbrando. **Manual de direito internacional público**. São Paulo. Saraiva. 2002. p. 376.

[52] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 251

[53] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 251.

[54] SILVA, G.E. do Nascimento e; ACCIOLY, Idelbrando. **Manual de direito internacional público**. São Paulo. Saraiva. 2002. p. 379.

[55] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: out. 2016.

No país, as normas sobre entrada e permanência de estrangeiros no território nacional se regem pelo denominado Estatuto do Estrangeiro[56]. Neste estatuto estão previstos os casos de entrada, permanência, deportação, expulsão e extradição de estrangeiros no Brasil.

Além do asilo político, o direito de asilo possibilitou também a criação de outra modalidade prática de solidariedade internacional: o refúgio.

O refúgio pode ser definido como o ato de proteção estendido pelo Estado aos indivíduos perseguidos ou que tenham "fundado temor de perseguição devido à raça, religião, nacionalidade, pertencimento a grupo social, ou opinião política", conforme se depreende do conceito de refugiado da Convenção de Genebra de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados[57], conforme já transcrito anteriormente.

De acordo com Liliana Lyra Jubilut, "em se tratando do refúgio, tem-se um instituto do Direito Internacional muito mais recente e, atualmente, com abrangência maior e tipificada"[58]. Ou seja, o ato de concessão de refúgio não se trata de ato discricionário do Estado concessor, posto que o reconhecimento do *status* de refugiado está vinculado a diplomas e hipóteses legais positivadas.

O instituto do refúgio surgiu apenas no início do século XX (enquanto o asilo surgiu no século XIX), sob a égide da Liga das Nações[59], em face de

> um contingente elevado de pessoas que foram perseguidas na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, para as quais seria impossível uma qualificação individual por meio do instituto do asilo, dado que nenhum Estado estaria disposto a, discricionariamente, acolher milhares de pessoas, sendo necessária uma qualificação coletiva que lhes assegurasse a proteção internacional[60].

Com a Convenção de 1951 e com o Protocolo de 1967, o *status* de refugiado passou a ser reconhecido a qualquer pessoa que sofra perseguição em seu Estado de origem e/ou residência habitual, por motivos de raça, nacionalidade, religião, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social, enquanto o asilo tem sua prática limitada à perseguição política[61].

---

[56] BRASIL**. Lei nº 6.815 de 11 de agosto de 1980**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acesso em: out. 2016.

[57] GENEBRA. Convenção de Genebra de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados. In:
ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org). **O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 385-412.

[58] JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo. Método. 2007. p. 42.

[59] Organização internacional, criada após a Primeira Guerra Mundial, pelo Tratado de Versailles, com o escopo de manter a paz e a segurança internacionais.

[60] JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo. Método. 2007. p. 44.

[61] JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo. Método. 2007. p. 44.

Em resumo, a instituição do refúgio da Convenção de 1951 assenta-se em três fundamentos: refere-se principalmente à perseguição de grupos; não requer perseguição individualizada; e cobre numerosos casos não contemplados nas convenções interamericanas[62].

Uma das principais diferenças entre o asilo e o refúgio é que o asilo é, como já mencionado, ato discricionário do Estado concedente, enquanto que o refúgio é associado a diplomas internacionais que fiscalizam a sua proteção e estipulam critérios objetivos para o reconhecimento do *status* de refugiado. Além disso, do reconhecimento do *status* de refugiado decorrem obrigações internacionais para o Estado acolhedor, o que não ocorre com o asilo[63].

De acordo com Liliana Lyra Jubilut,

> Tanto o instituto do refúgio quanto o do asilo visam à proteção da pessoa humana, em face da sua falta no território de origem ou de residência do solicitante, a fim de assegurar e garantir os requisitos mínimos de vida e de dignidade, residindo em tal fato a sua principal semelhança, traduzida por meio do caráter humanitário de ambos[64].

Ainda, de acordo com a autora, existem três elementos essenciais para a definição de refúgio: a perseguição; o bem fundado temor, ou justo temor; e a extraterritorialidade[65].

Ante o exposto percebe-se que, apesar das diferenças, os dois institutos apresentam o mesmo objetivo e a mesma área de atuação: livrar indivíduos de perseguições por meio de seu acolhimento em outro Estado.

3. NACIONAIS E APÁTRIDAS

A nacionalidade é a condição patrial da pessoa física ou jurídica que permite ao Estado o exercício da proteção diplomática[66]. Segundo José Francisco Rezek, "nacionalidade é um vínculo político entre o Estado soberano e o indivíduo, que faz deste um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado"[67].

---

[62] CHAVES, Lindinalva Messias do Nascimento; COLAÇO, Thais Luzia. **A questão dos refugiados nas relações internacionais**. 2008. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. p. 19.

[63] JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo. Método. 2007. p. 44.

[64] JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo. Método. 2007. p. 43.

[65] JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo. Método. 2007. p. 45.

[66] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 324-325.

[67] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 212.

É importante salientar que, tal qual o conceito de migração, a nacionalidade é uma disciplina jurídica de direito interno, e cabe a cada Estado legislar sobre sua própria nacionalidade, não havendo, portanto, um conceito único internacional que vincule os Estados.

Pontes de Miranda observa que o Estado tem a necessidade imperiosa de estabelecer distinção entre seus nacionais e os estrangeiros, e que não se poderia conceber a existência de um Estado cuja dimensão humana fosse totalmente integrada por estrangeiros, e cujo governo soberano se encontrasse nas mãos de súditos de outros países[68].

Uma das noções que melhor esclarecem o significado do conceito de nação pertence a Maurice Hauriou[69]. A nação, segundo ele, é "um grupo humano no qual os indivíduos se sentem mutuamente unidos, por laços tanto materiais como espirituais, bem como conscientes daquilo que os distingue dos indivíduos componentes de outros grupos nacionais".

A nacionalidade é um dos principais elementos caracterizadores do indivíduo na esfera internacional, sendo um tema extremamente relevante para o Direito Internacional Público[70].

De modo geral, pode-se dizer existem duas formas de aquisição da nacionalidade: originária (*jus solis* e *jus sanguinis*) e derivada[71].

A nacionalidade originária resulta da consideração do lugar do nascimento do indivíduo (*jus solis*) e da nacionalidade dos pais (*jus sanguinis*)[72]. Via de regra, a nacionalidade originária resulta de fato natural e involuntário: o nascimento.

De acordo com José Francisco Rezek, a nacionalidade derivada, que se obtém mediante naturalização e na maioria dos casos implica a ruptura do vínculo anterior, "há de ter requisitos como alguns anos de residência no país, o domínio do idioma, e outros mais, ora alternativos ora cumulativos"[73].

---

[68] MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1974. p. 367.

[69] HAURIOU, Maurice. **Principios de derecho publico y constitucional**. Madri. Reus. 1927. p. 96.

[70] JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo. Método. 2007. p. 121.

[71] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 214.

[72] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 214.

[73] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 215.

A título costumeiro, são aceitas pelo menos duas normas incontestadas no âmbito internacional: uma que trata sobre a sobre a definição da nacionalidade, e outra sobre seus efeitos[74].

A primeira norma diz respeito a que, na maioria das vezes, é comum que os filhos de agentes de Estados estrangeiros (diplomatas, cônsules, etc.) sejam excluídos da atribuição de nacionalidade *jus solis*. A presunção que sustenta essa regra é a de que o filho de agentes de Estados estrangeiros já possua um outro vínculo patrial, resultante da nacionalidade dos pais (*jus sanguinis*)[75].

A segunda norma costumeira aceita como sendo direito, é a que proíbe o banimento. Segundo José Francisco Rezek,

> Nenhum Estado pode expulsar nacional seu, com destino a território estrangeiro ou a espaço de uso comum. Há, pelo contrário, uma obrigação, para o Estado, de acolher seus nacionais em qualquer circunstância, incluída a hipótese de que tenham sido expulsos de onde se encontravam[76].

A despeito dessas normas costumeiras, o direito internacional escrito tem, de modo esparso, tentado reduzir os problemas de apatria,

> ora trazendo à ordem geral certos Estados excessivamente absorventes, ou, pelo contrário, refratários demais à outorga da nacionalidade, ora tendendo a proscrever, nesse âmbito, a distinção entre os sexos e a repercussão automática do casamento, ou de sua dissolução, sobre o vínculo patrial [77].

A Convenção de Haia[78] trata sobre a liberdade do Estado para determinar, em direito interno, quais são seus nacionais. No entanto, a Convenção pondera que tal determinação só será oponível aos demais Estados quando revestida de efetividade, à base de fatores ditados pelo costume[79].

A Declaração Universal dos Direitos Humanos[80] trouxe a nacionalidade à área dos direitos fundamentais da pessoa humana, "tendo como premissa maior a consideração do desamparo e dos transtornos resultantes da apatria"[81]. O Art. 15 da referida Declaração dispõe que, como se abordará posteriormente, "todo homem tem direito a uma nacionalidade", e que "ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade". A

---

[74] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 215.

[75] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 215.

[76] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 215.

[77] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 215-216.

[78] HAIA. **Convenção de Haia acerca de questões relacionadas aos conflitos de normas sobre nacionalidade**. 1930. Disponível em <http://eudo-citizenship.eu/InternationalDB/docs/Convention%20on%20certain%20questions%20relating%20to%20the%20conflict%20of%20nationality%20laws%20FULL%20TEXT.pdf>. Tradução nossa. Acesso em: nov. 2016.

[79] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 216.

[80] ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em < http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: nov. 2016.

[81] REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 216.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos[82] retomou esses mesmos princípios em seu Art. 20, e ainda criou uma terceira norma: "Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra"[83].

A noção de nacional contrapõe-se à noção de apátrida. Se, no primeiro caso, existe um forte laço afetivo e/ou jurídico-político entre o indivíduo e o Estado, na segunda situação esse vínculo não é reconhecido, ou é negado.

Segundo Liliana Lyra Jubilut, "os apátridas são indivíduos desprovidos de nacionalidade e que, portanto, não contam com a proteção de nenhum Estado, sendo privados do exercício de qualquer direito[84]".

A Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas[85] designa apátrida como sendo "toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional".

Um indivíduo pode vir a se tornar apátrida por vários motivos, como ter retirada pelo Estado sua nacionalidade previamente existente, ou não fazer mais parte dos critérios estabelecidos pelo Estado para possuir uma nacionalidade[86].

A aquisição da nacionalidade originária se dá, conforme já abordado, por dois critérios: o local de nascimento (*jus solis*) e a descendência (*jus sanguinis*).

Apesar de as regras sobre a nacionalidade originária serem bem delineadas, o antagonismo entre um ou outro critério (*jus soli* e *jus sanguinis*) faz surgirem inúmeros conflitos de leis, com os consequentes casos em que o indivíduo nasce sem nacionalidade alguma, configurando-se casos de apatrídia, ou com mais de uma nacionalidade, o que a literatura específica denomina polipatrídia[87]. A apatrídia, situação na qual o indivíduo não dispõe da proteção do Estado, pode ocorrer em três casos:

> a) perda de nacionalidade anterior em razão do indivíduo não ter se submetido ao processo relativo à sua conservação, de acordo com a legislação do seu Estado-nacional;

[82] SAN JOSÉ. **Convenção americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: nov. 2016.

[83] SAN JOSÉ. **Convenção americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: nov. 2016.

[84] JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo. Método. 2007. p. 122.

[85] ONU. **Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas**. 1954. Disponível em < http://www.adus.org.br/convencao-sobre-o-estatuto-dos-apatridas/>. Acesso em: nov. 2016.

[86] JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo. Método. 2007. p. 123.

[87] CHAVES, Lindinalva Messias do Nascimento; COLAÇO, Thais Luzia. **A questão dos refugiados nas relações internacionais**. 2008. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. p. 30.

> b) choque de leis: existência de legislação determinando que a mulher, ao casar-se com um estrangeiro, perde sua nacionalidade, adquirindo a do marido, ao passo que a legislação do país deste não admite a nacionalidade pelo viés do matrimônio;
>
> c) nascimento de filhos de pais estrangeiros em países adotantes do critério *jus sanguinis* para a nacionalidade, enquanto o Estado-nacional dos pais adota o critério do *jus solis* [88].

Ainda, de acordo com Celso Lafer, o número de apátridas aumentou extraordinariamente após a I Guerra Mundial. Da grande quantidade de pessoas colocadas nessa situação, sobreveio a necessidade de se criar um instituto novo que assegurasse proteção a esses indivíduos[89], uma vez que

> o número de pessoas convertidas em apátridas, não pelo que fizeram, mas pelo que eram, tornou pouco exeqüível o direito de asilo territorial, que é um instituto concebido para ser aplicado individualmente [90],

Resultando daí o instituto de refúgio, já abordado anteriormente.

Os apátridas são comumente divididos entre duas categorias: os apátridas *de jure* e os apátridas *de facto*.

De maneira simples, apátridas *de jure* não são considerados nacionais sob as leis de nenhum país. Já os apátridas *de facto* possuem formalmente uma nacionalidade, mas esta resulta ineficaz por algum motivo. Um exemplo disso é quando um indivíduo tem negados, na prática, direitos que são usufruídos por todos os nacionais, tal como o direito de retornar a seu país e residir nele[91].

No entanto, o fato de o apátrida não ser considerado como cidadão por nenhum Estado, não implica impedimento para que o indivíduo seja reconhecido como cidadão em outro país. Dessa forma, o apátrida não perde seus direitos fundamentais e continua a exercê-los em pé de igualdade com os nacionais do país no qual reside [92].

Enquanto os direitos humanos são, em geral, usufruídos por todos, alguns direitos podem estar limitados aos nacionais, como o direito ao voto. Muitos direitos dos apátridas são violados na prática – esses indivíduos são frequentemente impossibilitados de obter documentos de

---

[88] CHAVES, Lindinalva Messias do Nascimento; COLAÇO, Thais Luzia. **A questão dos refugiados nas relações internacionais**. 2008. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. p. 31.

[89] JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo. Método. 2007. p. 123.

[90] LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo. Companhia das Letras. 1999. p. 144-145.

[91] UNHCR ACNUR. **O que é apatridia?** 2016. Disponível em < http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/o-que-e-a-apatridia/>. Acesso em: nov. 2016.

[92] ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos Humanos e Não-violência**. São Paulo. Atlas.

2001. p. 100.

identidade, correm o risco de serem detidos por não possuírem uma nacionalidade, além de poderem ter o acesso à educação, aos serviços de saúde e ao emprego negados[93].

Dada a seriedade do problema, foi adotada a Convenção para a Redução dos casos de Apatrídia[94], que estabelece que um indivíduo não pode ser privado de sua nacionalidade por razões raciais, étnicas, religiosas ou políticas[95]. O ACNUR (Agência da ONU para Refugiados) recebeu a missão de trabalhar com governos para prevenir e solucionar os casos de apatrídia e para proteger os direitos dos apátridas, e como primeiro passo para resolver a questão, os Estados deveriam ratificar e implementar a citada Convenção[96], mas somente dezenove países foram signatários.

Atualmente, o ACNUR estima que aproximadamente 10 milhões de pessoas sejam apátridas, embora não se conheçam os números exatos, e podem ser encontradas na África, nas Américas, na Ásia e na Europa[97].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente artigo foi de fazer algumas reflexões sobre as diferentes formas de migração no cenário global, bem como as formas de proteção jurídica das pessoas que se encontram em situação de deslocamento.

Conforme mencionado anteriormente, atualmente há cerca de 60 milhões de pessoas deslocadas no mundo. Seja em busca de refúgio, asilo ou em decorrência de migração forçada, essas pessoas encontram-se fora do escopo de proteção de seus Estados de origem.

A determinação do *status* jurídico dos sujeitos que se encontram deslocados é fundamental para o oferecimento da proteção necessária aos direitos fundamentais dessas pessoas. Uma classificação errônea de *status* legal pode acarretar em sérias consequências práticas e jurídicas, podendo levar a graves violações de direitos humanos.

---

[93] UNHCR ACNUR. **Apátridas: Em busca de uma nacionalidade**. 2016. Disponível em < http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/>. Acesso em: nov. 2016.

[94] ONU. **Convenção para a Redução dos casos de Apatrídia**. Nova Iorque. 1961. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_para_a_Reducao_dos_Casos_de_Apatridia_de_1961.pdf>. Acesso em: nov. 2016.

[95] CHAVES, Lindinalva Messias do Nascimento; COLAÇO, Thais Luzia. **A questão dos refugiados nas relações internacionais**. 2008. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. p. 32.

[96] UNHCR ACNUR. **Apátridas: em busca de uma nacionalidade**. 2016. Disponível em < http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/>. Acesso em: nov. 2016.

[97] UNHCR ACNUR. **Quem são e onde estão os apátridas?** 2016. Disponível em < http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/o-que-e-a-apatridia/>. Acesso em: nov. 2016.

Neste artigo, buscamos trazer as definições de várias categorias de migração, como os migrantes voluntários, que migram de um local a outro voluntariamente em busca de melhores condições de vida; Os migrantes forçados, gênero do qual os refugiados são espécie, que se veem obrigados a migrar por motivos alheios a sua vontade; Os refugiados, sujeitos em destaque no cenário global atual, que se veem obrigados a deixar seus lares por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas; Os apátridas, que por algum motivo têm seu vínculo de nacionalidade negado ou não reconhecido; E abordamos, ainda, as diferenças e semelhanças entre os institutos de asilo e refúgio.

Conclui-se que, apesar de haverem diversas normas e tratados que buscam a proteção das pessoas deslocadas, a eficácia de muitas dessas normativas acabam vindo de encontro com a discricionariedade dos Estados soberanos. Então, apesar de os crescentes avanços na área de Direito Internacional Público, ainda há um longo caminho a ser percorrido no que tange a proteção efetiva dos deslocados.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ADIS-ABEBA. **Convenção da Organização de Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África**.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos Humanos e Não-violência**. p. 100.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

BRASIL. **Lei nº 6.815 de 11 de agosto de 1980**.

CARTAGENA. **Declaração de Cartagena, adotada pelo "Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários**".

CHAVES, Lindinalva Messias do Nascimento; COLAÇO, Thais Luzia. **A questão dos refugiados nas relações internacionais**. p. 19; 30; 31; 32.

GENEBRA. **Convenção de Genebra de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados**.

HAIA. **Convenção de Haia acerca de questões relacionadas aos conflitos de normas sobre nacionalidade**.

HAURIOU, Maurice. **Principios de derecho publico y constitucional**. p. 96.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. p. 38; 39; 42; 43; 44; 45; 47; 48; 119; 120;121; 122; 123.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. p. 143; 144; 145.

LOPES, Alexandre Jaculle; LOTIERZO, Bárbara Cagliari; BARROS, Larissa Frozel; DAUAR, Marina Calife; LEVY, Rafael Vivan; KAWABE, Renata Ferreira. **Migração Forçada**.

MILESI, Rosita. **Refugiados e migrações forçadas: uma reflexão aos 20 anos da Declaração de Cartagena**.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição**. p. 367.

MOORE, Will H.; SHELLMAN, Stephen M. **Fear of persecution forced migration, 1952-1995**. p. 2; 3.

NOVA IORQUE. **Protocolo de Nova Iorque de 1967, relativo ao Estatuto dos Refugiados**.

ONU. **Convenção para a Redução dos casos de Apatrídia**.

ONU. **Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas**.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. **Derecho Internacional sobre Migración**. p. 41.

RESEK, Verônica. **Asilo político e refúgio – uma breve reflexão**

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. p. 212; 214; 215; 216; 251; 252; 253; 254; 324; 325.

SAN JOSÉ. **Convenção americana sobre Direitos Humanos**.

SANTOS, Regina Bega. **Migração no Brasil**. São Paulo: Scipione. 1994. p. 6.

SILVA, G.E. do Nascimento e; ACCIOLY, Idelbrando. **Manual de direito internacional público.** p. 376; 379.

UNHCR ACNUR. **Apátridas: Em busca de uma nacionalidade**.

UNHCR ACNUR. **O que é apatridia?**

UNHCR ACNUR. **Quem são e onde estão os apátridas**?

UNHCR ACNUR. **“Refugiados” e “Migrantes”: Perguntas Frequentes**.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Human rights questions: human rights situations and reports of special rapporteurs and representatives**. p. 12.

A EFICÁCIA DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NO DESENVOLVIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Walter Amaro Baldi[1]

Jefferson Medeiros[2]

José Manoel Chaves[3]

Monike Danielle Forlin Dumke [4]

INTRODUÇÃO

A necessidade de estudo sobre o tema vem atrelada às discussões voltadas à situação das crianças e adolescentes no contexto social. No tocante à metodologia, buscou-se a utilização do método indutivo, trabalhado com base na pesquisa histórica, de forma a gerar um escorço com início no século XX.

Ainda em destaque à importância do tema, Fonseca salienta que o ordenamento voltado às questões pertinentes à criança e ao adolescente "*envolve muito mais do que valores humanitários consensuais. Longe de ser a consequência espontânea de uma preocupação objetiva, envolve filosofias, economias e negociações políticas que não devem ser subestimadas*".[5]

Deste modo, em caso de desatenção por parte do Estado para com as crianças e adolescentes, ocorrerá uma desestruturação de cunho social e econômico, porquanto o passado nos mostra que estas influenciam em muito o meio social.

---

[1] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Mestre em Educação pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, Pós-Graduado em Supervisores de Treinamento para Empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Curso de Especialização em Preparação para a Magistratura pela ESMESC, Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Licenciado em Pedagogia pela Faculdade de Filosofia Nossa Senhora da Imaculada Conceição - FAFIMCRS, atualmente exerce a função de Professor e Pesquisador em Direito Constitucional, Criança e Adolescente nos cursos de Graduação da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, bem como é o Responsável pelo Projeto de Extensão Protejá: Violência contra Criança e Adolescente é Crime do Curso de Direito de Balneário Camboriú - UNIVALI. Walter@univali.br.

[2] Graduando do 9° período do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí de Balneário Camboriú. E-mail: jeffe23medeiros@hotmail.com.

[3] Acadêmico do 8° período do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí de Balneário Camboriú. E-mail: josemanoelchaves@gmail.com.

[4] Acadêmica do 3° período do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: monike.noni@hotmail.com.

[5] FONSECA, C. Os direitos da criança – dialogando com o ECA. In: FONSECA, C.; TERTO JUNIOR, V.; ALVES, C. F. (Orgs.). **Antropologia, diversidade e direitos humanos: diálogos interdisciplinares.** Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. cap. 1, parte II, p.111.

Pois bem, esta pesquisa limitou-se a uma análise documental reflexiva que busca identificar a influência da Doutrina da Proteção Integral nas Políticas Públicas voltadas à criança e ao adolescente, bem como as estruturas e ações direcionadas pelo Poder Público brasileiro. Assim, voltam-se os olhos para as leis e princípios pretéritos e presentes, com o intuito de iluminar a senda criada pelo Estado em perseguição aos direitos e liberdades destes tutelados.

Busca-se, também, a discriminação dos problemas de efetivação, como a criação e manutenção de instituições, uma vez que as Políticas Públicas apenas serão efetivas a partir de sua instrumentalização - mecanismos de efetivação.

1. CONCEPÇÕES INICIAIS

Inicialmente, cumpre apontar que a influência internacional incidente sobre a Doutrina da Proteção Integral, introduzida pela Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) e também mediante a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e da Organização das Nações Unidas (1989). Notadamente, a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) tratou de estabelecer princípios de natureza moral a serem observados por todos os agentes no tocante às garantias da criança e do adolescente, bem como pelo poder público na regulamentação e desenvolvimento de políticas atinentes à criança. O documento internacional é de suma importância tendo em vista o fato de ter chamado atenção para a situação de descaso em que a criança se encontrava até então.

Conforme Santos, seu principal pressuposto foi a implantação de *status* de pessoa em desenvolvimento para as crianças e adolescentes, devido ao qual lhe são assegurados inúmeros direitos e garantias, como meio de suprir a falta de maturidade mental e física.[6]

De outro modo, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989) possui um cunho coercitivo, segundo o qual os países signatários estão sujeitos a um controle acerca do cumprimento de suas disposições, não servindo apenas como forma de recomendação, tal qual é o caso da Declaração Universal. Pereira explica que o documento visa "*modificação e consolidação de padrões existentes, introduzindo uma série de questões do maior interesse*"[7], pode-se se citar nesse âmbito o fato de a Convenção Internacional ter concedido às crianças os direitos de liberdade até

[6] SANTOS, Fernanda Ávila dos. **As medidas socioeducativas e a responsabilidade da sociedade frente à doutrina da proteção integral.** Passo Fundo: 2012, p.13.

[7] PEREIRA, Tânia da Silva. A Convenção e o Estatuto: um ideal comum de proteção ao ser humano em vias de desenvolvimento. In: PEREIRA, T. da S. (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente:** Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos, p. 67.

então outorgados apenas aos adultos (conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948)[8]. Logo, exsurge um dever para com aqueles que se encontram em desenvolvimento, cabendo ao Estado o ônus da proteção jurídica devida.

Posteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, respaldada no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 5°, *caput*, apresentou importante marco na história dos direitos da criança e do adolescente ao aderir à Doutrina da Proteção Integral, recepcionada para o ordenamento jurídico brasileiro em seu art. 227[9]. Este ponto nevrálgico da história ocorreu em virtude da grande movimentação de organizações populares nacionais, atores da infância e juventude e à pressão exercida por meio de entidades internacionais.

Em continuidade à sua efetivação, a matéria foi disciplinada pelo Estatuto da Criança e do adolescente (1990)[10], o qual, consoante Carneiro[11], "*apresenta-se como diploma legal inovador e instrumento da democracia participativa*". Constitui um resultado da nova orientação constitucional e dos diplomas internacionais relacionados ao tema, esclarecendo seu objetivo substancial como a proteção integral de crianças e adolescentes[12].

A proteção à criança e ao adolescente abrange os seus direitos fundamentais e as condições mínimas necessárias para o seu amplo desenvolvimento, tratando-se, segundo Roberti Jr., de inovação ao considerá-los sujeitos de direitos dotados de prioridade absoluta[13]. Nesse aspecto, Lefort destaca "*direito a ter direitos*"[14], uma vez que o dever de amparo não sobrecai somente à família, mas também à Sociedade[15] e o próprio Estado.

---

[8] ROSEMBERG, Fúlvia. MARIANO, Carmen Lucia Sussel. **A convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Debates e tensões.**

[10] Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Art. 3º 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.

[11]MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente:** Aspectos teóricos e práticos, p.35.

[12]DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado.** Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. 6ª Edição.

[13]ROBERTI JR., João Paulo. **Evolução Jurídica Do Direito Da Criança E Do Adolescente No Brasil.** Revista da Unifebe (Online) 2012; 10 (jan/jun): 105-122. Disponível em: http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20121/artigo025.pdf. Acesso em maio de 2016.

[14]LEFORT, C. **Pensando o político:** ensaios sobre democracia, revolução e liberdade, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 58.

[15]Neste artigo grafamos a palavra Sociedade com "S" maiúsculo por adoção a lógica de empregada por Pasold: "se a categoria ESTADO merece ser grafada com a letra E em maiúscula, muito mais merece a categoria SOCIEDADE ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criatura emantenedora do Estado! Por coerência, pois se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúscula, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com S em maiúscula!" PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.29.

Desta feita, houve um rompimento de paradigma visto que anteriormente à CRFB/88 vigorava a Doutrina da Situação Irregular, na qual era alvo de atenção e resguardo apenas a criança que se enquadrasse em alguma das determinadas situações dispostas na Lei 6.697/1979, do Código de Menores[16]. Nesse ponto faz-se mister apontar a influência exercida pelos dispositivos internacionais, os quais, para Adorno, buscaram envolver outros setores da sociedade, não apenas o Estado, de forma efetiva. Elas apontam para a redução do raio de intervenção estatal como contrapartida da expansão do espaço de atuação da sociedade[17]. Importante ruptura visto que na anterior Doutrina da Situação Irregular ocorria de forma demasiada a institucionalização do menor, transferindo para o Estado toda a responsabilização perante a situação na qual este se encontrava.

No que atine à Doutrina da Situação Irregular, Leite ensina:

> A partir de uma análise sistemática do Código de Menores de 1979 e das circunstâncias expostas, podem-se extrair as seguintes conclusões quanto à atuação do Poder Estatal sobre a infância e a juventude sob a incidência da Doutrina da Situação Irregular: (i) uma vez constatada a "situação irregular", o "menor" passava a ser objeto de tutela do Estado; e (ii) basicamente, toda e qualquer criança ou adolescente pobre era considerado "menor em situação irregular", legitimando-se a intervenção do Estado, através da ação direta do Juiz de Menores e da inclusão do "menor" no sistema de assistência adotado pela Política Nacional do Bem-Estar do Menor. [18]

Consoante Barbosa, naquele tempo ocorria uma discriminação dos menores por parte do Estado, que dirigia sua atenção exclusivamente àqueles que já estivessem em situação de descaso por parte de sua família, da Sociedade, ou por causa de sua própria conduta pessoal (caso praticasse alguma infração), "*o menor era concebido como objeto de intervenção arbitrária do Poder Judiciário*". [19]

---

[16]FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; DOI, Cristina Teranise. **A Proteção Integral Das Crianças E Dos Adolescentes Vítimas.** Disponível em: http://www.pjpp.sp.gov.br/wp-content/uploads /2013/12/26.pdf. Acesso em: 20 maio 2016.

[17]ADORNO, Sérgio. Criança: A Lei e a Cidadania. In: **A Criança no Brasil de Hoje:** desafios para o terceiro Milênio. RIZZINI, Irene. *et al*. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1993, p.104.

[18]LEITE, Carla Carvalho. **Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral:** aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. Juizado da Infância e da Juventude, Porto Alegre, n. 5, mar. 2005, p. 14.

[19]BARBOSA, Vanessa Goulart. **O Papel do Ministério Público na Apuração de Ato Infracional e na Responsabilização do Adolescente Infrator** – Um Estudo a Partir da Doutrina da Proteção Integral. 2008. 68 p. Monografia (Curso de Especialização em Direito Constitucional Contemporâneo – FESMPDFT e UNB), Brasília. p. 08-11.

2. DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Razão do direito da criança e do adolescente[20], a Doutrina da Proteção Integral foi incorporada ao ordenamento jurídico como forma de propiciar condições básicas para o seu desenvolvimento saudável e garantia da integridade[21]. É primordial no que tange ao seu caráter de mecanismo necessário para a efetivação dos direitos proclamados no Estatuto da Criança e do Adolescente e na própria CRFB/88, uma vez que impõe um comportamento positivo por parte de todos os responsáveis pelas crianças e adolescentes, quais sejam a família, a comunidade, a Sociedade e o poder público.

A atual Doutrina inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo diploma constitucional dispõe que *"[...] as crianças e os adolescentes ganham um novo 'status', como sujeitos de direitos e não mais como menores objetos de compaixão e repressão, em situação irregular, abandonados ou delinquentes*. "[22]

Difere da Doutrina da Situação Irregular já que considera crianças e adolescentes independente do seu contexto social e condições financeiras, basta se enquadrar na condição de criança e adolescente estabelecida pelo ECA para possuir o direito de ser protegido pelo Estado.

Consoante ao pensamento de Leite *et al*, explicitado em revista jurídica[23], a adoção da Doutrina da Proteção Integral representa a concepção da criança e adolescente como sujeitos dignos dos direitos inerentes a todo ser humano, e especialmente daqueles decorrentes de sua peculiar fase de desenvolvimento. A aplicação da Doutrina em comento faz-se imprescindível, por exemplo, no momento em que um adolescente comete ato infracional e possui seus direitos assegurados enquanto pessoa em crescimento, digno de garantias processuais, respeito e dignidade.

3. DOS PRINCÍPIOS BÁSICOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Embora o sistema jurídico brasileiro - *Civil Law* - seja voltado ao direito positivado, o Brasil há muito vem justificando as ações estatais e sociais com embasamento em princípios, e em

[20]PAULA, Paulo Afonso Garrida de. Conferência do promotor Paulo Afonso Garrido de Paula gravada durante o **I Seminário de Proteção Escolar**, que aconteceu entre os dias 22 e 24 de agosto de 2012 no Memorial da América Latina. Disponível em:https://www.youtube.com/wa tch?v=zsJitcDRbcI Acesso em: novembro 2016.

[21]PAULA, Paulo Afonso Garrida de. **I Seminário de Proteção Escolar -** Conferência do promotor Paulo Afonso Garrido de Paula , 2012.

[22]FERREIRA, Luiz Antonio Miguel.**A Proteção Integral Das Crianças E Dos Adolescentes Vítimas**, p.02.

[23]Revista **MP MG JurídicoTécnico Judiciário:** um percurso em construção Ano II – Edição Especial – outubro de 2007, p. 41.

consideração a este fato, faz-se menção a quatro princípios básicos, norteadores da Doutrina da Proteção Integral.

Pois bem, desta feita, consente-se com Ronald Dworkin (1980), brilhante escritor que se dedicou em muito ao estudo dos princípios, que o Direito é um composto de normas e princípios e, portanto, mesmo no sistema positivado estes últimos devem ser ponderados durante a elaboração de Políticas Públicas.

3.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

No tocante aos princípios, deve-se destacar a dignidade da pessoa humana, que, de acordo com Führer, foi percebido pela primeira vez na Constituição Italiana, no ano de 1947, ao dispor em seu artigo 3º que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, e que mais tarde fora, de certa forma, reproduzido pelo art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[24].

Além disso, o artigo 18 e, posteriormente, os artigos 18-A e 18-B do Estatuto da Criança e do Adolescente é que regulamentam o disposto no artigo 227 da CRFB/88, pois, perpetram a responsabilidade da família, Sociedade e estado em relação à dignidade das crianças, pondo-as a salvo de quaisquer tratamentos desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

3.2. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

Previsto constitucionalmente no art. 227, e regulado pelo art. 4° do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), visa atribuir maior visibilidade à criança e ao adolescente como titulares de direitos e como seres humanos em desenvolvimento que necessitam de resguardo familiar, estatal e da Sociedade com prioridade absoluta. Confere primazia às políticas públicas em todas as esferas de intervenção do Estado destinadas à criança e ao adolescente[25], como a defesa dos direitos inerentes à condição de pessoa humana e dos direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento[26].

---

[24]FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 129-130.

[25]MEDEIROS, Diego Vale de. **A Instrumentalização Do Princípio Da Prioridade Absoluta Das Crianças E Adolescentes Nas Ações Institucionais Da Defensoria Pública**. VII Congresso Nacional de Defensores Públicos. Outubro/ 2008. p. 01 - 04.

[26]CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria Da Proteção Integral**: Pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. Revista do direito, v.29, p.22 - 43, 2008.

Esse princípio objetiva direcionar a atuação estatal como meio de assegurar assistência e primazia na concretização das garantias estabelecidas constitucionalmente e pelo ECA, além de considerar a peculiar condição de desenvolvimento na qual a criança e adolescente se encontram, estando mais expostos a riscos do que o adulto[27]. É um modo de enfatizar tal proteção estatal ao estabelecer a "*prioridade na realização de políticas sociais públicas e a destinação privilegiada dos recursos necessários à sua execução*", uma vez que a concretização dos direitos assegurados está condicionada a um elevado nível da atuação dos diversos entes públicos encarregados de prover as políticas sociais básicas de acordo com o disposto no art.87, I, do ECA[28].

3.3. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

Adotado pela Declaração dos Direitos da Criança em 1959, já vigorava no Código de Menores, entretanto, era aplicado unicamente às crianças que se encontrassem em situação irregular. Em razão do advento da Doutrina da Proteção Integral, o princípio do melhor interesse ganhou um novo entendimento de aplicação, devendo ser interpretado, a partir de então, amplamente, independente de sexo, cor, religião ou qualquer outro elemento discriminatório[29].

Deve ser observado tanto na elaboração de normas referentes aos direitos das crianças e dos adolescentes, quanto em sua aplicação e na resolução de conflitos em casos concretos. Desse modo, o melhor interesse da criança prevalecerá quando houver divergência fática e jurídica de forma objetiva, sem interferência da interpretação abstrata do julgador sobre seus direitos fundamentais[30]; ou seja, não se trata de uma ponderação conforme o entendimento do Juiz acerca do que seria melhor para a criança, mas de identificar qual solução melhor se adequa a fim de garantir sua proteção constitucional no caso real.

Neste matiz, Paulo Afonso Garrido de Paula destaca que "*em consequência das necessidades humanas brota a noção de interesse, concebido como razão entre sujeito e o objeto*"[31]. Ora, muitas destas necessidades são inerentes à condição do indivíduo e por isso devem ser analisadas visando o que lhe for mais benéfico.

---

[27]MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** Aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, p.61.

[28]CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria Da Proteção Integral**: Pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente, p.13.

[29]MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** Aspectos teóricos e práticos, p.68

[30]MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** Aspectos teóricos e práticos, p.69.

[31]PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Educação, Direito e Cidadania. In: **ABMP. Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente**. v. 1. São Paulo: Malheiros,1995, p. 94.

3.4. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE DA COMUNIDADE, DA FAMÍLIA, DA SOCIEDADE E DO ESTADO

De acordo com Campos, é imprescindível que haja a cooperação entre todas as entidades elencadas no art.4°, do ECA uma vez que os esforços conjugados desses agentes responsáveis solidariamente visam promover a efetivação dos direitos e garantias expressas no texto legal supramencionado.[32]

Estabelece o art. 4° do ECA que a prioridade direcionada a criança e ao adolescente deve ser proporcionada não só pelo Poder Público, mas pela família, comunidade e Sociedade. Todavia, conforme destaques elaborados por Maciel *et al*, tracejando um escorço é possível perceber que a família, independentemente de previsão no ordenamento jurídico, já assegurava aos infantes a condição especial de sujeitos de direitos dotados de prioridade. Isto porque tratava-se de uma questão de respeito e devido ao dever de guarda que recai sobre os responsáveis mais próximos pela criança.[33]

Importante destacar a inclusão da comunidade como responsável por propiciar as condições básicas necessárias para o pleno desenvolvimento da criança, em consequência de sua maior proximidade com aquela enquanto fração da Sociedade. É mais fácil de serem identificados problemas relativos às crianças por aqueles com os quais há um maior convívio.

4. DA EFICÁCIA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Consoante aos apontamentos feitos por Sposito e Carrano, Política Pública pode ser compreendida como “a dimensão ético-política dos fins da ação, e deve se aliar, necessariamente, a um projeto de desenvolvimento econômico-social e implicar formas de relação do Estado com a sociedade”[34]. Logo, devem ser consideradas como instrumentos que servem para a efetivação das medidas estabelecidas.

[32]CAMPOS, Mariza Salomão Vinco de Oliveira. **Estatuto da Criança e do adolescente: A Proteção Integral e suas implicações político-educacionais.** 2009. 102 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Educação Escolar, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Araraquara, 2009, p.29.

[33]MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** Aspectos teóricos e práticos, 2013.

[34]SPOSITO, M. P. e CARRANO, M. C. R. **Juventude e políticas públicas no Brasil**. Revista Brasileira de Educação, n. 24, set a dez. 2003, p. 59.

Conforme já ressaltado, a efetivação da Doutrina da Proteção Integral ficou vinculada ao estabelecido no ECA, que surgiu em um momento de "*reabertura democrática, visando à promoção dos direitos sociais, econômicos e civis dos jovens*". [35]

A Doutrina da Proteção Integral é clara em relação a seu destinatário - a criança e o adolescente -, mas não em relação ao seu método nem aos seus objetivos - como e por que agir. Assim, não obstante ao já exposto, vale relembrar os apontamentos de Fajardo sobre a existência de certa ambiguidade do estatuto, visto que, ao mesmo tempo em que conceitua a criança e o adolescente como sujeitos de direito, o que pressupõe uma ênfase na autonomia, também se apóia em um enfoque intervencionista, tutelar[36].

Para tanto, o ECA estabelece em seu art. 4º, § único, "c", a preferência na formulação e execução de políticas sociais públicas, de modo que, para Baratta, o princípio central da estratégia dirigida a implementar uma proteção integral dos direitos da infância é o restabelecer a primazia das políticas sociais básicas [...].[37]

Na mesma medida o Capítulo I, *Do Direito à Vida e à Saúde,* do ECA estabelece:

> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

De forma ampla, a regulação destes institutos, no que tange à Doutrina da Proteção Integral, ocorre pelo ECA, que estabelece as principais formas de efetivar o desenvolvimento das Políticas Públicas.

Assim, toma-se por eficácia, no presente trabalho, não apenas a aceitação dos cidadãos perante a norma imposta, mas também a sua implantação e respectivas mudanças no âmbito social, jurídico, econômico e político.

Ora, o problema de efetivação dos projetos pode ser verificado a partir do exposto por Ferrajoli:

> [...] um problema que é comum a todas as democracias avançadas: a crescente anomia do estado contemporâneo gerada, de um lado, pela massiva expansão de suas funções - e dos correlativos

[35]FONSECA, C. Os direitos da criança – dialogando com o ECA. In: FONSECA, C.; TERTO JUNIOR, V.; ALVES, C. F. (Orgs.). **Antropologia, diversidade e direitos humanos: diálogos interdisciplinares**, p.103 - 115.

[36]Fajardo, S. P. Retórica e realidade dos direitos da criança no Brasil. Em C.M.L. Nahra & M. Bragaglia (Orgs.), **Conselho Tutelar:** gênese, dinâmica e tendências. Canoas: ULBRA. 2002, p. 41-70.

[37]BARATTA, Alessandro. Infância e Democracia. In: MÉNDEZ, Emilio García, BELOFF, Mary (Orgs.). **Infância, Lei e Democracia na América Latina:** Análise Crítica do Panorama Legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança 1990 – 1998. Trad. Eliete Ávila Wolff. Blumenau: Edifurb, 2001, v. 1, p. 49.

> espaços de discricionariedade na vida social e econômica, e, de outro lado, pela redução da capacidade regulativa do direito, a inadequação e a falta de efetividade de suas técnicas de garantia e pela tendência do poder político a liberar-se dos controles jurídicos e a deslocar-se a sedes invisíveis e extra-institucionais.[38]

Em análise ao "*plano jurídico*" [39] da teoria do referido autor, observa-se o inchaço Estatal causado pela centralização das atividades estatais. Para resolução desta problemática, a Doutrina da Proteção Integral realizou uma repartição obrigacional entre família, Sociedade e Estado. No entanto, o que se tem observado é que uma norma de eficácia plena, por se tratar de direitos fundamentais, tem sido aplicada como uma norma programática, que não enseja um direito objetivo a exigir a sua prestação.

Logo, a dificuldade na efetivação dos direitos da criança e do adolescente pode ser constata no plano jurídico, político e cultural.

Jurídico em relação à ignorância dos direitos da criança e do adolescente, em sentido material, e quanto aos meios de acesso à justiça para exigir a tutela desses direitos. Além da cultura jurídica da "*punição*" que impera na Sociedade, interferindo inclusive na atuação de juízes, que buscam atender aos anseios da população por meio da pena. Assim, quando a criança ou o adolescente comete ato infracional e é penalizada, em medida própria, a Sociedade entende por injusto, pois a penalização diferenciada obstrui a justiça.

Político, pelo galgar lento da efetivação das Políticas Públicas e de recursos para a implementação desses direitos. E a Crise de implementação devido à má aplicação de recursos atrelada à crise de interpretação do ECA por utilizar parâmetros da Doutrina da Situação Irregular.

Cultural, uma vez que a Sociedade ainda não visualiza as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, seja no âmbito familiar, que há uma falta de conscientização e estruturação ou na Sociedade devido à falta de recursos, instrumentos e fiscalização.

Ademais, Sposito e Carrano destacam um fato importante no que tange a forma que o Brasil desenvolveu suas ações através das necessidades, conforme explicam:

> [...] o Brasil, do ponto de vista global, optou por um conjunto diversificado de ações – muitas delas efetivadas na base do ensaio e do erro – na falta de concepções estratégicas que permitam delinear

[38]FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995, p. 10. - Tradução feita por Lise Anne de Borba Franzoni Gil em sua tese de mestrado, a partir de [...] un problema que es común a todas las democracias avanzadas: la creciente anomia dei estado contemporâneo, generada, de una parte, por la masiva expansión de sus funciones - y de los correlativos espacios de discrecionalidad - en la vida social y económica y, de otra, por la reducción de la capacidad regulativa del derecho, la inadecuación y la falta de inefectividad de sus técnicas de garantia y por la tendencia del poder político a liberarse de los controles jurídicos y a desplazarse a sedes invisibles y extra-institucionales.

[39]FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995, p. 851.

> prioridades e formas orgânicas e duradouras de ação institucional que compatibilizem interesses e responsabilidades entre organismos do Estado e da sociedade civil[40].

A exemplo, as creches foram criadas, inicialmente, para cuidar apenas das questões ligadas à saúde, em 1942 foi criada a "Casa da Criança", pelo Departamento Nacional da Criança, com o intuito de evitar a marginalidade de crianças e adolescentes.

Desta forma, embora integralizada, a educação infantil cuidaria apenas dos problemas físicos e biológicos da criança, não restando muita atenção para a questão educacional.

De mesmo modo Junqueira Filho aponta que:

> Nos anos 70 e boa parte dos anos 80, a Educação Infantil (que a partir dos desdobramentos da Constituição Federal de 1988 e da LDB 9.394/96 passa a ser entendida oficialmente como o atendimento simultâneo, complementar e indissociável de cuidado e educação de crianças de 0 a 3 anos – em creches – e de 4 a 6 anos – em pré-escolas) – tinha como função social apenas o cuidado das crianças, na medida em que não era considerada escola, portanto, isenta de educação.[41]

Contudo, essa situação também mudaria com o advento da CRFB/1988 e a posterior Lei de Diretrizes, conforme destaca Kuhlmann:

> [...] é durante o regime militar, que tantos prejuízos trouxe para a sociedade e para a educação brasileira, que se inicia esta nova fase, que terá seus marcos de consolidação nas definições da Constituição de 1988 e na tardia Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 1996. A legislação nacional passa a reconhecer que as creches e pré-escolas, para crianças de 0 a 6 anos, são parte do sistema educacional, primeira etapa da educação básica.[42]

Neste sentido, Veronese observa o dever Estatal no que concerne aos programas assistenciais voltados à criança e ao adolescente, da seguinte forma:

> Ao Estado compete à implantação de programas de assistência integral, visando à saúde da criança e do adolescente, com atendimento especializado aos portadores de deficiência, através de treinamento para o trabalho e da convivência social, e a facilitação do acesso aos bens e serviços públicos coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos; deverá ainda o Poder Público aplicar um percentual dos recursos públicos para os cuidados com a saúde na assistência materno-infantil – art. 227, §1º, I e II[43].

---

[40]SPOSITO, M. P. e CARRANO, M. C. R. **Juventude e políticas públicas no Brasil**. Revista Brasileira de Educação, n. 24, set a dez, 2003, p. 31.

[41]JUNQUEIRA FILHO, Gabriel de Andrade. Seleção e articulação de conteúdos em educação infantil no Brasil: da negação a busca da produção de sentido. In.: **Revista Ciências e Letras**, n. 36, jul./dez. 2004, p. 108.

[42]KUHLMANN JR., Moysés. **História da Educação Brasileira**. Revista Brasileira de Educação. Mai/Jun/Jul/ago, nº 14, 2000, p. 06.

[43]VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999, p. 45.

Para a efetivação das medidas implantadas, destacamos a criação do Juizado de Menores, as entidades de abrigo, o Serviço de Assistência do Menor (SAM) e as Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (FEBEMs).

A respeito da política de atendimento, o ECA, em seu artigo 86, estabelece que todos os entes da União são obrigados a articular ações visando os interesses da criança e do adolescente.

Assim, verifica-se a conjuntura de um novo princípio em relação ao atendimento em caráter local.

> Art. 34. [...]
> § 3º A União apoiará a implementação de serviços de acolhimento em família acolhedora como política pública, os quais deverão dispor de equipe que organize o acolhimento temporário de crianças e de adolescentes em residências de famílias selecionadas, capacitadas e acompanhadas que não estejam no cadastro de adoção.

Além do Plano Nacional, existem medidas de âmbito municipal, desenvolvidas em consonância com a possibilidade de responsabilidades e atribuições incumbidas pela Federação aos municípios, com o intuito de que administrem e mantenham instituições de auxílio. Conhecida como *municipalização*, essa medida tem por objetivo aproximar o tutelado do estado, facilitando o seu atendimento.

O Estatuto não apenas visou um atendimento pontual por parte do Estado como também instituiu em seu art. 70 o dever de todos em prevenir a ocorrência de ameaça ou violação aos direitos da criança e do adolescente.

Ao conferir à criança e ao adolescente a condição de sujeitos de direitos, logo, merecedores de tutela estatal própria, pois deixam de ser objetos de seus pais - responsáveis -, o Estatuto da Criança e do Adolescente implementa também a criação dos Conselhos Tutelares, que passam a figurar como fiscalizadores sociais em defesa destes direitos alcançados, podendo, mesmo que por ação ou omissão do Estado ou da Sociedade, ajuizar perante o Ministério Público ou Judiciário mediante encaminhamento, ou até mesmo requisitando serviços públicos[44], conforme expõe Assis.

Ademais, outros mecanismos foram criados, a exemplo, o Sistema Único de Assistência Social - SUAS, atrelado ao assistencialismo e encaminhamento profissional que, conjuntamente com o Centro de Referência da Assistência Social - CRAS, organiza e oferta serviços socioassistenciais. Outrossim, no tocante à Saúde, o ECA ensejou a criação do Sistema Único de Saúde - SUS,

[44]Assis SG. **Traçando caminhos em uma sociedade violenta: a vida de jovens infratores e de seus irmãos não infratores.** Rio de Janeiro: FIOCRUZ; 1999.

notadamente em seus artigos. 4º e 7º ao 14, buscando efetividade ao direito de saúde da criança, pré-natal, atendimento médico-hospitalar, aleitamento materno, campanhas de vacinação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim Do exposto, percebe-se que a partir da adoção da Doutrina da Proteção Integral pelo ordenamento jurídico brasileiro, foram elaboradas e desenvolvidas Políticas Públicas e demais formas de desenvolvimento dos direitos das crianças e adolescentes que consubstanciaram em uma nova responsabilidade Estatal, retomando assim, um novo contexto de obrigações abrangendo a Sociedade e as comunidades em geral, uma vez que estes merecedores de tutela deixam de ser considerados objetos de seus responsáveis.

Vê-se, também, que a Doutrina da Proteção Integral vem desenvolvendo seu papel paulatinamente, entretanto, ainda persiste um desafio, o equilíbrio da realidade com o disposto no ordenamento jurídico.

O Brasil tem "*altos ideais para uma sociedade ideal*[45]", mas tais ideais, simplesmente estabelecidos no texto jurídico, sem qualquer forma de efetivação ou instrumentalização demonstram-se ineficazes. Pois *"[...] a premissa de que os direitos humanos em sua forma abstrata e descontextualizada pouco significam"*[46] e, portanto, os direitos inseridos no bojo constitucional, acaso não instrumentalizados, tornam-se apenas letras no papel.

Por derradeiro, conclui-se que a Doutrina da Proteção Integral, estabelecida pelo art. 227 da CRFB/88 e regulamentada pelo ECA desenvolveu em muito os direitos e deveres das crianças e adolescentes, bem como estabeleceu obrigações voltadas à efetivação dos novos ditames legais, conquanto os instrumentos ainda não estabelecidos geram óbice à sua total implementação, mas consubstanciam linhas de seguimento a serem consideradas na criação de Políticas Públicas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ADORNO, Sérgio. Criança: A Lei e a Cidadania. In: **A Criança no Brasil de Hoje:** desafios para o terceiro Milênio. RIZZINI, Irene. *et al*. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1993.

[45]FONSECA, C. e CARDARELLO, A. Direitos dos mais e menos humanos. **Horizontes Antropológicos**, ano 5, n. 10, p.83-121, maio, 1999, p. 84.

[46]FONSECA, C. e CARDARELLO, A. Direitos dos mais e menos humanos. **Horizontes Antropológicos**, p. 84.

Assis SG. **Traçando caminhos em uma sociedade violenta: a vida de jovens infratores e de seus irmãos não infratores.** Rio de Janeiro: FIOCRUZ; 1999.

BARATTA, Alessandro. Infância e Democracia. In: MÉNDEZ, Emilio García, BELOFF, Mary (Orgs.). **Infância, Lei e Democracia na América Latina:** Análise Crítica do Panorama Legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança 1990 – 1998. Trad. Eliete Ávila Wolff. Blumenau: Edifurb, V. 1, 2001.

BARBOSA, Vanessa Goulart. **O Papel do Ministério Público na Apuração de Ato Infracional e na Responsabilização do Adolescente Infrator** - Um Estudo a Partir da Doutrina da Proteção Integral. 2008. 68 p. Monografia (Curso de Especialização em Direito Constitucional Contemporâneo - FESMPDFT e UNB), Brasília.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Lei n. 9.394/96. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 de dez.1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm. Acesso em 18 out. 2016.

CAMPOS, Mariza Salomão Vinco de Oliveira. **Estatuto da criança e do adolescente: A Proteção Integral E Suas Implicações Político-Educacionais.** 2009. 102 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Educação Escolar, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Araraquara, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da Proteção Integral**: Pressuposto Para Compreensão Do Direito Da Criança E Do Adolescente. Revista do Direito, v.29, 2008.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado.** Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013.001. 6ª Edição.

DWORKIN, R. "Es el Derecho un Sistema de Normas?" in DWORKIN, R. (comp.) **Filosofia dei Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.

FAJARDO, S. P. Retórica e realidade dos direitos da criança no Brasil. Em C.M.L. Nahra & M. Bragaglia (Orgs.), **Conselho Tutelar:** gênese, dinâmica e tendências. Canoas: ULBRA. 2002.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; DOI, Cristina Teranise. **A Proteção Integral das crianças e dos adolescentes vítimas.** Disponível em: <http://www.pjpp. sp.gov.br/ wp-content/uploads/2013/12/26.pdf>. Acesso em: maio 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995.

FONSECA, C. Os direitos da criança – dialogando com o ECA. In: FONSECA, C.; TERTO JUNIOR, V.; ALVES, C. F. (Orgs.). **Antropologia, diversidade e direitos humanos:** diálogos interdisciplinares**.** Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004.

FONSECA, C. e CARDARELLO, A. Direitos dos mais e menos humanos. **Horizontes Antropológicos**, ano 5, n. 10, p.83-121, maio, 1999.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

JUNQUEIRA FILHO, Gabriel de Andrade. Seleção e articulação de conteúdos em educação infantil no Brasil: da negação a busca da produção de sentido. In.: **Revista Ciências e Letras**, n. 36, jul./dez. 2004.

KUHLMANN JR., Moysés. **História da educação brasileira**. Revista Brasileira de Educação. Mai/Jun/Jul/ago, nº 14, 2000.

LEFORT, Claude. **Pensando o político:** ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. de Eliane M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LEITE, Carla Carvalho. **Da Doutrina da Situação Irregular à Doutrina da Proteção Integral:** aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. Juizado da Infância e da Juventude, Porto Alegre, n. 5, mar. 2005.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al*. **Curso de direito da criança e do adolescente:** Aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDEIROS, Diego Vale de. **A instrumentalização do princípio da Prioridade Absoluta das crianças e adolescentes nas ações institucionais da Defensoria Pública**. VII Congresso Nacional de Defensores Públicos. Outubro/ 2008.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

PEREIRA, Tânia da Silva. A Convenção e o Estatuto: um ideal comum de proteção ao ser humano em vias de desenvolvimento. In: PEREIRA, T. da S. (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente:** Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos.

Revista **MP MG JurídicoTécnico Judiciário:** um percurso em construção Ano II – Edição Especial – outubro de 2007.

ROBERTI JR., João Paulo. **Evolução jurídica do direito da Criança e do adolescente no Brasil.** Revista da Unifebe (Online) 2012; 10 (jan/jun). Disponível em: http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20121/artigo025.pdf Acesso em maio de 2016.

ROSEMBERG, Fúlvia. MARIANO, Carmen Lucia Sussel. **A convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Debates e tensões.** Cadernos de Pesquisa, vol.40, n.141, set./dez. 2010.

SANTOS, Fernanda Ávila dos. **As medidas socioeducativas e a responsabilidade da sociedade frente à Doutrina da Proteção Integral.** Passo Fundo: 2012.

SPOSITO, M. P. e CARRANO, M. C. R. **Juventude e políticas públicas no Brasil**. Revista Brasileira de Educação, n. 24, set a dez, 2003.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999.

ANÁLISE DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS A PARTIR DA COMPREENSÃO DE JUSTIÇA DE ARISTÓTELES

Bruno Berzagui[1]

Ildo Miguel Werle[2]

José Everton da Silva[3]

Jonatas Matias Xavier[4]

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se buscado cada vez mais alternativas mais céleres e eficientes para solucionar os conflitos jurídicos[5], especialmente diante da morosidade do Poder Judiciário brasileiro. Assim, procura-se simultaneamente desafogar este órgão e garantir direito de acesso à justiça das partes.

Neste sentido, os chamados métodos alternativos de solução de conflitos passaram a entrar em foco no meio jurídico. Como se extrai da nomenclatura, trata-se de meios que visam resolver controvérsias de forma alternativa ao processo litigioso. Dentre estes, merecem destaque os métodos da arbitragem, da mediação e da conciliação, que cada vez mais ganham espaço por, em determinados casos, se adequarem melhor aos interesses das partes no que tange à resolução do conflito.[6]

Ao se analisar os métodos alternativos de resolução de conflitos mencionados, percebe-se que seu objetivo principal é a obtenção de justiça entre as partes conflitantes.[7] Assim, pode-se

[1] Egresso do curso de Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, integrante do grupo de Pesquisa e extensão Paidéia. brunoberzagui@gmail.com

2 Mestre em filosofia pela Universidade do Federal de Santa Maria, professor dos cursos de Direito e Psicologia da Universidade do Vale do Itajaí. Coordenador do grupo de Ensino e Pesquisa Paidéia. iwerle@univali.br

3 Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Coordenador do curso de Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. caminha@univali.br

4 Acadêmico do Curso de Direito pela Universidade do Vale do Itajaí cursando 6º período. Integrante do Grupo de Ensino e Pesquisa Paidéia. jmxavier.adv@gmail.com; telefone: (47) 99130-1996

[5] No presente artigo, utilizou-se o termo conflito para designar conflitos jurídicos, ou seja, a existência de uma situação em que as partes possuem interesses conflitantes que adentram a esfera do Direito.

[6] FERNANDES JÚNIOR, Edson. **Mecanismos de Resolução Alternativa de Conflitos Como Ferramentas de Auxílio Para Construção da Política Judiciária no Brasil.** 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.

[7] GRINOVER, A. Fundamentos da Justiça Conciliativa. In: GRINOVER, Ada P. et. al. **Mediação e gerenciamento do processo:** revolução na prestação jurisdicional. ed. 3. São Paulo; Atlas, 2013.

relacionar tais métodos com o conceito de justiça em Aristóteles. O filósofo grego, ao abordar o tema, apresenta diversas concepções de justiça que permanecem atemporais, entendendo-a tanto como uma virtude, quanto verificando sua aplicação em diversas situações.[8]

Diante disso, o presente artigo se propõe a analisar os métodos alternativos de solução de conflitos sob a ótica da justiça segundo Aristóteles. Neste sentido, partiu-se do questionamento sobre qual a relação entre os métodos alternativos de solução de conflitos e as acepções de justiça em Aristóteles.

A relevância acadêmica deste artigo consiste na abertura de um olhar filosófico para os métodos de solução de conflito, sobretudo no que diz respeito ao ideal de justiça como uma das bases da aplicação do Direito, ideal este que encontra amplo fundamento na Filosofia. Além disso, observa-se a presença de material científico suficiente para o desenvolvimento da pesquisa.

O objetivo geral da pesquisa consiste em estabelecer uma relação entre métodos alternativos de solução de conflitos e as acepções de justiça em Aristóteles. De modo específico, pretende-se analisar os métodos alternativos de solução de conflitos, com ênfase na arbitragem, na conciliação e na mediação; identificar as peculiaridades de cada um destes métodos; e verificar a concepção de justiça em Aristóteles.

Visando seu desenvolvimento e a manutenção do raciocínio lógico, o presente artigo se divide em três seções. Na primeira seção, apresentam-se os métodos alternativos, seu objetivo em comum, suas especificidades e características indispensáveis para os operadores desses métodos; na segunda seção, analisam-se as acepções de justiça; e, por fim, a terceira seção relaciona os métodos alternativos de resolução de conflitos às acepções aristotélicas de justiça.

Quanto à metodologia, utilizou-se o método indutivo, aliado à técnica da pesquisa bibliográfica, através da análise da legislação e de obras acadêmico-científicas relacionadas aos métodos alternativos de solução de conflitos e à concepção aristotélica de justiça.[9]

1. MÉTODOS ALTERNAIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Inicialmente, tratar-se-á dos principais métodos alternativos de solução de conflitos judiciais e extrajudiciais. Tais métodos, como será visto adiante, consistem na arbitragem, na mediação e na

[8] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

[9] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

conciliação, cada qual com suas peculiaridades, mas com a meta comum de oferecer às partes uma via alternativa à adversarial.

A utilização destes métodos é resultado do esforço de instituições públicas e privadas que objetivam reduzir a morosidade do sistema judiciário brasileiro, que se encontra abarrotado com um número excessivo de processos.[10] Assim, pode-se afirmar que o objetivo comum a todos eles é a composição dos conflitos de modo célere e eficiente a fim de as partes conflitantes se sintam satisfeitas.

Tais métodos advém daquilo que se chamou de terceira onda renovatória do direito processual civil[11]. Dentre as inovações trazidas por essa onda está a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios, os quais se dividem em heterocompositivos e autocompositivos.[12] Essa diferenciação se faz com base, principalmente, na forma de composição do conflito. Nos métodos heterocompositivos, a composição do conflito advém de uma solução apresentada por um terceiro, sem a manifestação de vontade dos conflitantes. Por outro lado, nos métodos autocompositivos, a resolução do conflito se dá por meio da interação entre as partes contrárias, que chegam a um acordo sobre a resposta mais adequada à situação controversa.[13]

As principais formas heterocompositivas de resolução de conflitos são promovidas através do processo judicial, desenvolvido perante o Poder Judiciário, e pelos procedimentos realizados na arbitragem. As principais formas autocompositivas de solução de conflitos são a mediação e a conciliação.[14]

Outra classificação importante no que concerne aos métodos de solução de conflitos se refere à postura das partes diante do conflito. Métodos caracterizados pelo enfrentamento das partes e pela existência da decisão imperativa de um terceiro são eminentemente adversariais e, via de regra, conduzem a um resultado em que uma parte ganha e a outra perde. Estes métodos são recomendáveis quando esgotadas as tentativas de autocomposição, ou quando se faz necessária a formação de um precedente judicial. De modo diverso, quando existe possibilidade de

[10] Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, tal número havia chegado a 92 milhões no ano de 2012. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Excesso de litigância é desafio para o Poder Judiciário, diz ministro Joaquim Barbosa. *In*: **Site do Conselho Nacional de Justiça**. 15 out. 2013. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60904-excesso-de-litigancia-e-desafio-para-o-poder-judiciario-diz-mi >. Acesso em: 27 jan. 2017.

[11] CAPELETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** São Paulo: Sergio Fabris, 2002.

[12] CAHALI, Francisco J. **Curso de arbitragem**. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.43

13 DEMARCHI, J. Técnicas de conciliação e mediação. In: GRINOVER, Ada P. et. al. **Mediação e gerenciamento do processo:** revolução na prestação jurisdicional. ed. 3. São Paulo; Atlas, 2013. p. 49

[14] CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. p. 43

as partes agirem em conjunto, privilegiando a cooperação ao invés da competição, configuram-se os métodos não adversariais.[15]

Grinover[16] destaca que os métodos heterocompositivos e autocompositivos, enquanto alternativos à jurisdição estatal, foram considerados durante muito tempo como formas primitivas de solução de conflitos, em detrimento do processo jurisdicional, que era visto como uma conquista civilizatória. No entanto, a autora destaca que: "[...] ressurge hoje o interesse pelas vias alternativas ao processo, capazes de evita-lo ou encurtá-lo, conquanto não o exclua necessariamente".

Desta forma, observa-se que os métodos de solução de conflitos podem ser heterocompositivos, quando a resolução decorre da decisão de um terceiro, ou autocompositivos, caso em que as partes conflitantes chegam a uma solução. Além disso, esses métodos também podem ser classificados em adversariais ou não adversariais, em razão da postura das partes frente ao conflito: se há ou não disputa, competição, embate entre os envolvidos.

A fim de compreender com maior exatidão em que consistem os principais métodos alternativos de solução de conflitos, a seguir serão analisados alguns aspectos relevantes sobre arbitragem, mediação e conciliação.

1.1 ARBITRAGEM

O primeiro dos métodos alternativos de solução de conflitos a ser analisado neste estudo diz respeito à arbitragem. Assim como a jurisdição estatal, a arbitragem representa uma forma heterocompositiva e adversarial de solução de conflitos, embora os trâmites deste método alternativo não sejam idênticos aos que transcorrem no litígio processual.[17]

A arbitragem se caracteriza pelo fato de as partes conflitantes estabelecem de comum acordo, por meio de cláusula contratual ou diante da ocorrência de um litígio, que caso ocorra qualquer desentendimento entre as partes, a questão será submetida a um tribunal de arbitragem. Neste caso, um terceiro ou um colegiado terá poderes para pacificar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial.[18]

---

[15] DEMARCHI, J. Técnicas de conciliação e mediação. p. 49

[16] GRINOVER, A. Fundamentos da Justiça Conciliativa. p. 1.

[17] HINZ, Laura Bittencourt. **A Audiência de Conciliação e a Mediação na Execução Trabalhista como Formas de Efetividade do Judiciário**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 27.

18 FERNANDES JÚNIOR, Edson. **Mecanismos de Resolução Alternativa de Conflitos Como Ferramentas de Auxílio Para Construção da Política Judiciária no Brasil.** p. 108.

Uma das grandes vantagens da arbitragem é a liberdade de escolha do julgador pelas partes, que podem optar pelo árbitro que mais lhe inspire confiança, considerando-se o conhecimento específico sobre a matéria objeto da controvérsia. Assim, presume-se que o árbitro terá maior tecnicidade para apreciar as questões que lhe forem submetidas, principalmente quando se tratarem de temáticas pouco usuais na rotina dos tribunais.[19]

O instituto da arbitragem foi sistematizado no Brasil por meio da Lei n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem), que disciplinou tanto o aspecto material como processual deste método de resolução de conflitos. Uma de suas inovações refere-se à possibilidade de se prever contratualmente a utilização da arbitragem em eventuais conflitos futuros. Anteriormente, a arbitragem só poderia ser instaurada caso as partes optassem por este método diante do surgimento do conflito. Ressalta-se que, ainda que houvesse cláusula arbitral em contrato previamente firmado pelas partes, a arbitragem restaria prejudicada caso um dos conflitantes recusasse este meio extrajudicial no momento da ocorrência do conflito. Neste caso, permanecia reservado o direito da parte lesada à reparação por quebra de contrato.[20]

Destaca-se que a própria Lei de Arbitragem aponta algumas características indispensáveis ao árbitro, a saber: "a imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição" (art. 13. § 6°).[21] Além disso, a imparcialidade também é referida como um dos princípios do procedimento arbitral (art. 21, § 2°), e, em razão de sua importância, o descumprimento deste princípio autoriza a invalidação da sentença (art. 32, VIII).[22]

Imparcialidade diz respeito à total falta de interesse do árbitro no resultado do conflito, bem como isenção daquele com relação às partes. Isto significa que é defeso ao árbitro ter preferências ou conceder favorecimentos a um dos interessados, devendo manter-se em posição equitativa aos envolvidos. Assim, trata-se de um estado de espírito do árbitro, de cunho subjetivo, que lhe veda atuar de modo mais favorável a qualquer das partes conflitantes.[23]

A independência está muito próxima à imparcialidade, pois o resultado de sua falta compromete a isenção do árbitro no julgamento. Diferentemente da imparcialidade, a

19 FERNANDES JÚNIOR, Edson. **Mecanismos de Resolução Alternativa de Conflitos Como Ferramentas de Auxílio Para Construção da Política Judiciária no Brasil.** p. 108.

20 CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** p.118-119.

21 CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** p. 211.

22 VIEIRA, Antonio Vicente. Arbitragem: traços característicos fundamentais da pessoa do árbitro no processo. *In*: **Jus** [On-line]. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/12465/arbitragem-tracos-caracteristicos-fundamentais-da-pessoa-do-arbitro-no-processo >. Acesso em: 02 maio 2017. [s. p.].

23 CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** p. 213.

independência é aferida sob critérios objetivos, sobretudo pela inexistência de qualquer relação de sujeição ou vínculo de natureza econômica, profissional, moral, social, afetiva com as partes.[24]

A competência do árbitro se refere à capacidade técnica, ao conhecimento especifico, ao domínio teórico ou prático a respeito de uma matéria. Também pode se referir à familiaridade com o assunto, à sabedoria, aptidão ou experiência com a área de atuação. Esta característica é relevante no que se refere à escolha do árbitro pelas partes, já que um dos principais fatores que leva à busca pela arbitragem é justamente a possibilidade de contar com um julgador que tenha conhecimento elevado a respeito do objeto do conflito.[25]

Quanto a diligência, considera-se a obrigação de resultado dos árbitros, ou seja: proferir sentença no prazo legal ou convencionado. Salienta-se que o árbitro é o responsável pelo gerenciamento do procedimento arbitral, cabendo-lhe zelar pela condução do processo, pela prática eficiente dos atos processuais e por sua finalização em tempo hábil, sempre preservados os princípios e direitos das partes.[26]

A confidencialidade consiste na preservação da privacidade das partes, na discrição quanto ao objeto de conflito, à proteção quanto às suas imagens ou informações preciosas para seus negócios. Apesar de ser considerada um atrativo desse método alternativo de solução de conflitos, a confidencialidade não é requisito legal da arbitragem, ocorrendo apenas mediante expressa vontade das partes ou pela existência de indicação de sigilo no regulamento do tribunal ou câmara arbitral.[27]

Deste modo, observa-se que a arbitragem consiste em um método alternativo de solução de conflitos no qual as partes submetem sua controvérsia a um árbitro, geralmente *expert* na matéria que é objeto do conflito, para que estabeleça a solução mais adequada para o caso. Como visto, trata-se de um método adversarial e heterocompositivo de solução de conflitos.

A seguir, continuar-se-á com a exposição dos métodos alternativos de solução de conflitos com a análise de dois métodos autocompositivos e não adversariais, quais sejam a mediação e a conciliação.

[24] CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** p. 214.

[25] CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** p. 214.

[26] VIEIRA, Antonio Vicente. Arbitragem: traços característicos fundamentais da pessoa do árbitro no processo. [s. p.].

[27] CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** p. 215

1.2 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Além da arbitragem, a mediação e a conciliação são outros dois métodos alternativos de solução de conflitos bastante destacados. Diferentemente daquele, estes dois métodos são autocompositivos e não adversariais ou conciliativos.

Autocompositivas, pois as partes são ativas na solução do conflito e responsáveis pela composição da lide, ou seja, os conflitantes agem diretamente na resolução da controvérsia. Conciliativas, pois visam um consenso, que será buscado juntamente com um terceiro especializado que tem como função auxiliar as partes envolvidas. Não há aqui o prisma adversarial característico dos litígios processuais e mesmo da arbitragem.[28]

Apesar de semelhantes, mediação e conciliação consistem em métodos distintos de solução de conflitos. A respeito da mediação, Cahali[29] afirma que:

> A mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito.

Na mediação, as partes conflitantes são orientadas por um terceiro imparcial, o mediador, que as auxilia a retomarem o diálogo e, assim, buscarem uma solução justa para o embate. O mediador atua como um facilitador, um organizador dos trabalhos. Cabe ao mediador instigar as partes a desenvolverem a comunicação e fornecer a elas os elementos necessários para que possam analisar a situação de modo adequado a fim de superarem seus desentendimentos.[30]

Braga Neto e Sampaio[31], neste sentido, apontam que a mediação:

> [...] não visa pura e simplesmente ao acordo, mas a atingir a satisfação dos interesses e das necessidades dos envolvidos nos conflitos [...]. E um de seus objetivos é estimular o diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas. Com esse método pacífico tenta-se propiciar momentos de criatividade para que as partes possam analisar qual seria a melhor opção em face da relação existente, geradora de controvérsia.

Neste contexto, verifica-se que o caráter de responsabilidade e autonomia das partes se faz presente na mediação justamente por se tratar, como já dito, de um método autocompositivo de

[28] BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia R. C. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

[29] CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** p. 85

[30] CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** p. 87

[31] BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia R. C. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 19-20

resolução de conflito. Apesar da existência do mediador, este não será o responsável direto pela solução da controvérsia, mas apenas auxiliará as partes a chegarem à conclusão justa para o caso.[32]

Grinover[33] ainda salienta que a mediação traz questionamentos significativos sobre o direito de acesso à justiça. Não se trata, segundo a autora, de um método que visa substituir a jurisdição estatal, mas sim uma forma de: "[...] oferecer um procedimento alternativo para que todos, sem exceção, possam usufruir da justiça mais rapidamente ou tenham seu acesso a ela facilitado, desde que possuam efetivo interesse por esta opção".

A conciliação, por sua vez, trata-se de um método de solução de conflitos no qual as partes são orientadas por um conciliador, um terceiro que atua de modo mais objetivo na busca por uma resolução para a controvérsia. Isso significa que, diferentemente do mediador, o conciliador pode apresentar às partes possíveis soluções para o problema que enfrentam, com a ressalva de que cumpre aos conflitantes aceitarem a solução proposta.[34]

Neste sentido, destaca-se o posicionamento de Grinover:

> Os esclarecimentos sobre o conflito não precisam ser muito detalhados, pois inexiste uma relação contínua que envolva as partes. As tratativas voltam-se diretamente ao problema – e não primeiramente ao relacionamento interpessoal existente, como na mediação –, o que permite ao conciliador sugerir diversas propostas de acordo. Tradicionalmente, diz-se que o conciliador é uma usina de ideias, que avalia os riscos e chances de êxito de cada parte, alerta-se e propõe-se alternativas viáveis. [35]

Diante disso, a autora entende que a conciliação é um método mais apropriado à resolução de conflitos objetivos, onde não há uma relação prévia entre as partes. Um exemplo de conflito a ser submetido à conciliação seria um acidente de trânsito, em que a relação entre as partes se reduz à necessidade de reparação dos danos causados. Seria diferente caso houvesse um vínculo mais estreito, familiar, emocional ou afetivo, no qual a mediação surgiria como opção mais adequada.[36]

Percebe-se que a mediação e a conciliação possuem como característica comum a presença de um terceiro imparcial que auxilia as partes a obterem uma solução para o conflito. Enquanto na mediação, o mediador tem o papel de orientar as partes para retomarem o diálogo no afã de

---

[32] CELANT, João H. P. **A mediação e a conciliação como formas de responsabilidade e autonomia dos indivíduos na solução de conflitos.** 2015. Dissertação (Mestre em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale de Itajaí, Itajaí, 2015.

[33] GRINOVER, Ada P. *et. al*. **Mediação e gerenciamento do processo: r**evolução na prestação jurisdicional. p. 64

[34] GRINOVER, Ada P. *et. al*. **Mediação e gerenciamento do processo:** revolução na prestação jurisdicional. p. 54-55

[35] GRINOVER, Ada P. *et. al*. **Mediação e gerenciamento do processo:** revolução na prestação jurisdicional. p. 54-55

[36] GRINOVER, Ada P. *et. al*. **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional** p. 54

chegarem a um acordo, na conciliação, o conciliador pode sugerir diversas soluções, cabendo aos conflitantes optarem ou não por uma de suas ideias.

Em suma, o que se pôde observar sobre os métodos alternativos em geral foi que são vantajosos, primeiramente às partes, pois podem resolver seus conflitos de forma mais rápida do que que pela via da jurisdição estatal. Dessa forma, evitam possíveis desgastes emocionais que não raramente ocorrem em uma disputa judicial.[37]

Além disso, tais métodos também são vantajosos ao Poder Judiciário e consequentemente ao Estado, pois diminuem o contingente de novos processos e até mesmo de processos em andamento.

Na sequência, dando-se andamento à presente pesquisa e tendo em vista seu objeto, passa-se à análise do conceito de justiça e suas acepções no pensamento do filósofo grego Aristóteles.

2. JUSTIÇA E SUAS ACEPÇÕES SEGUNDO ARISTÓTELES

Aristóteles escreveu que "[...] os hábitos dignos de louvor chamamos virtudes[38]", com essa frase o filósofo de Estagira finaliza o livro um de sua obra *Ética a Nicômaco*, na qual trata, dentre outros assuntos, sobre as virtudes. Através de sua experiência e de seus aprendizados na academia de Platão, Aristóteles investigou temas referentes ao ser humano tais como: a felicidade, a alma, as virtudes, a justiça entre outros.[39]

Tendo em vista, primeiramente, esclarecer algumas ideias e conceitos e posteriormente relacionar tais conceitos com os métodos alternativos de solução de conflitos, cabe-nos entender quais as acepções de justiça ditas por Aristóteles e como elas se relacionam com as virtudes (*Areté*).[40]

É preciso esclarecer que Aristóteles[41] apresenta, inicialmente duas concepções acerca da justiça. Na primeira delas, a justiça é vista como a mais completa das virtudes, já que não se dá em absoluto no indivíduo, mas sim em relação aos demais. Pode-se denominar esta acepção de justiça

[37] FIORELLI, José O.; MANGINI, Rosana C. R. **Psicologia jurídica.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 399-400.

[38] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. p. 29.

[39] PESSANHA, José Américo Motta. Aristóteles: vida e obra. *In*: ARISTÓTELES. **Tópicos e Dos Argumentos Sofísticos.** Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 10-12.

[40] ALMEIDA, Guilherme A. de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. 9. ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2011. p. 129-130.

[41] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. p. 98.

como justiça total e, segundo o estagirita: "ela é a virtude completa no pleno sentido do termo, por ser o exercício atual da virtude completa".

Almeida e Bittar apontam que Aristóteles relaciona a justiça total à virtude de observância da lei, tendo em vista que esta deve ser criada para o bem da comunidade. Segundo os autores: "a ação que se vincula à legalidade obedece a uma norma que a todos e para o bem de todos é dirigida; como tal, essa ação deve corresponder a um justo legal e a forma de justiça que lhe é por consequência é aqui chamada de justiça legal".[42]

Ainda com relação ao assunto, Almeida e Bittar destacam que:

> A função do legislador é, nesse sentido, diretiva da comunidade política, e sua atividade comparável àquela do artesão. O legislador, ao operar no sentido de construção do espaço normativo da *pólis*, nada está a fazer senão exercendo a prudência (*phrónesis*) legislativa; sabendo-se que Aristóteles distingue entre várias espécies de prudência existente (*phónesis, oikonomía, politiké, bouleutiké, dikastiké*), esta que é afeta ao legislador recebe uma nomenclatura específica, e é chamada *nomothesía*. O legislador virtuoso em sua arte, a arte de bem conduzir a comunidade nas coisas comuns, age de acordo com *nomothesía*. Assim procedendo, o legislador age tendo em vista o melhor para a comunidade, o fim das leis deve necessariamente ser o Bem Comum.[43]

A segunda concepção aristotélica da justiça se refere ao que o filósofo denomina de justiça particular. Esta se refere às diversas situações que implicam em uma relação de justo e injusto, sem se envolver diretamente com a noção de plenitude das virtudes, como seria na concepção anterior. Não obstante, a justiça particular ainda possui duas ramificações, a saber, justiça particular distributiva e justiça particular corretiva.[44]

Com relação ao tema, Almeida e Bittar[45] apontam que: "o justo particular corresponde a uma parte da virtude, e não à virtude total". Essa proposição poderia ser compreendida colocando a segunda acepção de frente com a primeira. Isto é, o justo total tende ao universal, enquanto o particular tende às relações entre os particulares.

O justo particular distributivo, como o próprio nome sugere, distribui as funções e obrigações de cada indivíduo referentes a questões como bens pecuniários, honras, cargos, assim como deveres, responsabilidades e tributos. Esta espécie de justiça pressupõe: "[...] relação de subordinação entre as partes que se relacionam, entre aquele que distribui e aqueles que recebem.

---

[42] ALMEIDA, Guilherme A. de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. p. 129

[43] ALMEIDA, Guilherme A. de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. p. 130.

[44] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. p. 103.

[45] ALMEIDA, Guilherme A. de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. p. 132.

Estes apenas podem ser imediatamente, sujeitos passivos da justiça ou da injustiça do ato emanado o poder decisório".[46]

Cumpre ressaltar que, para Aristóteles[47], na justiça particular distributiva existe uma relação de mérito entre aqueles que recebem e os bens, direitos ou deveres distribuídos. Daí decorre a noção de que o justo é dar a cada um o que é seu. O autor, no entanto, destaca que a concepção de mérito pode variar, já que: "[...] os democratas o identificam com a condição de homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou com a nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência". Neste sentido, entende-se que a justiça distributiva está ligada à noção de proporção.

Já o justo particular corretivo refere-se aos casos em que há uma relação de coordenação entre dois indivíduos, diferentemente do que ocorre na justiça distributiva, onde existe uma relação de subordinação. Almeida e Bittar[48] apontam que aqui há uma relação de: "[...] iguais entre iguais, como particulares e entre particulares, agindo como indivíduos em paridade de direitos e obrigações em face a legislação".

De modo objetivo, Aristóteles[49] aduz que a justiça particular corretiva visa reestabelecer a igualdade entre as partes, quando esta foi desestabilizada em razão de um ato praticado por uma delas, como, por exemplo pela prática de um delito. Isto, pois, a desigualdade consiste em uma injustiça, e o justo nesse caso consiste em corrigir o ato injusto a fim de torna-lo justo. Esta é a lógica existente por detrás da aplicação de uma pena, onde o magistrado busca tirar algo do ofensor e concedê-lo à vítima, para igualar a situação entre ambos, que até então estava desequilibrada.

Pode-se destacar, ainda, a existência de uma outra espécie de justiça, segundo Aristóteles, que se refere à justiça política. Almeida e Bittar[50] trazem as seguintes considerações a respeito desta espécie de justiça:

> [...], é a justiça que organiza um modo de vida que tende à autossuficiência da vida comunitária (*autárkeian*), vigente entre homens que partilham de um esforço comum, dividindo atividades segundo a multiplicidade de aptidões e necessidades de cada qual, formando uma comunidade que tem por fim a eudaimonía e a plena realização das potencialidades humanas.

[46] ALMEIDA, Guilherme A. de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. p. 133.
[47] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. p. 102.
[48] ALMEIDA, Guilherme A. de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. p. 135.
[49] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. p. 104-105.
[50] ALMEIDA, Guilherme A. de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. p. 140.

A justiça política, ao contrário da justiça total, não está fundamentada na lei, mas depende desta. De acordo com Aristóteles, a justiça política é um princípio norteador na vida pública dos cidadãos, tendo o dever de orientar as relações interpessoais. Assim sendo, todas as relações humanas que envolvem a vida pública não devem se misturar com aquelas relativas à vida particular.[51]

Vistas todas essas acepções e compreendendo o quão abrangente é o termo justiça em Aristóteles, faz-se mister colocar a justiça em seu devido lugar: a virtude que contém todas as demais. Isso quer dizer que ser justo em última análise é viver em conformidade com todas as espécies de virtudes através das ações que escolhemos fazer e emoções que sentimos diariamente.

Por conseguinte, tendo em vista que o objetivo dessa pesquisa é relacionar as acepções aristotélicas aos métodos alternativos de solução de conflitos, fica a seguinte questão: qual a relação entre a acepção de justiça em Aristóteles e os métodos alternativos de solução de conflitos? Isso é o que se pretende responder na sequência.

3. ANÁLISE DOS MÉTODOS CONCILIATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS A PARTIR DA COMPREENSÃO DE JUSTIÇA DE ARISTÓTELES

Como visto, para Aristóteles, justiça compreende o ápice das virtudes, isto é, para entender justiça primeiro é preciso entender o que é virtude e para entender virtude é preciso entender um princípio muito simples: felicidade. Já foi dito que Aristóteles escreveu: "[...] os hábitos dignos de louvor chamamos virtudes"[52], mas o que seriam hábitos dignos de louvor?

Segundo Aristóteles[53], todas as coisas tendem a uma finalidade última que não visa a nenhuma outra finalidade, pois já é o bem em si - um Bem Supremo que todos conhecem como felicidade. Logo, hábitos dignos de louvor são aqueles que estão de acordo com a finalidade última de um ser, nesse caso do ser humano. As virtudes são meios para se chegar à felicidade: elas representam um meio termo onde se encontra a excelência em todos os âmbitos da vida, trata-se da conhecida doutrina da mediania.

Com base no posicionamento supracitado, compreende-se que justo é aquele que pratica as virtudes em relação a sua vida e dessa forma torna-se feliz, pois busca a cada dia se aperfeiçoar em

[51] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. p. 108.
[52] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. p. 29.
[53] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. p. 15-24.

suas ações, relações e escolhas. Desse modo, torna-se possível responder à pergunta inicial: qual a relação entre acepção de justiça em Aristóteles e os meios alternativos de solução de conflitos?

Uma vez que o justo em geral é aquele que pratica as virtudes, o mediador justo é aquele que pratica as virtudes na mediação, o conciliador na conciliação e o árbitro na arbitragem, todos são felizes em relação ao que fazem se praticam isso buscando a excelência, o ponto exato onde se encontram todas as virtudes. Destarte, apesar da simplicidade desse discurso, a prática das virtudes deve ser uma progressão constante em busca da excelência. Ser justo em relação ao que se faz e aquilo que se é exige tempo, estudo e disposição. [54]

É preciso salientar, ainda, que as virtudes não se tratam de coisas estanques, rígidas, taxativas. Isto, pois as virtudes não são iguais para todos, em todos os locais e em quaisquer circunstâncias, muito pelo contrário: o ponto mediano para se encontrar uma virtude depende de todos esses fatores em conjunto.[55]

Em outras palavras, aplicando a reflexão a um caso de mediação, por exemplo, o mediador poderia se fazer as seguintes perguntas: “quem são as partes em conflito?”; “qual a situação emocional dos conflitantes no dia da mediação?”. Todas essas variáveis específicas contribuem para que a pacificação do conflito seja feita de maneira justa ou não segundo a acepção aristotélica.

Outrossim, compreende-se que que o justo total pode ser alcançado por meio dos métodos alternativos, uma vez que estes estão em consonância com a lei. Neste sentido, destaca-se a recente publicação de vários diplomas legais a respeito desse assunto, tais como a reforma na lei de arbitragem (lei 13.129/2015), o marco legal da mediação (lei 13.140/2015), o novo modelo processual introduzido pelo Novo Código de Processo civil e o Tribunal Multiportas, introduzido pela resolução CNJ 125/2010, que consiste em várias possibilidades de acesso à justiça (não necessariamente acesso à jurisdição), princípio inscrito do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. É válido ressaltar que, como já citado, o justo total só se cumpre quando a lei vige para o bem comum, que é o caso do Tribunal Multiportas, bem como todas as recentes normatizações aqui citadas, pois elas visa o desafogar do judiciário brasileiro.[56]

Além disso, pode-se relacionar os métodos alternativos de resolução de conflitos com o justo particular corretivo, posto que se trata de uma relação de particulares que se encontram em uma

[54] SILVEIRA, Denis. As virtudes em Aristóteles. **Revista de Ciências Humanas,** v. 1., n. 1, p. 1-27. jan./dez. 2000. Disponível em: < http://revistas.fw.uri.br/index.php/revistadech/article/view/203/372>. Aceso em: 02 maio 2017.

[55] SILVEIRA, Denis. As virtudes em Aristóteles. p. 4.

[56] ALMEIDA, Guilherme A. de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. p. 133.

situação de coordenação – e não de subordinação, como ocorre no justo distributivo –, já que se trata de partes em pé de igualdade, que atuam em paridade de direitos e obrigações em face da lei.[57]

Neste sentido, verificou-se que, apesar de suas particularidades, todos os métodos alternativos de solução de conflitos analisados têm como objetivo reestabelecer a igualdade entre as partes que, em razão do conflito, foi desestabilizada. Neste sentido, compreende-se que o ideal do justo corretivo permeia tanto a arbitragem, como a mediação e a conciliação.

Desta forma, verifica-se que os métodos alternativos de resolução de conflitos analisados no presente estudo possuem relação com as acepções aristotélicas de justiça, em especial a justiça total e a justiça particular corretiva. Destaca-se, por fim, que tais métodos buscam uma maior aproximação das partes, sendo-lhes possível desenvolver a virtude da justiça, bem como visam reestabelecer a igualdade que havia se perdido com o surgimento da controvérsia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo, buscou-se relacionar os métodos alternativos de solução de conflitos, em especial a mediação, a conciliação e a arbitragem, às acepções aristotélicas de justiça.

Através da pesquisa pode-se conhecer os principais de métodos alternativos de solução de conflito (a arbitragem, a mediação e a conciliação), seus objetivos comuns, sua classificação e as peculiaridades de cada um, especialmente no que toca à metodologia.

Também se compreendeu que a justiça em Aristóteles tem várias acepções e em todas elas prevalecem as virtudes e o fim destas, ou seja, a felicidade (Sumo Bem). Para o filósofo, a justiça pode ser compreendida como a virtude completa (justiça total), ou de modo particular, onde engloba a justiça particular distributiva e a justiça particular corretiva. Também pode-se apontar a justiça política como uma das acepções aristotélicas.

Em outras palavras, os métodos alternativos de resolução de conflitos são justos na medida em que são virtuosos, e o são na medida em que estão ligados à felicidade, que nesta situação, pode ser compreendida como a estabilização da relação dos conflitantes e a pacificação do conflito.

[57] ALMEIDA, Guilherme A. de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. p. 135.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Guilherme A. de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. 9. ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2011.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia R. C. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

CAHALI, Francisco J. **Curso de arbitragem**. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPELETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** São Paulo: Sergio Fabris, 2002.

CELANT, João H. P. **A mediação e a conciliação como formas de responsabilidade e autonomia dos indivíduos na solução de conflitos.** 2015. Dissertação (Mestre em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale de Itajaí, Itajaí, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Excesso de litigância é desafio para o Poder Judiciário, diz ministro Joaquim Barbosa. *In*: **Site do Conselho Nacional de Justiça**. 15 out. 2013. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60904-excesso-de-litigancia-e-desafio-para-o-poder-judiciario-diz-mi >. Acesso em: 27 jan. 2017.

DEMARCHI, J. Técnicas de conciliação e mediação. In: GRINOVER, Ada P. et. al. **Mediação e gerenciamento do processo:** revolução na prestação jurisdicional. ed. 3. São Paulo; Atlas, 2013.

FERNANDES JÚNIOR, Edson. **Mecanismos de Resolução Alternativa de Conflitos Como Ferramentas de Auxílio Para Construção da Política Judiciária no Brasil.** 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.

FIORELLI, José O.; MANGINI, Rosana C. R. **Psicologia jurídica.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 399-400.

GRINOVER, A. Fundamentos da Justiça Conciliativa. In: GRINOVER, Ada P. et. al. **Mediação e gerenciamento do processo:** revolução na prestação jurisdicional. ed. 3. São Paulo; Atlas, 2013.

HINZ, Laura Bittencourt. **A Audiência de Conciliação e a Mediação na Execução Trabalhista como Formas de Efetividade do Judiciário**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

PESSANHA, José Américo Motta. Aristóteles: vida e obra. *In*: ARISTÓTELES. **Tópicos e Dos Argumentos Sofísticos.** Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SILVEIRA, Denis. As virtudes em Aristóteles. **Revista de Ciências Humanas,** v. 1., n. 1, p. 1-27. jan./dez. 2000. Disponível em: < http://revistas.fw.uri.br/index.php/revistadech/article/view/203/372>. Aceso em: 02 maio 2017.

LEX MERCATORIA: A JURISPRUDÊNCIA ARBITRAL COMO FONTE DO DIREITO COMERCIAL

Queila Jaqueline Nunes Martins[1]

Guilherme Alvaro Boos Maia Cardoso[2]

Sabrina Leite Kressin[3]

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escorpo analisar a utilização e\ou composição da Lex Mercatoria como jurisprudência nos casos de arbitragem no Direito Comercial.

O trabalho abordará os métodos de solução de conflitos, dando enfoque principalmente á arbitragem, onde será exposto seu conceito, natureza jurídica, ainda trará fontes do Direito Comercial.

No desenvolvimento do trabalho irá ser analisado se é possível incluir a Lex Mercatoria, especialmente a jurisprudência arbitral como Fonte do Direito Comercial.

Por fim, será abordado os princípios, usos e eficácia da Lex Mercatoria.

Quanto á metodologia empregada, registra-se que na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo, e nas diversas fases da pesquisa, acionadas as técnicas do referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.[4]

[1] Doutoranda em Ciência Jurídica (UNIVALI). Mestre em Gestão de Políticas Públicas (UNIVALI). Professora do Curso de Direito da UNIVALI. Coordenadora do GECMA – Grupo de Estudos em Conciliação, Mediação e Arbitragem da Universidade do Vale do Itajaí. Advogada. Itajaí/SC – Brasil. E-mail: correiomartins@gmail.com

[2] Graduação em andamento em Direito na Universidade do Vale do Itajaí (2016-atual), membro do GECMA – Grupo de Estudos em Conciliação, Mediação e Arbitragem da Universidade do Vale do Itajaí. Coordenador de auditoria e fiscalização do município de Balneário Camboriú/SC. Itajaí/SC – Brasil. E-mail: cardosogui@outlook.com.br

[3] Graduação em andamento em Direito na Universidade do Vale do Itajaí (2015-atual), membro do GECMA – Grupo de Estudos em Conciliação, Mediação e Arbitragem da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí/SC – Brasil. E-mail: kressin8@gmail.com

[4] PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica.** 10 ed. Florianópolis: OAB – SC Editora, 2007.

1. LINEAMENTOS ACERCA DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Considerando que um ano possui em média 31.556.926 segundos e que, segundo o relatório Justiça em Números para 2015, ingressaram quase 28,9 milhões de processos no sistema judicial, ingressa na justiça, aproximadamente, um processo a cada cinco segundos[5].

Este é um, entre muitos outros argumentos utilizados por Bunn e Zanon Junior[6] que levam a conclusão de que "no atual cenário de morosidade e de incertezas, pelo qual todas as funções essenciais à justiça têm parcela de responsabilidade", "se recomenda uma tomada de consciência pela mudança de postura", a qual consiste, parcialmente, em "medidas que devem ser adotadas pelo Estado a bem do efetivo exercício da jurisdição", tais como os métodos adequados de solução de conflitos.

O fundamento destes métodos consistem, para Theodoro Júnior[7], no fato de que "a lide pode encontrar solução por outros caminhos que não a prestação jurisdicional", haja vista que "nosso ordenamento jurídico conhece formas de autocomposição da lide e de solução por decisão de pessoas estranhas ao aparelhamento judiciário (árbitros)".

E prossegue o autor ensinando que:

> O juízo arbitral (Lei 9.307, de 23.09.1996) importa renúncia à via judiciária estatal, confiando as partes a solução da lide a pessoas desinteressadas, mas não pertencentes aos quadros do Poder Judiciário. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 31 da citada Lei). O Novo Código é expresso ao afirmar, no art. 3º, § 1º, ser permitida a arbitragem na forma da lei. Ainda, tratou da alegação de convenção de arbitragem em capítulo próprio (capítulo VI, do Livro I, da Parte Especial), no art. 337, X e seu § 6º. [...]. Corrente antiga, apegada às estruturas civilísticas, recusava o caráter jurisdicional ao juízo arbitral, classificando-o como meio contratual de composição de conflitos. Hoje, o tratamento que nosso direito positivo lhe dispensa atribui à sentença arbitral a natureza de título executivo judicial, de sorte que não se pode continuar tratando a arbitragem como mero substitutivo da jurisdição. Embora desenvolvido fora dos quadros do Poder Judiciário, o procedimento em questão tem a mesma natureza, a mesma função e a mesma força dos atos judiciais contenciosos[8].

---

[5] BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. APONTAMENTOS PRELIMINARES SOBRE O USO PREDATÓRIO DA JURISDIÇÃO. **Revista Direito e Liberdade,** Natal, v. 18, n. 1, p. 247-268, 2016. Quadrimestral. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/1020/686>. Acesso em: 12 fev. 2017.

[6] BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. APONTAMENTOS PRELIMINARES SOBRE O USO PREDATÓRIO DA JURISDIÇÃO. **Revista Direito e Liberdade,** Natal, v. 18, n. 1, p. 247-268, 2016. Quadrimestral. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/1020/686>. Acesso em: 12 fev. 2017.

[7] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 187.

[8] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. p. 187.

Este artigo terá como foco este último método apontado, qual seja, a Arbitragem.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ARBITRAGEM

2.1 CONCEITO E OBJETO

De acordo com Tucci[9], a arbitragem consiste numa "técnica de heterocomposição de controvérsias mediante a intervenção de um ou mais árbitros, escolhidos pelas partes, a partir de uma convenção de natureza privada" e a "sentença proferida pelos árbitros, que não comporta qualquer recurso, equipara-se à decisão judicial".

A teor do disposto no art. 1º da Lei nº 9.307/1996[10]:

> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
> § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
> § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Segundo o processualista, para "a instauração do processo arbitral, é exigido um compromisso, pelo qual as partes concordam em submeter a decisão do litígio a um árbitro" e, desta forma, verifica-se que a "convenção de arbitragem é delimitada, sob o aspecto subjetivo, pelas pessoas que a firmaram, na qualidade de contratantes ou mesmo de anuentes"[11].

O disposto nos arts. 851 a 853 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil)[12] confirma estas assertivas, veja-se:

> Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.
> Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.
> Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

---

[9] TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentário ao artigo 3º, parágrafo 1º. In: TUCCI, José Rogério Cruz e et al. **Código de Processo Civil Anotado.** São Paulo: AASP, 2015. p. 6-7. Disponível em: <http://aplicacao.aasp.org.br/novo_cpc/ncpc_anotado.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

[10] BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 12 fev. 2017.

[11] TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentário ao artigo 3º, parágrafo 1º. In: TUCCI, José Rogério Cruz e et al. **Código de Processo Civil Anotado**. p. 6-7. Disponível em: <http://aplicacao.aasp.org.br/novo_cpc/ncpc_anotado.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

[12] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 fev. 2017.

Desta forma, tem-se definido Arbitragem como técnica de heterocomposição de controvérsias mediante a intervenção de um ou mais árbitros, escolhidos pelas partes, a partir de uma convenção de natureza privada, firmada entre pessoas que podem contratar, destinada a resolver litígios de caráter estritamente patrimonial, a qual prolata sentença que não comporta qualquer recurso e se equipara à decisão judicial.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DO COMPROMISSO ARBITRAL

Consoante Gonçalves[13], diverge-se a respeito da natureza jurídica do compromisso arbitral.

> Para uns, equipara-se a um contrato, por resultar de um acordo de vontades e requerer capacidade das partes, objeto lícito e forma especial. Entretanto, considerando que o seu objetivo não é criar, modificar ou extinguir direitos, o Código Civil de 1916 o incluiu entre os meios extintivos de obrigações, recebendo esse mesmo tratamento na Lei n. 9.307/96. O novo Código Civil, diversamente, inseriu o compromisso no Título VI ("Das várias espécies de contrato"), dispensando-lhe o tratamento de contrato nominado[14].

Esclarece o autor, citando Silvio Rodrigues, que o "compromisso é um ato de vontade capaz de criar relações na órbita do direito", o qual se ultima "pelo consenso de vontades de duas ou mais pessoas, que indicam árbitros e se vinculam a acatar suas decisões. Portanto, trata-se de ato jurídico bilateral que cria obrigações para cada um dos participantes"[15].

Baseado nestas premissas, o civilista conclui que o compromisso arbitral tem a natureza jurídica de "contrato, e como tal deve ser conceituado"[16].

4. FONTES DO DIREITO (EM GERAL) E DO DIREITO COMERCIAL

4.1 FONTES DO DIREITO EM REALE

Para Reale[17], para que se possa falar de fonte do direito, isto é, de "fonte de regras obrigatórias, dotadas de vigência e de eficácia", é preciso que haja um "poder capaz de especificar o conteúdo do devido, para exigir o seu cumprimento, não sendo indispensável que ele mesmo aplique a sanção".

---

[13] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** contratos e atos unilaterais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 574.

[14] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** contratos e atos unilaterais. p. 574.

[15] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** contratos e atos unilaterais. p. 574.

[16] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** contratos e atos unilaterais. p. 574.

[17] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 110.

> [...] toda fonte de direito implica uma estrutura normativa de poder, pois a gênese de qualquer regra de direito (nomogênese jurídica) – tal como pensamos ter demonstrado em nossos estudos de Filosofia do Direito – só ocorre em virtude da interferência de um centro de poder, o qual, diante de um complexo de fatos e valores, opta por dada solução normativa com características de objetividade[18].

E prossegue Reale[19] lecionando que:

> À luz desse conceito, quatro são as fontes de direito, porque quatro são as formas de poder: o processo legislativo, expressão do Poder Legislativo; a jurisdição, que corresponde ao Poder Judiciário; os usos e costumes jurídicos, que exprimem o poder social, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a fonte negocial, expressão do poder negocial ou da autonomia da vontade.

Na sequência conceituar-se-ão apenas as fontes do direito que interessam, ao presente estudo, a saber, a jurisdição e os usos e costumes jurídicos.

Pela palavra "jurisprudência" (*stricto sensu*), Reale[20] entende a "forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais".

Por oportuno, e também por consistir em questão objeto do presente trabalho, cumpre salientar que se filia ao posicionamento de que *arbitragem é jurisdição*, conforme bem explicitado por Carmona[21]:

> Está presente na arbitragem o caráter substitutivo da jurisdição, que consiste na interferência de uma terceira pessoa, estranha à lide, que não participa do conflito de interesses, terceiro esse que dirigirá imparcialmente a busca da verdade para a aplicação do direito objetivo ao caso concreto. Entretanto, não poderá o árbitro invadir a esfera jurídica do devedor resistente para fazer cumprir, forçadamente, a decisão arbitral.
>
> Ainda assim, sendo inegável o caráter jurisdicional da execução quando encarada do ponto de vista da substitutividade, não se afasta a jurisdicionalidade encontrável na arbitragem: vê-se apenas que o árbitro não tem, à diferença do juiz togado, competência funcional para executar suas próprias decisões.

Portanto, tem-se que, para fins de definição como fonte do direito, a Jurisprudência Arbitral também deve ser tida como tal, haja vista que pela palavra "jurisprudência" se entende a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da *jurisdição* e Está presente na arbitragem o caráter substitutivo da *jurisdição*.

---

[18] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. p. 110.

[19] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. p. 110.

[20] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. p. 128.

[21] CARMONA, Carlos Alberto. ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 58, p. 33-40, 1990. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/293080/mod_resource/content/0/CARMONA - Arbitragem e jurisdição.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

No que tange aos usos e costumes, consigna-se que estes, de acordo com Reale[22]:

> [...] continuam desempenhando função relevante na experiência jurídica de nossos dias, não sendo, porém, igual o seu papel em todas as disciplinas. Verificamos uma força maior do Direito costumeiro em certos ramos ou para a solução de determinados problemas, como é o caso do Direito Comercial e do Direito Internacional.

Tem-se, desta forma, delimitados os conceitos relativos a fontes do direito que tem pertinência à conclusão que se pretende chegar no presente artigo.

4.1 O PRINCÍPIO DA EFICÁCIA DOS USOS E COSTUMES EM COELHO E A IDEIA DE LEX MERCATORIA

Segundo Coelho[23], uma das particularidades do direito comercial é "a importância reservada aos usos e costumes, como padrão para a definição da existência e do alcance de qualquer obrigação entre empresários".

> Em nenhum outro ramo jurídico, as práticas adotadas pelos próprios sujeitos têm igual relevância. É certo que a globalização vem reduzindo a variedade destas práticas, no bojo do processo de pasteurização cultural que lamentavelmente a acompanha. Dependente da crescente padronização dos mercados, como meio de facilitar o trânsito global de mercadorias, serviços e capitais, a economia dos nossos tempos tem, paulatinamente, prestigiado os usos e costumes internacionais e reduzido os locais. Estes, porém, ainda cumprem função de importância em muitas operações[24].

No mesmo sentido, veja-se a lição de Glitz[25]:

> No que concerne ao Direito comercial internacional é comum que se reconheça o costume como uma de suas fontes de obrigações contratuais. Esta compreensão está tão disseminada que, atualmente, encontram-se fundamentos para justificar a existência de um sistema normativo autônomo e independente da soberania estatal. Tal autonomia teria sido alcançada com base em certa uniformidade de fontes normativas, especialmente baseada em práticas comerciais, cláusulas contratuais padrão (contratos tipo), regulações corporativas, *jurisprudência arbitral* e tentativas de harmonização do Direito comercial internacional.

Ainda consoante Glitz[26] , citando Strenger, a Lex Mercatoria consistiria em "um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz".

---

[22] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. p. 122.

[23] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial:** direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 112.

[24] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial:** direito de empresa. p. 112.

[25] GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato, globalização e LEX mercatória**: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratatuais Unidroit (2010) e Incoterms (2010). Rio de Janeiro: Clássica, 2012. p. 188. Disponível em: <http://www.fredericoglitz.adv.br/upload/tiny_mce/GLITZ_Globalizacao_alt2.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017. Sem grifo no original.

[26] GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato, globalização e LEX mercatória**: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratatuais Unidroit (2010) e Incoterms (2010). p. 207. Disponível em: <http://www.fredericoglitz.adv.br/upload/tiny_mce/GLITZ_Globalizacao_alt2.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual cenário de morosidade e de incertezas, pelo qual todas as funções essenciais à justiça têm parcela de responsabilidade, se recomenda uma tomada de consciência pela mudança de postura, a qual consiste, parcialmente, em medidas que devem ser adotadas pelo Estado a bem do efetivo exercício da jurisdição, tais como os métodos adequados de solução de conflitos.

O fundamento destes métodos consistem no fato de que a lide pode encontrar solução por outros caminhos que não a prestação jurisdicional, haja vista que nosso ordenamento jurídico conhece formas de autocomposição da lide e de solução por decisão de pessoas estranhas ao aparelhamento judiciário (árbitros).

Arbitragem consiste em uma técnica de heterocomposição de controvérsias mediante a intervenção de um ou mais árbitros, escolhidos pelas partes, a partir de uma convenção de natureza privada, firmada entre pessoas que podem contratar, destinada a resolver litígios de caráter estritamente patrimonial, a qual prolata sentença que não comporta qualquer recurso e se equipara à decisão judicial.

Para fins de definição como fonte do direito, a Jurisprudência Arbitral também deve ser tida como tal, haja vista que pela palavra “jurisprudência” se entende a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição e Está presente na arbitragem o caráter substitutivo da jurisdição.

Uma das particularidades do direito comercial é a importância reservada aos usos e costumes, como padrão para a definição da existência e do alcance de qualquer obrigação entre empresários.

A Lex Mercatoria consiste em um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz.

Portanto, tem-se que a Lex Mercatoria, no âmbito da Jurisprudência Arbitral, pode ser considerada uma fonte do direito comercial.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. APONTAMENTOS PRELIMINARES SOBRE O USO PREDATÓRIO DA JURISDIÇÃO. **Revista Direito e Liberdade,** Natal, v. 18, n. 1, p. 247-268, 2016. Quadrimestral. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/1020/686>. Acesso em: 12 fev. 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 58, p. 33-40, 1990. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/293080/mod_resource/content/0/CARMONA - Arbitragem e jurisdição.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial:** direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato, globalização e LEX mercatória**: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratatuais Unidroit (2010) e Incoterms (2010). Rio de Janeiro: Clássica, 2012. Disponível em: <http://www.fredericoglitz.adv.br/upload/tiny_mce/GLITZ_Globalizacao_alt2.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** contratos e atos unilaterais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica.** 10 ed. Florianópolis: OAB – SC Editora, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentário ao artigo 3º, parágrafo 1º. In: TUCCI, José Rogério Cruz e et al. **Código de Processo Civil Anotado.** São Paulo: AASP, 2015. p. 6-7. Disponível em: <http://aplicacao.aasp.org.br/novo_cpc/ncpc_anotado.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

OS CONFLITOS DE LEIS NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE TRABALHO

Nathalie Viaud Gattáes Kumm[1]

Solange Lucia Heck Kool[2]

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo específico, tratar das hipóteses de normas materiais e processuais cabíveis em um contrato internacional de trabalho.

A pesquisa será desenvolvida tendo por base os seguintes problemas:

1) O Brasil tem jurisdição para conhecer e julgar litígio em virtude de um contrato internacional de trabalho?

Com as seguintes hipóteses:

a) o Brasil terá jurisdição se o local da prestação de serviços ocorreu em território brasileiro.

b) aparentemente o Brasil não terá jurisdição para julgar determinado litígio proveniente de um contrato internacional de trabalho.

E como segundo problema:

2) Qual a lei de direito material aplicável em um conflito de leis decorrente de um contrato internacional de trabalho?

Com as seguintes hipóteses:

a) Em um conflito de leis caberá aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador.

b) O direito material aplicável será norma estrangeira.

[1] Aluna Egressa do Curso de Direito da UNIVALI– Fundação Universidade do Vale do Itajaí, campus Itajaí - nathaliegattaes@gmail.com

[2] Graduação pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – Curso de Direito; Mestrado pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em Gestão de Políticas Públicas. Doutorado pela Universidad del Museo Social Argentino – Argentina – em Ciências Jurídicas e Sociais; Professora da Universidade do Vale do Itajaí das Disciplinas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho; Professora da Universidade do Vale do Itajaí da Pós-Graduação de Direito Previdenciário e Trabalhista. Advogada com escritório profissional na Rua Samuel Heusi, nº 463, Sala 213, Centro, Itajaí – SC - skool@univali.br

Para a resolução destes conflitos, estes não serão unicamente resolvidos pelas regras de Direito Internacional tradicional.

1. DO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO - DIT

O Direito Internacional do Trabalho tem por objetivo a proteção ao trabalhador, como parte de um contrato de trabalho e como um ser humano, suas finalidades básicas são de universalizar os princípios da Justiça Social uniformizando as correspondentes normas jurídicas, e incrementando a cooperação internacional para melhoria das condições de vida do trabalhador.[3]

O denominado Direito Internacional do Trabalho é grande parte do Direito Internacional Público, porém, os princípios que visam a solução dos conflitos de leis em matéria de relações de trabalho integram o Direito Internacional Privado, entretanto, há doutrinadores que entendem que o DIT é um ramo autônomo, não sendo nem privado nem público[4]. É o que entende o doutrinador e professor LA CUEVA:

> O direito internacional do trabalho não será nem direito internacional público, nem direito internacional privado, se não um tipo novo. Sua missão, consistirá em regular universalmente os princípios fundamentais das legislações internas do trabalho.[5]

E ainda prossegue LA CUEVA:

> O direito internacional do trabalho é direito interno que se universaliza, porém, também poderia dizer que o direito do trabalho é direito internacional do trabalho que se realiza na legislação de cada Estado. Seria talvez preferível falar-se de Direito Universal do Trabalho e afirmar-se que é um direito vital universal, porque brota das necessidades mesmas da vida, ou vem reviver-se a ideia do direito natural e sustentar-se que é direito derivado da natureza mesma do homem e de suas necessidades vitais[6]

No presente, a corrente considerada para o DIT é a corrente que o Direito Internacional do Trabalho é na verdade, um ramo do Direito Internacional Público, pois os objetivos, princípios, instrumentos e métodos de investigação peculiares à OIT são os mesmos do Direito Internacional Público. Além disso, a Organização Internacional do Trabalho - OIT e a Organização das Nações Unidas - ONU têm vários objetivos comuns.

---

[3] SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**.3ª Ed, São Paulo: LTr, 2000. p. 17.

[4] SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. p. 29.

[5] CUEVA, Mario de La, **Derecho mexicano del trabajo**, México, 1943, vol, I, pág. 172.

[6] CUEVA, Mario de La, **Derecho mexicano del rabajo**, México, 1943, vol, I, pág. 174.

Atualmente o Direito Internacional do Trabalho não se preocupa somente com as condições de trabalho e os direitos previdenciários, mas com todos os aspectos vinculados à figura do trabalhador, notadamente os direitos humanos fundamentais do trabalhador que possam influir de alguma maneira no aspecto social e na melhoria das condições de vida, tais como, programas de cooperação técnica para formação profissional, melhoria do meio ambiente do trabalho, política social das empresas multinacionais, educação do trabalhador, inter-relação das questões econômicas e sociais, seguridade social populacional e o desemprego. [7]

O Direito Internacional do trabalho oferece normas mínimas aplicáveis aos trabalhadores em todo o mundo, ele também permite a criação de órgãos com poderes para regular e monitorar a implementação das normas internacionais do trabalho, pode-se dizer que o Direito Internacional do Trabalho foi um dos pilares fundadores do Direito Internacional Público.

1.1 DO CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABALHO

Conceitua-se contrato internacional de trabalho todo aquele contrato entre um empregado e um empregador que tiver elementos estranhos ao país, como por exemplo, uma empresa brasileira com um empregado estrangeiro, uma empresa estrangeira com um empregado brasileiro, empresa e empregados brasileiros, porém o local é estrangeiro, existem variáveis composições. [8]

O Contrato internacional, é um contrato que se caracteriza pelo fato de que, na maioria das vezes, para se realizar o seu trabalho, este será em um país estrangeiro.

Na presença de um contrato internacional de trabalho, dois problemas jurídicos surgem, sendo, portanto, qual lei aplicável ao contrato internacional de trabalho, conhecida como conflito de leis, e qual jurisdição em casos de litígios, como por exemplo, uma rescisão de trabalho internacional, tratada como conflito de competência.[9]

Na convenção de Roma de 1980, ficou consagrado o critério “dos vínculos mais estreitos”, em seu artigo 3ª, reascendendo a vontade das partes, ao dizer que o contrato rege-se pela vontade das partes, como escolha ou decorrente das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa.[10]

---

[7] SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. p. 29.

[8] RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 176.

[9] RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. p. 176.

[10] HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2011. 176.

Não obstante, no seu artigo 6ª, assevera que a escolha das partes da lei aplicável ao contrato, não pode ter como resultado privar o trabalhador da proteção das normas imperativas.[11]

Na falta de escolha, o contrato de trabalho é regulado pela lei do país em que o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho, se não houver prestação habitual do trabalho no mesmo país, a lei aplicável será a do estabelecimento que contratou o trabalhador, salvo se do conjunto das circunstâncias resultar que o contrato de trabalho apresente uma conexão mais estreita com um outro país, sendo então aplicável a lei desse outro país.[12]

Tais afirmativas importam na aplicação do princípio da teoria da acumulação, ou seja, na falta de escolha da autonomia das vontades, aplica-se a lei. [13]

No Brasil, a lei aplicável aos contratos em geral e aos contratos de trabalho é a *lex loci contractus*[14], lei de celebração do contrato, nos termos do artigo 9ª da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela lei nº12.376, de 2010). A legislação federal estabelece os requisitos necessários para que um estrangeiro possa trabalhar regularmente no Brasil, como por exemplo, a obrigação do estrangeiro obter visto temporário regularmente concedido, fora isso está proibido de exercer qualquer atividade remunerada no Brasil, contudo, conforme a jurisprudência, mesmo o estrangeiro em situação irregular no País, este irá gozar de proteção da lei.[15]

O direito brasileiro reconhece algumas normas especiais além das elencadas na CLT, que determinam a situação do estrangeiro no âmbito do direito do trabalho, como a contratação de técnicos estrangeiros domiciliados no exterior para a execução de serviços no Brasil de caráter provisório, com a estipulação de salário em moeda estrangeira, desde que estejam vinculados ao respectivo Regime de Previdência Social, além disso, o direito brasileiro restringe apenas aos brasileiros os cargos de presidente e demais cargos de administração e representação de associações profissionais, bem como é proibido ao estrangeiro participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional. 16

[11] HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. p. 177.

[12] HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. p. 177.

[13] HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. p. 177.

[14] "Lei do lugar do contrato" TIZIO, Ideli R. Di. **Dicionário de termos jurídicos.** Disponível em: http://www.ditizio.adv.br/dicionario.htm. Acesso em: 18/02/2017.

[15] RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. p. 124.

[16] RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. p. 125.

2. DO DIREITO COMPARADO

O Direito comparado trabalha para estudar as semelhanças e discrepância entre os sistemas jurídicos de diferentes países, em decorrência da internacionalização e a globalização este método de estudo tornou-se importante e muito utilizado por juristas e doutrinadores.

Este estudo propõe a aproximação das legislações nacionais de diferentes países, de modo a aprimorar o convívio social, com a aplicação de medidas que se mostrem melhores para várias indagações surgidas no desenvolvimento da sociedade, neste contexto, para elucidar serão abordados o direito comparado da França e Argentina.

2.1 DIREITO DO TRABALHO NA FRANÇA

Na França, o Direito do Trabalho é um ramo do Direito Social que rege as relações nascidas de um contrato de trabalho entre o empregador e assalariado, seu sistema é baseado no sistema romano-germânico, que tem como característica o Direito codificado, da qual prevê antecipadamente as soluções das lides, a lei escrita é a principal fonte do Direito, porém a jurisprudência traz um papel de criador ao interpretar a lei, sendo que muitas vezes existe a necessidade de preencher as lacunas da lei.[17]

O Direito do Trabalho na França tem por objetivo enquadrar a relação de subordinação que liga o assalariado e o empregador, e limitar o desequilíbrio entre as partes no contrato de trabalho.[18]

O Código do Trabalho na França teve sua publicação em 1981, porém assim como no Brasil teve suas alterações desde sua edição, uma das suas alterações foi com a Lei *Aubry*[19] em 1998, que teve o propósito de gerar mais empregos alterando a jornada de trabalho semanal de 39 para 35 horas, representando sete horas por dia em cinco dias da semana, resultando em dois dias de repouso durante a semana.

A respeito do contrato de trabalho, sua forma é exclusivamente tácita, com exceção do *Contrat à Durée Indeterminéé*[20] *–CDI* por tempo integral, conhecido pela legislação brasileira como Contrato por Prazo Indeterminado, essa modalidade poderá ser verbal ou tácita, no Código do

[17] MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. 18ª ed, São Paulo: Saraiva. 2009. p. 396.

[18] BONNECHERE, Michèle. **Le droit du travail**. Paris: La Découverte, 2008. p. 128.

[19] Chamada Lei Aubry em alusão à Ministra do Emprego e Solidariedade, Martine Aubry, foi aprovada em 13 de junho de 1998. PINTO MARTINS, SERGIO, (06 de maio de 2014) "Comparação entre França e Brasil sobre direitos trabalhistas e previdenciários" Jornal Carta Forense. Página visitada em 18 de fevereiro de 2017.

[20] "Contrato por tempo indeterminado" AVOLIO, Jelssa Ciardi e FAURY, Mara Lúcia. **Dicionário michaelis melhoramentos Online.** Disponível em: http://michaelis.uol.com.br/escolar/frances. Acesso em: 18/02/2017

Trabalho francês é estabelecido o princípio de que o contrato de trabalho é celebrado por esta modalidade (artigo L1221-2, primeiro parágrafo).[21]

O Contrato com prazo determinado, *Contrat à Durée Déterminée*[22] deve ser por escrito e conter a definição precisa de seu motivo, caso contrário, considera-se celebrado por tempo indeterminado.

A duração máxima de um contrato com prazo determinado não será superior a 5 anos, esta modalidade segundo MARTINS FILHO é admitida nas hipóteses de substituição de pessoal permanente, atividades sazonais, aumento temporário das atividades da empresa e como forma de combate ao desemprego.

Os franceses a cada mês trabalhado para o mesmo empregador, adquirem 2,5 dias de férias, a duração total de férias pagas não podem exceder 30 dias, no Brasil além de proporcionar os 30 dias de férias ainda há o acréscimo de 1/3 na remuneração.

O empregado tem direito a licença sabática de duração mínima de 6 meses e duração máxima de 11 meses, durante o qual seu contrato de trabalho fica suspenso (art. 122-32-17 do Código de Trabalho), essa dispensa é concedida aos professores, que permite interrupção temporária das atividades docentes e é destinada a investigação ou formação, como requisito para isto, os empregados devem ter pelo menos 36 meses consecutivos ou não, de antiguidade na empresa ou no grupo e uma atividade profissional de seis anos pelo menos.[23]

Em qualquer empresa pode ser celebrado um contrato que assegure a participação dos trabalhadores nos lucros de acordo com a convenção coletiva profissional, as partes podem estabelecer a forma da fixação de participação, porém, essa cotização deve ser estabelecida desde a contratação, como regra, toda empresa que tiver mais de 100 empregados deve constituir uma reserva especial de participação para o exercício. [24]

Os empregados na França, em relação ao aviso-prévio, denominado de *préavis*, são obrigados a cumpri-lo quando dispensados e quando pedirem a demissão, o *préavis*[25], será de um

[21] MAGGI-GERMAIN N., **Le droit du travail français et les libertés et droits fondamentaux** intervention (18 heures) à la faculté de droit de l'École des Hautes études en Sciences économiques de Moscou (Russie), 6-12 nov. 2012.

[22] "Contrato por tempo determinado" AVOLIO, Jelssa Ciardi e FAURY, Mara Lúcia. **Dicionário michaelis melhoramentos Online.** Disponível em: http://michaelis.uol.com.br/escolar/frances. Acesso em: 18/02/2017

[23] MARTINS, Sérgio Pinto, (06 de maio de 2014) "Comparação entre França e Brasil sobre direitos trabalhistas e previdenciários" Jornal Carta Forense. Página visitada em 18 de fevereiro de 2017

[24] MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. p. 401.

[25]"Aviso prévio" AVOLIO, Jelssa Ciardi e FAURY, Mara Lúcia. **Dicionário michaeli melhoramentos online.** Disponível em: http://michaelis.uol.com.br/escolar/frances. Acesso em: 19/02/2017

mês para os empregados com pelo menos seis meses corridos de trabalho e será de dois meses para os empregados com pelo menos dois anos de trabalho.[26]

A greve é admitida, inclusive no serviço público, mas deve haver um pré-aviso não se admitindo piquetes. Na França quando um empregado é dispensado há uma indenização de antiguidade nos contratos de prazo indeterminado, salvo para empregados que não tenham completado um ano de trabalho.[27]

O SMIC, *salaire minimum interprofessionnel de croissance*[28] na França, é corrigido anualmente com base no crescimento do PIB, sendo proibida a indexação, admitindo-se apenas a correção salarial anual por meio de convenções coletivas, em janeiro de 2017 o SMIC, subiu para 9,76 euros bruto por hora, perfazendo um montante mensal de salário mínimo bruto de 1480,27 euros equivalente a jornadas de trabalho semanais de 35 horas.[29]

2.2 DIREITO DO TRABALHO NA ARGENTINA

A organização da justiça do trabalho da Argentina teve seu início em 1944 com o Decreto-Lei n° 32.347, três anos depois em Buenos Aires foram instituídos os tribunais do trabalho com estrutura prevalecente oral, constituídos por um colegiado de juízes com as mesmas garantias que os juízes da justiça comum.[30]

A justiça do trabalho, é apenas um setor especializado da Justiça comum, possuindo três instâncias, *Juez del Trabajo*[31], *Sala social de la corte Distrital*[32], *Sala Social de la Corte Suprema de Justicia*[33], há tribunais locais em províncias, com exceção da capital federal, que são tribunais nacionais e integrados pela Câmara Nacional de Apelações do trabalho da Capital federal e juízes nacionais de primeira instância do trabalho da mesma Capital.[34]

---

[26] MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. p. 400.

[27] MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. p. 400.

[28] "Salário mínimo interprofissional de crescimento" AVOLIO, Jelssa Ciardi e FAURY, Mara Lúcia. **Dicionário michaelis melhoramentos online**. Disponível em: http://michaelis.uol.com.br/escolar/frances. Acesso em: 19/02/2017

[29] MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. p. 401.

[30] MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense.** p. 42.

[31] "Juiz do trabalho" PARRA, Valeria Estefania Labraña, MARQUES, Antônio C., DOLINSKY, Sandra Martha. **Dicionário michaelis melhoramentos online.** Disponível em: http://michaelis.uol.com.br/escolar/espanhol. Acesso em: 19/02/2017.

[32] "Sala social do Tribunal Distrital" PARRA, Valeria Estefania Labraña, MARQUES, Antônio C., DOLINSKY, Sandra Martha. **Dicionário michaelis melhoramentos online.** Disponível em: http://michaelis.uol.com.br/escolar/espanhol. Acesso em: 19/02/2017.

[33] "Câmara Social da Suprema Corte do Distrito tribunal de Justiça social" PARRA, Valeria Estefania Labraña, MARQUES, Antônio C., DOLINSKY, Sandra Martha. **Dicionário michaelis melhoramentos online.** Disponível em: http://michaelis.uol.com.br/escolar/espanhol. Acesso em: 19/02/2017.

[34] MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. p. 413.

As modalidades de contratos são por prazo determinado com o prazo máximo de 5 anos, se prorrogado constantemente, passa a ser considerado um contrato por prazo indeterminado aplicando-se o princípio da primazia da realidade, contrato por prazo determinado, contrato a tempo parcial, da qual o trabalhador se obriga a prestar serviços, durante um determinado número de horas ao dia, semana ou mês, nessas modalidades não poderão ser realizadas horas extras, já o contrato especial de trabalho, abrange os trabalhadores maiores de 40 anos, deficientes físicos, mulheres e ex-combatentes de Guerra das Malvinas.[35]

Em relação ao aviso prévio, este será de um mês aos empregados com menos de cinco anos de casa, e de dois meses, para os que tiverem mais de cinco anos de casa, a indenização será de um mês de salário por ano de serviço.[36]

A jornada de trabalho é de 48 horas semanais, e o descanso semanal remunerado é a partir das 13:00 horas do sábado até a 00:00 de domingo, o período de férias é de quatorze a trinta e cinco dias, dependendo do tempo de serviço, já a licença maternidade são de cinquenta dias e a licença paternidade de dois dias, o salário mínimo é de 8.060 pesos. [37]

O procedimento da justiça trabalhista argentina é escrito, porém a contestação, exceções e reconvenções podem ser explanadas oralmente, os depoimentos são transcritos, inclusive os das testemunhas, a audiência inicial tem como desígnio a conciliação.

3. OS CONFLITOS DE LEIS NO CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABALHO

Os conflitos podem ser de duas ordens: conflito de jurisdição que busca saber qual tribunal é competente para conhecer o litígio, e o conflito de leis, que busca conhecer qual lei será possível de ser aplicada entre um confronto de leis nacionais e internacionais.[38]

3. 1 JURISDIÇÃO NO CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABALHO

No que concerne a jurisdição no contrato internacional de trabalho, diferente do direito civil, o direito do trabalho apresenta as suas próprias normas para resolver os conflitos de jurisdição.

[35] Como Trabalhar nos Países do MERCOSUL: **Guia dirigido nacionais dos estados partes do MERCOSUL / Ministério do trabalho e emprego (MTE)**, Brasília: MTE, 2010. p. 39.

[36] MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. p. 413.

[37] MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual Esquemático de direito e processo do trabalho.** 23ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2016. p. 387 a 406.

[38] RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. p. 125.

De acordo com o *caput* do artigo 651 da CLT, a competência para julgar uma eventual demanda trabalhista é a do local da prestação de serviço, ainda que este empregado tenha sido contratado em outro local ou, no estrangeiro.[39]

Nesse sentido, oportuna a transcrição deste *caput*, cuja menção trata da competência ratione loco, ou seja, em razão do lugar.[40]:

> Art. 651. A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro.[41]

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite.

> Nos termos do art. 651, caput, da CLT (com as adaptações impostas pela EC n. 24/99), a competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante (rectius, autor) ou reclamado (rectius, réu), prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro. Regra geral, a ação trabalhista deve ser ajuizada no último local em que o empregado prestou serviços ao empregador, posto que tenha sido contratado em outra localidade ou em outro país para prestar serviços no Brasil. Exemplo: se o empregado A é contratado pela empresa B em Vitória (ES) mas vai prestar serviços no Rio de Janeiro (RJ), terá competência territorial para processar e julgar eventual ação trabalhista uma das Varas do Trabalho do local da prestação do serviço, in casu, Rio de Janeiro (RJ).[42]

Com a previsão de uma norma específica de direito internacional privado, na própria CLT para regulamentar os conflitos de jurisdição, não serão necessárias utilizar as normas de processo civil prevista nos artigos 21 e 22 do CPC/2015, assim como a Lei de Introdução ao Código Civil.

Nas hipóteses de conflitos individuais e internacionais do trabalho devem ser empregadas as normas dispostas no §2° do artigo 651, pouco importando se o empregado é brasileiro ou não, a competência será da Junta do local da prestação de serviço.

> Art. 651. § 2º A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional disposto em contrário.

Consoante com este artigo, o critério adotado pela legislação processual do trabalho, se tratando de jurisdição internacional, não é a nacionalidade, o domicílio, nem o local da contratação, mas sim o local da prestação do serviço, assim se a relação laboral se deu no Brasil, e desta relação

---

[39] CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 608.

[40] "Em razão do lugar" TIZIO, Ideli R. Di. **Dicionário de termos jurídicos.** Disponível em: http://www.ditizio.adv.br/dicionario.htm. Acesso em: 19/02/2017.

[41] BRASIL, **Consolidação das leis Trabalhistas**. Decreto Lei n° 5.452 de 01 de maio de 1943. Disponível em: www.planalto.gov.br/codigos. Acesso em: 19/02/2017.

[42] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso De Direito Processual Do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo. LTr. 2006. p. 241.

de trabalho temos a presença de um elemento estrangeiro, como por exemplo, o domicílio, a nacionalidade ou ainda o local da contratação, em nada modificará a jurisdição.[43]

Desta forma, a justiça brasileira será competente para julgar uma demanda, quando o local da prestação do serviço for no Brasil, ainda que o contrato seja originário de país estrangeiro, ou que o empregado não seja nacional.

3.2 CONFLITOS DE LEIS NO ESPAÇO

No campo do Direito do Trabalho, a competência da lei e a competência jurisdicional praticamente se confundem, visto que uma decorre da outra, todavia apesar da semelhança uma trata de lei competente e a outra de tribunal competente.

O professor Délio Maranhão na obra Instituições de Direito do Trabalho define:

> Competência da lei diz respeito ao problema de saber se a lei aplicável ao caso é a lei nacional ou a estrangeira, enquanto competência jurisdicional se refere à competência do tribunal do país para julgar a questão.[44]

Nesse viés, somente acontecerá o conflito de leis quando o ordenamento jurídico brasileiro tiver jurisdição para julgar o caso. Ademais, mesmo que o Brasil tenha jurisdição para julgar certa relação jurídica não significa que irá aplicar a lei brasileira.

Através das normas internas do Direito Internacional Privado - DIPr de cada país é que será definido o ordenamento jurídico de um país para reger as relações jurídicas, essas normas irão indicar o direito aplicável, não resolvendo o mérito.[45]

O DIPr resolve conflitos de leis de direito privado no espaço, quando uma relação jurídica de direito privado tem conexão internacional, o juiz determina em primeiro lugar o direito aplicável, para poder em seguida, decidir a lide que está sob apreciação judicial. [46]

O direito aplicável será o direito interno ou um determinado direito estrangeiro, designado pelas normas de direito internacional privado da *lex fori*.[47]

---

[43] JAEGER, Guilherme Pederneiras. **O Direito Do Trabalho À Luz Do Direito Internacional Privado: Um Exercício De Teorização. In. Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e outros estudos.** Organizador Gilberto Stümer. Livraria do Advogado.Porto Alegre. 2006. p. 97.

[44] SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; TEIXEIRA, Lima; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 179.

[45] RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. p. 67.

[46] RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. p. 67.

[47] RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. p. 67.

As normas internas do Brasil são reguladas pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela lei nº12.376, de 2010), sendo a principal fonte legislativa que trata do DIPr, entre os artigos 7º à 17º, que visa solucionar os conflitos de leis no espaço, como já mencionado anteriormente.

Antes de resolver a questão dos conflitos de leis é necessário primeiramente observar quais são os elementos de conexão, a qual irá indicar e viabilizar a resolução do Direito a ser empregado no caso concreto. [48]

Os conflitos de leis no espaço são provenientes, em específico, de dois fatores, a multiplicidade legislativa, sendo cada sistema jurídico, autônomo e soberano em suas leis, e pela existência de uma sociedade transnacional, ou seja, indivíduos vinculados a sistemas jurídicos diferentes. Se existisse um direito absoluto e uniforme não existiria o fato atípico, que gera os conflitos de leis.[49]

Segundo RECHSTEINER, na prática, caso o juiz não conheça a norma indicativa aplicável ao caso, poderá utilizar o elemento de conexão, que indicará o direito aplicável.[50]

Conforme CARRION, os conflitos de leis devem ser decididos seguindo o seguinte liame:

> O interprete brasileiro, para decidir os conflitos de leis no espaço, inicialmente não recorre a códigos, tratados ou convenções internacionais referendados pelo Brasil, mas a lei brasileira genérica de conflitos espaciais; só depois é que verificará se há lei brasileira específica ou tratado internacional multilateral ou bilateral (tratado é regra jurídica celebrada entre Estados para dirimir conflitos ou estabelecer condutas a serem observadas pelo atores; sua validade está condicionada à ratificação pelos países-membros), para a hipótese concreta, que afastará o conflito.[51]

Em relação ao direito material aplicável em um conflito de leis, até abril do ano de 2012, prevalecia a orientação do Tribunal Superior do Trabalho, por forma da Súmula 207 que era aplicável o princípio lex loci executionis, estabelecendo que a lei que rege o contrato de trabalho é aquela do local de prestação de serviço e não a do local de contratação:[52]

> Súmula nº 207 do TST - A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação. [53]

---

[48] NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito internacional público e direito internacional privado**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 188.

[49] NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito internacional público e direito internacional privado**. p. 187.

[50] RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. p. 26.

[51] CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. p. 29.

[52] CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 608.

[53] CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. p. 1408.

No entanto, com o cancelamento da referida súmula em abril de 2012, as decisões acerca da lei competente tomaram novas medidas abrindo um precedente para a lei do local de contratação, da qual antes não era abrangida pela Súmula 207.

Cabe esclarecer que a súmula cancelada foi elaborada para preencher a lacuna da lei 7.064/82, que apenas abrangia os engenheiros e congêneres, com a sua alteração em 2009, ouve a extensão a todos os empregados brasileiros e estrangeiros contratados no Brasil para prestar serviços no exterior, artigo 1º *in verbis*[54].[55]

> Artigo 1ª. Esta Lei regula a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior.

Isto posto, as decisões que eram tendenciosas ao princípio *lex loci executionis*, em razão da Súmula 207, foram substituídas pela aplicação da norma mais favorável ao trabalhador previsto no artigo 3ª, II, da Lei 7.064/82, este princípio admite a aplicação da lei nacional brasileira, se mais favorável ao trabalhador, mesmo que prestação dos serviços ocorresse no estrangeiro, de forma que a Súmula tornou-se obsoleta.[56]

Consoante com o exposto, para a solução dos conflitos de leis, aplica-se o princípio Protetor do Direito do Trabalho exposto no artigo 3ª, II, da Lei 7.064/82, a qual assegura a aplicação da norma brasileira às relações jurídicas em que o empregado contratado ou transferido, presta serviços fora do território nacional, se esta trouxer maiores benefícios ao trabalhador.[57]

Sobre a referida matéria, já se manifestou a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que caberá a norma mais favorável ao empregado que presta serviço no exterior, ao invés da aplicação de *lex loci executionis*:

> CRUZEIRO MARÍTIMO. TRABALHADOR EMBARCADO. NAVIO ESTRANGEIRO. COMPETÊNCIA E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. Há que se diferenciar entre a competência da jurisdição brasileira sobre o contato mantido pela autora, e a legislação aplicável a este mesmo contrato de trabalho. Isso porque a competência jurisdicional não exclui a aplicação da lei estrangeira e as questões não são confundíveis, pois, a primeira, de ordem processual, é relativa à competência territorial; a segunda, de direito material, é atinente ao conflito de lei no espaço. Desse modo, possível é a aplicação da legislação estrangeira pelo juiz brasileiro, competindo à parte que a invoca a prova do texto e da vigência (art. 14, LINDB). A competência territorial encontra-se regida pelos arts. 12 da LINDB e 21 do NCPC. Em matéria trabalhista, o § 2º do art. 651 da CLT adota regra que amplifica o disposto no inciso I do 21 do NCPC. Incontroverso que a empresa estrangeira com a qual a autora firmou o contrato de

[54] "Nas palavras; textualmente" TIZIO, Ideli R. Di. **Dicionário de termos jurídicos**. Disponível em http://www.ditizio.adv.br/dicionario.htm. Acesso em: 20/02/2017.

[55] MIESSA, Élisson e Correia Henrique**. Súmulas e orientações jurisprudências do TST**. p. 6.

[56] CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. p. 609.

[57] MIESSA, Élisson e Correia Henrique**. Súmulas e orientações jurisprudências do TST**. p. 7.

> trabalho (MSC Crociere SA) é sócia-proprietária da segunda reclamada, a MSC Cruzeiros do Brasil, essa estabelecida em território brasileiro, pelo que é tida como sua agência ou filial, atraindo a incidência do parágrafo segundo do art. 651, da CLT. Portanto, a presente lide se submete à jurisdição nacional. Com relação à legislação a ser adotada, aplicação as disposições do art. 1º da Lei nº 7.064/82. Na forma do art. 3º, inciso II, Lei nº 7.064/82, outrossim, **o conflito de direito internacional privado no tocante à escolha da norma trabalhista a ser aplicada, resolve-se pelo princípio da norma mais favorável, consideradas, em conjunto, as disposições reguladoras de cada matéria ou instituto, adotando-se a teoria do conglobamento mitigado, destacando-se, no caso, a legislação brasileira.** Recurso das reclamadas parcialmente conhecido e provido. Recurso da reclamante conhecido e parcialmente provido. (TRT-7 - RO: 00010902020145070006, Relator: MARIA ROSELI MENDES ALENCAR, Data de Julgamento: 17/08/2016, Data de Publicação: 22/08/2016)

Assim, importa dizer que diante dos conflitos de jurisdição no Brasil caberá a aplicação da lei brasileira caso não haja convenção mais favorável do país estrangeiro. Nos casos em que houver tratados internacionais e convenções entre os países, convém primeiramente analisar se o mesmo já foi ratificado, se caso já tiver sido ratificado, este deverá ser aplicado.

Para os brasileiros que firmam contrato diretamente com empresa estrangeira no exterior, aplica-se o artigo 14 da Lei 7.064/82, e adota-se o princípio da territorialidade.

Nesse sentido, ensina a ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi sobre princípio da territorialidade:

> Princípio da territorialidade, sendo aplicável a legislação protetiva do local da prestação dos serviços aos trabalhadores contratados para laborar no estrangeiro.[58]

É mister esclarecer, que a legislação Brasileira respeita também a Teoria do Conglobamento Mitigado ou Conglobamento por Institutos.

É o que sustenta o art. 3º, II, da Lei nº 7.064/82:

> Art. 3º - A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:
> II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, **no conjunto de normas e em relação a cada matéria**. (grifo nosso)

Para qual a norma mais favorável deve ser buscada por meio da comparação das diversas regras sobre cada instituto ou matéria, respeitando-se o critério de especialização, por exemplo, se o direito de horas extras é mais benéfico no estrangeiro, aplicar-se-á apenas a lei estrangeira quanto às horas extras.[59]

---

[58] BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista n.º RR-219000-93.2000.5.01.0019 Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen. Data 07/10/2011. Disponível em: http://www.tst.jus.br. Acesso em: 20/02/2017

[59] HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. p. 22.

3.3 OS EMPREGADOS TRANSFERIDOS DO BRASIL PARA PRESTAREM SERVIÇOS EM OUTRO PAÍS

Esses empregados estão sob a égide de lei especial brasileira, Lei nº 7.064/82 alterada pela Lei nº 11.962/09, que passou a abranger todas as categorias de trabalhadores contratados no Brasil e transferidos por seu empregador para prestar serviço no exterior, e por isso, do ponto de vista desta lei, continuará sendo regida por esta lei brasileira.

Nos casos em que o empregado é transferido para o exterior, são assegurados os seus direitos previstos na lei, independentemente da observância da legislação vigente no país da execução dos serviços.[60]

Ainda o art. 3° da referida lei, traz o princípio da norma mais favorável que manda ser aplicada a lei brasileira, quando o trabalhador seja cedido, removido, ou de início contratado por empresa sediada no Brasil, a norma deve ser examinada no conjunto, sob forma de instituto jurídico, assim os preceitos referentes a hora extra, adicionais, hora noturna, devem ser inseridos no instituto de maior amplitude, que é o de duração do trabalho.[61]

Em um caso de contratação no Brasil, de um estrangeiro ou não, por empresa estrangeira para trabalho no exterior, são garantidos alguns direitos de viagem e retorno, além de expressa menção ao cumprimento da lei do país onde o trabalho for prestado.[62]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presenteartigo teve como objetivo investigar, à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência nacional, os aspectos da aplicabilidade do contrato internacional de trabalho, tendo em vista o fenômeno da globalização e as atuais relações econômicas internacionais, frente ao crescente panorama de internacionalização do mercado de trabalho brasileiro.

Em observância ao artigo, através da análise feita, notou-se que pelo tema ser amplo, o assunto merece maior espaço em doutrinas, inclusive em matéria específica de Direito Internacional do Trabalho.

Por fim, a primeira hipótese restou assim decidida:

[60] RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. p. 120 a 121.

[61] CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. p. 33.

[62] CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. p. 33.

1a) foi verificado ao longo do estudo que a primeira hipótese foi confirmada, pois a competência da justiça do trabalho se dá pelo local da prestação de serviço, conforme artigo 651 da CLT.

1b) a segunda hipótese restou-se parcialmente confirmada pois nas hipóteses que a prestação de serviço se der fora do Brasil, este não terá jurisdição.

Quanto a segunda hipótese:

2a) encontrou-se confirmada, pois aplica-se o princípio Protetor do Direito do Trabalho exposto no artigo 3ª, II, da Lei 7.064/82, a qual assegura a aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador.

2b) a quarta hipótese foi parcialmente confirmada, visto que conforme hipótese acima caberá aplicação da norma mais favorável ao empregado, caso a norma estrangeira é a mais benéfica, esta será a lei aplicada.

Em observância ao trabalho, através da análise feita, notou-se que pelo tema ser amplo, e pelo cancelamento da súmula 207 do TST, o assunto merece maior espaço em doutrinas, inclusive em matéria específica de Direito Internacional do Trabalho, para que os doutrinadores não continuem a julgar essa matéria de "obscura".

É sabido que a harmonia do ordenamento jurídico se constrói com o desenvolvimento das vertentes interpretativas. Caberá, futuramente à doutrina e à jurisprudência, através do avanço analítico do direito, esclarecer com maior vigor os conflitos de leis no contrato internacional de trabalho.

De todo modo, o presente estudo não tem a intenção de esgotar o tema, admitindo-se a necessidade de novos estudos e avaliações de cada caso em concreto.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BONNECHÈRE, Michèle. **Le droit du travail**. Paris: La Découverte, 2008.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista n.º RR-219000-93.2000.5.01.0019 Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen. Data 07/10/2011. Disponível em: http://www.tst.jus.br. Acesso em: 20/02/2017

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Como Trabalhar nos Países do MERCOSUL: **Guia dirigido nacionais dos estados partes do MERCOSUL / Ministério do trabalho e emprego (MTE)**, Brasília: MTE, 2010.

CUEVA, Mario de La, **Derecho mexicano del trabajo**, México, 1943, vol, I.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2011.

JAEGER, Guilherme Pederneiras. **O Direito Do Trabalho À Luz Do Direito Internacional Privado: Um Exercício De Teorização. In. Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e outros estudos.** Organizador Gilberto Stümer. Livraria do Advogado.Porto Alegre. 2006

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso De Direito Processual Do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo. LTr. 2006.

MAGGI-GERMAIN N., **Le droit du travail français et les libertés et droits fondamentaux** intervention (18 heures) à la faculté de droit de l'École des Hautes études en Sciences économiques de Moscou (Russie), 6-12 nov. 2012.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. 18ª ed, São Paulo: Saraiva. 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho.** 23ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto, (06 de maio de 2014) "Comparação entre França e Brasil sobre direitos trabalhistas e previdenciários" Jornal Carta Forense. Página visitada em 18 de fevereiro de 2017.

MIESSA, Élisson e Correia Henrique**. Súmulas e orientações jurisprudências do TST**

NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito internacional público e direito internacional privado**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**.3ª Ed, São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; TEIXEIRA, Lima; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

A IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO DA JUSTIÇA DO TRABALHO E IMPLICAÇÕES FRENTE O *JUS POSTULANDI*

Rafael Guglielmetto Delbuoni[1]

Ildete Regina Vale da Silva[2]

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo verificar se a complexidade prática que advém da implementação do Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho – PJe-JT- torna pertinente a discussão sobre o instituto jurídico do *Jus postulandi* e, consequentemente, o cabimento dos Honorários de Sucumbência.

Lembra-se que, em regra, os Honorários de Sucumbência não são devidos na Justiça do Trabalho, dado que, nesta Justiça Especializada, encontra-se o *Jus postulandi*, que possibilita às partes postularem em juízo sem a presença de um Advogado.

Nesse sentido, o cabimento de Honorários de Sucumbência constituem uma exceção na Justiça do Trabalho e a complexidade do novo sistema judicial, advinda da implementação do PJe-JT, apresenta novas provocações à polêmica questão sobre a permanência do *Jus postulandi* nas lides decorrentes da relação de emprego.

Para tanto, discorre-se sobre a regulamentação do PJe-JT, buscando verificar se esse novo sistema judicial, na prática, revela-se complexo, dificultando o acesso ao judiciário da parte que precisar postular em juízo sem a presença de um Advogado.

Encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos sobre a permanência do *Jus postulandi* com o advento do PJe-JT.

[1] Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, campus Balneário Camboriú/SC. Advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Seccional de Santa Catarina, sob o nº 48.367. Endereço Eletrônico: rafael.delbuoni@hotmail.com.

[2] Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Dottore di Ricerca in Diritto pubblico nella Università degli Studi de Perugia – Itália, Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2014) e mestre pelo mesmo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí/SC (2009). Professora na Graduação em Direito na Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI e Professora Colaboradora do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Endereço Eletrônico: ildetervs@gmail.com.

Assim, para a construção da presente pesquisa, foi levantado o seguinte problema de estudo: É pertinente rever, com a implementação do PJe-JT, a permanência do *Jus postulandi* e, consequentemente, o cabimento dos Honorários de Sucumbência, como regra, na Justiça do Trabalho?

Neste quadro, obteve-se a seguinte hipótese: A complexidade prática que advém da implementação do PJe-JT, tornaria pertinente a discussão sobre o instituto jurídico chamado *Jus postulandi* e, consequentemente, o cabimento de Honorários de Sucumbência nas lides trabalhistas decorrentes da relação de emprego.

Por fim, destaca-se que a Metodologia empregada foi a do método indutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, cumpre salientar que, em regra, os Honorários de Sucumbência não são devidos na Justiça do Trabalho, dado que, nesta Justiça Especializada, encontra-se o instituto jurídico chamado *Jus postulandi*, previsto no artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT:

> **Art. 791** Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.
> **§ 1º** Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.
> **§ 2º** Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado.
> **§ 3º** A constituição de procurador com poderes para o foro em geral poderá ser efetivada, mediante simples registro em ata de audiência, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada.[3]

Denomina-se *Jus postulandi* a possibilidade das partes postularem em juízo sem a presença de um Advogado[4], porém, o artigo 133 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 dispõe que "o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei."[5]

Nesta toada, a Súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho – TST - versa sobre o cabimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho:

---

[3] BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**: Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.

[4] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 500.

[5] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.

> HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO
>
> I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970).
>
> II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.
>
> III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.
>
> IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).
>
> V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).
>
> VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.[6] (grifo)

Conjuntamente, a Instrução Normativa 27 de 2005 do TST, dispondo sobre normas procedimentais aplicáveis ao processo do trabalho em decorrência da ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional nº 45/2004, prevê, também, o cabimento de Honorários de Sucumbência, *in verbis*: "Art. 5º Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência".[7]

O instituto jurídico do *Jus postulandi* previsto no artigo 791 da CLT é a razão do Tribunal Superior do Trabalho firmar entendimento sobre o cabimento dos Honorários de Sucumbência, mesmo após ter sido promulgada a CRFB/88, que reconheceu expressamente ser o Advogado essencial a administração da Justiça, tornando essa, uma questão que suscita muitas divergências.

A implementação do PJe-JT e a complexidade que advém da operacionalização desse sistema, apresenta novas provocações a questão polêmica do *Jus postulandi* na Justiça do Trabalho e do cabimento dos Honorários de Sucumbência.

---

[6] BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula 219. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219>. Acesso em: 18 ago. 2016.

[7] BRASIL. **Superior Tribunal do Trabalho**. Instrução Normativa 27 de 2005. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/DGCJ/instrnorm/27.htm. Acesso em: 18 jan. 2017.

2. A IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O Processo Judicial Eletrônico – PJe é um sistema nacional de processo sem utilização de papel e que tramita, exclusivamente, pela internet, sendo que a decisão de adotar esse procedimento como um modelo para todo o judiciário partiu do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, com o objetivo de padronizar os mais de 40 (quarenta) tipos de Processos Eletrônicos espalhados pelo Brasil.[8]

A Lei 11.419/06 que disciplinou a informatização do Processo Judicial como sistema de processamento de informações, autorizou os órgãos do Poder Judiciário a regulamentarem seus respectivos sistemas: "Art. 18. Os órgãos do Poder Judiciário regulamentarão esta Lei, no que couber, no âmbito de suas respectivas competências".[9]

O Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT, considerando os benefícios da substituição da tramitação dos autos em meio impresso para o eletrônico, bem como a necessidade de regulamentar a implantação do sistema de Processo Eletrônico em sua Justiça Especializada, instituiu por meio da Resolução nº 94, com publicação em 23 de março de 2012, o sistema de Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho (PJe-JT).[10]

Em 2014, a Resolução nº 94/2012 foi revogada pela Resolução nº 136/2014, publicada em 25 de abril de 2014, que posteriormente foi alterada e republicada em cumprimento ao artigo 2º da Resolução nº 154/2015, em 28 de agosto de 2015, ambas da CSJT, a qual instituiu o Sistema de Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho – PJe-JT, como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais, estabelecendo seus parâmetros para implementação e funcionamento.[11]

Com fundamento na Lei 11.419/06, o artigo 1º da Resolução nº 136/2014 da CSJT estabelece que:

> **Art. 1º** A tramitação do processo judicial no âmbito da Justiça do Trabalho, a prática de atos processuais e sua representação por meio eletrônico, nos termos da Lei 11.419, de 19 de dezembro

[8] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. p. 447.

[9] BRASIL. **Lei nº 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.

[10] BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho: **Resolução nº 94**, de 23 de março de 2012. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: < http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=a243534c-4a5c-464b-bfb4-6521cc0bfb3d&groupId=955023>. Acesso em: 18 ago. 2016.

[11] BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho: **Resolução nº 136**, de 25 de abril de 2014. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: < http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/39001/2014_res0136_csjt_rep02.pdf?sequence=4>. Acesso em: 18 ago. 2016.

> de 2006, serão realizadas exclusivamente por intermédio do Sistema Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho - PJe-JT regulamentado por esta Resolução.[12] (grifo)

Verifica-se, na letra da lei, a obrigatoriedade das lides trabalhistas começarem a ser processadas apenas pelo sistema do PJe-JT.

Reiterando tal exclusividade, o artigo 50 da Resolução nº 136/2014 veda o uso de outros tipos de sistemas já implantados:

> **Art. 50** A partir da implantação do PJe-JT em unidade judiciária, fica vedada a utilização do e-DOC ou qualquer outro sistema de peticionamento eletrônico para o envio de petições relativas aos processos que tramitam no PJe-JT.
> **Parágrafo único:** O descumprimento da determinação constante do caput implicará no descarte dos documentos recebidos, que não constarão de nenhum registro e não produzirão qualquer efeito legal.[13]

Sobre a vedação do uso de outros tipos de sistemas já implantados, Leite[14] entende que afeta também o peticionamento físico. Nesse sentido, o artigo 2º da Resolução nº 136/2014 dispõe que, o PJe-JT inclui o controle do sistema judicial trabalhista, *in verbis*:

> **Art. 2º** O PJe-JT compreenderá o controle do sistema judicial trabalhista nos seguintes aspectos:
> **I** – a tramitação do processo;
> **II** – a padronização de todos os dados e informações compreendidas pelo processo judicial;
> **III** – a produção, registro e publicidade dos atos processuais; e
> **IV** – o fornecimento de dados essenciais à gestão das informações necessárias aos diversos órgãos de supervisão, controle e uso do sistema judiciário trabalhista.[15]

Entre os efeitos práticos que decorrem da complexidade desse novo sistema esta, justamente, a obrigatoriedade do uso de assinatura digital, que requer um certificado digital, o qual permite aferir origem e a integralidade do documento, sendo este emitido por autoridade certificadora credenciada.[16] Contudo, utilização do certificado digital é, certamente, uma condição

---

[12] BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho: **Resolução nº 136**, de 25 de abril de 2014. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: < http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/39001/2014_res0136_csjt_rep02.pdf?sequence=4>. Acesso em: 18 ago. 2016.

[13] BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho: **Resolução nº 136**, de 25 de abril de 2014. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: < http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/39001/2014_res0136_csjt_rep02.pdf?sequence=4>. Acesso em: 18 ago. 2016.

[14] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. p. 448

[15] BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho: **Resolução nº 136**, de 25 de abril de 2014. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: < http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/39001/2014_res0136_csjt_rep02.pdf?sequence=4>. Acesso em: 18 ago. 2016.

[16] SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho** – Renato Saraiva e Aryanna Manfrendini. 11. Ed. São Paulo: Método, 2014. p. 144.

que atribui complexidade no uso do novo sistema judicial trabalhista, mas, segue a determinação do CNJ, buscando a tendência mundial de segurança da informação.[17]

Observa-se que, além da assinatura digital, o sistema judicial trabalhista pode ser acessado, também, por meio de utilização de usuário (login) e senha. No entanto, a utilização desse meio restringe-se apenas à visualização de autos, excetuados os que estão cobertos pelo sigilo ou segredo de Justiça.[18]

A implementação do PJe-JT está sendo realizada em larga escala e as rotinas do judiciário trabalhista estão sendo gradualmente alteradas, embora os processos que já estavam em curso antes da implementação do novo sistema continuem a tramitar pelo modo originário. Assim, a transição para o PJe-JT se dará em médio prazo, fazendo com que os servidores e Advogados atuem concomitantemente em ambientes virtuais e físicos[19], lembrando que os processos virtuais, seguem, ainda, também, por diferentes sistemas de peticionamento eletrônico, gerando uma complexidade prática e, dificultando o acesso ao judiciário das partes que decidirem postular em juízo sem a presença de um Advogado.

3. O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E A (IN)COMPATIBILIDADE DO *JUS POSTULANDI*

Em atenção ao artigo 791 da CLT, fundamento do *Jus postulandi*, a Resolução nº 136/2014 estabeleceu regras para as práticas de atos processuais pelas partes desassistidas por Advogado, as quais serão viabilizadas por intermédio de servidores ou setores responsáveis pela digitalização de peças[20]:

> **Art. 6º** O acesso ao sistema PJe-JT mediante identificação de usuário (login) e senha, será exclusivamente para visualização de autos,exceto nas hipóteses de sigilo ou segredo de justiça.
> **§1º** Partes ou terceiros interessados desassistidos de advogados poderão apresentar peças processuais e documentos em papel, segundo as regras ordinárias, nos locais competentes para recebê-los, que serão digitalizados e inseridos no processo pela Unidade Judiciária. (grifo)
> [...]
> **Art. 23** No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive as destinadas à Fazenda Pública, far-se-ão por meio eletrônico.
> **§3º** Na ocorrência de ato urgente em que o usuário externo não possua certificado digital para o peticionamento, ou em se tratando da hipótese prevista no artigo 791 da Consolidação das Leis do

[17] SAAD, Eduardo Gabriel. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7. Ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 143.

[18] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. p. 449.

[19] LOBATO, Márcia Regina. **Processo Judicial eletrônico na Justiça do Trabalho – PJe-JT**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 29 jan. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23574>. Acesso em: 18 ago. 2016.

[20] SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. p. 144.

> Trabalho, a prática será viabilizada por intermédio de servidor da Unidade Judiciária destinatária da petição ou do setor responsável pela redução a termo e digitalização de peças processuais.[21] (grifo)

A expressa referência do *Jus postulandi* no corpo da Resolução nº 136/2014 evidencia que esse instituto jurídico vigora no judiciário trabalhista. Não obstante, a realidade vivenciada na prática das lides processadas pelo PJe-JT, tem alimentado a controvérsia sobre o cabimento dos Honorários de Sucumbência na Justiça do Trabalho. Neste sentido, versa o entendimento da Jurisprudência colhida do TRT da 1º Região:

> [...] com a obrigatoriedade de postulação com a utilização do Processo Judicial Eletrônico - PJE-JT, e inexistindo setor específico no Tribunal Regional do Trabalho que receba as reclamações verbais ou escritas para tramitação no PJE-JT, há que se reconhecer que está ultrapassado o jus postulandi, motivo pelo qual não pode a parte ser prejudicada em seu acesso à justiça.
> Dou provimento para condenar o reclamado ao pagamento de honorários no percentual de 15% sobre o valor da condenação.[22]

A (in)compatibilidade existente entre a teoria entabulada na Resolução nº 136/2014 e a realidade da prática diária do acesso ao novo sistema, ao invés de pacificar a controvérsia que envolve o instituto jurídico do *Jus postulandi*, reforça o posicionamento de superação do mesmo.

Em geral, a (in)compatibilidade do *Jus postulandi* é revelada na prática diária de seu uso, sendo esta uma realidade vivenciada nas diferentes regiões de abrangência dos Tribunais Regionais do Trabalho do Brasil, nas quais suas unidades judiciárias não tem servidor responsável para auxiliar as partes desassistidas por Advogado no uso do PJe-JT. E, quando há um servidor, o mesmo não tem disponibilidade de tempo para reduzir a termo as devidas reclamações, em razão da necessidade e obrigatoriedade de digitalizar todas as peças processuais e inseri-las no sistema.[23]

Certamente que esses problemas poderiam ser solucionados com a implantação de setores especializados para o PJe-JT nas unidades judiciárias, disponibilização de servidores para auxiliar, além de computadores e internet para utilização das partes que estejam usufruindo o *Jus postulandi*, nos termos previstos nos artigos 6, §1 e 23, §3º da Resolução nº 136/2014.[24] Ou, ainda,

---

[21] BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho: **Resolução nº 136**, de 25 de abril de 2014. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: < http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/39001/2014_res0136_csjt_rep02.pdf?sequence=4>. Acesso em: 27 ago. 2016.

[22] RIO DE JANEIRO. **Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Acórdão em RO nº 0011245-71.2013.5.01.0075. Recorrente: Nelson Alvarenga De Sa. Recorridos: Serede - Serviços De Rede S.A. e Telemar Norte Leste S/A. Relatora Designada: Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo Da Silva. Rio de Janeiro, 08 de abril de 2015. Disponível em: < http://www.trt1.jus.br/>. Acesso em: 27 ago. 2016.

[23] OLIVEIRA, Michelle Santos Allan de. **Iuspostulandi na Justiça do Trabalho, PJe e acesso à justiça**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 1 out. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29746>. Acesso em: 27 ago. 2016.

[24] BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho: **Resolução nº 136**, de 25 de abril de 2014. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: <

pelo aprimoramento, capacitação e aumento considerável de servidores, a fim de atender a demanda imensurável que surgirá (partes desassistidas por Advogado), uma vez que boa parte da sociedade não possui os requisitos técnicos ou financeiros para acompanharem suas reclamações perante o PJe-JT.[25] Porém, nem todas as unidades judiciárias trabalhistas espalhadas pelo Brasil possuem estruturas ou condições para a criação destes setores ou aumento de quadro profissional.[26]

Uma das razões da falta de estrutura ou condição das unidades judiciárias é a maneira de como o PJe-JT está sendo implantado, ou seja: de forma abrupta, com ausência de políticas públicas sem o devido planejamento, estudo de impacto e das futuras consequências jurídicas, criando, inclusive, obstáculo ao efetivo acesso à Justiça.[27]

Deste modo, certo é que o novo sistema judicial dificulta (ou mesmo impede) o acesso à Justiça do Trabalho para aqueles que se encontram desassistidos por Advogado, ainda mais considerando que o tempo de espera deve ser longo, uma vez que a Lei Orçamentária Anual nº 13.255/2016[28] determinou um corte de 90% nas despesas de investimento e de 24,9% nas de custeio para a Justiça do Trabalho[29], tornando o *Jus postulandi* incompatível com o PJe-JT.

4. OS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA DAS PARTES DESASSISTIDAS DE ADVOGADO

Além das providências que deve tomar o judiciário trabalhista para implementar o PJe-JT e garantir o acesso à Justiça as partes desassistidas de Advogado, outros fatores do novo sistema dificultam ou mesmo impedem o acesso à Justiça do Trabalho.

---

http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/39001/2014_res0136_csjt_rep02.pdf?sequence=4>. Acesso em: 27 ago. 2016.

[25] FILHO, Cláudio Contarini de Souza; SODRÉ, David; SILVA, Renan Benedito Batista da. **O processo judicial eletrônico e o jus postulandi na Justiça do Trabalho**. Revista Jus Navigandi, nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44337/o-processo-judicial-eletronico-e-o-jus-postulandi-na-justica-do-trabalho>. Acesso em: 01 set. 2016.

[26] OLIVEIRA, Michelle Santos Allan de. **Iuspostulandi na Justiça do Trabalho, PJe e acesso à justiça**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 1 out. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29746>. Acesso em: 27 ago. 2016.

[27] ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Processo Judicial Eletrônico**. Coordenação: Marcus Vinicius Furtado Coêlho e Luiz Cláudio Allemand. Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014.p. 475-476.

[28] BRASIL. **Lei 13.255**, de 14 de janeiro de 2016. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13255.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

[29] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: Juízes questionam em ADI corte do orçamento da Justiça do Trabalho. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309441>. Acesso em: 27 ago. 2016.

Falou-se, anteriormente, que para o acesso ao PJe-JT faz-se necessário a utilização obrigatória de Assinatura Digital, baseada em Certificado Digital. Logo, a parte desassistida por Advogado precisará de Certificado Digital, porque

> A única situação em que o certificado digital não será necessário é no momento em que o réu precisa ver documentos iniciais do processo, justamente para saber o que está sendo pedido pelo autor da ação. Nesse caso, ele deverá utilizar as chaves de acesso que constam da citação recebida pelo Correio.[30]

No entanto, como bem lembra Saad[31], ter um Certificado Digital não é suficiente, porque a parte deverá fazer, necessariamente, um cadastro no sistema do PJe-JT, sendo esse, outro obstáculo à parte desassistida por Advogado, caso contrário, só poderá visualizar a movimentação processual via internet.

A parte desassistida de Advogado terá que conhecer informática básica, possuir computadores com sistemas operacionais compatíveis com o PJe-JT, navegação de internet, programas específicos para o manuseio do sistema, leitores de cartão ou Token USB, gerenciadores do certificado digital, além de conhecimentos prévios a respeito das normas internas sobre o funcionamento do sistema.[32]

Ainda, para exercer o *Jus postulandi,* a parte deverá saber que para manusear o PJe-JT é necessário a instalação do navegador de internet recomendado, qual seja, o Mozilla Firefox, uma vez que os demais apresentam incompatibilidade. Além disso, faz-se necessário a instalação do *plugin Java Runtime Enviroment*, dado que a falta deste componente impede a navegação correta do sistema[33] e, também, conhecer as regras para juntada dos arquivos, nos termos dos §1º e 2º, do artigo 18, da Resolução nº 136/2014:

> **Art. 18** O sistema receberá arquivos com tamanho máximo de 1,5 megabyte, com resolução máxima de 300 dpi e formatação A4.
> **§1º** Faculta-se o peticionamento inicial e incidental mediante a utilização do editor de texto do sistema ou da juntada de arquivo eletrônico, tipo Portable Document Format (.pdf), de padrão "PDF-A".
> **§2º** Os documentos juntados deverão ter o formato Portable Document Format (.pdf), podendo ou não ter o padrão "PDF-A".[34]

---

[30] SAAD, Eduardo Gabriel. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. p. 143.

[31] SAAD, Eduardo Gabriel. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. p. 143.

[32] SANTA CATARINA. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**: Primeiros Passos: Um roteiro para começar. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/portal/areas/pje/extranet/primeirospassos.jsp>. Acesso em: 01 set. 2016.

[33] SANTA CATARINA. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**: Manual de requisitos técnicos do PJe-JT. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/portal/areas/ascom/extranet/pje_requisitos_minimos_csjt.jsp>. Acesso em: 01 set. 2016.

[34] BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho: **Resolução nº 136**, de 25 de abril de 2014. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: <

Sobre os conhecimentos de informática básica, vale ressaltar que em nota divulgada o CNJ recomendou que os usuários do PJe-JT não deveriam fazer atualizações do programa denominado Java para a versão 8.91, uma vez que essa nova versão impede funcionalidades necessárias ao acesso à tramitação processual dentro do sistema. Também, os navegadores de internet Mozilla Firefox atualizados para versões superiores a 41.0.2, apresentam incompatibilidade com o PJe-JT, devendo o usuário reinstalar seu navegador para a versão anteriormente mencionada e configurá-lo, para poder enfim ter acesso, novamente, ao sistema.[35]

A forma de como o PJe-JT impossibilita o exercício do *Jus postulandi* tem sido objeto de decisões que reconhecem as dificuldades práticas desse novo sistema judicial trabalhista, como a que segue transcrita parcialmente e exemplificativamente, do TRT da 5ª Região:

> [...] as novas tecnologias, que impuseram a adoção do Processo Judicial Eletrônico (Pje), embora sirvam para modernizar o Poder Judiciário e otimizar a prestação jurisdicional, tornam ainda mais difícil, senão impossível, o exercício do jus postulandi pela parte. Nesse caso, à guisa de exemplo, o acesso aos autos eletrônicos se dá por meio de certificado digital, e, além disso, depois de elaborada a petição inicial, cabe à própria parte o lançamento das informações relativas ao processo, de modo que a autuação processual, que antes era feita por servidores públicos, hoje incumbe à própria parte. Dito de outro modo, com a implantação do processo judicial eletrônico, para que a parte possa se valer da faculdade de postular pessoalmente terá de adquirir um certificado digital e ainda conhecimentos técnicos que lhe permitam demandar pessoalmente. [36] (grifo)

Nesse sentido, também, já decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região:

> Hodiermente, a utilização de complexas ferramentas informatizadas vem sendo exigida para se postular em Juízo, a exemplo do PJ-e. Quanto a essa ferramenta, aliás, embora, em tese, permita o exercício do jus postulandi, é alvo de críticas de parcela expressiva dos operadores do Direito em razão de sua precária concepção, que dificulta o exercício da advocacia até mesmo para profissionais experientes. Imagine-se, então, para a maioria dos trabalhadores, que sequer tem familiaridade com o mundo informatizado. Nesse cenário em que a legislação trabalhista, nesse particular, não mais caminha ao lado do direito, a demora do legislador pátrio em reformulá-la tem penalizado os trabalhadores, que de forma impreterível precisam contratar profissionais para poderem submeter a esta Justiça Especializada suas pretensões resistidas.[37] (grifo)

---

http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/39001/2014_res0136_csjt_rep02.pdf?sequence=4>. Acesso em: 01set. 2016.

[35] SANTA CATARINA. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**: Usuários do PJe-JT não devem atualizar versão do Java. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/portal/areas/ascom/extranet/destaques/2016/pje_atualizacao.jsp>. Acesso em: 01 set. 2016.

[36] BAHIA. **Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região**. Acórdão em RO nº0000836-72.2013.5.05.0221. Recorrentes: Jose Arcanjo de Almeida e Município de Esplanada. Recorridos: Obraserv – Organização Brasileira de serviços Ltda. e os mesmos. Relator Designado: Desembargador Paulo Sérgio Silva De Oliveira Sá. Salvador, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em: 01 set. 2016.

[37] SANTA CATARINA. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**. Acórdão em RO nº 0002007-16.2012.5.12.0056. Recorrente: Keppel Singmarine Brasil Ltda. Recorridos: S Aguiar Reparos Navais E Industriais Ltda. Me e Marcos Aguiar da Silva. Relatora Designada: Desembargadora Águeda Maria Lavorato Pereira. Florianópolis, 26 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/portal/>. Acesso em: 01 set. 2016.

Nesse breve panorama traçado sobre os obstáculos que a parte desassistida de Advogado enfrenta para ter acesso ao novo sistema judicial trabalhista, pode-se verificar que as discussões judiciais sobre a incompatibilidade do *Jus postulandi* ganham novos argumentos e divergências jurisprudenciais sobre a indispensabilidade do Advogado e, consequentemente, do cabimento dos Honorários de Sucumbência nas demandas que decorrem da relação de emprego.

5. A INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO

A presença obrigatória do Advogado perante os processos trabalhistas sempre foi uma questão polêmica e amplamente discutida nos poderes legislativos e judiciários. O artigo 133 da CRFB/88 deveria ter posto fim nessa questão, no entanto, como verificado, o artigo 791 da CLT não é interpretado à luz da Constituição da República Federativa do Brasil.

Ignora-se que o real e efetivo acesso ao judiciário trabalhista se dá, apenas, com a presença de um Advogado. Schiavi[38] revela que tem o mesmo sentimento já consagrado na frase da Ordem dos Advogados do Brasil: não se faz Justiça sem Advogado. Para o Autor, principalmente, na Justiça do Trabalho, porque é nesse órgão que "cada dia as questões de direito material do trabalho se tornam mais complexas e também o Processo do Trabalho a cada dia se torna mais sofisticado".

A complexidade do direito material e processual trabalhista exige a presença de um profissional com conhecimento especializado. Nascimento[39] explica que:

> O processo é uma unidade complexa de caráter técnico e de difícil domínio. O seu trato é reservado, via de regra, a profissionais que tenham conhecimentos especializados e estejam em condições de praticar os atos múltiplos que ocorrem durante o seu desenvolvimento.

A ausência de um profissional com conhecimento especializado, segundo Martins[40], desequilibra a relação processual e pode, a parte desassistida de Advogado, perder seus direitos. Para o Autor, a presença de um Advogado é necessária "em todo e qualquer processo, inclusive na Justiça do Trabalho, pois é a pessoa técnica, especializada na postulação".

Na edição da Súmula de nº 425 do TST[41], verificou-se que o *Jus postulandi* não é absoluto, sendo alguns fatores considerados, tais como: graves e notórios inconveniente em razão da

[38] SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008. p. 251-252.

[39] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 516.

[40] MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 36. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 199.

[41] "O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho."

administração da Justiça; a defesa, sem a presença de um Advogado, torna-se, apenas, um desabafo sentimental, sem produtividade processualista; e o reconhecimento que o *Jus postulandi* não subsiste em grau de recursos interpostos pelo TST, em que se faz necessário conhecimento técnico e jurídico[42].

Se antes da implementação do PJe-JT o caráter técnico do Processo do Trabalho já era complexo, com a implementação desse novo sistema processual a complexidade foi significativamente ampliada e, inclusive, funções que antes eram da competência de servidores da Justiça foram atribuídas ao próprio Advogado.

Sobre tal delegação de funções ao Advogado, a Resolução nº 136/2014 versa no sentido da responsabilidade integral do usuário no que tange entre os dados informados no sistema e os constantes na petição enviada:

> **Art. 33** A postulação encaminhada será considerada tempestiva quando enviada, integralmente, até às 24 (vinte e quatro) horas do dia em que se encerra o prazo processual, considerado o horário do Município sede do órgão judiciário ao qual é dirigida a petição.
> **§3º** Será de integral responsabilidade do remetente a equivalência entre os dados informados para o envio e os constantes da petição remetida.[43]

Assim, o TRT da 14ª Região acabou rechaçando a extinção de uma Reclamação Trabalhista em virtude da inobservância da obrigação de inserir todas as respectivas pretensões no PJe-JT, a qual provocou ausência de equivalência entre os dados informados e o entabulado na Petição Inicial:

> **PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO. IRREGULARIDADE NO CADASTRAMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. FALTA DE EQUIVALÊNCIA ENTRE OS PEDIDOS E OS DADOS INFORMADOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEMRESOLUÇÃO DO MÉRITO. FORMALISMO INJUSTIFICÁVEL. INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA DA RESOLUÇÃO 94/2012 DO CSJT.** Afigura-se equivocada a interpretação da Resolução 94/2012 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho no sentido de se exigir exata equivalência entre todas as matérias tratadas na petição inicial e os dados fornecidos ao sistema do PJe para cadastramento e distribuição da ação, pois contraria a própria lógica do processo judicial eletrônico, idealizado para conferir mais celeridade e economia processuais. O excesso de formalismo deve ceder espaço ao

---

[42] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência. "Jus Postulandi" perante o Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20e%20RR%20-%208558100-81.2003.5.02.0900&base=acordao&numProcInt=29249&anoProcInt=2003&dataPublicacao=01/04/2011%2007:00:00&query=>. Acesso em: 03 set. 2016.

[43] BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho: **Resolução nº 136**, de 25 de abril de 2014. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: < http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/39001/2014_res0136_csjt_rep02.pdf?sequence=4>. Acesso em: 01 set. 2016.

> cumprimento pelo Poder Judiciário de sua verdadeira missão constitucional, que é a entrega da tutela jurisdicional adequada.[44]

Verifica-se que a percepção da indispensabilidade do Advogado no novo sistema, o PJe-JT, tem sido fundamento de sentenças que deferem Honorários de Sucumbência, como a que segue transcrita parcialmente:

> Por se tratar de processo eletrônico, em que é imprescindível a habilitação do profissional para dar assistência ao trabalhador, com necessária certificação digital, instrumentos e softwares de computador compatíveis com o novo sistema processual, imperioso o deferimento de honorários advocatícios. Impossível, com o PJe, que o reclamante postule em juízo sem acompanhamento de advogado devidamente habilitado, razão pela qual defiro honorários de 15% sobre os créditos obreiros.[45] (grifo)

Com a implantação do novo sistema, não se pode mais olvidar da indispensabilidade do Advogado nas lides trabalhistas e, desta, forma, o *Jus postulandi* encontra-se superado e, consequentemente, os Honorários de Sucumbência passam a ser regra na Justiça do Trabalho e não mais exceção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implementação do PJe-JT traz sérias implicações ao exercício do *Jus postulandi* e, reabre a discussão em torno desse instituto jurídico nas lides trabalhistas decorrentes da relação de emprego, nas quais o cabimento dos Honorários de Sucumbência são exceção e não regra.

As dificuldades de acesso ao novo sistema fomentam as controvérsias que envolvem o *Jus postulandi*, sinalizando a superação do mesmo nas lides decorrentes da relação de emprego, proeza essa não alcançada pela leitura do artigo 791 da CLT à luz da Constituição Brasileira de 1988.

A incompatibilidade do *Jus postulandi* é flagrante na realidade prática do PJe-JT e esse novo sistema dá ainda mais sentido a já conhecida complexidade do direito material e processual trabalhista, dificultando, determinantemente, o acesso ao judiciário pelas partes que decidirem postular em juízo sem a presença de um Advogado.

---

[44] RONDÔNIA E ACRE. **Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região**. Acórdão em RO nº 0010172-29.2013.5.14.0002. Recorrente: José Carlos de Sousa Filho. Recorrida: Sabenauto Comércio de Veículos Ltda. Relator designado: Desembargador Carlos Augusto Gomes Lôbo. Porto Velho, 11 de dezembro de 2015. Disponível em: < http://www.trt14.jus.br/web/guest>. Acesso em: 07 set. 2016.

[45] NAVEGANTES. **Vara do Trabalho**. Sentença em RT nº 0000734-65.2013.5.12.0056. Reclamante: Antonio Carlos Albano. Reclamado: Claudio de Lima. Juíza do Trabalho: Dra. Patricia Braga Medeiros D' Ambroso.Navegantes, 11 de novembro de 2013. Disponível em:<http://www.trt12.jus.br/portal/>. Acesso em: 01 set. 2016.

A discussões judiciais ganham novos argumentos, geram divergências jurisprudenciais sobre a indispensabilidade do Advogado e, consequentemente, do cabimento dos Honorários de Sucumbência nas demandas que decorrem da relação de emprego.

Desta maneira, retoma-se a hipótese levantada na Introdução desta pesquisa: A complexidade prática que advém da implementação do PJe-JT, tornaria pertinente, novamente, a discussão sobre o instituto jurídico chamado *Jus postulandi* e, consequentemente, o cabimento de Honorários de Sucumbência nas lides trabalhistas decorrentes da relação de emprego.

A presente hipótese restou-se confirmada, uma vez que, com a implementação do PJe-JT não se pode mais olvidar da indispensabilidade do Advogado nas lides trabalhistas decorrentes da relação de emprego, sinalizando a superação do *Jus postulandi* pela incompatibilidade desse instituto jurídico com a complexidade desse novo sistema judicial e, consequentemente, a necessidade da Justiça do Trabalho arbitrar os Honorários de Sucumbência como regra e não mais exceção.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BAHIA. **Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região**. Acórdão em RO nº 0000836-72.2013.5.05.0221. Recorrentes: Jose Arcanjo de Almeida e Município de Esplanada. Recorridos: Obraserv – Organização Brasileira de serviços Ltda. e os mesmos. Relator Designado: Desembargador Paulo Sérgio Silva De Oliveira Sá. Salvador, 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em: 01 set. 2016.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho: **Resolução nº 136**, de 25 de abril de 2014. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: < http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/39001/2014_res0136_csjt_rep02.pdf?sequence=4>. Acesso em: 18 ago. 2016.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho: **Resolução nº 94**, de 23 de março de 2012. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Disponível em: < http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=a243534c-4a5c-464b-bfb4-6521cc0bfb3d&groupId=955023>. Acesso em: 18 ago. 2016.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**: Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. **Lei 13.255**, de 14 de janeiro de 2016. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13255.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal do Trabalho**. Instrução Normativa 27 de 2005. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/DGCJ/instrnorm/27.htm. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: Juízes questionam em ADI corte do orçamento da Justiça do Trabalho. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309441>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência. "Jus Postulandi" perante o Tribunal Superior do Trabalho**. Disponívelem:<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20e%20RR%20-%208558100-81.2003.5.02.0900&base=acordao&numProcInt=29249&anoProcInt=2003&dataPublicacao=01/04/2011%2007:00:00&query=>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula 219. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219>. Acesso em: 18 ago. 2016.

FILHO, Cláudio Contarini de Souza; SODRÉ, David; SILVA, Renan Benedito Batista da. **O processo judicial eletrônico e o jus postulandi na Justiça do Trabalho**. Revista Jus Navigandi, nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44337/o-processo-judicial-eletronico-e-o-jus-postulandi-na-justica-do-trabalho>. Acesso em: 01 set. 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOBATO, Márcia Regina. **Processo Judicial eletrônico na Justiça do Trabalho – PJe-JT**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 29 jan. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23574>. Acesso em: 18 ago. 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 36. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NAVEGANTES. **Vara do Trabalho**. Sentença em RT nº 0000734-65.2013.5.12.0056. Reclamante: Antonio Carlos Albano. Reclamado: Claudio de Lima. Juíza do Trabalho: Dra. Patricia Braga Medeiros D' Ambroso. Navegantes, 11 de novembro de 2013. Disponível em:<http://www.trt12.jus.br/portal/>. Acesso em: 01 set. 2016.

OLIVEIRA, Michelle Santos Allan de. **Iuspostulandi na Justiça do Trabalho, PJe e acesso à justiça**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 1 out. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29746>. Acesso em: 27 ago. 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Processo Judicial Eletrônico**. Coordenação: Marcus Vinicius Furtado Coêlho e Luiz Cláudio Allemand. Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Acórdão em RO nº 0011245-71.2013.5.01.0075. Recorrente: Nelson Alvarenga De Sa. Recorridos: Serede - Serviços De Rede S.A. e Telemar Norte Leste S/A. Relatora Designada: Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo Da Silva. Rio de Janeiro, 08 de abril de 2015. Disponível em: < http://www.trt1.jus.br/>. Acesso em: 27 ago. 2016.

RONDÔNIA E ACRE. **Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região**. Acórdão em RO nº 0010172-29.2013.5.14.0002. Recorrente: José Carlos de Sousa Filho. Recorrida: Sabenauto Comércio de Veículos Ltda. Relator designado: Desembargador Carlos Augusto Gomes Lôbo. Porto Velho, 11 de dezembro de 2015. Disponível em: < http://www.trt14.jus.br/web/guest>. Acesso em: 07 set. 2016.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7. Ed. São Paulo: LTr, 2014.

SANTA CATARINA. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**. Acórdão em RO nº 0002007-16.2012.5.12.0056. Recorrente: Keppel Singmarine Brasil Ltda. Recorridos: S Aguiar Reparos Navais E Industriais Ltda. Me e Marcos Aguiar da Silva. Relatora Designada: Desembargadora Águeda Maria Lavorato Pereira. Florianópolis, 26 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/portal/>. Acesso em: 01 set. 2016.

SANTA CATARINA. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**: Manual de requisitos técnicos do PJe-JT. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/portal/areas/ascom/extranet/pje_requisitos_minimos_csjt.jsp>. Acesso em: 01 set. 2016.

SANTA CATARINA. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**: Primeiros Passos: Um roteiro para começar. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/portal/areas/pje/extranet/primeirospassos.jsp>. Acesso em: 01 set. 2016.

SANTA CATARINA. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**: Usuários do PJe-JT não devem atualizar versão do Java. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/portal/areas/ascom/extranet/destaques/2016/pje_atualizacao.jsp>. Acesso em: 01 set. 2016.

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho** – Renato Saraiva e AryannaManfrendini. 11. Ed. São Paulo: Método, 2014.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008.